

OBRAS COMPLETAS

VOLUMEN IV

TEORÍA
DEL
HECHO JURÍDICO
INDIVIDUAL Y SOCIAL

POR

JOAQUIN COSTA

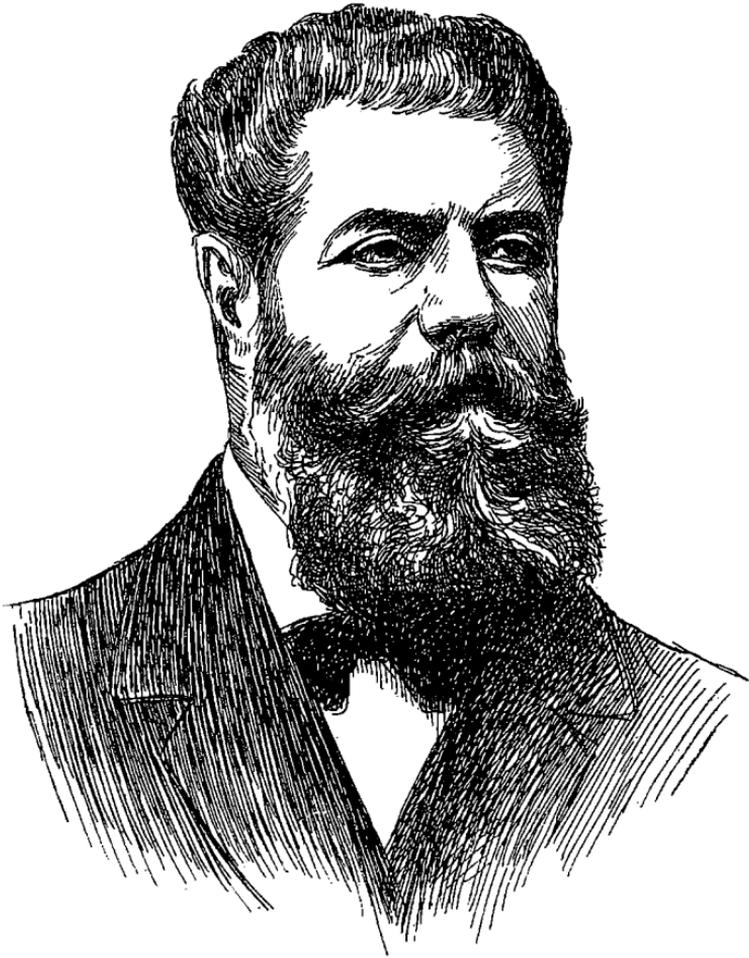
=====

SEGUNDA EDICIÓN

=====

MADRID
«BIBLIOTECA COSTA»
Naciones, 2 y 4, hotel.
1914

ES PROPIEDAD



Joseph. Lora

Me he propuesto en el presente Ensayo analizar el hecho jurídico en su contenido, en su génesis y en su eficacia como signo expresivo de relaciones jurídicas y como fuente de derecho positivo. Desde que en 1873 escribí para el concurso al Premio-Maranges la Memoria sobre "Derecho Consuetudinario", de que ha visto la luz pública una parte (*La Vida del Derecho*), y en la cual se sentaban las bases de la doctrina biológico-jurídica que ahora desenvuelvo, y las de la teoría de la costumbre que se darán más tarde á la estampa,—he tenido ocasión de penetrar más en la naturaleza del hecho jurídico, en el modo de su generación y en su manera de obrar en la vida: 1.º Recogiendo de la tradición oral toda una legislación consuetudinaria, é inquiriendo sus relaciones con el conjunto de la vida del pueblo que la ha creado y con la legislación oficial escrita (*Derecho Consuetudinario del Alto Aragón*) (1): 2.º Poniendo á contribución los novísimos descubrimientos é hipótesis de la Psico-física, debidos al perseverante esfuerzo de los Weber, Fechner, Wundt, Carpenter, Maudsley, Luys, Ferrier, Delboeuf, Lötze, Helmoltz, etc., que es ya hora de introducir en la ciencia del derecho, trabajada todavía por el tradicional dualismo de espíritu y cuerpo en que ha venido informándose hasta el presente día.

(1) Vid *Derecho Consuetudinario y Economía popular de España*, dos tomos.—Barcelona, 1902.

No le es ya lícito al científico abordar el arduo problema de la biología jurídica, manteniendo incólumes los principios de la antigua filosofía, y desentendiéndose del nuevo sentido que ha principiado á germinar con tanto vigor, aunque tan irregularmente y con la exageración propia de toda novedad, y que anuncia sin género alguno de duda una nueva era en la ciencia. Haciendo la apoteosis del fenómeno sobre todo lo abstracto y universal, negando lo que afirmaba el raciocinio de los idealistas, el saber experimental de nuestro siglo ha despertado con ruda sacudida á la razón y la ha llamado á la realidad, de la cual vivía por mitad divorciada, enseñándole cuán incompletas ó deleznable eran sus conquistas, y cuán lejos estaba de haber agotado los múltiples aspectos y relaciones del Espíritu y de la Naturaleza. Empieza quebrantando el antiguo abstracto principio del libre albedrío, y acaba construyendo una teoría del hábito más concreta y más conforme con la realidad que la vaga y nebulosa de las concepciones destronadas. Cómo se eleva gradualmente la actividad desde las primeras rudimentarias manifestaciones de la vida orgánica é inconsciente, hasta las más altas regiones de la conciencia y de la libertad, y cómo en los diversos grados de esa escala jerárquica, el derecho es otro, si no por la cualidad, por la cantidad: es problema trascendentalísimo, sin el cual la Filosofía del Derecho camina á media luz por los escabrosos senderos de sus abstractas especulaciones. Las categorías movibles de la actividad; la acción y reacción constante en que se mantienen lo consciente y lo inconsciente, efecto de esa conjunción misteriosa de la Naturaleza y el Espíritu en el hombre y en el reino animal; cómo se estampan en el organismo y se hacen instintivos, específicos y acaso reflejos, los actos conscientes del sujeto, y viceversa; cómo entra

el sujeto en posesión de la actividad automática y semi-automática que obra en él, y la domina, y la traduce en actos libres y plenamente conscientes: es problema sin cuya solución se incapacita para comprender las funciones trascendentalísimas que desempeñan en la vida la reflexión y el hábito, y para regular las infinitas aplicaciones de que son susceptibles en la vida y progreso del derecho. No cabe verdadera ciencia jurídica sin el estudio del sistema neuro-psíquico, señaladamente del cerebro, y sus varias funciones; y con este sentido he analizado el aspecto genético del hecho, y lo que podríamos denominar su facultad reproductora, la aptitud que presta al organismo para repetirlo con un esfuerzo cada vez menor, y luego, casi sin esfuerzo.

Como medio de exposición, me han servido las vivas enseñanzas de lo pasado. Es la Historia gran maestra de saber, y yo he puesto á contribución sus hechos, unas veces, para neutralizar la acción y los efectos de la fantasía creadora, que en la ciencia, más que guiar, perturba y desorienta, y dar á la razón un criterio, aunque provisional y de experiencia, casi siempre seguro, para *verificar* sus resultados, y cerciorarse de que sus conclusiones son legítimas, y no quiméricos apriorismos; otras veces, para representar y poner en acción los principios y hacer de este modo más perceptible la doctrina. Acaso se me achaque á vicio la abundancia de los ejemplos, que parece á veces como que ahogan la teoría; pero he tratado de hacer un libro eminentemente práctico, y nunca persuade tanto la razón como cuando se acompaña de la experiencia. He acudido también á la historia de las doctrinas jurídicas y de las legislaciones, para demostrar: 1.º Que no carecen de precedentes y de filiación en lo pasado opiniones que á algunos parecerían aventuradas; si no llevasen el sello de la tradición: 2.º Que

si en algunos lugares me separo del dictamen de los jurisconsultos, no ha sido capricho ni prurito de innovar, sino exigencia imperiosa de razón.

He procurado con empeño evitar toda abstracción, así como toda idea preconcebida; llevando por único guía en la investigación del hecho jurídico el hecho mismo y sus factores, vistos en la razón ó en la historia, he huído cuidadosamente de hacer ciencia banderiza y de facción, que hubiera sido una ofensa á la razón humana y un atentado contra la propia dignidad, sobre hallarse en abierta pugna con mis sentimientos y convicciones personales. Ultimamente, me he esforzado por subsanar el defecto de obscuridad en el lenguaje, que con razón se me censuró en *La Vida del Derecho*, aunque no me lisonjeo de haberlo conseguido sino en muy pequeña parte.

EL AUTOR.

SUMARIO

PRELIMINAR

- § 1 **El hecho jurídico como realización temporal del Derecho y como signo de un estado subjetivo.**— Concepto del hecho como determinación de la esencia del Derecho (pág. 1). Doble género de hechos: *a*) de Derecho positivo: hechos según ley ó según costumbre: *b*) de Derecho esencial: hechos fuera de ley ó según ley (pág. 3).— Relatividad de esta distinción (página 5).—Derecho y Hecho jurídico: en qué se diferencian (página 7).— Doble aspecto del hecho: sustantivo y expresivo (pág. 9).

CAPITULO PRIMERO

CONTENIDO DEL HECHO (EL DERECHO)

- § 2 **La etimología del vocablo «Derecho» no declara la naturaleza de éste** (pág. 11).
Etimología histórica y popular de *Derecho*.
Raíz aryo-semítica **rj**:
 Forma zendó-ibérica.
 Forma indo-europea.
Raíz arya **dh, dhr**.
Composición de entrambas: *dh + rj = Derecho*.
Raíces **ja** y **δ:α**.
- § 3 **El derecho es un orden de libertad: la coacción no es Derecho** (pág. 19).
Doctrina de Ihering, Kant, Hegel, Conte, etc.
La coacción, extraña al Derecho individual.
Idem al Derecho social consuetudinario.
Idem al internacional.

Sociedades de malhechores y bandidos.

Valor de la coacción en la esfera de la perturbación y de la reparación.

En qué funda su fuerza y su poder el Derecho.

- § 4 **El Derecho es beneficencia: la caridad es Derecho.**
El bien, único fin del Derecho: sentido de la frase «derecho al mal» (pág. 33).
Identidad del Derecho y la beneficencia.
Reconocimiento de esta verdad por algunos autores.
- § 5 **El Derecho es un orden de condicionalidad: la moral no es Derecho** (pág. 38).
La beneficencia como Derecho y la beneficencia como moralidad: la condicionalidad y la causalidad.
Relación entre los órdenes de la moral y del Derecho.
- § 6 **El Derecho es un orden de finalidad racional: no es la utilidad ni la reciprocidad** (pág. 41).
El placer ó la utilidad como criterio de Derecho.
Bondad de fines y medios. El Derecho no es mera condicionalidad.
El Derecho, principio extraño á la reciprocidad.
Negaciones históricas de esta verdad.
Armonía esencial entre la utilidad y la justicia.
- § 7 **Resumen de esas categorías y defluencia del Derecho** (pág. 53).

CAPITULO SEGUNDO

SUJETO DEL HECHO: LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

I. **Doble posición de la actividad jurídica** (pág. 57).

- 8 La actividad del sujeto de fines en razón del fin y en razón del medio.
La actividad del sujeto de medios en razón del medio y en razón del fin.
La exigencia y la obligación, ó el poder y el deber; doble aspecto del uno y del otro.

II. **Doble esfera del Derecho.**

- § 9 *Con respecto al sujeto* (pág. 61).
Individual (interior, exterior). Estado elemental ó Estado cénica.
Social (interior ó inmanente: exterior ó de relación).
Con respecto al objeto:
- § 10 Distinción histórica (pág. 79):
Derecho público.
Derecho privado.

- § 11 Distinción racional (pág. 84):
 Derecho voluntario: leyes supletorias.
 Derecho necesario: leyes Imperativas.
- § 12 Reconocimiento de esta distinción: libertad civil (pág. 108):
 Su concepto.
 Modos más usuales de ser desconocida.
 Consecuencias dañosas de este desconocimiento: libertad de testar:
 nulcias de leyes, etc.
 Necesario deslinde, en los Códigos, del elemento necesario y del elemento voluntario de cada institución.

III. Agente del hecho jurídico.

- § 13 *En la esfera individual* (pág. 132):
 El individuo como órgano total de su propia vida.
 El individuo en relación, como órgano indiferenciado, de la vida individual: la representación.
- § 14 *En la esfera social* (pág. 136):
 El individuo:
 como órgano adventicio, pero necesario, de la vida colectiva;
 como órgano permanente y oficial.
 Distinción entre una y otra forma de representación: ventajas de cada una.
 La Corporación (*collegium*):
 como órgano adventicio;
 como órgano permanente.
 Actividad que compete al órgano corporativo como miembro de un organismo y como todo orgánico á su vez.
 El Individuo y el Colegio como órganos de órgano (órganos mediatos).

IV. Actividad del sujeto de Derecho (Psico-física jurídica).

- A. *Grados y formas de la actividad en la producción del Derecho.*
- § 15 La actividad jurídica es psico-física (pág. 156).
- § 16 Aparato con que funciona; el sistema neuro-psíquico (pág. 157).
- § 17 Grados de ella reconocidos históricamente (pág. 161).
 Actividad reflejo-esplnal y reflejo-cerebral.
 Instintiva.
 De sentido común.
 Artística.
- § 18 Relatividad de estas esferas: ley de su continuidad (pág. 172).
- § 19 Cómo obra la actividad psico-física (pág. 179).
 Proceso de la sensación y de la percepción.
 Su doble esfera: ciclos psico-físico y físico-psíquico.
- Instrumentos de transformación de unas en otras formas:
 De la libertad en automatismo: el *Hábito*.
- § 20 Hábito individual: líneas de vibración y de reacción nerviosa (pág. 186).
- § 21 Hábito específico (instinto): en los animales: en el hombre (pág. 190).
- § 22 Del automatismo en libertad: la *Reflexión* (pág. 194).
- § 23 El progreso por la reflexión y por el hábito (pág. 197).

- B.** *Actividades particulares en que esa general se diversifica para producir el derecho* (pág. 198).
- § 24 El conocimiento y el pensar.
El sentimiento y el sentir.
La voluntad y el querer.
Interior distinción de cada una con respecto á los diversos elementos del hecho.
Influjo en ellos de la presencia del medio.
- C.** *Dominio del sujeto sobre su actividad. Causas principales que la contrarían* (pág. 206).
- § 25 Coacción moral. Cuándo es legítima. Hechos y costumbres nacidas del miedo ó de la violencia.
Neuropatías. Relación entre la epilepsia y los desarreglos del espíritu. La herencia orgánica en el Derecho.

CAPITULO TERCERO

INFORMACIÓN DEL DERECHO POR LA ACTIVIDAD

A. *Realización ó producción interior del hecho: Plan.*

- § 26 **Tránsito del fin potencial á necesidad** (pág. 213).
Órdenes de finalidad.
Géneros de estímulos ó excitantes.
Acción de los estímulos sobre los fines.
- § 27 **Propósito ó proposición: concepción elemental y unitaria del plan** (pág. 216).
- § 28 **Deliberación ó discusión y resolución ó plan** (página 218).
Relatividad de este momento en el proceso de la composición ó plan: su carácter crítico.
Investigación acerca de la homogeneidad y adecuación de fin y medio.
Juicio y asimilación de la regla positiva ó del hecho obrado en situación análoga; interpretación
Análisis y desarrollo, corrección y reelaboración del propósito.
Influjo de las interrupciones en el deliberar: el descanso y el sueño.
- § 29 **Comunicación del plan á otros individuos** (pág. 228).
En la convención sinalagmática.
En las resoluciones de la opinión pública:
Razón de la necesidad de este momento.
Órganos individuales de proposición:
Adventicios (agitadores, periodistas, etc.)
Oficiales ó permanentes (ministros, *select-men*, etc.)

Organos corporativos:

- Comcios, meetings, manifestaciones, etc.
- Ligas, Uniones, Congresos, etc.

B. Realización ó producción exterior del hecho; Ejecución.**A. Condiciones previas esenciales para ejecutar el plan.**

- § 30 Existencia, conocimiento y posesión del medio (pág. 244).
- § 31 Facultad de obrar (pág. 247):
- Libertad civil y libertad política.*
 - Derecho y obligación de no obedecer.*
 - Su fundamento racional.
 - Opiniones de autores.
 - Sentido de la fórmula «obedecer, pero no cumplir.»
 - Derecho de Castilla sobre obediencia de las leyes.
 - Principales formas que ha revestido en la Historia.
 - Casos prácticos: Antígona, Mauricio, d'Ortes, Catedráticos españoles, etc.
- § 32 *Cooperación de los órganos del Estado oficial* (pág. 276):
- Al hecho individual y al hecho corporativo ó de la sociedad.
 - Al hecho oficial ó de un órgano del Estado.
- § 33 *Reivindicación teórica de esta libertad*: preliminares de la revolución: representaciones y súplicas. Ejemplos históricos: Flandes: Rusia (pág. 285).
- § 34 *Reivindicación práctica; revolución* (pág. 294).
- Concepto jurídico de la Revolución: su legitimidad.
 - Doctrinas populares acerca de la Revolución.
 - El derecho de insurrección como principio constitucional en España.
 - La revolución individual (pág. 289):
 - Solidaridad de unos con otros individuos.: Ej. Antonio Pérez, Azarque, etc.
 - Desnaturamiento y emigración: feudalismo: puritanos, etc.
 - Rebelión: Bernaldo del Carpio, Miguel Kohlhaas, etc.

B. Unión material efectiva del fin y los medios. Sus formas.

- § 35 *Indirecta ó tropológica* (pág. 311).
- El tropo jurídico.
 - Material tropológico-jurídico.
 - Simbólica y Poesía del derecho.
 - Directa ó lógica.*
 - Transición histórica de la primera forma á la segunda, por medio de la fórmula y de la ficción.

C. Acción y reacción entre la realización interior y la exterior.

§ 36 **Influjo del hecho y su plan** (pág. 318).

El hecho como continuación y complemento del plan.

El hecho como precedente del plan. Simultaneidad de la ejecución del hecho y de la corrección y reelaboración del plan.

§ 37 **Prudencia obligada en la formación y propaganda de planes sociales** (pág. 322).

Distinta trascendencia del error padecido en la formación del plan, según la naturaleza de los hechos.

El político no tiene derecho á equivocarse.

Respeto que debe inspirarle la sociedad.

CAPITULO CUARTO

EL HECHO CONSUETUDINARIO

A. Cuando es consuetudinario el hecho jurídico.

§ 38 **En la esfera individual** (pág. 331):

Unidad en que se manifiesta la vida de los individuos.

Concepto del hecho jurídico individual. Ejemplos.

Cómo el hecho anterior da ley á los subsiguientes.

En la esfera social. Posiciones de un hecho con respecto al estado jurídico de la sociedad:

§ 39 *Hecho contrario* (pág. 337):

Concepto del tiempo: la contemporaneidad y la extemporaneidad como cualidades interiores y exteriores.

Fundamento de los hechos individuales *contrarios* al sentimiento de la sociedad.

Ejemplos de hechos contrarios: Paulino de Nola, etc.

Hecho indiferente:

Su fundamento y su naturaleza.

Ejemplos históricos.

§ 40 *Hecho concordante* (pág. 347):

Origen de esta congruencia entre el hecho individual y el sentimiento de la sociedad. Ejemplos.

El hecho concordante es consuetudinario.

Nacimiento de la regla jurídica según Savigny.

Procesos de este alumbramiento:

Asimilación ó prolijamiento de un hecho único.

Producción simultánea de hechos múltiples concordantes.

Unión y combinación de entrambos procesos.

B. Cuándo el hecho consuetudinario induce costumbre.

- § 41 **Generación de la costumbre jurídica social** (pág. 359):
 Modo como funciona el individuo en concepto de órgano adventicio de la sociedad.
 Doble elemento que hay que distinguir en sus actos.
 Aparente impersonalidad de tales actos.

Teoría de la unicidad del hecho consuetudinario (p. 363):*Hecho y costumbre de Derecho necesario:*

Todo hecho consuetudinario induce costumbre: un solo hecho basta.

Consecuencias absurdas de exigir una pluralidad de actos.

Hecho y costumbre de Derecho voluntario:

Todo hecho concordante induce costumbre: en qué se diferencia esta concordancia de la del caso anterior.

Simultaneidad: Prohijamiento. Variantes de la costumbre.

Presentimientos de esta doctrina en algunos autores.

El precedente: sus efectos y su eficacia (pág. 379):

Ejemplos en diversos órdenes.

Eficacia del precedente único en Inglaterra: *common law*.

El precedente único en la jurisprudencia española.

CAPITULO QUINTO

EL HECHO HABITUAL

- § 42 **Generación del hábito** (pág. 385):
 Modos de esta generación: repetición; permanencia.
 Relación entre la intensidad de la excitación y la sensación: decrecimiento gradual de ésta: ley de Weber.
 Diferenciación del sistema neuro-psíquico: las líneas de vibración como órganos nerviosos.
 Relación entre la degradación de la sensación y la progresión del hábito.
- § 43 **Funciones del hábito en la vida** (pág. 391):
 Desarrolla y fija la costumbre y facilita su prueba.
 Hace automática, y, por tanto, más rápida, segura y descansada la ejecución de los actos.
 Hace posible la tradición.
 Es un instrumento de progreso. Rutina: sus efectos: cómo se contrarresta.

TEORIA DEL HECHO JURIDICO

SOCIAL E INDIVIDUAL

PRELIMINAR

1. El hecho jurídico como realización temporal del derecho, y como signo de un estado subjetivo. *—Todo hecho supone: 1. algo factible, algo posible ó potencial (que se puede hacer), una sustancia, una esencia: la esencia ó naturaleza de algún ser, hombre, planta, animal, etcétera. 2. una actividad que obre sobre esa sustancia factible; la revista de una forma individual, la saque de su estado potencial y caótico, la traiga al tiempo, torne lo posible en positivo. El producto de esa actuación, la consecuencia de esas dos premisas, lo individualizado, lo positivo, es el *hecho*: bien á las claras el nombre mismo lo manifiesta. La acción informadora de la actividad de los seres sobre su propia esencia, y la producción incesante de hechos ó estados temporales, que es su resultante, constituye la vida. No hay hecho, no hay fenómeno, no hay estado, sino mediante la conjunción de aquellos dos elementos: así, la actividad vegetal despliega la virtualidad latente en la semilla, y se forma el árbol, que es un hecho, una vivificación, una individualización temporal de la especie botánica á que pertenece: la actividad del árbol, obrando sobre sus propias facultades, dadas en él como posibilidades, crea flores y

frutos, que son también hechos, obras, productos: la actividad del espíritu, obrando sobre las propiedades ó esencias particulares que lo constituyen, verbigracia, sobre el derecho, que es una de ellas, lo determina, lo concreta, lo hace real, engendrando un acto de ocupación, una permuta de cosas ocupadas, una defensa de la propia vida, la protección de un menor, un testamento, una asociación, una ley, un tratado, el juicio de un hecho, la reparación de una injusticia, que son determinaciones ó vivificaciones del derecho esencial: obrando la propia actividad jurídica del espíritu sobre ese testamento, sobre ese tratado, sobre esa ley, sobre esa sentencia, propuestas á su vez como planes ó posibilidades al sujeto racional, les da cumplimiento, produciendo nuevos hechos de derecho. Y así como no hay hecho sin la conjunción de aquellos dos factores, esencia y actividad, tampoco cabe esa su conjunción sino en tanto que forman parte de un mismo y solo ser: el sujeto activo sólo puede actuar sobre su propia substancia: con la actividad de un árbol no fructifica otro; con la actividad sana de un hombre ó de un pueblo, no vive la vida regular del derecho ó de la política otro pueblo. No es factible para ningún ser sino lo que cae dentro de su esfera de acción; y no está en la esfera de acción de ningún ser sino lo que el ser mismo es. Por esto, todo hecho es como el vivo retrato del ser de quien procede. Todo lo ha de hacer el sujeto por sí y con sus propios medios: los hechos normales y la curación. Caben influjos de fuera; determinaciones, nunca. Cabe injertar una rama en las ramas de un árbol distinto; cabe infundir en el espíritu de un hombre principios de derecho que no hayan nacido en él; pero ni la rama producirá frutos, ni los principios inoculados se traducirán en hechos, mientras no se hayan transustanciado en el ser, árbol ú hombre, mientras el ser no se los haya apropiado, asimilado, y hecho carne de su carne. Ya veremos en otra ocasión cuán importantes aplicaciones recibe este principio en el cultivo y la terapéutica de la costumbre.

Según lo expuesto, lo posible y lo positivo son términos

relativos, ó mejor, hay grados y transiciones de uno á otro, caben términos compuestos, caben principios en parte hechos y en parte por hacer ó factibles. Tendremos, pues, que distinguir *hechos de derecho esencial* y *hechos de derecho positivo*, v. gr., hechos “*praeter legem*” ó “*contra legem*”, y hechos “*secundum legem*” Así, por ejemplo, la sentencia de un Tribunal es un hecho según derecho positivo, porque los Tribunales están obligados á dictar sus sentencias de conformidad con las leyes y la jurisprudencia estatuida, y si de ellas se apartan, la sentencia es nula; el laudo ó sentencia arbitral es, ordinariamente, un hecho de equidad, ó sea de derecho esencial ó eterno, porque los amigables componedores, nombrados por las partes contendientes, no están obligados á conocer las leyes ó las costumbres recibidas, ni menos á regir por ellas su juicio, y son libres de no atenerse á más que al dictado de la sana razón, y de conocer y decidir el asunto “sin sujeción á formas legales, y según su leal saber y entender”, como dice la ley procesal española; que, por esto, recomendaba Aristóteles á los particulares que sometieran sus controversias al juicio de árbitros, en vez de deducirlas ante los Tribunales de justicia; y por eso mismo, al revés de Aristóteles, mostró Séneca predilección por el juez oficial, cuya sentencia, ligada al texto de la ley, presta, á su modo de ver, más garantías de acierto y de imparcialidad que la libre decisión de un árbitro ó componedor (1).—

(1). “Es propio de hombres razonables recurrir á un árbitro antes que á un Juez, porque el primero no atiende sino á la *justicia*, mientras que el Juez mira solamente á la *ley*: el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad (Aristót., *Rhetór.*, libro I, cap. 13, apud Grocio, *De jure belli ac pacis*)”. “Cuantos objetos caen bajo la esfera del conocer, pueden hallarse previstos en la ley, y no dejar al Juez una libertad ilimitada. Por esto, el éxito de una buena causa parece asegurarse más si se confía á un Juez que si se confía á un árbitro, porque aquél no puede salirse de los límites que le traza una fórmula definida de derecho, mientras que la conciencia de éste está libre de toda traba, puede añadir y quitar, y dictar su fallo, no según las prescripciones de la ley y de la *justicia*, sino según los impulsos de la *humanidad* y de la *misericordia*” (Séneca, *De benef.*, libro III, cap. 7.º, ed. Nisard). En la antigüedad, recomienda también el arbitraje Platón (*Las leyes*, libro VI, ed. de Azcárate, tomo IX, p. 284) y San Pablo (*I ad Corinth.*, VI).

En cierta ocasión, Plinio el Joven hubo de constituirse con dos amigos en consejo arbitral, á fin de averiguar quién tenía razón, si Curiano que se querellaba, ó su madre que lo había desheredado, transfiriendo todo su caudal á Plinio mismo y á otras varias personas: la sentencia que dictaron, y su cumplimiento por los herederos, hechos eran de derecho natural, de derecho eterno, porque no supeditaron su juicio á regla ninguna donde ese derecho se hubiera hecho antes positivo: si Curiano hubiese llevado adelante la demanda intentada contra los coherederos de Plinio, la sentencia de los centumviros hubiera sido de derecho positivo, porque á los centumviros no les era lícito guiarse por puras apreciaciones de equidad, sino por la ley escrita.—Otro ejemplo. Cuando antes de 1856 se litigaba sobre un caso de violación de bloqueo, y el presunto infractor alegaba en su descargo que no era justo ni equitativo considerarlo como tal, no habiéndose hecho efectivo tal bloqueo, esto es, no habiendo estado sostenido con fuerza suficiente para impedir el acceso del enemigo al litoral, el principio de justicia referente á aquel estado de cosas se hacía positivo, se determinaba directamente, sin pasar por el intermedio de ninguna declaración ni regla positiva: realizábase un hecho de equidad, un hecho de derecho esencial; pero después del Tratado de París de 16 de Abril de 1856, no sería menester acudir á principios absolutos de justicia, sino á los términos de la declaración en él contenida, y tendríamos un hecho de derecho positivo, un hecho según ley, ya que verdadera ley contractual es todo tratado: si el infractor se defendiese ahora alegando que el bloqueo, si bien efectivo, no había sido notificado á los neutrales, la absolución sería también hecho de derecho positivo, porque se ha introducido por costumbre que así se practique, y la costumbre es derecho positivo.— Cuando las naciones del Norte de Europa, aliadas contra Inglaterra en el siglo pasado, convinieron por vez primera en sus Tratados que los efectos pertenecientes á los súbditos de las potencias beligerantes, transportados en buques neutrales, fuesen libres, se pronunciaron contra la costumbre.

universalmente recibida hasta entonces, y que continuó rigiendo largo tiempo después, según la cual "el pabellón no cubre la mercancía", escucharon tan sólo las inspiraciones de su conciencia, hicieron positivo (*hecho*) un principio de razón, un principio de derecho racional ó esencial: en nuestro siglo, ese hecho se ha reproducido, ha causado estado, se ha formado costumbre en ese sentido, tan distinto del de la antigua, esa costumbre ha recibido solemne consagración por parte de las potencias signatarias del Tratado de París, y ya el hecho de respetar la mercancía neutral protegida por pabellón enemigo, y la mercancía enemiga cubierta por bandera neutral, no hace sino obedecer aquel acuerdo: es un hecho según derecho positivo.

No quisiera que esta distinción indujese á error. Porque, en rigor, todos son hechos de derecho absoluto ó esencial; en todos entran estos dos elementos: una relación individual de derecho (la finalidad, el *qué*), y un plan de conducta (el procedimiento, el *cómo*); sólo que en el un caso, este plan, esta regla individual, para obrar el hecho, tiene que deducirla el actor directamente del derecho absoluto, inmanente en la conciencia; y en el otro caso, de una regla positiva, costumbre ó ley, dada con anterioridad al hecho. No sería, pues, lícito decir que, en el caso del "hecho de derecho positivo" (hecho según ley, según costumbre, según contrato, etc.), existe una doble relación, del derecho ideal á la regla positiva, de la regla positiva al hecho y en el caso del "hecho de derecho natural ó absoluto", una relación única; del derecho natural ó equidad al hecho: la relación es una sola siempre, y siempre directa,—del derecho natural al hecho,—establecida por el propio sujeto para quien es, sin otra diferencia sino que éste determina su actividad en la dirección que encuentra ya trazada, y que él acepta y hace propia, individualizándola, en el primer caso, y según una dirección nueva que él originalmente se abre, por no existir otra ó no convenir á sus fines la existente, en el segundo. Así, por ejemplo, era uso general entre las naciones, ya antes de este siglo, la extradición de delincuentes: multitud de

tratados han convertido en ley esa costumbre: un hecho de extradición, concreta, individualiza, vivifica, hace práctica aquella regla general consuetudinaria, ó esas leyes contractuales, también generales. El primer hecho que encabezó la serie y en quien primeramente encarnó la regla, no tuvo modelo práctico que imitar ni precedente que seguir; para producirlo, fué menester todo un proceso lógico reflexivo, ejecutar cuantas funciones constituyen el acto del pensar, al efecto de inquirir en la conciencia la razón de aquella necesidad que por primera vez se sentía ó que por primera vez se trataba de satisfacer, y la forma práctica de llevarlo á cabo. Así pasó á ser hecho el principio absoluto de razón que informa las extradiciones, y que hoy constituye una institución de derecho positivo. Mas adviértase que todo el proceso intelectual y toda la serie de peticiones, comprobantes, rectificaciones, concesiones y mutuo acuerdo que fueron menester para realizar ese primer hecho, cuando no existía regla positiva, son también necesarios ahora que la hay, porque esta regla es, por decirlo así, teórica, no abraza los casos particulares sino en potencia; para cada uno hay que especificarla en un acuerdo, que es decir, en una ley individual, aplicable sólo al hecho que ha promovido la interpretación y la aplicación significada en ella. Un hecho de extradición, ahora como antes, hace efectivo el principio absoluto, ideal, de la extradición; sólo que, ahora, existe una regla positiva que lo declara obligatorio, y señala medios y procedimientos para ejecutarlo: el tipo, el modelo, la regla individual para cada hecho, se sacaba antes de la regla absoluta, natural, eterna, inmanente en nuestro espíritu; en la actualidad, de la regla positiva general (costumbre ó tratado), que es una traducción viva de aquella regla eterna. Para el uno como para el otro hecho, el actor ha de erigirse en legislador, ha de dar regla, *ley individual*, á su actividad, sea que interprete é individualice la regla eterna que encuentra en su razón, sea que interprete é individualice la regla positiva dada para una serie de relaciones particulares, cada una de las cuales supone una diferente apropiación. A todo hecho, según ley

ó según costumbre, precede siempre un juicio individual de esa costumbre ó de esa ley, un cotejo previo de ella con los principios de razón, y la consiguiente adhesión á ella por parte del sujeto actor; por donde el hecho, en última instancia, viene á ser siempre hecho de derecho natural, hecho de derecho absoluto. Y he aquí por qué, reaccionando el hecho sobre la regla positiva, influye poderosamente en su vida, promueve y ayuda su desarrollo, la transforma, y en suma, la hace más positiva. De este principio dimana la doctrina de la "costumbre según ley", no menos real y legítima que la "contra ley" y "fuera de ley", según en otra ocasión tendré lugar de notar.

Si, pues, todo hecho jurídico es una como concreción temporal del derecho eterno, hecho y derecho han de ser de una misma naturaleza; el contenido del hecho ha de ser todo él jurídico; la materia, el fondo sustancial del derecho positivo, ha de ser todo derecho natural, y no ha de tener de más aquél sobre éste sino la forma, la limitación cuantitativa, regulada por el estado histórico de cada hombre ó de cada pueblo, de cada momento ó de cada siglo; en una palabra, que el *jus-jussum*, el derecho actual, positivo,—reglas y hechos—ha de ser idéntico al *jus-jubendum*, al derecho ideal, absoluto, posible, eterno; si no coincidiesen, el supuesto derecho positivo no sería tal *jus*, sino *in-jus*, injuria, injusticia (1). Repárese que tomo como sinónimos derecho positivo ó histórico, y hecho (*lato sensu*): que debajo de este mismo nombre, comprendo las leyes ó costumbres y los hechos causados por virtud de ellas, porque si, respecto de los hechos y relaciones individuales, la ley es regla ideal que los encierra todos dentro de sí por modo virtual,—enfrente del derecho racional y eterno, no es á su vez la ley sino como un hecho mayor. Por esto, ante los Tribunales de una nación, las leyes y costumbres extranjeras son consideradas como

(1) No puedo hacer aquí sino apuntar esta relación de identidad entre el derecho natural y el positivo ó histórico, sobre la cual andan aún tan discordes los filósofos y los jurisconsultos. He discutido este problema en *La Vida del Derecho*, §§ 14 y 15.

hechos, y cuando un litigante las invoca, tiene que probar su existencia en la forma misma que la de un hecho ordinario cualquiera (1). Por esto, se nos ofreció con tanta frecuencia el caso de que varios individuos ó naciones ejecuten simultáneamente un mismo é idéntico hecho, unos, sin otra pauta que la del derecho absoluto, por no existir disposición ó regla positiva, ó serles ignorada; otros, según ley, costumbre ó tratado, sin atender directamente al principio de equidad ó de derecho absoluto en que tal ley está basada. Por esto también, decimos que un hecho infringe la regla positiva, en cuanto esa regla es en su fondo de derecho natural ó absoluto, y se acomoda á las condiciones históricas de la sociedad ó del individuo sobre quienes impera, porque entonces, al infringir la ley, niega y conculca juntamente la eterna razón que la funda y sustenta: si la ley positiva es injusta ó contraria á ese derecho eterno, no puede ser justo el hecho sino desviándose de ella, produciéndose como hecho contra ley: si es injusto el hecho, la ley no puede ser justa sino desconociéndolo y provocando su rectificación. Y he aquí la raíz de una doble doctrina á que no suele concederse la debida importancia, y que trataremos en otro lugar, á saber: 1.º, eficacia de la "costumbre contra ley"; legitimidad del "incumplimiento" y del "desuso" 2.º, cultivo y corrección de la costumbre. Por supuesto, no ha de confundirse el hecho en que se niega el derecho, el hecho injusto, con los efectos que nacen de su consumación: un hecho de incesto, por ejemplo, ó de poligamia, es, entre nosotros, hecho contra derecho y contra ley, y la ley lo prohíbe, y lo persigue, y lo anula; pero hay países donde una ley antijurídica, injusta, pero arraigada en las entrañas de la sociedad, lo autoriza y legitima á título de matrimonio, y si consumado bajo el imperio de tales circunstancias, hubiera de hacer valer sus efectos ante los Tribunales de justicia de nuestro país, no sería á éstos lícito el desconocerlos y anularlos, por

(1) Foelix, *Tratado de derecho internacional privado*, título preliminar, cap. III, § 18, Pinheiro-Ferreira, *Notas á Martens*, t. I, § 49.

más que no prestasen su sanción al hecho mismo, considerado en su raíz, rindiendo acatamiento á la inmoral teoría del hecho consumado.

Una observación para terminar. El fin supremo de todo ser es *vivificar su esencia*, ó hablando en el estilo categórico de los filósofos, hacer actual su virtualidad, lo que el ser mismo es en potencia, hacer efectivas sus facultades, lo que él es como factible, hacer sensible, temporal, lo suprasensible y eterno que lo constituye;—en el lenguaje figurado de la poesía, diríamos que el fin de los seres es vivir, y vivir un ser es definir su naturaleza, encarnar, dar un cuerpo, hacer palpable, visible, la impalpable é invisible esencia que constituye nuestro ser, compuesta de puras ideas sustanciales, traducirlas al exterior, cristalizarlas en el tiempo, desplegar todo ese contenido en rica eflorescencia de obras de arte, de actos de virtud, de leyes, de verdades y doctrinas científicas, de productos industriales. Según acabamos de ver, esa encarnación de las esencias constitutivas del ser, se efectúa mediante hechos: los hechos ó estados del ser son la esencia misma vivificada, la esencia *hecha*, positiva, realizada (hecha real). Por consecuencia de esto, habrá que considerar en todo hecho un doble aspecto, sustantivo y expresivo: primero, con relación á un fin racional, será el hecho la cristalización, la realización de una esencia, ó de otro modo, el cumplimiento de ese fin, ya que por “fin” entendemos aquello que ha de ser hecho, esto es, nuestras propias esencias, eso mismo que somos y que en la vida vamos realizando: segundo, con relación á un estado interior del ser, es signo material que lo da á conocer, según discretamente lo declaran multitud de populares adagios: por los frutos se conoce el árbol; las obras dicen quién es cada uno; y otros. Es, pues, el hecho un medio práctico y á la vez un medio docente: un medio de cumplir el ser sus fines, y un medio de significarlos en la convivencia social. En el primer sentido, el hecho tiene propio valor y sustantividad; en el segundo, es signo con que reconocemos un estado histórico de la conciencia individual ó social, sus necesidades, sus aspi-

raciones, y la regla consuetudinaria que crea para acudir á ellas. Esta propiedad del hecho hace posible, de un lado, el arte de la legislación, y de otro, la ciencia del derecho consuetudinario.

Así conocido el hecho en su unidad, analicemos sus elementos constitutivos y los elementos de su vida:

- a) Su materia (*derecho*).
- b) La actividad jurídica que la informa (*sujeto*).
- c) Su realización, ó sea, la acción del sujeto activo sobre la materia jurídica.

CAPITULO PRIMERO

EL DERECHO

2. La etimología del vocablo Derecho no declara la naturaleza de éste.—Si consultamos al sentido común de nuestro pueblo acerca del significado de la palabra *derecho*, nos contestará metafóricamente por una contraposición de la palabra *tuerto* ó torcido, dándonos á entender que, para él, la justicia es aquello que se dirige á un fin, é injusticia lo que se desvía de él. Late este pensamiento en multitud de adagios populares, cuyo mecanismo no reconoce otro fundamento que la antítesis de aquellos dos vocablos: *Derecho* apurado, *tuerto* atornado (Summum jus, summa injuria): Con estos *derechos*, nacen los cohombros *retuertos*: Quien da parte de sus cohechos, de sus *tuertos* hace *derechos*: Siete hermanos en un concejo, á las veces juzgan *tuerto*, á las veces *derecho*: El leño *tuerto*, con fuego se hace *derecho*: A las veces, con *tuerto* hace el hombre *derecho*: Con un poco de *tuerto*, llega el hombre á su *derecho*: A *torto* e a *direito*, nossa casa ate ao tecto,—ó como dice el eúskaro: *arret zarret*, gura echea goradec. En igual forma de expresión, refléjase ese mismo concepto en la epopeya popular de los españoles: A *derecho* nos valed, á ningún *tuerto* no (poemá de “Mio Cid”, v. 3577): Que reciba *derecho* de ynfantes de Carrión,—Grand *tuerto* le han tenido, sabemoslo todos nos... Todos meted y mientes, ca sodes conoscedores,—Por esco-

ger el *derecho*, ca *tuerto* non mando yo (Ibid., v. 3144, 3149.) Y palpita, de igual modo que en las lenguas peninsulares, en las demás aryas: *diritto-torto*, *droit-tort*, *right-wrong*, etcétera, significando, no sólo lo justo y lo injusto, sino también lo verdadero y lo falso, lo racional y lo irracional.

Es caso original, y que muestra cómo se desarrollan paralelamente, y recíprocamente se influyen el pensamiento y el lenguaje, la ciencia y el saber común, ver acogido ese concepto que brotó de una etimología elementalísima, por científicos de tanta nota como Ahrens, R. Conforti y Pictet, que lo trasladaron á sus obras casi sin discutirlo. "Si consultamos las lenguas de los pueblos civilizados (dice el primero), en las cuales, las nociones relativas á la vida suelen expresarse bajo un aspecto culminante, vemos que la palabra *derecho* significa generalmente la *dirección* de una acción ó de una cosa hacia un objeto determinado... Derecho es lo que va directamente al fin. El genio de los pueblos que han adoptado esta palabra, ha querido evidentemente indicar con ella, que lo que es derecho ó justo está en las relaciones más inmediatas y convenientes con los seres ú objetos sobre que versa; que una acción es justa cuando es adecuada á toda la situación de un ser, que es una condición de su existencia ó de su desarrollo, y acaso, al mismo tiempo, que lo que es derecho debe hacerse sin más consideración que la de la cosa misma, ó que una acción, para ser conforme á la justicia, debe dirigirse inmediatamente á su objeto, como la línea recta, que es el camino más corto de un punto á otro" (1). "Con estas palabras, dice el segundo, las lenguas modernas quieren referir la justicia á un origen racional y anterior á las leyes positivas, toda vez que *rectum* expresa lo que va derechamente al fin, lo que debe hacerse sin otra consideración que la de la cosa misma" (2). "En las lenguas aryas, dice el tercero, como en otras muchas, las nociones de justi-

(1) *Curso de derecho natural*, 15, ed. española de Rodríguez Hortelano y Asensi, pág. 88.

(2) Notas á la *Historia de la Filosofía del Derecho*, de Stáhl, ed. italiana.

cia y verdad se enlazan á la de rectitud, considerándose la línea recta como símbolo del bien" (1).

Nada de esto es exacto: no alambicaron tanto los conceptos, para crear las palabras, los pueblos que primeramente usaron la que estamos ahora analizando. Etimológicamente considerado, expresa el derecho una *relación* exterior, una relación social, cual es la de *gobierno*. No se dejó prender, como Ahrens, en el lazo de la etimología popular, el autor del título preliminar del Fuero Juzgo, cuando escribió en la ley 7.^a lo siguiente: "*Reges a regendo vocati vunt... Recté faciendó, regis nomen benigne tenetur... unde et apud veteres tale erat proverbium: rex eris-si recté facis; si autem non facis, non eris.*"—Mucho antes de la dispersión, la familia arya era nómada, y su principal y casi única riqueza, el ganado. Poseía su vocabulario, en común con el semítico, una raíz antiquísima, RJ, que en sus orígenes hubo de significar "*guiar*, conducir, llevar hacia adelante el ganado ó ir delante del ganado." Por una traslación de sentido, por demás llana y obvia, el vocablo que servía para denotar la idea de guiar ó dirigir el ganado, hubo de aplicarse á significar la idea de guiar ó gobernar una familia ó una tribu, ir delante, ser el primero. Así es como en todas las lenguas semíticas encontramos aquella raíz especificada en dos vocablos principales, uno que significa "apacentar" (*ra'há*), y otro que significa "rey" (*ro'hé*); así también, en las lenguas aryas, esa misma raíz se explaya en dilatada familia de dicciones que giran en derredor de esas mismas ideas: ser el primero; caminar delante, en dirección recta, y por extensión, caminar; regir ó dirigir, ser príncipe ó jefe; derecho; rectitud. La aproximación de ideas que estos diferentes significados envuelven (apacentar-reinar; caminar-dirigir; primero-rey; rectitud-derecho), se hace notar en otras muchas raíces de las lenguas aryas, y viene á corroborar la que en hipótesis atribuimos á la raíz *rj*. Así, en griego, una misma palabra

(1) *Los orígenes indo-europeos*, 2.^a ed. francesa, 1875.

significa pasto y ley (1); y todavía Homero aplica al rey este pintoresco calificativo: «πομπήλαων, pastor de pueblos.» En islandés, es idéntica la raíz de redil y de derecho (2). En bretón ó armoricano, una misma raíz denota la idea de enfrente, todo derecho, y ley ó costumbre jurídica: el welsh y el irlandés, poseen una misma raíz que, en aquél significa marchar, y en éste, derecho (3). En sanscrito védico, las dos ideas de carrera y de ley se juntan en un común vocablo (4). Otra dicción griega vale como principio, caminar, y como principado, imperio (5). Una raíz sanscrita, gótica y céltica, denota ir delante, y señor ó soberano (6). En eúskaro, en persa y en germano, se expresa la idea de jefe, rey, por medio

(1) Del verbo εμω, usado por Homero en sentido de apacentar, distribuir, dispensar, salen: νομός, pasto, prado, distrito; νόμος, porción ó propiedad que se posee en virtud de una distribución; uso, costumbre, ley; νομῆός, pastor (de donde nómades, nómidas, etc.)

(2) *Rell*, redil público, *rettr*, justo.

(3) En bretón, *rag*, significa enfrente, de donde *raktal* y *ragenep*, directamente, todo derecho; *reiz* y *reic'h*, derecho, ley; *rhy*, príncipe, rico, poderoso.—El welsh *hert*, bretón *herz*, significan caminar, marchar; en irlandés, *ceart*, es justo, bueno; *ceartas*, justicia, equidad, derecho, y también *coire*, *coiraid*, *coireach*, justicia, justo, antiguamente *coru*, más justo. De aquí, tomó acaso nombre nuestro río *Coura*, cuya corriente hubo de servir de ordalia en el procedimiento judicial de los lusitanos, según permite conjeturarlo el monumento que le erigieron en Lamas de Moledo los Jueces ó Magistrados de Cailóbrica. La ordalia ó prueba por inmersión en agua fría, parece haber estado en uso entre los primitivos Aryos; pues se la encuentra así en el Código de Manú como en los Códigos europeos de la Edad Media.

(4) El sanscrito *evā*, carrera, en plural, usos, costumbres. En idéntico caso está *yāna*, también sanscrito, que significa marcha ó carrera (de *yā*, ir) y al mismo tiempo, costumbre, uso.

(5) *Αρχή*, principio, lo que va delante; principado, imperio, honor, *ἀρχω*, soy principio y origen, principiar, *ἀρχομαι*, caminar, principiar; *ἄρχωμαι*, adelantarse; palabras de estirpe idéntica á la de *αρχός*, rey, etc.

(6) La raíz sanscrita *pur*, ir delante; *purā*, delante; *pūrva*, anterior; gótico *faur faura*; alemán antiguo, *furi*, delante; zend, *paourvya*, primero. De aquí el sanscrito, *puri*, rey, soberano; *puraētor* (prae-itor), jefe; escandinavo, *fru*; gótico, *frauja*, señor; latín, *prócer*; cymrico, *por*, soberano, señor; celto-hispano, *porc* ó *porj*, con el artículo posesitivo, *porc-om* (cf., *ric-om*), que se lee en la inscripción de Lamas citada (Hübner, *Corpus inscript. Hisp. lat.*, n. 416), de donde el *prozom*, provenzal, el *prozdom* y *produm* de la Canción de Roland, el *prohom*, catalán, convertidos más tarde, por vía de asimilación, dado ya al olvido el significado primordial, en *prudhomme* y *prohombre*, como en la Edad Media, al latinizarlo, en *probus homo*, de donde pasó á ser *bonus homo*. En la inscripción lusitana está por Magistrado, pero se

de una raíz que subsiste en sanscrito con valor de caminar, ir, carrera, uso, y en cymrico con el de derecho y justicia (1).

Volviendo á la raíz aryo-semítica RJ, y descartando de ella las ideas materiales (dirección recta ó al frente; caminar; apacentar), para fijarnos tan sólo en las ideas morales que en ella se envuelven, la vemos bifurcarse en dos conceptos cardinales; 1.º, el concepto de jefe, rey, juez, el que dirige, el que dice el derecho; 2.º, el concepto de orden, regla, ley, juicio, costumbre. En la primera acepción, la raíz se mantiene formalmente una en todas las lenguas derivadas de la matriz arya: Sanscrito *rāj*, *rājá*; *rāgam*, rey, *rāgnī*, reina, *rāgya*, reino; Zend, *rju*, regir; Griego, ἀρχός, ἀρχου, ἀρχιτης, príncipe, jefe, rey; Latín, *rex*; *regina*, *regnum*; Irlandés antiguo, *ri*, *rig*, moderno *righ*, *riogh*, rey, *raicneach*, reina; Cymrico, *rhy*, *rhuy*, jefe; Galo y celto-hispánico, *rix* y *rig* (2); Croata y albanés (lengua *chkipa*), *rigæ*; Gótico y germánico, *reiks*, jefe, *riki*, rico, poderoso, reino; Escandinavo, *riker*, *riki*; Anglosajón, *ric*, *rici*; Alemán moderno, *richter*, juez; Lenguas románicas, *rey*, *regidor*, *ré*, *roi*, *reine*, etc., de procedencia latina, y *ric-om* (el jefe ó príncipe), más tarde convertido por un error de etimología, en "rico ome" y "rich homme," de procedencia céltica.

En su segunda acepción, la primitiva raíz RJ ha revestido

añade un calificativo determinante: *porcom-jueas*, príncipe de la justicia; son los *brèhon* de Irlanda, que en la Edad Media escribieron el antiguo derecho céltico, que se conservaba únicamente en la tradición oral, formando la colección llamada *Brehon-law*: son nuestros *bonos hombres*, ó sea, los *prohomios*, los Jueces populares de las bebetrias, que en los primeros siglos de la Reconquista, recogieron en los fueros las tradiciones jurídicas de los celto-hispanos.

(1) Eúscaro, *jauna*; persa, *khān*; alemán, *konig*; inglés, *king*, etc., son vocablos á todas luces emparentados con una raíz sanscrita citada anteriormente, *yā*, caminar, de donde *yāna*, carrera, y uso ó costumbre; y con los cymricos, *iawn*, derecho, justo, equitativo; *iawnder*, justicia, etc.

(2) Sirvan de ejemplo los nombres propios *Dubno-rix*, *Dumno-rix*, *Vercingeto-rix*, y tantos otros de idéntica terminación que se leen en J. César, y el *Ammune-rigio*, que figura en una lápida hispana, hallada en Calderuela, á cuatro leguas de Soria (Hübner, *ob. cit.*, n. 2834). Cf. la terminación visigótica de *Teodo-rico*, *Eu-rico*, *Ala-rico*, etc.; germánica, *Chilpe-rich*, *Hein-rich*, *Fried-rich*, etc.

dos formas, principalmente:—1.^a **zendo-ibérica**; Zend, *eres* ó *erez*, derecho, justo, *aretha*, lo que va derecho, justicia (cf. *αρετη*); Eúsvaro, *arret*, lo no torcido, regla; ley, *artesa*, dirigir; el Erse é irlandés *c-eart*, derecho, ¿se refiere á este tipo, ó más bien al sanscrito *krtya*?—2.^a **indo-europea**; Sanscrito, *rgûta*, rectitud, honradez, *rgûyu*, honrado; Zend, *rasa*, regla; Persa moderno, *rastah*, regla, costumbre, *râstê*, justicia, *ragah*, orden; Griego, ὀρθός, *rectus*, ὀρθῶ, *porrigere*; Latín, *rectum*, *directum*, *regula*, *rectio*; Céltico, bretón, *reiz*, *reic'h*; Irlandés antiguo, *rect*, moderno, *reacht*, ley; Cymrico, *rhaith*, derecho, ley; Germánico, islandés, *rettr*, meso-gótico *raihths*, anglo-sajón *riht*, inglés *right*, alto-alemán ant. *reht*, moderno *recht*, diñamarqués *ret*; Románicas, *derecho*, *dirêito*, *dritto*, *droit*, *dret*.

Estas últimas formas solicitan nuestra atención, por un doble motivo: 1.^o Las lenguas neo-latinas desecharon, ó poco menos, la palabra por excelencia nacional de los romanos, *jus*. 2.^o En cambio, gustaron de otra que usó raras veces Roma como equivalente de justicia, *rectum*, dándole un giro diverso, no desconocido del todo en la literatura latina, *directum* (1). La adopción de *rectum* se explica perfectamente por lo que precede: esa palabra no era tan exótica como el nombre *jus* á las naciones subyugadas á Roma ó á la cultura romana, pues formaba parte de los diccionarios germánicos y célticos, y había cobrado en ellos la misma fuerza y determinación que la palabra *jus* en el Diccionario latino.

(1) He aquí algunos ejemplos: "Populum romanum neque *recte* neque pro bono facturum, si ab jure gentium sese prohibuerit (Sall., *Bell. jugurt.*, 25): *Recte ac merito sociorum innocentiam miseria commovebamur* (Cic., *in Verr.*, 2, 7): *Non recte* vincitus est (Terentio, *Andr.*, 5, 4): *Mens recta* conscii (Ovid., *Fast.*, 4, 311): *Phoenices eo directius* gubernant (Cic., *Acad.*, 4, 20): *Directo* agere cum aliquo (Paulo, *Digesto*, 9, 4, 26): *Nec refert directa* quis an utili *actione* agat (Ibid., 3, 5, 46)." La poca frecuencia de su uso, la falta de cultivo, fué causa de que no llegara á despojarse de su pristina vaguedad, y á conerretarse su significado jurídico. Cuán indefinido haya sido el uso de este vocablo en Roma, pruébalo más y más el texto siguiente: "*Rectum* est quod cum virtute et officio fit; id dividitur in prudentiam, justiam, fortitudinem, molestiam... (Auct. ad Herenn., 3, 2)."

No es tan fácil explicar la adición del prefijo *di* en las lenguas neo-latinas, pues no acabo de persuadirme que la palabra *derecho* haya brotado tan expeditamente del participio *directum*, sin que nada nos dé razón de ese fenómeno. Hay en las lenguas aryas dos raíces, DH y DHR con significación de estabilidad, firmeza, establecimiento, de donde se han originado en sanscrito *dhârá*, costumbre, uso, *dha* y *dharma*, ley, justicia, orden, moralidad; en zend *dâô* y *dâta*, persa *dâd*, lo establecido; en griego, $\delta\acute{\epsilon}\mu\iota$; y $\delta\acute{\epsilon}\tau\mu\omicron\varsigma$, ley, derecho, justicia; lituano, *derėti* (deru), obligación; en irlandés antiguo, *dir*, moderno, *dior*, justo, ley; en cymrico *dir*, certidumbre, verdadero, necesario. Ahora bien; ¿sería costumbre agultinar una á otra las dos raíces, como se observa en multitud de sinónimos de la justicia, v. gr. en el sanscrito *pra-deca*, institución; en el zend *fra-dia*, ordenar; en el meso-gótico de Ulfilas *garaihts*, lo recto; en el alemán moderno *gericht*, juicio, tribunal, y en el mismo celta-irlandés *diorach*, *direach* justo, legal, vocablo compuesto, ¿á mi entender, de *dir* y *rech*? En tal caso, se explicaría la adopción de *directum*, en lugar de *rectum*, por las mismas razones que dieron preferencia á *rectum* sobre *jus*.

Hemos sorprendido en el instante de su formación al vocablo *derecho*, y sin embargo, nada hemos descubierto acerca de su naturaleza. El derecho es un principio de gobierno, de dirección; pero ¿en virtud de qué, dirige y gobierna el derecho? El problema ha mudado de forma, pero no se ha resuelto. Todavía menos explícita que la raíz *rj*, es la de *dhr*, que entra acaso en composición con ella para formar la de *derecho*. ¿Serán, por ventura, más significativos los nombres que recibió de los pueblos helénicos y latinos la categoría moral de la justicia? De la raíz $\delta\iota\kappa$ se derivaron los vocablos griegos $\delta\iota\kappa\eta$, derecho, $\delta\iota\kappa\alpha\iota\sigma\tau\iota\varsigma$, juicio $\delta\iota\kappa\alpha\sigma\tau\eta\varsigma$, juez, etc.: el sentido originario de esta raíz lo patentizan multitud de verbos, griego $\delta\epsilon\lambda\epsilon\upsilon\upsilon\omicron\mu\iota$, mostrar, sanscrito *dic*, indicar, ordenar (de donde *dic*, precepto, *déca*, ordenanza, institución); gótico *teihan*, indicar, anunciar (de donde el anglo-sajón *tihian*, juzgar, estatuir, *tihite*, acusa

ción); latín, *in-dicare* (cf., *ju-dicare*, *ju-dex*, *digitus*, etc.); irlandés *dítim* (por *dictim*), acusar, condenar. El nombre histórico de la justicia de Grecia, significa, pues, lo que dirige, lo que muestra el camino, lo que dice aquello que se ha de hacer: tampoco penetra en su naturaleza; lo designa por uno de sus efectos, común á la religión, á la ética y á la ciencia (1). ¿Y el nombre latino *jus*? Son innumerables las afinidades, parentescos y relaciones que le han señalado los jurisconsultos en el diccionario del pueblo-rey: ya le buscaron aboñengo en el verbo *juvare*, ya lo hicieron fraternizar con *jugum*, ya remontaron su origen á *Jovis* y *Iowah* ó *Jehovah*, como Vico, ya lo aproximaron á *jubere* y á *jussum*; partiendo ingeniosamente, como hizo el insigne F. Suárez, esta última palabra, para obligarle á confesar *Jus sum* (2). Kuhn y Pictet han puesto su vasto saber al servicio de este problema, y creído hallar que *jus* podría referirse á la salutación védica *yôs* (*çam* y *s!*), reposo, salud, porque, á su juicio, son afines las ideas de derecho y de salud. No pienso que sea esa la procedencia del vocablo latino, ni me parece difícil adivinar su verdadero tronque: tanto *jus* como *jungere*, *jugum*, *jubere*, *jussum*, *juxta* y otros vocablos latinos, como el sanscrito *yu*=*yuñg*, enlazar, unir; el bretón *gwir*, derecho, equidad, y *gwirion*, justô, equitativo, libertades; el adjetivo irlandés *uisse*, justo, *uisiu*, más justo, y acaso el celto-lusitano *ueas* ó *joueas* (3), reconocen un

(1) Acaso responde á esta misma idea la voz ῥήτρα, discurso, opinión, palabra y ley, artículo de una ley ó de un tratado, convención, etcétera, v. gr. εὐθετα: ῥήτραι, sabia constitución, que se lee en Tirteo; αὐτοῦργου ῥήτραι, las leyes de Licurgo, etc. Es difícil adivinar si ha de referirse esta palabra á la raíz arya *rj* (*râj*, *rectum*, etc.), suprimida la gutural y alargada la vocal que le antecede, como parece haber sucedido en el zéndico *râtu*, razón, jefe.

(2) En su *Tractatus de legibus*. En igual error ha incidido recientemente un filólogo de nota. (Seb. Zehetmayt., *Lexicon latino-sanscritum comparativum*, 1873, v.º *jus*.) Dice: *jusso*=*jus-so*, *jus-eso* (*as-mi*=*s-um*).

(3) Léase ese vocablo en la inscripción citada de Lamas de Moledo (Portugal), la cual dice así: "*Rufin el Tiro scripserunt. Leamni Cori doenti Anucom Lamaticon Crouceai macareai coi Petramio et Adomâ porcomioveas caeilobricoi.*" Léase *porcom-joueas* ó *porcomio-ueas*, ha

ascendiente común en una raíz arya, que vale tanto como lazo, ligamen, lo que une y la unión misma. Los romanos gustaban de aproximar las dos nociones *jura* y *jussa*, y alguna vez usaron como sinónimos esos dos vocablos, ó formaron con ellos una tautonomía jurídica, v. gr.: *jura et jussa populorum...*; qui perniciosae et injustae populis *jussa* descripserint (Cic., *De legibus*, lib. II, II, 5). Como los demás nombres, atiéndose el presente á uno solo de los efectos materiales del derecho, pero nada nos enseña respecto de su naturaleza esencial. Abandonemos ya el campo de las etimologías, y en vez de preguntar á la historia el significado del vocablo Derecho, investiguemos y analicemos la naturaleza del concepto Derecho en la razón.

Dos distintas naturalezas ha revestido esta noción en el concepto popular: 1.º Como principio de coacción, diferenciado del orden puramente ético por el símbolo de la espada: 2.º Como principio de reciprocidad, de "facio ut facias" de "ídem per ídem", simbolizado en la balanza. Discutamos estos dos aspectos.

3. El derecho es un orden de libertad: la coacción no es derecho. —"La paz, dice Ihering, es el fin del derecho; el combate es el medio de alcanzarla. Este combate durará tanto como el mundo. La lucha no es elemento extraño al derecho, sino parte integrante de su naturaleza, aún más, condición esencial de la idea jurídica. Todos esos principios de derecho que hoy están en vigor, en su origen fué menester imponerlos por medio de la fuerza á aquellos que lo rechazaban. El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; por esto, la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, empuña con la otra la espada para hacerla valer. La espada sin la balanza, es la fuerza brutal: la balanza sin espada, es el derecho en su impotencia. Así como la propiedad nace del trabajo, el derecho nace de la lucha. El elemento de la

de significar esa palabra Magistrado, Juez; literalmente, "jefe ó príncipe de la justicia."

lucha y del combate es una parte integrante é inseparable de su naturaleza. El combate es el trabajo eterno del derecho. El combate es para el derecho lo que el trabajo para la propiedad" (1).

Pasemos por alto la inseguridad y falta de consecuencia que se echa de ver en esta dogmática exposición, que no razonamiento, donde la fuerza es alternativamente uno de los *elementos* constitutivos del derecho, la idea madre; la potencia generadora, de quien es el derecho una *resultante* necesaria, y, por último, una categoría ajena al derecho, pero *auxiliar* obligado para su realización. Siempre resulta, según ese criterio, que la coacción es nota esencial, sin la cual no se concibe el derecho. Si se repasa con cuidado una por una las concepciones reinantes en el campo de la filosofía del derecho, desde Kant y Hegel hasta Conte y Savigny, desde Fichte y Bentham hasta Taparelli y Sthal, se advertirá que ninguna de ellas acierta á desprenderse el derecho de ese tosco elemento material, de esa corteza informe que le agregó el pensamiento de los nombres primitivos llevados de meras impresiones exteriores, arrastrados por el espectáculo de una realidad impura, donde más parecía regir la fuerza al derecho que el derecho á la fuerza. Ni el idealismo de Tiberghien se recata de usar un lenguaje que corre parejas con el de Ihering, señalando una esfera, la esfera de la moral, enteramente abandonada á la libertad y á la simple sanción de la conciencia; y otra esfera, la esfera del derecho, á la cual alcanza la coacción y la sanción exterior penal. El mismo Ahrens, que tan briosamente pugna por desasirse de las ligaduras de la tradición, y arrancar el orden del derecho al imperio de la fuerza, no logra hurtarse del todo al influjo despótico que en todo tiempo ejerce sobre la ciencia el pensar común, fuerte con el voto de los siglos, y admitió todavía actos jurídicos independientes de la buena ó de la mala intención, actos jurídicos no libres, ajenos á

(1) *Le combat pour le droit*, por Rod. d'Ihering, traducción de Meydiou, 1875.

la voluntad. Estamos estudiando el derecho como contenido del hecho jurídico: si pruebo que existe un solo hecho jurídico en cuya ejecución no interviene la fuerza, ni hipotéticamente siquiera, habrá que renunciar á estimarla como categoría del derecho, aun cuando se aduzcan otros hechos jurídicos donde desempeñe cierto papel la coacción; porque también existen actos morales coercibles, y no por eso nos tentamos á declarar la ética del dominio de la coacción, ni á identificar la fuerza con la moral, ni siquiera reconocerla como uno de sus factores. Dejemos á un lado la especulación, y tomemos por guía la experiencia.

Y ya sin salir de nosotros mismos, nos encontramos con todo ese mundo del derecho individual inmanente, que en vano se quiere confundir con el orden de la moral, y de que nosotros, y nadie más que nosotros, somos soberanos y dueños: nosotros, los únicos responsables, pero también los únicos jueces. La coacción exterior es impotente para llegar hasta allí. Traduce el individuo ese derecho en hechos libremente, espontáneamente, por pura devoción á la justicia, sin otra excitación que los interiores llamamientos y solicitudes del deber. Que trate de intervenir la fuerza, y su efecto será contraproducente: la dignidad personal se rebela, y el acto que el sujeto hubiese ejecutado libre, se niega á ejecutarlo bajo el imperio de una amenaza. Era por los días de Trajano: el ilustre jurisconsulto Plinio, sobrino del naturalista, había heredado, junto con Sabino, una cuantiosa herencia: la testadora había hecho una manda á un esclavo suyo, en esta forma: "lego á Modesto, á quien ya hice libre" equivocábase en esto último la testadora, y los herederos podían dispensarse ante la ley de cumplir esa cláusula, negando á Modesto la libertad, porque la cláusula no se la daba, y el legado, porque los siervos estaban incapacitados para adquirir de su amo cosa alguna, mientras durase la esclavitud. "Pero, dice Plinio á su coheredero, hemos de presumir que la testadora padeció un error; no es difícil adivinar cuál fué su intención, y no debemos titubear en hacer lo que creyó escribir, como si efectivamente lo hubiese escrito.

Siendo posible columbrar la voluntad de la finada, ella hace veces de ley para herederos justos y hombres de bien. Lo justo (la honradez) ha de ejercer en nosotros igual eficacia que en otros la fuerza: *neque enim apud nos honestas quam apud alios necessitas valet*" (1). No cabe hecho más puro de todo elemento de coacción que éste; ¿y deja por eso de ser hecho jurídico? Para Plinio, la justicia era muy otra cosa que la fuerza.—Inviértase ahora la relación: sea una persona que se compromete á ejecutar un servicio, pintar un cuadro, escribir un libro, proteger á un desvalido, contraer un matrimonio con determinada mujer; pues bien, si ese hombre mantiene su palabra y cumple su compromiso, será efecto no más de su voluntad, y no sería capaz Ihering de descubrir en el hecho un átomo de coacción: si, por el contrario, se resiste á ejecutarlo, ni Maquiavello, ni Hobbes, ni Kant, ni Ihering, ni Conte juntos, asistidos por todos los ejércitos de la tierra, tendrían poder para conseguir que ese hombre prestase el servicio pactado. La ley que declara ejecutivos y obligatorios los contratos entre particulares, quedaría incumplimentada, y su fuerza se ejercitaría en conseguir un efecto puramente material y económico, lo que se llama una indemnización.—A las veces, ni aun estos efectos puede lograr la ley. Era Mauricio jefe de la legión tebana, en tiempo del emperador Maximino: estando en Octodurum, dispuso el emperador que el ejército hiciese sacrificios á los dioses de Roma: Mauricio desoye el precepto, porque es cristiano; se le amenaza, se diezma á sus legionarios, creyendo intimidarle, ve morir impasible á todos sus compañeros, pero no cede un átomo de la integridad de su derecho, y la omnipotencia del emperador se estrella ante la firmeza de un centurión que defiende pasivamente el derecho inviolable de su conciencia, con el mismo heroico valor con que antes había defendido á la patria. "Como soldados, César, te pertenecemos, y hemos tomado las armas en defensa de la República... Nuestros cuerpos

(1) Plinio, *Epíst.*, libro IV, ep. 10.

están en poder tuyo, *pero no tienes el menor imperio en nuestras almas*, que pertenecen á su criador." He aquí un hecho obrado, no sólo sin el ministerio de la fuerza, sino á pesar de la fuerza misma. Y ese derecho tiene, como el anterior, un aspecto jurídico.

Del derecho individual, pasemos al derecho social.

Efecto de las mudanzas que incesantemente se obran en el seno de las colectividades, acontece á menudo crearse un estado de derecho enfrente de otro estado: uno de los dos es consuetudinario, libre enteramente; el otro, legal, protegido y amparado por la fuerza: y, sin embargo, el inmenso poder de inercia del primero supera al poder activo del segundo, y lo fatiga y lo vence. Pondremos algún ejemplo. En las Provincias Vascongadas, disfrutaban los colonos una especie de co-propiedad en las tierras que cultivan, y los caseríos se transmiten de padres á hijos: esa co-propiedad **no** tiene otra ni más garantía que la de la costumbre; la fuerza de la ley se pondría al lado del dueño, si el dueño la invocase para lanzar de sus tierras al colono; mas la opinión consideraría el hecho como un atentado, como una infracción de derecho, y la castigaría con pena tan ruda y severa, aunque moral, que á nadie acomete la tentación de alterar ese estado de cosas, más fuerte que la fuerza.—Tampoco tiene otro fundamento que la costumbre, aquella manera de dominio pleno que se atribuyen los foreros de Galicia en las tierras acensuadas: el derecho escrito amparaba á los foristas ó señores del dominio directo; ¿por qué, si el derecho tiene su raíz en la coacción, se declaró impotente la ley en 1763 (acordada de 10 de Mayo) para proteger á los señores directos que pedían la renovación de los contratos, no obstante contar con armada y ejército, y, para dar largas al asunto, mandó á la Audiencia de Galicia que no diese curso á sus demandas?—Un ejemplo de otro orden nos suministra el derecho consuetudinario del Alto Aragón. Ya en la capitulación matrimonial, disponen los contrayentes que uno de los hijos que les nazcan de aquella unión ha de ser heredero universal de sus bienes, y que si fallecen antes

de haber hecho la designación, la hagan en su nombre los más próximos parientes de una y otra parte, en número de dos, tres ó cuatro, en unión con el Párroco, el Alcalde ó el Juez municipal. Ninguna ley foral ni común les garantiza de que, á pesar de esto, no morirán intestados, porque el cargo que se confía á esas personas, es de voluntaria aceptación; al contrario, la ley les amenaza con dividir la herencia en tantas porciones iguales como hijos, que es precisamente lo que á todo trance tratan de evitar. Y sin embargo, tanto al firmar el estatuto doméstico como al morir, tienen la certidumbre de que ni los parientes ni el Magistrado popular, faltarán á ese compromiso que se les impone sin haber explorado antes su voluntad. ¿Dónde, en ese hecho jurídico, se descubre el elemento de la coacción? Estas personas son libres de responder ó de no responder al encargo que dejaron escrito los finados: su interés ha de inclinarles á la negativa, porque es función esa que ocasiona gastos y molestias, por hallarse tan derramada la población por las montañas; y sin embargo, nunca faltan: ¿qué fuerza les impulsa, que no sea la virtud propia del derecho que habla á su conciencia, ó el poder de la costumbre que traba su voluntad?—La historia de Roma nos suministra numerosos ejemplos de este mismo fenómeno. Cuando la fuerza, representada por la ley, tenía á los esclavos en calidad de cosas, y los abandonaba al arbitrio de su amo, tratábalos el amo como hombres, y su condición era llevadera: cuando mudaron las costumbres y la ley, asistida por la fuerza, tendió su protectora mano á los esclavos, reconociéndolos por hombres, y poniéndose entre ellos y el dueño brutal que los trataba como cosas, entonces fué dura su suerte, y conmovieron la república terribles alzamientos. Otro tanto debe decirse respecto al lugar que ocupó la mujer en la familia.—Puestas en oposición la costumbre y la fuerza, triunfó siempre la primera de la segunda. Desde principios del siglo IV, la ley autorizaba á todo romano para renegar de los dioses clásicos y abrazarse á la fe cristiana: la fuerza del imperio amparaba su libertad; pero si el emperador era ya cristiano, la sociedad no lo era todavía, y la cos-

tumbre social, aunque injusta, como entonces lo era, posee medios morales más poderosos que la fuerza puramente material de los gobernantes para vengarse del individuo que osa romper con ella, y acaso para recobrarlo: senador romano hubo que, no sintiéndose con el valor heroico de Poncio Paulino para arrostrar aquella soñda conjuración de la sociedad que lo escupía de su seno como á cuerpo extraño, y lo perseguía fieramente con la doble arma del halago y del desprecio, y laceraba su alma con tormentos más agudos que los que relatan las actas de los mártires, se restituía vencido al culto de sus padres. Ochenta años después de la conversión de Constantino y del edicto de Milán, la ley era impotente para proteger á un hombre que, por obedecer el imperativo de su conciencia, se desviaba de la corriente social. Por todas partes parece que la realidad se complace en desarrollar la doctrina que estoy impugnando.

Tenemos, pues, que la mitad del derecho por lo menos, en la esfera legislativa, es á saber, el derecho consuetudinario, es incoercible, vive sin demostrar en ninguno de sus momentos que sea la fuerza elemento constitutivo de su naturaleza. Pero no es esto sólo: es que puede darse el caso de que un Estado subsista sin otro ni más derecho que el derecho consuetudinario, privado totalmente del auxilio de la fuerza oficial. “En la India, dice Lyall, existen todavía pueblos que nunca cayeron bajo el despotismo arbitrario de un hombre, y que nunca han poseído derecho escrito de ninguna clase. No ha de creerse por esto que sean agrupaciones incoherentes; sino sociedades antiquísimas, regidas por usos, estilos y costumbres, á las cuales nadie puede resistir” (1). Un observador reciente, Mac-Gahan, cita á los Turcomanos como ejemplo curioso de un pueblo sin Estado. “No existe entre ellos cuerpo político ni autoridad reconocida, ni poder supremo, ni otro tribunal que la opinión pública. Es cierto que sus jefes gozan de cierta autoridad nominal para intervenir en

(1) *Fort. Review*, n.º 121, N. 5, p. 121, cit. por Hearn, *The aryan household*, p. 384.

las controversias y litigios que se suscitan, pero carecen de poder para hacer efectivas sus decisiones. Los litigantes pueden aceptarlas, pero pueden también á pesar de ellas, terminar el litigio por medio de un combate. Esto no obstante, tienen nociones tan claras de lo justo y de lo injusto, y la opinión pública posee tal fuerza para imponerlas, que muy rara vez se da el caso de disturbios y luchas personales" (1). Según la escuela positivista, en sociedades tan embrionarias como éstas, la noción de la justicia debería ser casi de todo en todo desconocida, y vivir sus miembros, como antes se decía, en estado de naturaleza, pero no en estado de naturaleza tal como la concebía Grocio (*paraiso*), sino según lo ideó Hobbes (*bellum, omnium contra omnes*), cazándose unos á otros como fieras, hasta consumir su aniquilación, ó caer extenuados por la lucha, poseídos de desesperación y de terror, bajo el férreo yugo del más fuerte (2). Y sin embargo viven uno y otro siglo, sin más policía que las costumbres recibidas por tradición oral de sus antepasados y el interior dictado de su conciencia, á que rinden voluntariamente acatamiento.

En el mismo caso que cada una de esas naciones semibárbaras, se encuentran hoy el Estado internacional, el conjunto orgánico de las naciones cultas: en estado consuetudinario. Existe un derecho internacional privado; ese derecho carece de fuerza de obligar; no hay autoridades superiores á las de la nación que le presten una garantía penal; y esto no obstante, vive sin embarazos, cada vez más definido, cada vez más compacto é igual, cada vez más irresistible. Así, por

(1) Hearn, con referencia á Mac-Gahan, *Campaigning on the Oxus*, p. 350.

(2) Vid. una explicación de la génesis histórica del derecho en aquel sentido, en la *Revista Contemporánea*, de Madrid, t. x, *Noción del derecho*, por P. Estasen. Idéntica tesis sustenta San Juan Crisóstomo, si bien en forma hipotética: "Si no hubiese Magistrados en las ciudades, viviríamos una vida más salvaje que la de las bestias feroces, mordiéndonos y devorándonos unos á otros. Suprimid los Magistrados, y todo se habrá perdido; ni ciudades, ni campos, ni plazas públicas. Todo será subvertido, y el más débil será devorado por el más fuerte (*De statuis*, VI in *Epist. ad Rom.*)

ejemplo, "el uso y la convención tácita de las naciones han establecido como regla general, que las leyes personales sigan al individuo y le sean aplicables aun cuando se encuentre en país extranjero; que las leyes personales de un Estado no se apliquen sino á los nacionales, y no ejerzan efecto ninguno sobre los extranjeros que residen accidentalmente en su territorio; y por el contrario, que las leyes reales no se apliquen sino dentro del territorio del Estado: que las leyes concernientes á las formas sean aplicables á todas las personas que ejecutan actos en el territorio, ó que deducen acciones ante los Tribunales, ó que reclaman la ejecución de actos ó sentencias; que la sustancia de los actos, el *vinculum obligationis*, se rija, ora por la ley personal, ora por la ley real, ora por la ley vigente en el lugar donde se perfeccionó el contrato ó la disposición; y por último, que en lo tocante á los hechos ilícitos, se apliquen las leyes del lugar donde se han cometido, ó las del domicilio del delincuente (1). ¿Se concibe que una nación se sustraiga al imperio de estas costumbres, admitidas unánimemente por la jurisprudencia de los tribunales europeos; que haga imposible la estancia en su suelo á los extranjeros, y de rechazo obligue á sus súbditos á no atravesar nunca las fronteras de la patria? Y lo que sucede con el derecho internacional privado, se repite con el público. Ninguna potencia viene obligada, por ejemplo, á mantener relaciones diplomáticas con las demás; y sin embargo, no se nos alcanza la posibilidad de que ningún país prescinda de ellas, y se exponga á quedar aislada, á salir del concierto político europeo, del cual son hoy condición esencial los órganos diplomáticos, sean permanentes, sean adventicios. Los honores y exenciones que disfrutaban las embajadas, y que ha introducido la costumbre, ¿qué fuerza las sanciona? Y sin embargo, ¿qué nación pudiera desligarse del secreto poder de ese hecho? "Cuando se ha establecido una costumbre, sea entre todas las naciones civili-

(1) Foelix, *Tratado de derecho internacional privado*, título preliminar, cap. IV, §. 22.

zadas del mundo, sea únicamente entre las de un cierto continente, por ejemplo, en Europa, ó entre aquellas que sostienen un comercio más frecuente y activo, si esa costumbre es indiferente en sí, y con más razón si es útil y razonable, cobra fuerza de obligar para todas esas naciones, que se presume han prestado su asentimiento" (1). "Desde el instante que un Estado ha salido de su aislamiento, establécese en su comercio con las demás una ley común, á la cual nadie puede sustraerse sin renunciar ipso facto, ó cuando menos, sin herir gravemente su propia existencia individual y sus relaciones con los demás... Fundada esa ley en el consentimiento mutuo, expreso ó tácito, de una cierta asociación de Estados, saca su fuerza de esa convicción común de que todo miembro de la asociación, en circunstancias análogas, sentirá la necesidad de obrar en igual forma, por motivos materiales ó morales. La ley internacional no se ha formado, es verdad, bajo el influjo de un poder legislativo, porque los Estados independientes no obedecen á ninguna autoridad común en la tierra. La ley internacional es la ley más libre que existe; ni siquiera dispone, para hacer ejecutivos sus preceptos, de un poder judicial orgánico é independiente; pero la opinión pública, su órgano y regulador, la historia con sus juicios, confirman lo justo en última instancia, y persiguen sus infracciones como vengadora Nemesis. Recibe este derecho su sanción en aquel orden supremo que, con haber creado el Estado, no ha proscrito la libertad humana ni le ha puesto siquiera trabas, sino, que ha abierto la tierra entera al género humano" (2). ¡Cuánto nos hemos alejado de la doctrina de Ihering! ¿Se dirá todavía que el distintivo característico del derecho es la coacción?

En idéntico caso que en la actualidad el derecho internacional, se halló en otro tiempo el mercantil, señaladamente el marítimo, que regulaba las transacciones entre mercaderes de distintas naciones. ¿Y qué legislación ha sido más

(1) Vattel, *Derecho de gentes*, preliminares, § 26.

(2) Heffter, *Derecho internacional de Europa*, § 2.º Vid. también Martens, *Derecho internacional*, libro II, cap. 3.º, § 66.

respetada ni tenido más fuerza que las costumbres del comercio marítimo? Todavía hoy descansa el comercio sobre una infinidad de usos extremadamente variables, que no pueden hallar cabida en los Códigos mercantiles, y que reciben su principal fuerza de la buena fe, del espíritu interno de justicia, del interés recíproco de los comerciantes, etc. (1). En mayor escala se nota esto en el derecho procesal. Más de la mitad de él, seguramente, reviste todavía la forma consuetudinaria de prácticas y estilos: únicamente el procedimiento judicial ha sido hasta el presente regularizado, legislado y codificado; que, por esto, ha venido á erigirse, en el común sentir, en único derecho procesal. El procedimiento del poder regulador está absolutamente todo en forma de usos, y en gran parte también el de los poderes legislativo y ejecutivo ó administrativo; precisamente por esto afecta ese carácter de vaguedad é indeterminación que hace tan difícil articularlo en definiciones ó en preceptos, y que tantos y tan graves conflictos ocasiona en la práctica.

Por si eso no fuera bastante, ahí están las sociedades de vida airada, constituídas para empresas de fuerza, contra el derecho, las cuadrillas de malhechores y bandidos (2), y aquellas otras que son consecuencia, las brigadas de presidiarios en el sistema de prisiones en común. ¡Quién dijera que también allí se produce un derecho consuetudinario, y que ese derecho goza de autoridad como pudiera en una república bien organizada, con una policía celosa y experta, y con numerosa Guardia civil y ejército sobre las armas! Puede estudiarse como notable ejemplo la antigua cárcel de Sevilla, en la viva pintura que de ella nos dejó Cristóbal de

(1) Vid. *Traité théorique et pratique de droit commerciale*, por Delamarre et Poitevin, § 26.

(2) "Los efectos de la justicia son tan extensos y poderosos, que aun aquellos que no viven sino de rapiñas y crímenes, no pueden subsistir sino observando entre sí cierta manera de justicia... Hasta se dice que las compañías de ladrones han puesto ciertas leyes á que se someten y que observan religiosamente (Cicerón, *De offic.*, libro II, cap. 11)." "Si no observaran entre sí las reglas de la justicia, si unos á otros no se guardasen fe, semejantes sociedades de malhechores se disolverían sin remedio" (Polibio, IV, 29).

Chaves. Es todo un Estado de derecho: como tiene su propia lengua y una literatura peculiar, posee todo un sistema de funciones y de autoridades, libremente constituídas entre los penados mismos, y con todo el prestigio debido á una larga tradición; todo un sistema tributario de patentes, gabelas y emolumentos; todo un código de costumbres, unas abusivas y criminales, otras legítimas ó indiferentes, pero todas igualmente irresistibles, en cuanto que no puede sustraerse á ellas ninguno que se halle sometido á su acción, con no estar apoyadas en ningún género de fuerza material: ni la administración de justicia es poderosa á desarraigar ese vicioso estado de derecho, sino mudando las condiciones en que tales sociedades viven, ó más bien disolviéndolas, dejando á cada delincuente solo consigo mismo, y envolviéndolo en una atmósfera de virtud y de purificación que restaure en su alma la perdida noción de la justicia (1).

Si en igual forma fuésemos examinando una por una las demás esferas del derecho, hallaríamos que no le quedaba á la coacción otra esfera donde refugiarse que la esfera de la perturbación jurídica, y entonces advertiríamos: 1.º, que estábamos completamente fuera del orden del derecho, dentro de un orden negativo, el orden de la injusticia, de lo contrario al derecho: 2.º, que esa perturbación es, en la vida del derecho, no un elemento sustancial que diga algo de su naturaleza, sino un accidente histórico, cuya desaparición concebimos sin que sufra la más leve alteración la noción de derecho, ni el curso de su vida se modifique: 3.º, que la esfera de la reparación, que es verdaderamente jurídica,

(1) *Relación de la cárcel de Sevilla*, apud. *Biblioteca de Gallardo*, t. I, p. 1.342 y siguientes. "De lo que á este (preso), que es nuevo, traen para comer, comen los viejos, y es tan ley para ellos como la de Dios para los que la tienen. Hay en la cárcel "pregoneros", que son presos que venden y rematan las prendas: y otros que viven de prestar sobre prendas dinero, un cuarto más por cada real por uno ó dos días, que entre ellos se llama *gabela*, y si se pasa el término, quedan por suyas las prendas. Suelen dormir de noche en la cárcel de ordinario cien y más mujeres, sin las que de día entran á ver los demás sus conocidos, sin que la justicia lo pueda remediar ni quitar, porque como si fuese virtudes, lo defienden el alcaide y los presos..." A este tenor, infinitas otras.

pues negando la negación del derecho (el delito) lo afirma y reconoce, vuelve á caer bajo el dominio de la voluntad y fuera de los alcances de la fuerza, la cual, si logra el efecto material de aprisionar al culpado, no encontrará jamás camino abierto para posesionarse de su alma, donde reside la raíz del mal, y regenerarla.

Concluamos, pues, afirmando, contra el sentir común de las escuelas, que *el derecho no es un orden de coacción exterior*. Después de tantos siglos de no interrumpidos desengaños, ya sería hora de que científicos y legisladores prestasen oído atento á la voz de la razón y á las enseñanzas de la historia. La buena fe, la hombría de bien: he aquí la principal y casi la única garantía del derecho. Disciplinar la voluntad, iluminar al hombre interior, hacerle triunfar de sí mismo, para que sea verdaderamente *libre*: he aquí el objetivo adonde debe convertir su atención el legislador, vanamente absorbido en idear estériles planes y organizaciones puramente mecánicas, sin más cimiento ni otra trabazón que la policía y la fuerza: "el hombre y el pueblo sanos y derechos en su voluntad, esos cumplirán rectamente el derecho: los que no lo sean, lo torcerán á impulso de sus pasiones, sin que alcance á enderezarlo la coacción, ni el temor le sirva de salvaguardia, ni la amenaza de avisador, ni la represión de cauce. *Plenitudo legis est charitas*, dice muy atinadamente San Agustín; *lex est littera eis qui eam non implent per spiritum charitatis. Non timore penae, sed justitiae amore cõpletur*" (1).

Pero se dirá: si el derecho es un orden de libertad, si el derecho no es un orden de coacción, ¿de dónde saca esa virtud propia que lo hace incontrastable y más fuerte que la fuerza? No es difícil adivinarlo: de la misma fuente de donde la reciben la moral y la religión. Los hombres verdaderamente *libres*, justos, ó como decían los romanos, los hombres honestos, obedecen á un imperativo de su naturaleza, se dejan guiar por los nativos impulsos de su alma, y

(1) *Vida del Derecho*, § 6, p. 65.

cumplen el derecho sin grandes resistencias por parte de la voluntad, ó humillando sus rebeldías con tesón y ardimiento, y viendo en ese cumplimiento el fin supremo de su vida, y un como deber religioso. Motivos menos puros ó menos libres, el hábito, la rutina y la imitación, las conveniencias sociales, el deseo de no parecer menos humano ó menos culto que los demás, razones de utilidad, respetos humanos, y otros móviles semejantes, comunican su fuerza al derecho, é inducen á obrar según sus preceptos á los hombres, en quienes no alienta tan vigorosamente el sentimiento de la justicia, ó en quienes ejercen su imperio despótico las pasiones, el arrebató, la pusilánimidad y flaqueza de espíritu, la miseria, la ambición, la incultura, etc. En ese cúmulo de energías morales que al espíritu distraído pasan desapercibidas, y que componen, sin embargo, la dinámica social entera, se hallará el secreto de ese poder incontrastable, á cuyo lado, la fuerza material casi se anula y obscurece. Y ese poder activo que es inherente al derecho, en nada difiere ya del poder que acompaña á la moralidad.

Verdad tan patente como ésta, no podía permanecer enteramente oculta á tantos ilustres filósofos y jurisconsultos que, llevados de una obcecación sólo explicable por la fuerza de la tradición, hacían gala de negarla. Así Kant, á pesar del carácter formal, abstracto, que atribuía al derecho, reconoció una esfera que llamaba "equidad", para la cual no existía más tribunal que la conciencia (1). Ahrens confiesa que, en nuestras sociedades, el derecho y sus obligaciones se cumplen ya más frecuentemente de buen grado que por la coacción, y cree que todavía puede concebirse un estado más perfecto, en que las prescripciones de la justicia se cumplan principalmente con moralidad, sin perder por eso su carácter jurídico (2). El mismo Ihering reconoce que, con efecto, si la época primitiva hubiese estado dotada de las virtudes con que nos la pintaban en algún tiempo, el dé-

(1) *Elem. metaph. de la doctr. du droit*, ed. de J. Barni, p. 41.

(2) *Curso de Derecho natural*, § 20.

recho se hubiese desarrollado en la forma que pretende la escuela histórica, sin necesitar otra fuerza que el poder de la persuasión legal (1). Ahora, si no hay dos derechos, sino uno solo; si el derecho es de naturaleza homogénea; si en cada hecho jurídico, y con más razón en cada institución y en cada esfera del derecho, se revela todo él en unidad, reconocida la coacción como elemento extraño á una parte cualquiera del derecho, ó á cualquiera de los períodos de su desenvolvimiento histórico, la lógica conduce á extrañarla también de las restantes. En esta inteligencia parece haber estado, por una especie de vaga intuición, la musa popular española, cuando separaba tan radicalmente esos dos conceptos, que, á su juicio, “do fuerza viene, derecho se pierde.” (2).

4. El derecho es beneficencia; la caridad es derecho. — Que el derecho, como norma de la voluntad, tiene por único objetivo el bien, que nadie se ha creído jamás autorizado en su conciencia para obrar indistintamente el bien ó el mal según las inclinaciones de su pasión ó de su albedrío, no hay para qué discutirlo, porque nadie lo ha puesto seriamente en duda. La frase *derecho al mal* *derecho al error*, absurda en sus términos y ocasionada

(1) *Le combat pour le droit*, p. 7.

(2) No debo ocultar que me falta certidumbre acerca del significado verdadero del vocablo *fuerza*, en este popularísimo proverbio, pues el de *deber* no parece acomodársele muy bien, y sin embargo, ese recibe en un romance que lo reproduce casi á la letra, por boca del Cid, al despedirse de su esposa en San Pedro de Cardena: “Pero piérdese el *derecho*—á donde interviene *fuerza* (por “deber”); mientras que, por el contrario, el refrán portugués correlativo de ése, adopta un giro enteramente opuesto: “onde *força* nao ha, *direito* se perde.” Caro Cejudo le señala como equivalentes, en el Refranero de los romanos, otros dos: “*silent leges inter arma: malo cedere jura quam vim pati.*”—En otros pasajes de su literatura, ha distinguido nuestro pueblo la justicia de la fuerza; si bien considerando á ésta como auxiliar y amparadora de aquélla. He aquí un ejemplo tomado, como el anterior, del Romancero general Durán, n.º 874: habla el Cid al Rey:

Si la *justicia* en las *armas*
Falló el natural abrigo,
Ya sirvo yo con las mías:
Faced justicia y castigo.

equívocos, no lo es en el fondo, ni pone en tela de juicio este principio; sino que con ella se ha entendido sencillamente proclamar la sustantividad é inviolabilidad del espíritu individual, y reivindicar la libertad y la independencia de su derecho inmanente con respecto al derecho social. La misión del derecho, en cuanto regla, es enderezar la voluntad al bien. ¿Pero á toda clase de bien? Las escuelas contestan casi unánimemente que no, distinguiendo en el bien dos esferas: una, objeto de la caridad, bien puramente moral, que trae á la memoria la idea del desprendimiento, de la generosidad, de la abnegación; otra, menos pura, que es del dominio del derecho, y al cual van unidos conceptos de egoísmo, de reciprocidad y de coacción. Pero lo que no ha intentado ninguna escuela es trazar la línea divisoria que separa esos dos órdenes de bien; antes por el contrario, á despecho de semejante distinción, se han confundido y compenetrado en la vida, y se ha hablado, por ejemplo, de un derecho á la asistencia, y se ha practicado una caridad legal. Los pueblos primitivos, que elevaron la hospitalidad á categoría de una institución, consagrada por la religión y por las leyes, no conocían la palabra limosna: la llamaban *justicia*. El auxilio, la caridad ejercida por una persona privada, que se cree obligada en su conciencia á compartir con los necesitados el sobrante de sus bienes, se considera del dominio de la moral: el auxilio prestado á esos mismos necesitados por los representantes de aquél y demás ciudadanos en el Estado, se reputa de la esfera del derecho, y con razón, porque si no, no lo ejecutará el Estado; mas ¿en qué se funda esa variedad de criterio? No cree el Estado tener derecho á dejar morir, víctimas del hambre, á los impedidos ó á los expósitos, por ejemplo, ¿pero hay algún individuo que reclame para sí ese derecho, que se crea justo, que, por el contrario, no se culpe y condene á sí propio, si no pone el remedio que estaba en su mano? No hay hombre recto y bien sentido que no se crea obligado en justicia para con los demás, aun cuando no medie compromiso formal ni se le pueda emplazar ante los Tribunales, y viceversa.

que no considere á los demás obligados para con él, y no se crea herido en su derecho, y no los acuse de injustos en su foro interior, cuando le han negado su auxilio ó su concurso, cuando le han escarnecido ó le han abandonado en su desgracia, y le han imposibilitado con su indiferencia y su desvío al cumplimiento de alguno de los fines fundamentales de la vida. El bien es fundamentalmente uno, y el derecho lo abraza todo entero, no en una sola de sus ramas: esa excisión que se pretende llevar á él, es abstracta, artificial, no responde á nada en la realidad. Lo justiciable y lo no justiciable no son dos esferas que coincidan con el derecho y con la caridad, ó con el derecho y la moral, porque hay actos inmorales que son justiciables y actos injustos que no lo son. Lo que se llama caridad tiene un aspecto jurídico, por más que tenga otro aspecto moral, ó más bien, trascendente y religioso. También la caridad es derecho. La moneda que entregan los contribuyentes, por conducto de sus órganos en el Estado, al establecimiento de beneficencia, es un medio jurídico; el acto es acto de derecho. La moneda ó especie que esas mismas personas privadas entregan directamente á ese mismo establecimiento ó á cualquiera de los acogidos en él, en ciertas condiciones, es igualmente medio jurídico, aun cuando no sea exclusivamente jurídico. El auxilio material prestado por una nación á una de sus provincias más débil ó más necesitada, es un hecho de derecho; pero no lo es menos el que se proporcionan á sí mismos, asociándose, los naturales de aquella provincia, ó el anticipo ó la dádiva de uno de ellos, cuya holgada posición le pone en condiciones de sustituir la acción providente del Gobierno nacional. La acción civil de los Tribunales tiene por objeto procurar la paz entre los ciudadanos, partiendo sus diferencias, diciéndoles el derecho (*judicando*), que es decir, ayudándoles á realizar el bien en cuanto del derecho depende; ¿pero no son de igual naturaleza el laudo arbitral, la decisión del consejo de familia, los buenos oficios ó el consejo desinteresado de una persona que se coloca entre los contendientes y les inspira una línea de conducta

racional y justa? ¿Será derecho la sentencia, y moralidad ó religión el consejo, sólo porque la primera la dictan personas constituidas en autoridad para esa función especial, y porque, una vez pronunciada, es ejecutiva? O el derecho no tiene propia realidad y su naturaleza no es esencialmente una, ó el consejo, al igual del laudo y de la sentencia, es un medio y un hecho de derecho: ó el derecho no es lo que es de por sí, independientemente de las formas, de las personas y de las circunstancias en que se traduce en la vida, ó rige absolutamente todos los actos buenos, sin excluir los llamados de beneficencia, según el modo que es propio de la finalidad jurídica, distinto del de la moral. Pues no quiero dar á entender con esto que el derecho y la moral sean una misma cosa, confundiéndolos, como los confundieron Platón, Hegel, Grócio y Wolf; sino que tanto en los actos llamados de caridad ó de beneficencia, como en los que no parecen ostentar ese carácter, hay moralidad y hay derecho; que no está en esto la razón de su diferencia. Hasta aquí siguen coincidiendo el derecho con la moral: tanto éste como aquél son beneficencia.

El genio de la raza semítica, por boca de sus órganos religiosos, y la raza arya, por boca de sus filósofos, columbraron esta verdad hace más de diez y nueve siglos. He aquí en qué términos se expresa Cicerón: De todas las fuentes de deber, "es la más fecunda la que mantiene la sociedad humana, y sirve de fundamento á la unión de unos con otros hombres. Hay que distinguir en ella, lo primero, la *justicia*, donde la virtud brilla con todo su esplendor, y que es la cualidad por excelencia del hombre de bien: después la *beneficencia*, hermana de la justicia, y que también se puede apellidar bondad ó generosidad... Como, según las bellas palabras de Platón, no hemos nacido para nosotros solos, antes al contrario, tienen derecho sobre nosotros nuestra patria, nuestros padres, nuestros amigos; como, según los estoicos, todo lo que la tierra produce es creado para el uso del hombre y el hombre mismo para sus semejantes; como nuestra ley es ayudarnos mutuamente,—debemos ser fieles

á las inspiraciones de la naturaleza, poner en común todas nuestras ventajas mediante el cambio recíproco de buenos oficios, dando y recibiendo alternativamente, empleando nuestro espíritu, nuestro trabajo, nuestros recursos, en apretar los lazos que unen á los hombres unos con otros en sociedad" (1). Y respecto del Evangelio, ¿será menester recordar aquellas máximas sublimes, que no son tan sólo preceptos religiosos, sino además leyes jurídicas de la razón: amad á vuestros enemigos; no volváis mal por bien; buscad primero el reino de Dios y su justicia; Dios hace llover sobre los justos y sobre los injustos; sed perfectos como Dios, etcétera?

Estas revelaciones se van abriendo trabajosamente camino en las costumbres, pero no son todavía opinión común, y ni siquiera han logrado penetrar en la ciencia. En esto, como en todo, los hechos se han adelantado á la doctrina. Algunos escritores piadosos, en quienes ha hecho veces de ciencia una de esas intuiciones tan frecuentes en la historia de la religión y en la historia del bello arte; algunos publicistas de pura y recta conciencia, movidos por una caridad ardiente más que por reflexión sistemática; tal cual pensador de esos que se adelantan á su siglo y dejan luminoso rastro en la historia del pensamiento, han bastado apenas para anunciar una nueva era en el modo de conceptuar el derecho y de aplicarlo á la vida. Así, por ejemplo, uno de los poetas religiosos mejor sentidos de nuestra patria, Damián de Vegas, identificó de plano la caridad y la justicia, en una sátira, sombrío cuadro de costumbres que debieran estudiar los laudadores *a outrance* del tiempo pasado: "Por que tengáis ya noticia—que lo que en necesidad—os piden por *caridad*—, se lo debéis de *justicia*" (2). "La *limosna* es una *justicia*, como la llaman los hebreos" exclama en uno de sus discursos P. F. Monlau" (3). "La caridad es un de-

(1) Cicerón, *De officiis*, libro I, cap. 7.º

(2) Damián de Vegas, *Razón para llorar*, apud. Romancero y Cancionero Sagrados ("Biblioteca de Autores Españoles", de Rivadeneira).

(3) D. Pedro Felipe Monlau, *Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas*.

ber, la *caridad* es la justicia”, dice la eminente escritora Doña Concepción Arenal (1). “Los principios de la *caridad* y de la *justicia* son idénticos, dice Lorimer; su relación separada es imposible; su realización común en cada acto, necesaria” (2). A Ahrens, Roeder, Trendelenburg y Giner, en primer término, es deudora la ciencia del nuevo espíritu que reconoce en el Derecho un principio ético é interno llamado á regenerar la vida de la sociedad, y que ha causado ya efectos de suma trascendencia en la esfera penal.

5. El derecho es un orden de condicionalidad: la moral no es derecho.—Si analizamos un hecho jurídico cualquiera desde el punto de vista de su finalidad, encontraremos en él estos dos elementos: 1.º, *beneficencia*, ó sea, realización de algún bien: 2.º, *condicionalidad* de este bien, con respecto á otro superior ó ulterior. Es decir, que la finalidad del hecho jurídico no termina en el bien inmediato obrado por el sujeto, sino que trasciende de él; ó en otras palabras, que ese bien se realiza como condición ó medio para conseguir otro bien, para cumplir otro fin. Y en este punto, divergen ya los dos órdenes de la moral y del derecho. Los dos son beneficencia; pero el fin de la moral se cierra en la beneficencia misma, y el derecho no. La conducta es moral, cuando obra el bien por el bien; jurídica, cuando obra un bien para otro bien: la primera, es immanente en el bien inmediato que realiza: la segunda, trasciende de él, proponiéndose como fin un bien diferente. Por tanto, la moral es relación de casualidad: el derecho, relación de condicionalidad. El bien obrado es allá sustantivo, su significación reside en sí propio (3); en el derecho, el bien es adjetivo,

(1) Doña Concepción Arenal, *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, Memoria premiada en concurso público en la Academia de Ciencias Morales y Políticas.

(2) Lorimer, *Institutes of law*, cap. XIII. “The principles of justice and charity are identical: their separate realisation is impossible; and their common realisation necessarily in the same action.”

(3) Muy bellamente ha expresado esta verdad Virgilio, por medio de una frase que pone en boca de Escipión, evocado por su hijo en los Campos Eliseos: *Ipsa quidem virtus subimet pulcherrima est*: la virtud es el premio de sí misma.

su significación la recibe de los fines que se cumplen mediante él. Si fuese posible que un acto bueno no fuera útil, ese acto podría ser acto de moralidad, pero no podría serlo de derecho. En el bien moral, hay una sola relación, del sujeto al acto: en el bien jurídico, la relación es doble, del sujeto al acto, del acto al fin en razón del cual es ejecutado. En su concepto moral, el acto bueno se ejecuta sólo por ser bueno: en su concepto jurídico, por ser, además de bueno, útil.

Mas no porque sean diferentes, se repelen. Vimos arriba que el derecho abraza todo el orden del bien, y por tanto, toda la vida; no es menos universal que el derecho la esfera de la moralidad; por donde, lejos de ser incompatibles ni antagónicos aquellos dos conceptos, como entendieron Thomasius, Kant y sus sucesores, han de concurrir necesariamente en todo acto: todo acto ha de ser obrado por su bondad absoluta, intrínseca (por el bien que en ella se envuelve, como fin en sí), y por su bondad relativa, en tanto que el bien realizado en aquel acto es útil ó bueno para otro bien. En otros términos: todo acto ha de revestir á la vez las dos formas, ética y jurídica. Un acto de caridad, v. gr., ha de ejecutarse moralmente porque es *bueno* y conforme con nuestra naturaleza el bien; pero además jurídicamente, porque es *debido*, porque tal acto es útil para algún fin, siendo deber de justicia en nosotros cumplir nuestros fines, y ayudar á los demás á que cumplan los suyos: por esto se recomienda á la caridad que sea discreta, que estudie las necesidades más perentorias y legítimas, que no se vende los ojos ni se ejerza como en el vacío. Un acto de donación, de permuta, de emisión de sufragio, de tutoría, etc., ha de ejecutarse interesadamente, por razón del medio que proporciona á uno ó más fines de nuestra vida ó de la de nuestros semejantes, porque es deuda de justicia en nosotros procurar su cumplimiento, satisfaciendo las necesidades en que se manifiestan; pero, al mismo tiempo, ha de ejecutarse porque es bueno realizar los fines de la vida, porque es bueno escuchar la voz del deber, independientemente de que se logre ó no el resultado

apetecido, porque es bueno obedecer los preceptos del derecho,—del derecho, que es uno de tantos fines, y, por consiguiente, uno de tantos bienes de nuestra vida.

De este modo se condicionan recíprocamente el derecho y la moralidad, y el uno por el otro se completan y perfeccionan. Como ésta no ha de obrar en abstracto, encarna y se concreta en los medios que aquél pone para satisfacer una necesidad jurídica, y el derecho le presta garantías de que esos medios no serán en ningún caso inmorales, porque no pueden ser inmorales sin que al propio tiempo sean anti-jurídicos (1). Y viceversa, como el derecho ha de condicionar los fines con medios adecuados á ellos, como los fines y los medios han de ser de naturaleza homogénea, no puede ejecutarse derechamente el acto bueno como prestación (como derecho), si al mismo tiempo no se ejecuta con pureza de intención y motivo desinteresado; por consideración sólo á su bondad (como moralidad); porque de otro modo se correría el riesgo de tomar por relación jurídica una relación económica, de aplicar á un fin bueno medios malos, y de imprimir al acto de la prestación ese sello de frialdad, de sequedad, de aspereza ó de mala voluntad, que tal vez hiere y ofende más que si los medios exigidos por el fin, le fueron negados. Por esto dice, con muy buen sentido, nuestro Sé-

(1) Esto, aun en la esfera social, en cuanto esa garantía depende del derecho. Así, los Códigos europeos castigan ciertos actos inmorales, y respecto de aquellos que no puede castigar el Estado, les niega toda eficacia, aun cuando constituyan la materia de un pacto. He aquí algunos ejemplos: "Pacta quae contra leges institutiones que, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est (Código, libro 2.º, tít. 3.º, const. 6). Omnia quae contra bonos mores vel in partem vel instipulationem deducuntur, nullius momenti sit (Ibid., libro 8.º, título 39, const. 4). Vale la pena (pactada), et será tenudo de la pechar el que la hizo, fueras ende si la promision fué fecha sobre cosa que fué contra ley ó contra buenas costumbres (Partida 5.ª, tít. 11, ley 29). No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres. (Proyecto de Código civil español, art. 11). On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui interessent l'ordre public et les bonnes moeurs (Código Napoleón, art. 6.º). En Aragón es libre la voluntad de los contrayentes, pudiendo pactarse y convenirse todo lo que no fuere contra la moral y las buenas costumbres (Portolés, *De consortibus*, v. Consultatio: contra jus naturale, dice la observancia 16 de fide instrumentorum.)

neca que “el hombre de bien no piensa en los beneficios que ha hecho, sino cuando se los trae á la memoria, devolviéndoselos, el favorecido: de otro modo, el beneficio se transforma en préstamo ó crédito,” ó mejor en un acto de efectos puramente económicos. “No sé qué es peor, si negar un beneficio ó echarlo en cara: conviértese con eso el beneficio en injuria, y sólo el perdonárselo es bastante agradecimiento” (1). Por esto también, el Estado requiere de los que han de ser sus funcionarios, no sólo dotes de capacidad, sino de moralidad además, desengañado de la eficacia de aquellas garantías puramente mecánicas que ideó y ha apurado el doctrinarismo, y cierto de que no hay otras que merezcan ese nombre que las morales é internas. En faltando la moralidad, desfallece la justicia: el hombre vicioso y corrompido en su voluntad, obedece exteriormente las leyes, elude con facilidad el castigo, pero el derecho de que son aquellas leyes una imagen, no pasa de ser en sus manos una letra muerta,

6. El derecho es un orden de finalidad racional: no es la utilidad ni la reciprocidad.—Acabamos de ver que el derecho es condicionalidad, que no hay derecho si no hay prestación de medios útiles para la satisfacción de una necesidad, para el cumplimiento de un fin.

Fáltanos averiguar qué género de condicionalidad es la condicionalidad jurídica. ¿Es el derecho una rama de la Economía? ¿Es el derecho una mera relación de utilidad, como han pretendido las escuelas utilitarias y sensualistas desde Epicuro á Hobbes, y desde Hobbes á Bentham, y como todavía en nuestros días lo pretende la escuela positivista?

Según el sentido de todo lo expuesto, el derecho es beneficencia, su acción se dirige al bien, lo mismo que la moralidad, y como ésta abarca todo el orden del bien: el fin del derecho es prestar medios á todos los fines de la vida, incluso á sí propio como uno de ellos. Todo *fin*, cuando sale

(1) Séneca, *De beneficiis*, libro 1.º, cap. 2.º et aliunde. Racine parece haber tenido presente la gráfica frase de éste, *in injuriam beneficium convertit*, cuando dice: *un bienfait reproché tient toujours lieu d'offense*.

de su estado de tensión y de sueño, y demanda ser actuado, determina en nosotros un desequilibrio, un vacío, un mal-estar, una inquietud, una *necesidad*: la satisfacción de esta necesidad, dejando realizado aquel fin, nos restituye el equilibrio estable á que todo ser aspira, y causa en nosotros una satisfacción, un placer. Por esto, en rigor, podría tomarse el placer ó la utilidad que lo engendra como criterio de derecho. Pero en la vida temporal, el mal y el bien caminan revueltos, y el pensamiento del hombre, como finito, falible, confunde fines y medios buenos con otros que no lo son, y más de una vez escoge un bien pasajero, y se procura una satisfacción relativa ó ilegítima y fugaz, desconociendo ó menospreciando el bien real y la satisfacción perdurable que causa en los seres libres el obrar y vivir según razón, el hacerse esclavos de su deber—(única verdadera libertad).—que es, conforme vimos, vivificar su esencia (1). Por esto, no pueden ser criterio regulador del derecho, ni norma invariable de conducta, la utilidad ni el placer en el sentido relativo y parcial en que les han tomado sensualistas y utilitarios. Ni es exacto que la necesidad carezca de ley, y por virtud de ella, toda acción, por perversa que parezca, quede legitimada. Si la necesidad surge del fondo mismo de nuestro ser, si es un eco de nuestra naturaleza racional, es legítima, y su ley está en la esencia misma de quien es verbo y precursor; la satisfacción de tal necesidad es obligada, porque envuelve el cumplimiento de un fin, la exteriorización de un ser. ¿Cón qué clase de medios? Evidentemente, los medios han de ser congruentes con el fin. ó sea con la necesidad, y por tanto, de su propia naturaleza; y siendo el fin algo

(1) A este propósito escribe Lucchini, con referencia á Trendelenburg: "No son los placeres verdaderos bienes, toda vez que no hacen sino, á lo más, advertirnos de los bienes; sin contar con que, á las veces, engañan al hombre, y siendo eco de bienes pasajeros y fugaces, lo someten á la esclavitud del mal: además, las necesidades son á menudo una degradación de los instintos, y mejor que á éstos, tales como los constituyó naturaleza, corresponden á los vicios y á las pasiones, envolviendo ótras tantas violaciones del orden, y por tanto, negaciones del bien (L. Lucchini, *La Filosofia del diritto e della politica sulle basi dell' evoluzione cosmica*, 1874, § 65).

propuesto á nuestra actividad para su realización, una de las esencias de que se compone nuestro ser, el medio ha de ser también esencia, si bien esencia hecha ya, actuada, producida, positiva (*natura naturata*, que dicen los filósofos). Y siendo esencia el medio, necesariamente ha de ser bueno: antes que realizar un fin racional con medios malos, el hombre recto se resigna y aguarda, ahogando los clamores de la necesidad, y manteniendo recluso el fin en los senos de su obscura virtualidad, hasta que luzcan para él mejores días: el medio malo arguye negación de esencia, y repugna á la razón eso de afirmar negando y vivificar destruyendo, de ir á la virtud por el camino del pecado, al derecho por el camino del mal: se crea un bien, pero se destruye otro: se satisface una necesidad legítima, pero se crea otra, la necesidad de destruir el mal espíritu que prestó el medio malo.—Al lado de esos fines racionales, hay otros que mejor se dijeran contra-fines, porque se resuelven en negaciones, y á esos no puede servir el derecho. Los actos que no recaigan sobre alguno de los elementos esenciales constitutivos de nuestro ser, no envuelven un fin racional, y los fines que no dicen relación á nuestra naturaleza esencial, que no son conformes á la razón, no pueden reclamar ni recibir del derecho ningún género de condiciones. Pero la utilidad es una mera relación de medio á fin: hay medios para todos los fines, y cuando los fines son irracionales, no les faltan aquéllos porque el derecho se los niegue; que es más lata y comprensiva la categoría de la “condicionalidad” que la de la “condicionalidad jurídica” He aquí otra vez por qué no puede regirse el derecho por la utilidad, y cómo, por el contrario, ha de subordinársele, lo mismo que el placer, que sigue con un corolario á la satisfacción de la necesidad jurídica. ¡Cuántas veces nos abstenemos de actos que juzgamos injustos, por más que los consideramos útiles para alguna de las necesidades que en aquel instante nos asedian! ¡Cuántas veces, después de haber satisfecho un deseo, nos turba el goce la conciencia, acusándonos de injustos, porque no era de derecho el medio de que nos hemos valido para lograrlo!

Las conclusiones que arrojan estas premisas son tan obvias, que casi pudiera excusar el enunciarlas:—1.^a sólo los fines racionales de la vida son fines jurídicos:—2.^a sólo son medios jurídicos, los medios adecuados á esos fines:—3.^a sólo son relaciones jurídicas las establecidas entre esos medios y aquellos fines: la relación entre un fin bueno y un medio malo, ó entre un fin malo y un medio bueno, no es relación de derecho: el fin no justifica los medios: los medios no justifican al fin.

Está, pues, muy distante el derecho de identificarse con la utilidad económica ó con el placer físico. El derecho se sirve de lo útil para sus fines, pero no es lo que usualmente entendemos por utilidad: lo útil sirve de medio ó condición de existencia y desarrollo al ser racional, pero el derecho no está sino en el modo como la actividad efectúa la prestación. Por esto, el hombre de bien, antes de ejecutar un acto, únicamente se pregunta: *¿es justo?* Sólo los hombres depravados, las naturalezas enfermas, los espíritus apegados á la materia y que no rinden culto sino al sentido, se preocupan principalmente de esto: *¿es útil?* Los primeros ponen por delante el deber, y no vacilan en sacrificarle, si es preciso, toda temporal conveniencia: los segundos lo sacrifican todo al regalo de los sentidos, y se harían imposible la vida en sociedad, si no salvaran, por medio de inconsecuencias, el abismo que abren entre su pensamiento y la justicia. A nadie puede ser útil un recién nacido: ¿y quién no se siente obligado para con él? Un anciano postrado en el lecho de muerte, sometido á los cálculos de la economía: no puede darse hecho que le sea más contrario: ¿y qué hombre, por mucho que haya descendido en la escala de la perversidad, votará la muerte ó el abandono de ese anciano, estimándolo acto de justicia? Tratando de probar que el Derecho humano está fundado en la utilidad, dice un positivista: “Si bien el enfermo es inútil cuando la enfermedad le acosa, puede llegar á un estado de salud que recompense los beneficios que recibe de la sociedad.” Pero la conciencia social juzga con igual derecho á nuestros cuidados al enfermo incurable que al convaleciente.

“Todos reprobáramos, dice también, la ferocidad del dueño de un perro que lo dejase morir de hambre, teniendo con qué mantenerlo, y pudiendo utilizar sus servicios” (1). Nuestra reprobación seguiría también, y en grado idéntico, al dueño de ese perro, aun cuando no le fuese ni pudiera serle nunca útil, si lo matase de hambre ó á fuego lento. En igual caso que el enfermo y que el niño se encuentran el loco y el culpado: por ninguna parte aparece el derecho cualificado por la utilidad; en ninguna parte lo hacemos depender de una condición de reciprocidad ó de mutualidad de servicios; antes bien, cuando un hombre, equivocando más ó menos conscientemente el camino, sacrificá sus deberes para con los demás en aras de lo que estima ser su utilidad, decimos que ha cometido una injusticia ó un delito. ¿Intervendrá ese carácter en las relaciones dobles, en que hay libertad por parte de los dos sujetos que la constituyen? Cuando uno se conduce con otro injustamente, ¿autoriza el derecho á éste para proceder á su vez injustamente con aquél? Ni aun aquí tiene asiento la utilidad, ni vale como criterio del derecho. Porque una nación falte al derecho de nuestros nacionales, no nos es lícito atropellar ni desconocer el derecho de los suyos (2); porque una nación cierre sus fronteras á nuestros productos, no es justo que cerremos las nuestras á los suyos; porque una nación maltrate ó asesine á un embajador nuestro no es razón, que maltratemos al que esa nación tiene

(1) *Noción del derecho según la filosofía positiva*, ap. *Revista contemporánea*, t. x.

(2) P. Fiore ha refutado victoriosamente el principio de la reciprocidad, que algunos tratadistas dieron por fundamento al Derecho internacional privado. “El sistema de la reciprocidad tiende á legitimar la represalia jurídica, admitiendo que, no sólo el ejercicio de los derechos civiles, sino también el de los naturales, puede ser negado á los extranjeros cuando el Estado á que pertenecen niegue el ejercicio de los mismos derechos á los nacionales... Nosotros somos de opinión que, no sólo no se puede negar á los extranjeros el ejercicio de los derechos naturales, sino que ni siquiera depende del arbitrio del legislador el concederles ó el negarles el ejercicio de aquellos derechos, que se dicen comúnmente derechos civiles... Rechazamos como irracional el sistema de la reciprocidad, y lo consideramos como una ofensa á los derechos del hombre. (*Diritto internazionale privato*, 1869, cap. 5.º, § 35.)

acreditado en nuestra patria (1); porque un individuo destruya ó robe nuestros bienes, no tenemos derecho á apoderarnos de los suyos; porque un hombre mate ó mutile á otro, no es razón mutilar ó dar muerte al culpado; porque un sujeto, hombre ó pueblo, me niegue los medios que estaban en su mano y que eran necesarios á los fines radicados en mi persona, no me autoriza la conciencia para negar á los suyos los medios que de mí dependen. Si el derecho es fundamentalmente uno, la retorsión ó la represalia es igualmente injusta en el individuo que en la sociedad; y si la represalia, la vindicta, el talión, son la negación del derecho; si una injusticia no legitima ni hace justa otra injusticia, es que el derecho no tiene su base en la utilidad ni en el placer. El fundamento del derecho, lo que obliga nuestra voluntad y nos solicita á la acción, son los fines humanos residentes en nosotros ó en nuestros semejantes, y como esos fines son independientes de la buena ó mala conducta del sujeto en quien residen, les debemos los medios aunque el sujeto nos niegue los suyos; se los debemos, aunque el sujeto los rechace. Y he aquí por qué el derecho no es un orden de mera condicionalidad, porque es un orden de finalidad. No es, no, el derecho un principio de egoísmo: no dice "obra con los demás lo mismo que los demás obren contigo, sino "conducete con ellos del modo que ellos deberían conducirse contigo, puesto en su lugar.

Esa confusión, antes tan corriente, del derecho con la utilidad, va cediendo poco á poco sus fueros en la práctica, y

(1) No está permitido, dicen unánimemente los tratadistas de derecho internacional, maltratar á un embajador por vía de represalias, porque una acción ilícita no autoriza ni justifica otra. Cornelio Asina, embajador de Roma en Cartago, había sido preso y encerrado en un calabozo por los pérfidos africanos: en aquella misma sazón, se hallaba de embajador cartaginés en Roma, Hanon: nadie pensará que el hecho culpable de los cartagineses daba derecho á los romanos para tomar venganza en la persona de su representante, pues para obrar mal, no hay derecho nunca. "La buena fe de nuestra república, dijeronle los romanos, te escuda contra ese peligro" (Val. Máximo, libro 5.º, c. 5.º): esa buena fe era el espíritu y la práctica de la justicia. En ocasión semejante, Scipión mandó poner en libertad á los embajadores, diciendo: "No imitemos nosotros aquello que en los cartagineses estamos reprobando." Este es el verdadero lenguaje que habla el Derecho.

no está lejano el día en que únicamente se hablará de ella como de un recuerdo histórico. Pero así como va desalojando los dominios del derecho privado, y aun del penal, se encastilla en el derecho político, como si fuese esta esfera adjetiva más refractaria que las demás á los saludables influjos de la ciencia y del sentido moral de nuestro tiempo. Aquel insigne orador, honra de la raza arya, que condensó en sí el espíritu de la Grecia, próximo á extinguirse, después el más elocuente de sus discursos, que la política debe regirse por sublime efusión por el mundo oriental, adelantó ya, en se por principios de justicia, y no por principios de utilidad (1). Y no parece que resonara su voz aislada en medio de la Grecia: al proclamar esa verdad, hacíase voz y lengua del pueblo ateniense. El cual, como en cierta ocasión propusiese Temístocles un proyecto que debía restaurar el esplendor y la gloria de Atenas, y hacerla dominar sobre los demás pueblos helénicos, desde que Arístides, conocedor del plan, declaró que ciertamente era útil, pero por todo extremo injusto, gritó á una voz que no podía haber utilidad fuera de la justicia, y ordenó al punto á Temístocles que abandonara su proyecto (2). Verdaderamente, un pueblo que en tan alto concepto tenía la justicia, mereció dominar sobre el de Laconia, para quien no había más derecho que lo que era útil al engrandecimiento de su patria (3). Diríase que habíamos retrocedido en teoría y en práctica desde los tiempos de Atenas y Demóstenes, al ver tan generalizada la teoría de que la política no puede regirse por ideas, que existe incompatibilidad entre la política y la justicia, que hay un derecho excepcional—¡un derecho que no es derecho!—para la política

(1) Demóstenes, Discurso *pro Corona*. Vide también Quintiliano, *De instit. orat.*, libro 2.º, cap. 15, que el orador debe ser hombre justo; y Cicerón, *De officiis*, libro 1.º, 45, que no debe cometerse una acción torpe ó inmoral, aun para salvar á la patria.

(2) "E vestigio universa conicio quod aequum non videretur, ne expedit quidem proclamavit, ac protinus Themistoclem incepto desistere jussit." (Val. Máx., libro VI, cap. 5.º, § 2.º) Se trataba de incendiar la flota de los lacedemonios, que estaba en aguas de Atenas, á fin de hacer á ésta dueña y señora del mar.

(3) Plutarco, *Vida de Agesilao*, y Tucídides, libro 5.º

y los políticos. La exclamación de César: "si hay que violar el derecho para reinar, violémosle, pero en todo lo demás, rindámosle tributo" (1), bulle aún en todas las conciencias, y encuentra favor en los partidos militantes, los cuales, para cohonestar la maldad de sus actos y hacer cómplice de ellos á la conciencia, han inventado la teoría de las impurezas de la realidad, en juego con la de los hechos consumados. Apenas se encuentra un hombre público para quien la política no sea arte de componenda y equilibrio entre el bien y el mal, entre la utilidad y la justicia, y que no profese secreto culto en su corazón, atenuándola más ó menos á las máximas que acogieron en sus libros, tomándolas de la realidad, Maquiavelo y Baltasar Gracián: lo honrado y lo útil son dos cosas distintas, y no debe vacilar el príncipe en los medios de lograr lo segundo, aunque sea preciso sacrificar lo primero: la injusticia es buena cuando aprovecha; el tirano debe usar con frecuencia las palabras justicia, piedad, religión, honor, lealtad, misericordia, etc., á reserva de obrar en sentido contrario cuando le convenga: si la traición y el engaño pueden ser eficaces, no debe acudir á la fuerza: todo lo dura un buen fin, aunque lo desmientan los desaciertos de los medios; aunque se sienta con los menos, debe seguirse la corriente de los más, etc., etc.:—tal es la política asfixiante del *Príncipe* y del *Arte de Prudencia*, y la que en mayor ó menor grado profesan encubiertamente los más, aun aquellos que fingen abominar del secretario florentino y del jesuíta aragonés. Le ha faltado á la política un concepto ético y orgánico del derecho, para emanciparse de esa tradición al par doctrinal y práctica, que informa todavía la vida pública. La dirección formalista que, desde Kant, viene confundiendo el derecho con la libertad, más bien la ha servido que contrariado. Estaba dentro del dogma hegeliano

(1) Es un verso de Eurípides, que César traía siempre en boca, al decir de Cicerón (*De offic.*, libro 3.º: Suetonio, *in Caes.*) Su sentido literal, según la versión de los autores latinos, es: "Nam si violandum est jus, regnandi gratia violandum est; in allis rebus pietatem colas." Cf. Euphemus, apud Tucídides, libro 6.º: "Nada hay de irracional en aquello que es útil á los reyes y á los Estados."

consagrar los hechos, buenos ó malos, sacando de la historia una filosofía, y autorizando todas las torpezas, con darles título de derecho: lo que ha sido, lo que viene siendo, eso es lo racional. Y en cuanto al positivismo, ¿qué extraño es que reduzca la política á la utilidad y extreme y recrudezca la doctrina de Bentham, él, que principia por hacer del Estado un ser físico, producto de la naturaleza? Oigase á Hegel y Vera. Según ellos, hay esferas que crean derechos propios y especiales: el derecho de las revoluciones no puede juzgarse por las reglas ordinarias, porque si tal se hiciera, no tardaría en encontrársele lados y aspectos injustificables, que sin embargo viene luego la historia á legitimar: lo que no es verdadero y justo en un momento de la historia, llega á serlo en otro: el derecho de la historia se diferencia del derecho común y de todas las demás esferas interiores del derecho, porque la historia se mueve en otro círculo, en otras relaciones, y hay momentos en que hasta es lícito faltar á la fe de los tratados: el derecho de los grandes hombres no puede medirse prosaicamente, con la medida que se aplica á la generalidad, cuando infringe la ley, el derecho, la razón: es ese el juicio de los pobres de espíritu, de los pedantes y maestros de escuela: un grande hombre tiene altas funciones que cumplir, y le está permitido hacer lo que no es lícito á un hombre del vulgo (1). También Taparelli ha involucrado los dos principios de la utilidad y la justicia, por no acertar á discernir lo propio de uno y otro principio, y también, como consecuencia, se han engendrado en su pensamiento gravísimas confusiones, no bien ha llegado á las más delicadas y trascendentales aplicaciones del derecho á la vida, viniendo á coincidir en este punto con las más exageradas conclusiones del positivismo. En primer lugar, confunde el derecho de vivir una sociedad con el derecho de vivir con justicia; y reduce una cuestión en que se debate el derecho de los pueblos, á una cuestión personal de soberanos, dando al olvido su propio principio de que la autoridad existe en

(1) Vera, *Introduzione alla filosofia della storia*, cap. 4.º, §. 6.º

la multitud y para la multitud: luego, distribuye arbitrariamente los derechos entre el usurpador y el pretendiente, atribuyendo á aquél la autoridad civil y á éste la política; y pasando por supuestos tan gratuitos como el de que no puede usar ninguna autoridad, en defensa de la justicia, medios que causen ruina, llega como consecuencia á declarar incompatibles los deberes del militar con los del padre de familia, y á ponerlos uno enfrente del otro, para reñir acerca de la persona del soberano. Por negar á la sociedad el derecho de mudar, al tenor de su civilización, las formas de su organismo político, llega al punto de establecer un divorcio entre la utilidad y la justicia, y de pronunciarse á favor de aquella por temor de desquiciar la sociedad si opta por ésta: reconoce la prescripción de lo que no fué justo en su origen, y emulando á Guizot, y aun exagerándolo, acusa de injusta á la justicia que se obstina en hacer valer sus fueros y en no reconocer esa mágica transformación de la violencia en perfecto derecho por arte del tiempo! (1). A esto se llega cuando se carece de principios, y toda esta importancia entraña el problema de la distinción entre la justicia y la utilidad.

La distinción, he dicho, y no la antítesis ni la contraposición. Entre el derecho y la utilidad existe perfecto acuerdo, sólo que ese acuerdo trasciende de ellos, y las escuelas han solido cerrarse voluntariamente el camino por donde podían haber llegado hasta el punto en que uno y otro principio se dan la mano. La Utilidad es una categoría universal, que abraza toda la realidad: en ella se contienen, coordinada y sistemáticamente, como utilidades particulares: la económica, la jurídica, la moral, la religiosa y demás: siendo coordinada, y ocupando cada una un propio lugar, no son po-

(1) *Saggio teoretico de diritto naturale*, t. I, cap. 5.º, arts. 1.º y 2.º. ¡Cuánto más original, cuánto más profundo, cuánto más humano nuestro Donoso Cortés, en este punto de la teoría, de la legitimidad y de los gobiernos de hecho! Vid., *Consideraciones sobre la Diplomacia* (Obras, t. I, p. 80.) Con respecto á Guizot, para quien existe una amalgama íntima é inevitable entre la fuerza y el derecho, en cuanto existe y sucede sobre la tierra, vid. *Historia de los orígenes del gobierno representativo*, t. II, lección 18, et al.

sibles conflictos entre ellas: la vida los ofrece á menudo, pero son conflictos únicamente en la apariencia. No todo lo útil es derecho, pero todo el derecho es utilidad, y utilidad que no puede sustituirse con otra, cuando se trata de condicionar fines jurídicos. Por esto, lo más justo es juntamente lo más útil: ya lo sospechó Platón en muchos lugares de su *República*. Tal acto injusto que nos parece útil en un aspecto, deja de serlo y es dañoso en otros. Si todos los hombres, si todos los pueblos pudiesen ver las consecuencias últimas, finales, de sus actos, entre los caminos, escogerían siempre el más justo, porque verían que de inclinarse al que parecía brindarles mayor provecho, sacrificaban á ese provecho inmediato otro ú otros de infinito más precio que él. Panaetio y Cicerón, en la antigüedad, notaron muy discretamente que lo honesto no está en oposición con lo útil, sino, á lo sumo, con lo que parece útil: no pueden juntarse en un acto la utilidad y lo contrario á lo honesto (*turpitud*): por un error deplorable, creen ver los hombres á menudo su utilidad fuera de lo honesto, y de ahí los asesinatos, robos, concusiones, suposición de testamentos, espoliación de los aliados y de los ciudadanos, la ambición de dominar sobre un Estado libre, etc.: no hay cosa que haya sido tan perniciosa á la vida como la opinión de aquellos que separan en la práctica lo útil y lo honesto; que sólo en el pensamiento pueden separarse (1). Es uno de los mayores méritos del estoicismo el haber adivinado esta suprema armonía entre la utilidad y el derecho, que después ha encontrado más reflexiva acogida en el vasto armonismo leibnitziano. También, Puffendorf ha distinguido muy bien la utilidad relativa, que sólo procura un bien pasajero y del momento, de la utilidad fundada en la recta razón, la cual no considera tan sólo lo que está delante de los ojos, sino que prevé las consecuencias que pue-

(1) V. el razonamiento de Cicerón, *De officiis*, libro 2.º, cap. 3.º y libro 3.º, capítulo 7.º y 8.º principalmente. "Ac primum in hoc Panaetius defendendus est, quod non utilia cum honestis pugnare, aliquando posse dixerit—neque enim ei fas erat,—sed ea quae viderentur utilia, etc."

den surgir en lo venidero (1). Por correr tras de su conveniencia, tal hombre ó tal pueblo escarneceñ el derecho de otro pueblo ó de otro hombre, y es como quien arroja la pelota contra la pared. La injusticia es un arma de dos filos; al herir con ella á los demás, nos herimos á nosotros mismos: cerramos las fronteras á los productos extranjeros, y nada padece tanto como la producción nacional: ya lo probó Bastiat; falta un país al derecho de los extranjeros, v. gr., no juzgado sus actos según el estatuto personal ó formal, y los primeros á resentirse de ello son los nacionales que han pactado con ellos; negamos á los demás lo que es debido á sus fines, y como que les autorizamos á ellos para que nos nieguen á su vez lo que nuestros fines racionales han menester. Quien al cielo escupe, en la cara le cae, dice el refrán español, y no hay cielo como el cielo del derecho en eso de rechazar por la misma vía el daño que se le infiere, ni gravitación más irresistible que la que atrae, por una como fatal repercusión, sobre cada hombre ó pueblo, los efectos de su proceder justo ó injusto. En el orden universal del mundo, el derecho de todos los seres es solidario. Por esto, aun bajo el punto de vista de la utilidad temporal, conviene ser bueno. Con profundo sentido lo dice, en una ingeniosa metáfora, el proverbio inglés: *the devil is an ass* (el diablo es un borrico). Antes dije que el hombre de bien, al ejecutar un acto, no se interroga sino esto: ¿es justo? Ahora añadiré que el hombre que sólo se guía por interés y cálculo, si verdaderamente es buen matemático, tampoco se preocupará de más, porque en aquella pregunta va envuelta esta otra: ¿es útil? Hace diez y nueve siglos que lo enseñó Cristo á los hombres: buscad ante todo el reino de Dios y su justicia, y lo demás se os dará por añadidura. Y el buen sentido de nuestro Feijóo le hizo comprender, cuando aún imperaba el semi-maquiavelismo de Gracián, y era error común la incompatibilidad entre la utilidad y el derecho, que “la política más fina y más se-

(1) Puffendorf, *De jure nat. ac gent.*, libro 2.º, cap. 3.º, § 3.º

gura, aun para lograr las conveniencias de esta vida, es la que estriba en justicia y verdad" (1).

7. Resumen de esas categorías y definición del derecho.—De todo el proceso que antecede, resulta que integran la noción del derecho las siguientes notas categóricas:

1.^a El derecho es un principio de *dirección* para la voluntad, y por tanto, independiente de la voluntad y superior á ella.

2.^a Es también un principio de *libertad*: su realización no depende de la fuerza exterior, sino de la libre aceptación del sujeto racional: la coacción es un factor accidental de la vida del derecho, pero no entra en él como un elemento componente.

3.^a Es además un principio de *beneficencia*: consiste en ejecutar libremente algún bien. En estas tres categorías (actividad, libertad, bien), comulga con el derecho la moralidad.

4.^a Es un principio de *condicionalidad*; y en esto se separa ya de la moralidad: no ejecuta el bien sustantivamente, por el bien mismo, sino con la mira de servir á otro bien. esto es, como medio ó condición para cumplir algún fin á que el hombre viene obligado por su misma naturaleza.

5.^a Es un principio *racional*, y en esto se diferencia de la mera relación de utilidad; no todos los medios ni todos los fines son jurídicos: no es derecho la prestación de medios malos, ni tampoco la prestación de medios buenos á un fin malo.

6.^a El derecho no es un principio de *reciprocidad*: el mutuo respeto, la permuta de utilidades y servicios, etc., nacen del derecho como una consecuencia, pero no lo constituyen: el derecho es independiente de la reciprocidad.

Figuran, pues, en el concepto del derecho los siguientes elementos compuestos: actividad libre; realización de bien como medio; realización de bien como fin; racionalidad de

(1) Feijóo, *Teatro crítico*, discurso "La política más fina."

fin y de medio. O más breve: *fin* racional; *medio* adecuado á él; prestación de este medio á aquel fin por *actividad* racional. La actividad espiritual no se cierra toda en esta prestación; conoce otros modos ó formas de obrar el bien: ya hemos visto que una de ellas es la moralidad, otra la religión, y otra la ciencia. El derecho es una de las formas ó maneras que tiene de obrar el bien ó de realizar los fines la actividad del espíritu, á saber: la que consiste en condicionarlos con utilidades positivas. No dice, pues, el derecho nada de *lo que* la actividad es, sino *cómo* obra: es por tanto una propiedad formal. Y como la actividad es á su vez propiedad ó atributo de los seres, y de ella predicamos el derecho, y á ella se lo atribuimos inmediatamente, el derecho es una propiedad formal de otra propiedad.

En conclusión: "*Derecho es la prestación de bienes ó condiciones á fines racionales por una actividad libre.*" Y como la condicionalidad envuelve implícitamente la idea de aplicación efectiva de una utilidad á un fin, podemos eliminar la expresión del elemento actividad: *Derecho es el orden de la libre condicionalidad en vista de fines racionales.* Y como no se obra el bien cuando se sirve fines irracionales, y como no hay libertad sino donde se obra el bien, todavía puede considerarse redundante la parte final de esa definición, y decirse: **«Derecho es el orden de la libre condicionalidad.»**

Un sencillo símil hará de más fácil comprensión este concepto, y pondrá de bulto el papel que desempeña en el derecho el albedrío. La actividad fisiológica tiene como fin desarrollar la esencia ideal, el tipo morfológico, encerrado potencialmente en la semilla, valiéndose para este efecto de medios que encuentra en el seno de la naturaleza; pero esa actividad no puede revestir nunca forma jurídica, porque carece de albedrío, y carece de albedrío porque no es conscia. En una bellota se contiene virtualmente una encina: para desplegar esa encina virtual, para hacer efectiva esa esencia posible, la actividad latente en la semilla se pone en acción: con la materia de los cotiledones, crea órganos, hojas y raíces; con las hojas, se apodera del carbono de la atmósfera; con las raíces,

recoge del suelo sales; ázoe, oxígeno, hidrógeno; y así como el escultor da cuerpo en el mármol ó en el bronce á la estatua que cinceló en la fantasía, la actividad fisiológica vegetal combina aquellas diversas sustancias que los órganos le proporcionan, y va lentamente encarnando en ellas la encina virtual que antes residía como una posibilidad, como una idea dormida, en el centro dinámico de la bellota. Por un proceso idéntico, educa la actividad fisiológica un animal perfecto del huevo ó del óvulo fecundado, en cuyo núcleo antes se escondía como una potencialidad. La vida del ser natural es una continua prestación de medios hecha por sus órganos á los fines de su crecimiento y desarrollo, de su conservación y renovación, de su reproducción; pero ninguna de esas prestaciones es jurídica, porque la relación entre el fin y los medios es fatal y necesaria, porque existe solidaria continuidad entre la actividad del ser condicionado y las actividades naturales donde residen las condiciones ó los medios, porque carece el ser de voluntad, obra el bien, condiciona fines conformes con la naturaleza de las cosas, pero lo hace sin saberlo, sin quererlo, y sin poderlo dejar de hacer. Si los órganos, las raíces, los estambres, el pulmón, el corazón y demás, y en general, el árbol ó el cuerpo del animal ó del hombre tuviesen conciencia de la función que desempeñan, y la ejercieran en la forma que ahora, no por un ciego y fatal impulso, sino por la convicción de que esa era la mejor forma de servir al fin á que están adscritos, su actividad sería jurídica, y con sus hechos establecerían costumbres: hoy no pasan de tener hábitos, efecto de su adaptación al medio ambiente, que es variable. Una vez desarrollado y perfecto, el árbol presta á los fines de nuestra vida medios abundantísimos: frutos dulces y sabrosos, pendientes de sus ramas; en sus valientes troncos, cortezas y madera de aplicaciones infinitas; luz, miel, calor vital, medicamentos, refrigerantes, en sus jugos y savia; con sus raíces sujetan la tierra en las montañas, y con sus hojas aprisionan el agua de lluvia, para que no se seque la vena de los manantiales, ni se hinchen y desborden los ríos é inunden los campos y las poblaciones tendidas por los

valles; pero ninguno de estos servicios es jurídico, ni se lo agradecemos al árbol, como no se lo imputamos á delito ni lo castigamos, si por acaso una rama desgajada nos causa daño, ó nos faltan los productos con que contábamos para nuestro sustento corporal. Si aquella metáfora de los poetas que representan á los árboles alargando sus pródidas ramas como otros tantos brazos, y convidando liberalmente al hombre con su dulce y sazonado fruto, se trocase en una realidad lógica, ese hecho libre sería hecho de derecho, ó hecho moral, ó las dos cosas á un mismo tiempo. Y viceversa, si el hombre, cuyo más noble distintivo es el albedrío, llegase á perder éste y se hiciera semejante á un árbol, sus actos dejarían de ser actos jurídicos; que es lo que accidentalmente sucede, cuando por demencia, embriaguez, sonambulismo, sueño, delirio causado por accesos de fiebre, etc., pierde aquella facultad, y en tal estado, firma un contrato ó un acta, ó causa un daño en propiedad ajena, ó hiere á una persona, ó le niega los servicios que le eran debidos. Al punto que la libertad desaparece, se ausenta la responsabilidad.

CAPITULO SEGUNDO

SUJETO DEL HECHO

8. Doble posición de la actividad jurídica.—*La actividad del sujeto de fines en razón del fin y en razón del medio. La actividad del sujeto de medios en razón del medio y en razón del fin. La exigencia y la obligación.*—La función de la prestación del medio al fin se realiza en dos distintos momentos: por el primero, el medio entra en la esfera de actividad del ser ó sujeto en quien residen los fines, ó se ponen á su alcance, se hacen para él disponibles, asimilables: por el segundo, el sujeto de fines se apropia, se asimila el medio, para que salgan éstos de su potencialidad, y vengan á ser cumplidas realidades. Unas veces, en ambas subfunciones son desempeñadas por una misma persona, juntándose en uno la doble cualidad de sujeto de fines y de sujeto de medios. Tal sucede con todo ese orden de condicionalidad inmanente, no apropiable por otro que por el mismo sujeto, y con ese otro orden de condicionalidad exterior *nullius*, procedente de la naturaleza y de la historia, que constituye su medio ambiente, y cae, por tanto, dentro de su esfera de actividad. Pero no son suficientes los medios de que puede disponer ó que puede apropiarse un sujeto para realizar todos sus fines: nadie se basta á sí propio,

aun en el instante de haber alcanzado la plenitud de su desarrollo, y sentirse con perfecta salud: le es menester el concurso de sus semejantes, en grado tanto mayor, cuanto más elevada sea su cultura. El hombre que pretendiera emanciparse del auxilio de la sociedad, descendería de grado en grado por toda la escala de la civilización, hasta hacerse confinante con el bruto: se pasaría sin bienes ajenos, pero no realizaría sus fines, no desarrollaría su naturaleza esencial: lo humano quedaría en él como dormido y en estado embrionario: vegetaría, viviría la vida del árbol ó la del animal; no viviría la vida del hombre. Es, pues, inexcusable el concurso de otras actividades, y para este caso, media la posibilidad de que las dos subfunciones dichas sean desempeñadas por personas diferentes. Pero no indistintamente. De las dos, puede la primera ser confiada á un sujeto diferente de aquél en quien radican los fines, pero la segunda no: yo puedo poner al alcance de su mano medios materiales de subsistencia; al alcance de su oído ó de su vista, las verdades que constituyen la educación necesaria para vivir en tal ó cual círculo de la sociedad; puedo envolver al sujeto pervertido en una atmósfera de bien y de salud, rodearlo de medios correccionales: lo que no puedo hacer es que el sujeto se los asimile, ingiera los alimentos, escuche los consejos, acoja en su espíritu las verdades y se someta dócilmente á ellas, que haga sustancia propia y carne de su carne esos medios físicos ó espirituales con que he pretendido condicionar sus fines. Hemos de considerar, por tanto, la posición del sujeto en un doble respecto, correspondiente á los dos momentos de la prestación: como *sujeto de medios*, y como *sujeto de fines*.

Por otra parte, el derecho es un elemento constitutivo de nuestra naturaleza racional, y no depende, por tanto, su cumplimiento de nuestra voluntad abstracta, sino que es anterior y superior á ella, la rige y la domina: subyugados á sus mandatos, estamos obligados á acudir en pro de todo buen fin con cuantos medios le sean necesarios y dependan de nosotros. Lo cual no es cualidad privativa del derecho:

todos los elementos que componen nuestro ser (y ese es solo uno de ellos), en cuanto pide ser realizado libremente por nosotros en forma de sucesión y continuidad, constituye un *deber*, un débito ó deuda que obliga á nuestra actividad: *debemos* realizar, vivificar, encarnar en hechos, mostrar en nuestra vida, todo lo que en nosotros hay de factible, todas las esencias ó sustancialidades que nos constituyen y por las cuales somos, porque en esa realización consiste nuestra vida, y mediante ella se cumple nuestro destino en el mundo. El derecho, como una de ellas, se encuentra en este caso: el derecho *debe* ser cumplido, el bien jurídico *debe* ser realizado, los preceptos de la razón jurídica *deben* ser obedecidos. Ordinariamente suele considerarse el deber jurídico como algo, no sólo diferente del derecho, sino opuesto á él: no he de recordar aquí cuán perniciosos frutos se han engendrado de este error. Ese deber no es sino el derecho mismo en uno de sus aspectos, en la relación de potencialidad ó posibilidad á efectividad, y por tanto, va incluido en el concepto mismo del derecho: no hay derecho sin deber; no hay deber sin derecho. La actividad libre del sujeto racional, desplegando su virtualidad, haciendo histórico, real, positivo, lo que es en él latente, despertando á la vida lo que en él duerme el sueño de la idea, se halla colocada entre un *poder* y un *no poder*: puede hacer eso que hace, mas no puede dejar de hacerlo: la *posibilidad* del ser, los fines posibles en él, van acompañados de necesidad: su realización es debida: no es potestativo en el sujeto, súbdito de los fines, ejecutar ú omitir los actos necesarios para cumplirlos. O de otro modo: el derecho es juntamente deber ú obligación: lo posible es obligado, debido y necesario, por exigencia de nuestra naturaleza. Abraza, pues, el derecho dos distintos aspectos: 1.º, el de la *exigencia*; 2.º, el de la *obligación*; y tanto el uno como el otro se dicen del todo de la actividad y de cada uno de sus momentos ó subfunciones.

Combinando entre sí estos cuatro elementos, resultan para la actividad del sujeto jurídico cuatro distintas posiciones:

A.—Actividad del sujeto de medios:

- a. Obligada con respecto al medio;
- b. Exigente con respecto al fin.

B.—Actividad del sujeto de fines:

- a. Obligada con respecto al fin;
- b. Exigente con respecto al medio;

ó lo que es lo mismo, el derecho se manifiesta en cuatro distintas direcciones:

A.—Como exigencia ó pretensión:

- a. Exige el fin que la actividad del sujeto de medios se los preste.
- b. Exige el medio que la actividad del sujeto de fines se lo asimile.

B.—Como obligación:

- a. El sujeto de medios la tiene de prestar los medios al fin.
- b. El sujeto de fines la tiene de asimilarse esos medios.

No ha de perderse de vista que tanto en la exigencia como en la obligación, está todo el derecho, y por tanto, todo el deber; que es una abstracción funesta del entendimiento, sin eco en la razón ni correspondencia en la realidad, lo que ha hecho concebir la exigencia ó pretensión como un derecho sin deber, y la obligación como un deber sin derecho, entendiéndose erróneamente que el deber sólo dice relación al sujeto de medios, y el derecho sólo al sujeto de fines. No se ha menester gran esfuerzo de imaginación para comprender la sinrazón de estas abstracciones, que la ciencia contemporánea ha heredado de la tradición. Para simplificar el razonamiento, pongámonos en el caso de que el sujeto de medios y el sujeto de fines sean diferentes (1).

Aa)—Que como seres de derecho nos creemos obligados

(1) Las consideraciones que siguen se limitan al derecho humano, y al sujeto jurídico como sujeto conscio de su derecho, esto es, como persona. A la Filosofía del Derecho toca determinar el concepto general de sujeto jurídico, que en el respecto de condicionado (sujeto de fines), se extiende á todos los seres (Vid. *Principios de Derecho natural*, por F. Giner y A. Calderón, p. 38 y sigs.), y que, en el de sujeto de medios, abraza tal vez, además del hombre, á los animales, si bien en un grado rudimentario.

respecto de los fines, y no respecto del sujeto en quien radican éstos, es cosa obvia y que ya pusimos en claro al definir el derecho como un orden de finalidad (§ 6). Nuestros fines no son únicamente los que residen en nosotros, sino los existentes en todos los seres, aunque en distinta relación y grado: determinase en todos ellos indistintamente la naturaleza humana, y nosotros, como manifestaciones temporales de ella, estamos obligados para con todos ellos, hállese dentro ó fuera de nosotros. Por otra parte, los fines son, con respecto á nosotros, algo como pasivo, no nos hacen bien ni nos causan daño: están dados como una posibilidad que reclama de nosotros, en tanto que activos, los medios conducentes á su realización: la obligación que tenemos para con ellos no se altera, ni menos se extingue, porque el sujeto en quien están radicados se conduzca mal con nosotros, ó se halle incapacitado para servir á los fines radicados en los otros, ó pudiendo, les niegue los medios ó las prestaciones que de él dependen: le debemos esos medios, aun cuando desconozca la existencia de fines en él y la necesidad en que está de los medios que le prestamos, y desconociéndola, los rechace. La cualidad de exigente no depende de la de condicionante, sino que se da sin ella y aun contra ella. Hay en el hombre injusto, en el criminal, en el niño, en el nómata, en el loco, fines racionales que cumplir, que constituyen para nosotros otros tantos deberes, aun cuando ninguno de estos sujetos haga valer su derecho, por falta de desarrollo ó torcimiento de su voluntad; aun cuando nos desirva y dañe ó amenace por aquello mismo en que lo servimos, porque lo que nos desirve no es el fin, sino el sujeto, y nosotros no servimos al sujeto, sino al fin; aun cuando nos releve del servicio debido á esos fines, ó nos autorice para contrariarlos, porque no tiene sobre ellos autoridad ninguna, antes bien es súbdito suyo. La máxima *volenti non fit injuria* envuelve una ofensa inferida á la razón humana, y no responde, por fortuna, al sentimiento del derecho que domina en nuestro tiempo: ya las Partidas declararon nulo el contrato en que se promete no reclamar el dolo ó el hurto que una persona

haga en adelante á otra (1). Por esto alimentamos y educamos al niño, sanamos al demente, cuidamos y corregimos al criminal, respetamos al muerto y cumplimos su voluntad, y nos sentimos obligados en ley de justicia para con la Naturaleza y cada uno de sus seres, en quienes también reconoce fines la razón. Por esto, también, ha establecido la ley el beneficio de competencia en provecho del deudor que cede sus bienes al acreedor, y declara ese beneficio irrenunciable (2). Ya Séneca vislumbró esta gran verdad, que al cabo de diez y nueve siglos no ha logrado penetrar sino parcialmente en la conciencia de la humanidad, cuando dice que los beneficios prestados por los dioses á los hombres y por los padres á sus hijos, quedan subsistentes, aun cuando éstos los repugnen ó los rechacen. "Es indudablemente un beneficio ser útil á un hombre aun á pesar de él, y no lo es serle útil contra nuestra voluntad. ¡Cómo! ¿Llamáis beneficio á una acción que aflige ó atormenta? Sí. Muchos beneficios tienen apariencias tristes y rigorosas. No debe considerarse si el que recibe el beneficio se queja, sino si debe alegrarse... ¿No ves cómo los padres obligan á sus hijos, desde la más tierna edad, á sufrir contradicciones saludables? A pesar de su llanto y de su resistencia, les rodean de cuidados diligentes. Por temor de que una libertad precoz deforme sus miembros, los constriñen á fin de que se desarrollen en una dirección conveniente. Pronto les inculcan las artes y las ciencias, y triunfan de su mala voluntad por medio del temor. Más tarde, acostumbran su juventud impetuosa á la frugalidad, al pudor, á las buenas costumbres, y si son indolentes, les obligan á ellas. Aun en su adolescencia, cuando ya son dueños de sí mismos, si rechazan por temor ó por intemperancia los remedios saludables, se les sujeta por la fuerza y la servidumbre. Así, los mayores beneficios de la

(1) Part. 5.^a tit. XI, ley 38.

(2) Part. 5.^a tit. V, ley 2.^a—El Código de Portugal prohíbe hacer objeto de contrato los alimentos debidos por derecho de familia, artículos 1556, 2042, etc.

vida son los que recibimos de nuestros padres sin saberlo ó sin quererlo" (1).

Otro corolario que se desprende de la doctrina que precede, es este: los medios deben proporcionarse á la naturaleza y al grado potencial del fin, ó sea, de la necesidad, en manera alguna á los méritos ó deméritos del sujeto en quien el fin reside: no se deben prestar medios incongruentes con el fin, ni en proporción menor ni mayor de lo que el fin requiere para ser cumplido. A cada cual según la capacidad y las necesidades demostradas por sus fines. La naturaleza humana se expresa y manifiesta en cada individuo de un modo original, peculiarísimo, distinto del de los demás, y por consiguiente, el derecho, con ser uno en todos ellos, como propiedad esencial de la naturaleza humana, ha de particularizarse, individualizarse en la aplicación, á influjo de las diferencias que constituyen el *carácter* distintivo y la fisonomía de cada uno, y que lo separan de los demás. Las fuentes principales de estas diferencias son: el sexo y la edad, en concepto de permanentes; y como accidentales, la ausencia, el crimen, la locura total y parcial, la miseria, la enfermedad corporal. No damos igual alimento al sano que al enfermo; no reconocemos poder electoral al ignorante del mismo modo que al sabio; no legislamos el principio natural de la tutela para los adultos, ni el principio del matrimonio para los niños; no sirve una misma forma de gobierno para pueblos infantiles ó que han recaído en incapacidad, que para pueblos cultos; los medios correccionales que son buenos para corregir á un gran criminal, podrían ser inconvenientes é injustos aplicados á otro menos culpable. Concédase derechos políticos á un ignorante, y se atenta á su derecho por exceso, por falta de proporción entre la finalidad y los medios. Emancípese y abandónese á sí propio á un esclavo que no sabe hacer uso de la libertad, y no se infringe menos su derecho que cuando se reduce á esclavitud á un hombre libre. Toda situación particular requiere un de-

(1) *De beneficiis*, lib. V; 19, 20, lib. VI, 24.

recho particular también. De aquí los llamados privilegios y beneficios de derecho ó *jus singulare*, que los romanos creían fundado en una *utilitas* ó una *necessitas* distinta del derecho: para nosotros, los llamados privilegios caben perfectamente dentro del concepto del derecho, no siendo su naturaleza una simple exención de la ley común, ni su fundamento la arbitrariedad ó el favor, sino el estado peculiarísimo de una persona, ó la naturaleza especial de un asunto ó de un género de asuntos ú objetos que ha hecho necesaria una disposición de derecho sólo aplicable á ellos: y si bien es cierto que hay monopolios é inmunidades, forzosamente han de comprenderse en el *jus singulare*, ó de lo contrario, no son derecho, sino injusticia, porque donde hay una misma razón de derecho, no pueden hacerse valer dos criterios ni dos reglas diferentes. Muy bien dijeron los autores del Código de las Partidas que el rey, para vivir derechamente, según mandamiento de Dios, debe departir y dar á cada uno *su derecho, así como merece y le conviene* (1). Séneca, que entre tantas fútiles y escolásticas cuestiones como plantea y discute, ha dejado deslizar profundas verdades en su tratado Sobre los Beneficios, bien que estimando éstos, no desde el punto de vista del deber, como prestación de medios debidos á los fines humanos residentes en nosotros y en los demás, sino en su relación exterior, como bien arbitrario, como *gracia*, y cuando más, como realización moral del bien, hubo de entrever esta ley de proporcionalidad, al ridiculizar un rasgo de soberbia de Alejandro. Como alguno, temeroso de la envidia que despertaría la merced que le hacía de una ciudad, le manifestase su temor, replicóle el conquistador macedonio: No miro lo que te conviene recibir, sino lo que es propio de mí dar. “Nada, dice Séneca, conviene de por sí á cualquiera: todo depende del objeto, de la persona á quien se ofrece, de la ocasión, del lugar, y de otras muchas circunstancias sin las cuales no se determina la razón del hecho. ¡Bestia preñada de orgullo! si al

(1) Part. 2.^a, tít. V., ley 9.^a

otro no le conviene recibir, tampoco está bien que tú des: *si illum accipere hoc non decet, nec te dare*" (1).

Ab)—Esto por lo que respecta á la obligación en que estamos, como sujetos condicionantes, respecto del sujeto de fines. Pero no se cierra en esto el ciclo de la relación jurídica: no se ha satisfecho todavía con eso la necesidad: nuestra actividad ha ejercido la primera subfunción: la actividad del otro sujeto ha de desempeñar la segunda, para que se perfeccione y cause su efecto la prestación; y en este respecto, el dicho sujeto, de exigente y activo que era, se convierte en obligado y pasivo con relación á nosotros. Es deber en nosotros proporcionarle medios, y es deber en él aceptarlos y asimilárselos. El objetivo, el término de nuestra "actividad en relación" está en esos fines del otro sujeto, pero sin el concurso de la actividad de éste, rara vez pueden llegar hasta ellos los medios que les suministramos: es, por tanto, esencial su cooperación, para que no resulte ineficaz ni estéril nuestra obra. Cuando prestamos medios á un árbol, agua, sales, calor, injertos, etc., como sean conformes á su naturaleza, nuestro propósito se logra indefectiblemente, porque entre esos medios y el fin existe una solidaridad necesaria, y se produce una absorción fatal por parte de la actividad del árbol, sin que sea éste libre de rechazarlos y de mantenerse extraño á su influjo y acción. No así cuando la prestación se hace á un hombre, porque aquí no existe continuidad entre los medios y el fin; interpónese la sustantividad del espíritu y es indispensable la libre acción del sujeto condicionado como complementaria de la del sujeto condicionante. De este modo, alcanza el deber á entrambos: debe éste cumplir á aquél la prestación debida; pero debe también aquél aceptarla, continuarla y hacerla eficaz. Aquél puede exigir y debe aceptar: éste debe prestar y puede exigir que le sea aceptada la prestación. No haciéndolo así el sujeto condicionado, ofende la santidad del derecho, y debe reparación al condicionante. Por esto, el derecho social ha discurrido medios en favor de

(1) *De benef.*, lib. II, 16.

éste para obviar la negativa de aquél en la parte en que eso era posible: sirva de ejemplo la consignación en pago.

Ba)—Invirtamos ahora la relación: pongámonos en el caso de sujetos condicionados. Que como tales sujetos de fines nos creemos autorizados para exigir de los demás aquellos medios que están dentro de su esfera de actividad y que para realizar aquellos fines nos son necesarios; que juzgamos á los demás obligados, no precisamente para con nosotros como meros sujetos, sino para con los fines humanos individualizados en nosotros, es llana deducción que brota espontáneamente del concepto del derecho, como orden que es de finalidad. Es cierto que no siempre esa pretensión ó exigencia jurídica puede traducirse en una acción civil ó criminal; que si se nos niegan esos medios debidos, las menos veces podemos pretenderlos ante los Tribunales; pero hay mucho más derecho que el derecho justiciable, y no por eso reputamos por menos injustos á los que de tal modo infringen ese deber en que están por razón de su naturaleza racional, en la cual ellos y nosotros comulgamos. Cuando éramos niños (pensamos), carecíamos de facultad de obrar, nada podíamos dar en trueque de los servicios, que otras personas nos prestaran; y sin embargo, había fines en nosotros, y como había fines y necesidades en nosotros, teníamos derechos, y estos derechos constituían para los demás otras tantas obligaciones jurídicas, y fueron los demás injustos con nosotros y violaron su derecho y el nuestro, que es decir, el derecho de la humanidad, siempre que dejaron abandonados esos fines, aun cuando nosotros no formulásemos de un modo positivo la pretensión ó exigencia de medios, que no podíamos ó no queríamos formular. Pues en idéntico caso nos encontramos durante toda la vida, ya que, sustancialmente, en nada afecta á esta relación el que, á medida que se va desarrollando en nosotros la facultad de obrar, nos vayamos constituyendo en otro respecto en sujetos de medios con capacidad para condicionar nuestros propios fines y los ajenos.

Bb)—Esto por lo que concierne á la facultad que tenemos como sujetos de fines, con respecto á los sujetos de medios ó

condicionantes. Pero también aquí ostenta el derecho su otra faz, la faz de la obligación: también en el sujeto de fines se corresponden deber y derecho, ó más bien, obligación y pretensión: por razón de los fines que hay en nosotros, podemos reclamar las condiciones útiles que les sean necesarias: como sujetos activos, es deber nuestro ejercitar ese poder, debemos reclamar y aceptar é incorporar esos medios que nos son debidos ó que espontáneamente se nos prestan. Los primeros obligados para con nuestros fines, somos nosotros mismos: en segundo término, vienen los demás: si nosotros no contribuimos con lo que depende de nuestra actividad, con la aceptación y apropiación del medio á su fin, en vano será puesto á nuestro alcance por los demás: el fin no quedará realizado. No nos es lícito en conciencia rechazar el concurso y auxilio que nos ofrecen, en cumplimiento de su deber, nuestros semejantes, aunque á ello nos instigue alguna vez un sentimiento de orgullo: el principio de la justicia, que es uno de los elementos de nuestro ser y una de las virtudes de nuestra alma, nos obliga á hacer presente nuestra necesidad á aquellos que poseen medios con que satisfacerlas, por más que nos haga titubear y nos contenga un mal entendido amor propio: tampoco estamos autorizados, en ley de razón, para dejarnos vencer á la pereza, que nos aparta á veces del trabajo y esfuerzo necesarios para poner en movimiento nuestra actividad, y efectuar la incorporación y asimilación del medio á su respectivo fin; ni menos podemos dejar de recabarlo, si por ventura se nos niega por quien debe prestarlo. Pasiones todas esas bastardas, que tan fácilmente se apoderan del ánimo, y que el sujeto debe sin tregua combatir y vencer. Nadie puede renunciar al derecho, porque el derecho no es suyo; es de sus fines, y los fines son de la humanidad (1). Quien por miras interesadas y egoístas, por abandono punible ó por miedo á la lucha, ó

(1) Ya se entenderá que no nos referimos á aquel género de renunciaciones tácitas ó expresas de bienes, que da lugar á las instituciones jurídicas llamadas donación, prescripción de bienes, extinción de obligaciones, invención ó hallazgo y otras.

por desordenado amor á la comodidad y sosiego material, no reivindica su derecho, ó se lo deja arrebatár, contribuye á crear un estado en que los poderes oficiales, tal vez con capa de libertad y de democracia, ejercen el despotismo más repugnante, y se hace reo de lesa humanidad. Debemos acostumbrarnos á mirar nuestros fines, y por tanto, el derecho que los condiciona á todos, como sagrado depósito confiado á nuestro cuidado y á nuestra guarda, y del cual no podemos ceder un ápice: debemos ser celosos del pormenor lo mismo que del conjunto: quien deja aportillar en lo más mínimo el alcázar de su derecho, no tarda en habituarse á los más graves atropellos, y el edificio se viene abajo sin remedio. "No es por el huevo, sino por el fuero", decían nuestros antepasados, al rebelarse contra un atentado mínimo á sus libertades. Así desarrollado el sentimiento de la justicia en el individuo, reconocido por todo hombre el deber de defender su derecho en la esfera privada, hácese sin violencia campeón del derecho de los demás, y en vez de haber pugna y oposición entre la autoridad y el súbdito, se armonizan y auxilian mutuamente, y la justicia florece y reina en la sociedad. El grado de energía moral que el individuo despliega para defender su derecho y el derecho de los demás, mide el grado de cultura y bienestar de la colectividad.

Como el hombre es, á un mismo tiempo, sujeto de medios y sujeto de fines, al par que recibe condiciones de vida de los demás, préstaselos á los demás él á su vez, engendrándose de aquí un comercio constante, que no es precisamente el derecho, como equivocadamente suele afirmarse por muchos (§ 6.º), pero que el derecho sostiene y regula. Nacen de aquí las llamadas relaciones *bilaterales*, fundadas en la igualdad de situación y de circunstancias en que se encuentran los sujetos que las constituyen, y en la consiguiente reciprocidad de prestaciones con que unos á otros se sirven y condicionan sus fines. Mas no siempre el que necesita ser servido puede servir: circunstancias esenciales unas veces (edad), accidentales otras (enfermedad, miseria, etc.), incapacitan al sujeto de fines para dar tanto como recibe; pero esto no men-

gua su derecho en una tilde, ni por consiguiente, su deber: también las relaciones unilaterales son jurídicas, y por tanto, obligadas, cuando tienen su razón de ser en la desigualdad de situación de los sujetos relacionados, ó en la incapacidad de uno de ellos, etc.—La asimilación ó utilización del medio por una parte, y por otra su propósito y voluntad de servir á quien ahora le sirve, de condicionar los fines de quien ahora condiciona los suyos, son paga bastante del servicio recibido. El condicionante que efectúa su prestación con mala voluntad, ó que la echa en cara al condicionado, ó que en algún tiempo se la retrae con ánimo de mortificarlo y humillarlo, quebranta el derecho de dos modos, principalmente: uno, privando á la prestación del elemento motor é impulsivo, que es el elemento más característico, la voluntad, y no dejándole sino el material y externo: otro, afeando en el sujeto beneficiado una acción buena, cual es la de haber realizado un fin racional, poniéndole en tentación de arrepentirse por haberla ejecutado, ó de no ejecutarla si está á tiempo, ó de retroceder si cabe el retroceso. La prestación en tales condiciones, es mil veces peor que la negativa, y hace bastante el sujeto condicionado con “perdonar al bienhechor su beneficio”, como dijo Séneca, ciertamente sin comprender todo el alcance y trascendencia de su dicho. Aunque yerra en algunos detalles, es verdadera en el fondo la doctrina que sienta en este punto el filósofo cordobés: “Oponiendo al beneficio una injuria igual, me hace libre de mi deuda, y si me ha lesionado más de lo que antes me favoreció, no sólo se extingue en mí el deber de gratitud, sino que adquiere el derecho de vengarme y querellarme, al punto que en la balanza pesa más la injuria que el beneficio... De igual modo, un hombre hace algo por mí con benevolencia, con generosidad, pero á seguida me da pruebas de orgullo, de insolencia, de crueldad: me pone en disposición de ser para con él tan libre como si no hubiese recibido de él cosa alguna: ha violado y despojado de toda virtud sus beneficios (*vim beneficiis attulit*)... A las veces, subsiste el beneficio, y sin embargo, no obliga, si la dádiva ha ido seguida de arrepentimiento, si ha

sentido como una desgracia el haber dado, si suspiró al dar, si frunció el ceño, si creyó perder más bien que dar, si ha dado para sí y no para mí, si no ha cesado de insultarme, de vanagloriarse, de alabarse doquiera, de hacer amargo su beneficio... Hay mucha diferencia entre la materia del beneficio y el beneficio mismo. El beneficio no es el oro, ni la plata, ni nada de lo que recibimos de fuera: es la voluntad del bienhechor. El vulgo repara tan sólo en lo que se ve, y se palpa, y se posee, y por el contrario, hace poco caso de lo que tiene precio y valor en sí... Si el beneficio consistiera en la cosa y no en la voluntad de obrar bien, el valor de la cosa fijaría siempre el valor del beneficio, y sin embargo, no sucede así, porque á menudo me considero muy obligado para con una persona que me da poco, pero que iguala en su noble corazón las riquezas de los reyes, que me ofrece una modesta ofrenda, pero gustosamente, que al ver mi pobreza, olvida la suya, que muestra no sólo voluntad, sino pasión por servirme, que al hacer el beneficio cree que es él quien lo recibe, que da como si tuviese la seguridad de que está recibiendo, que recibe como si no hubiese dado, que aprovecha y aun busca la ocasión de favorecer. Por el contrario, por grande que parezca materialmente la ofrenda, carece de mérito, si es debida á la importunidad..., si el bienhechor titubeó, si se arrepintió, si suspiró, si dió con fausto, si hizo público su beneficio y no procuró complacer y agradar al beneficiado: no me dió á mí: dió á su vanidad" (1). En el

(1) *De benef.*, lib. I, capítulos 5.º y 7.º, lib. VI, capítulos 4.º y 7.º. El sentido moral de la humanidad lo ha entendido siempre así, inspirando á los más elevados espíritus sentencias por este tenor:—Publicar los beneficios que se dispensan, es echarlos en cara (Demóstenes). Quien ensalza el bien que él mismo ha ejecutado, hace sospechar que no se ufana de él por haberlo hecho, sino que lo ha hecho para alabarse de él (Plinio el Joven). Los más insignes servicios se reducen á nada con los indiscretos pregones del que los hace (Val. Martial). El espíritu maligno, cuando no puede impedir una acción buena, procura destruirla después de hecha, inspirando pensamientos de vanagloria, con que el hombre se complace y se admira de lo mucho que hizo, y merece con esta oculta, soberbia que Dios le prive de su gracia y del mismo premio con que antes le había enriquecido (Carta de Gregorio Magno á Recaredo). El bienhechor se ha cobrado el beneficio tantas veces cuantas lo ha pregonado y cacareado (Séneca).

mismo siglo, escribía San Mateo en su Evangelio, con referencia á Jesucristo: "No hagáis vuestra justicia (limosna) (1) delante de los hombres porque os vean: de lo contrario, no recibiréis merced alguna de vuestro Padre que está en los cielos. Al hacer limosna, no hagáis tocar la trompeta delante de vosotros, como hacen los hipócritas en sus sinagogas y en las calles, para que los hombres los honren: en verdad os digo, que han recibido con eso todo su galardón. Cuando hagáis limosna, sea ocultamente, sin que la mano derecha sepa lo que hace la izquierda; que Dios, para quien nada hay secreto, os premiará."

En conclusión: en la prestación jurídica debe concurrir la voluntad (y ha de entenderse que la buena voluntad), por parte del sujeto de fines y por parte del sujeto de medios: si una de ellas falta, podrá realizarse el fin, pero imperfectamente, porque no se habrá realizado en forma jurídica ni en forma moral. Tanto en el uno como en el otro sujeto, se manifiesta en una doble dirección, activa y pasiva: el sujeto de fines, respecto del sujeto de medios, es activo, pero respecto de los fines mismos, pasivo, porque no tiene autoridad sobre ellos, y antes bien debe servirlos: el sujeto de medios es pasivo respecto de los fines, pero respecto del sujeto en quien los fines residen, es activo, porque no termina su misión en poseer los medios, sino en utilizarlos, en apropiárselos, siendo esta utilización uno de los fines de su vida, y para ella ha menester la cooperación del otro término de la relación, del sujeto condicionado.

9. Doble esfera del derecho con respecto al sujeto: Estado individual: Estado social.—Conociendo los diversos aspectos con que la actividad interviene en la producción del hecho jurídico, analicémosla ahora desde el punto de vista de la personalidad que la rigé y es responsable de sus manifestaciones.

Un beneficio echado en cara, es una ofensa hecha al que lo recibió (Racine), etc.

(1) Math., cap. 6.º, vv. 1.º y sigs.—El texto latino dice *justitiam vestram*: el griego, ἐπιμοσούντες ὑμῶν.

Hemos visto: 1.º, que el derecho es una relación entre fines racionales y medios adecuados á ellos; 2.º, que entre esos medios, unos se encuentran dentro del mismo sujeto de fines ó en su esfera de acción, y otros fuera de él. Consecuencia inmediata de esto: que *el derecho es*, primeramente y **ante todo, relación de cada persona consigo misma**, pues los fines propios reclaman sus servicios antes que los servicios ajenos: después, y en segundo término, *relación exterior ó de persona á persona*.

Por otra parte, el sujeto activo del derecho, ordinariamente le llamamos Estado; no debiendo por tanto circunscribirse la noción del Estado á la sociedad, menos aún á la nación, ó al gobierno, etc., sino á la *persona en cuanto vive el derecho* como uno de tantos fines esenciales de su actividad: es una adjetivación de la personalidad, uno de los varios aspectos que reviste en razón de cada uno de sus fines. *Persona* es sustantivo; *Estado*, adjetivo: decir *personalidad-Estado* vale tanto como *personalidad jurídica*, y elípticamente incluimos en el vocablo Estado el sustantivo y el adjetivo, así como *en rey, pastor, etc.*—que en el fondo son también adjetivos,—entendemos la persona individual en razón de una de sus funciones. Ahora bien; siendo la persona unas veces individual y otras veces compuesta (familia, clan ó gente, concejo ó municipio, provincia, etc.), habrá paralelamente un *Estado individual* (así le denomina Platón), y un *Estado social*, igualmente sustantivo uno que otro, porque el individuo no es una *parte* de la sociedad, sino, cuando más, órgano y representante de ella, y la sociedad no es un *conjunto* de individuos, sino unidad orgánica, con propios fines, propia actividad y propio derecho. En virtud de la unidad fundamental del derecho, el Estado, como principio de razón, se rige por unas mismas leyes; de suerte que cada uno de los círculos ó jerarquías, individuo, familia, gente, municipio y demás, constituirá por sí solo un Estado autónomo, sustantivo, inviolable en su vida y derecho interior, Estado individual, Estado doméstico, Estado gentilicio, Estado municipal, provincial, nacional, étnico; continental y cosmopolítico; por más que luego, á causa de

hallarse relacionado con otros de igual categoría, se subordine al círculo superior común, del cual son inmediatos factores y elementos. Pero siempre el elemento último, irreductible, de todos esos Estados es el individuo: el individuo es el Estado-célula.

No siempre se ha reconocido, en principio, ni aun hoy reconocen todos, al individuo su cualidad de Estado, aunque sí en algunos de sus efectos (v. gr.: los derechos llamados individuales, la libertad de pactar, la libertad de testar, etc.); é importa esclarecer esta tesis, una de las más trascendentales y arduas de la Filosofía del Derecho, porque de ella depende que hayamos de reconocer la existencia y la sustantividad de todo un orden de costumbre jurídica, la costumbre individual.

Notemos, lo primero, que hay medios ó condiciones que nosotros apropiamos ó podemos apropiar á nuestros fines, sin mediación de ajena actividad, á saber: 1. Las comprendidas en la esfera de las relaciones psíquicas ó espirituales: 2.º Los actos físicos, mediante los cuales utilizamos nuestro cuerpo para apropiarnos libremente las cosas de la naturaleza: 3.º Esa masa de ideas, sentimientos, invenciones, obras de arte, etcétera, que componen el inmenso patrimonio acumulado por la humanidad, legado por los siglos, que de todos lados nos envuelve, y que directamente nos asimilamos, haciéndolos medios nuestros sin el concurso de otra actividad que la nuestra propia. Que de un lado están los fines y de otro los medios, es hecho palmario y fuera de toda controversia: no es menos evidente que somos libres de establecer ó de no establecer la relación entre ellos, y, por tanto, de cumplir nuestro derecho, ó de desatenderlo, ó de contrariarlo; la vida corporal, la salud, el cultivo y desarrollo del espíritu, etc., son fines respecto de los cuales estamos obligados en justicia, para los cuales existen en nosotros medios inmanentes que debemos apropiar á aquellos fines; pero haciendo uso de nuestro albedrío, podemos también negárselos, infringiendo su derecho. Ya los estoicos adivinaron esta dualidad esencial, que explica tantos y tantos hechos de nuestra vida, al parecer inexplicables y mis-

teriosos: "Los estoicos, dice el maestro de Nerón, cuestionan acerca de si uno puede ser su propio bienhechor, y si se debe á sí propio agradecimiento, fundados en las locuciones tan comunes: *Gratias mihi ago, De nullo queri possum alio quam de me, Ego mihi irascor, Ego a me poenas exigam, Odi me*, y otras semejantes, en que hablamos de nosotros como si se tratara de un extraño. Si puedo hacerme mal, dicen, ¿por qué no he de poder hacerme bien? Los vicios no son odiosos únicamente cuando se traducen al exterior, sino tambien cuando permanecen replegados en sí mismos. ¿Qué hay de más admirable que el hombre dueño de sí, que impera sobre su persona? Es más fácil gobernar naciones bárbaras, indóciles al yugo extranjero, que refrenar uno su alma y hacerla esclava propia. Platón da las gracias á Sócrates por lo que de él ha aprendido: ¿por qué no se estará agradecido á sí propio por lo que á sí propio se ha enseñado? Catón dice: Lo que hayas menester, pídetelo prestado á ti mismo. ¿Por qué no he de poder hacerme una dádiva, si puedo prestarme? Hay una infinidad de circunstancias en que el uso hace de nosotros como dos hombres diferentes. Tenemos costumbre de decir: Déjame consultar conmigo: Yo me rascaré la oreja. Si estas expresiones son exactas, así como puede uno irritarse contra sí propio, puede estarse á sí mismo agradecido: así como puede hacerse reconvenciones, puede dirigirse elogios: así como puede hacerse mal, puede hacerse bien. El beneficio y el daño son cosas contrarias: si, pues, decimos de uno que se ha ofendido á sí mismo, ó sea se ha causado daño, tambien podremos decir que se ha prestado un servicio." Como se ve, hay aquí un vivo presentimiento de la verdad, y en vano se esfuerza por refutarla Séneca (1). Tambien Pascal distingue en cada individuo el hombre ángel (lo eterno y permanente del hombre, su naturaleza esencial, los fines humanos), y el hombre-bestia, el sujeto activo que sirve á aquél, y que tambien á veces lo desirve, vencido á las sollicitaciones de una pasión aviesa.

(1) *De benef.*, lib. V, caps. 7-12.

Debemos, pues, realizar nuestros fines aplicándoles los medios que residen en nuestra esfera immanente; pero también podemos irracionalmente negárselos, violando el propio derecho, ó sea, el derecho de los fines. Si se lo cumplimos, lo hacemos imprimiendo á nuestra actividad una cierta dirección reflexivamente determinada, sujetándola á un plan ó regla jurídica que previamente formamos, y que es una verdadera ley: si se lo negamos, lo hacemos sabiendo, más ó menos claramente, que faltamos á un deber sagrado respecto de fines humanos sobre los cuales no ejercemos ningún imperio, por más que residan en nosotros y formen parte integrante de nuestra naturaleza: nadie es dueño de su vida, de su honor, de su libertad, de su salud, de su facultad de conocer, etc., y no es libre, por tanto, de renunciarlos, de destruirlos, de dejar de prestarles los medios que necesitan para su conservación y desarrollo; por más que, si quiere hacerlo, no pueda impedirlo ni remediarlo ningún género de coacción exterior. Existe, pues, dentro de nosotros, todo un orden de derecho, propio y sustantivo, independiente de todo otro, el cual se manifiesta como poder legislativo y como poder ejecutivo, en forma normal y en forma anormal. Muy bien decía Plinio, hablando de la conducta que acostumbraba á observar con respecto á las últimas voluntades en que estaba interesado: *Ego propriam quandam legem mihi dixi... Nihil est quod obstet illi meæ legi.* (1). Lenguaje idéntico al que suelen hablar los tribunales cuando relacionan el derecho individual con el social: *la voluntad del fundador es ley* por la cual deben resolverse las cuestiones suscitadas en materia de fundaciones de mayorazgos, fideicomisos, patronatos, capellanías y demás: *la voluntad del testador es ley* entre los interesados: *el contrato constituye la ley* que fija los mutuos derechos y deberes de los asociados, etc. (2). Determinase además nuestra actividad interiormente como poder judicial

(1) *Epist.*, lib. II, cap. 16.

(2) Ortiz de Zúñiga, *Jurisprudencia civil de España*, t. I, p. 68 y siguientes; D. Rivera, *Rev. de Legislación y Jurisprudencia*, t. XXXVI, página 354.

y correccional: ¿quién ignora que juzgamos nuestros propios hechos en el foro interior, y reconocemos su injusticia cuando no son conformes á derecho, condenándonos á nosotros mismos? ¿Quién, á seguida de un fallo de ese género, no ha hecho propósitos de enmienda, y no ha castigado su voluntad, atento á purificarla de sus pasados yerros, y enderezarla nuevamente al bien de donde se había desviado? ¿Quién ignora que, aun en el caso de una transgresión del orden moral, la sociedad no corrige al culpado, sino que se limita á rodearlo de condiciones influyentes que favorezcan la corrección, la cual ha de ser en todo caso obra del mismo culpado?

No cabe, pues, dudar de que cada persona individual constituye por sí sola todo un Estado, en que el hombre, como ser racional y eterno, como hombre ángel, que diría Pascal, es *soberano*, y como sujeto finito y activo, como individuo, es *súbdito* (1); si bien Estado indiferenciado, como todo organismo rudimentario: desempeña todas las funciones que son propias del derecho, pero sin órganos, hallándose presente todo él, obrando su actividad toda entera, en todos y cada uno de sus actos, á diferencia de lo que se observa en la sociedad, donde cabe y se practica la división del trabajo;

(1) A este propósito, dice con su acostumbrada elevación F. Giner: "El ser racional es el que manda; el llamado á obedecer (como el mismo nombre lo indica), el sujeto: el poder soberano para regir nuestra vida en el límite en que de nosotros dependa, es una propiedad del primero: el hombre individual no es sino el órgano mediante que dicho poder se ejerce, en representación y función de nuestra naturaleza. De aquí que jamás sea lícito al individuo arrogarse el poder como mera facultad subjetiva, abandonada á su licenciosa arbitrariedad para satisfacción de fines egoístas. Sin salir, pues, de la esfera del que pudiéramos decir, siguiendo á Platón; "Estado individual", y sin necesidad de suponer pluralidad de seres para explicar la relación del poder supremo á los poderes particulares, cabe ya reconocer la existencia de un *soberano* y un *súbdito* dentro de nosotros mismos: de una parte, el hombre ideal, el ser racional; de otra, el hombre individual, el sujeto, cuyos propios fines son lícitos tan sólo en cuanto responden á los fines esenciales de aquél. Distinción en que, á la verdad, se reconoce que no es propiamente el que manda el mismo que obedece; mas distinción sólo, aunque esencial, *relativa*, en la unidad primera é indivisa de nuestro ser, que no se resuelve en dos seres diversos (*Principales doctrinas tocante á la soberanía política*, § II, apud *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, Set., 1879.)

porque la personalidad social consta de miembros, y en virtud del principio de la representación, pueden los unos consagrarse á determinada función, y los otros á otra, á nombre del todo:—así existen en los últimos peldaños de la escala animal seres unicelulares, que realizan su vida sin que se manifieste jamás en ellos órgano de ningún género. Y como dentro del Estado individual no puede obrar otra actividad jurídica que la suya propia, su soberanía es absoluta en todo lo que se refiere á sus relaciones consigo mismo y á sus relaciones con los demás individuos en tanto que Estados igualmente independientes y autárquicos.

Pero no son estas las únicas relaciones que entre sí mantienen los individuos unos con otros: además de Estados soberanos, son miembros de un Estado superior compuesto, la familia, la gente, el municipio, etc., y á este superior común compete regir el nuevo orden de relaciones que como tales subordinados elementos mantienen entre sí y con el todo. Esos diversos Estados superiores se hallan contenidos unos en otros, siendo cada uno organismo y elemento á la vez, producto de la composición de los inferiores y miembro componente del inmediato superior. Según esto, el primer grado en la jerarquía de los Estados sociales será un organismo de individuos ó Estados individuales (v. gr., el matrimonio); los demás se compondrán de Estados sociales á su vez (el Estado municipal, de vecindades ó Estados domésticos; el Estado provincial, de municipios; etc.) Lo mismo estos Estados que el individual, tienen fines propios que cumplir, y un propio derecho por consiguiente. Este derecho ha de actuar en tres distintas direcciones: 1.^a, como orden de condicionalidad para los fines de las personas inferiores que interiormente lo constituyen: 2.^a, como orden de condicionalidad para su propia subsistencia y acción: 3.^a, como orden de condicionalidad para su vida de relación con los demás Estados sus iguales. Y en este triple respecto muestra el derecho (lo mismo que en el Estado individual), el doble carácter de obligación y de pretensión que vimos en el párrafo antecedente. Por lo demás, es evidente que cada uno de esos Es-

tados ha de poseer una actividad propia; especificada en funciones (legislativa, ejecutiva, etc.), y ser ejercida por órganos; que en ninguna de esas funciones puede subrogarse la actividad de Estado alguno que no sea él mismo, y que en razón de todo esto, es, dentro de su peculiar y privativa esfera, Estado soberano, independiente, autónomo. La familia, por ejemplo, es un Estado de derecho tan soberano en su límite como el Estado nacional: el padre ejerce en su casa la misma autoridad que el rey y demás altos poderes en la nación: *quando en mi casa me estoy, rey me soy*, que decían nuestros abuelos: la casa y dominios adyacentes á ella; son como el territorio nacional de ese pequeño Estado: *domos parvaque regna*, que escribió Valerio Marcial; ó como dice el pueblo inglés, el pueblo típico de la familia, *my house is my kingdom*. Las relaciones de individuo, que para éste son exteriores, se hacen inmanentes con respecto á la familia ó á la nación. En igual forma son inmanentes respecto del municipio ó de otro círculo superior, las relaciones exteriores que median entre familia y familia, y á este tenor en los demás círculos. No están, por tanto, en lo cierto, aquellos—y son los más,—que contraponen el individuo á la sociedad considerada en abstracto, no en las esferas sustantivas que interiormente la componen, y hacen del derecho del uno límite para la acción del otro (1).

(1) Entre los pensadores que de este modo discurren, puede considerarse como prototipo el insigne Donoso Cortés: "La justicia exige la conservación de todas las existencias, y por consiguiente, la conservación simultánea de la sociedad y de la libertad del hombre, porque si la sociedad tiene derechos porque existe, la individualidad humana, por la misma razón, tendrá derechos también. La sociedad tendrá, pues, derecho á absorber aquella parte de la individualidad que sea necesaria para su existencia, y la individualidad humana tendrá derecho de retener toda aquella parte de la libertad que la sociedad no necesite para existir. El gobierno encargado de realizar la justicia por medio de su acción, obrará legítimamente siempre que resista á la destrucción de la sociedad, amenazada en su existencia por la libertad humana. Obrará ilegítimamente, siempre que comprima el desenvolvimiento espontáneo de la libertad del hombre, después de haber asegurado la existencia de la sociedad... El problema consiste en respetar la individualidad humana sin que los cimientos de la sociedad vacilen, y en conservar la sociedad sin encadenar al hombre; en una palabra, consiste en encontrar la ley que ha de convertir en

10. Doble esfera del derecho con respecto al objeto. — *Distinción histórica: derecho público: derecho privado.*—Desde los días de Cicerón, en que principió á alborrear la ciencia del derecho, viene acreditada en ella una división que no responde á nada en la realidad, y que no tiene otro fundamento que un estado histórico de la sociedad romana por los siglos en que fueron creadas estas denominaciones: *derecho privado* y *derecho público*. En vano se han esmerado por acomodar á este molde tradicional las instituciones jurídicas legisladores y jurisconsultos, clasificando como derecho privado el que dice relación al individuo y á la familia, y como derecho público el que trata de la organización y funciones de los poderes públicos; porque los hechos se han encargado siempre de dar á la supuesta división el más formal mentís, mostrando cómo la autoridad pública regía multitud de relaciones jurídicas del individuo y de la familia, las cuales no podían, por tanto, ser privadas (v. gr., los derechos políticos, la tutela, la patria potestad, el régimen dotal, el orden de suceder, etc.); y como, por el contrario, se sometía el Estado al régimen de las leyes civiles, y estaba á derecho con los particulares, descubriendo así un orden de relaciones que no podían ser públicas. Como era natural, discordaban las opiniones cuando se trataba de clasificar algunas ramas, como el procedimiento civil, el derecho penal, el derecho mercantil. Y al cabo de dos mil años de uso, no se ha sabido dar todavía una definición exacta y precisa de lo que debe entenderse por derecho público, y qué por derecho privado. Y es que tal definición era imposible.

He dicho que esta división no es hija de la razón científica, sino que se ha engendrado de un hecho puramente histórico. Su origen había permanecido ignorado hasta muy

unidad armónica el dualismo incoherente de la ley del individuo y de la asociación" (Donoso, *Obras*, t. I, *Lecciones de Derecho público*, lección 1.ª) Consecuencias son estas de haber tomado la ciencia por punto de partida al hombre y la sociedad, y no *el derecho en sí*, como una esencia de nuestro ser y de todos los seres.

reciente fecha (1). En los primeros siglos de Roma, existían simultáneamente, uno al lado de otro, dos derechos: el derecho de la gens ó clan, y el derecho de la tribu; por el primero, se regían todas las relaciones interiores de la familia, tanto religiosas como morales y jurídicas, pues derecho, moral y religión estaban compenetrados y confundidos en la vida de los pueblos primitivos: todos los parientes, todas las familias colaterales procedentes de una estirpe común, y designadas por un común cognomen (Claudius, Julius, Calpurnius), obedecían á un jefe, el representante de la casa troncal ó solariega, en torno de la cual vivían agrupadas; veneraban una divinidad común (Clausus, Julius, Calpus, etc.), y una común vesta; la propiedad era colectiva; se constituían en asamblea y en tribunal; poseían un derecho consuetudinario sólo de ellas conocido: tenían un rito religioso, celebraban festividades gentílicas, entonaban himnos y plegarias propias de cada gente; y los muertos eran sepultados en un enterramiento común (2). Estos pequeños Estados de gentiles ó parientes eran soberanos en absoluto, con ejercicio de mero y mixto imperio: gozaban del derecho de vida y muerte sobre sus miembros, practicaban la vindicta y hacían la guerra. Formaban parte de un Estado superior, pero federativamente: no le era lícito á este Estado, llamárase tribu ó ciudad, inmiscuirse en los asuntos interiores de la gens: el derecho de la gens era *jus privatum*, exclusivamente suyo, sagrado é inviolable. El Estado superior, la confederación de clanes, realizaba fines comunes á todos ellos; principalmente, la protección y defensa contra ataques exteriores, y para realizarlos, había menester una organización, un sistema de poderes, un procedimiento, y por tanto, una legislación distinta de las legislaciones consuetudinarias de los clanes: este fué el *jus publicum*. Como se ve, el derecho privado y el derecho pú-

(1) Ha dado una explicación, á mi juicio, satisfactoria, Hearn, en su reciente obra, *The aryan household*, 1879.

(2) Idéntico régimen se ha comprobado entre griegos, germanos, indios (Fustel de Coulanges, *La cité antique*: Hearn, *ob. cit.*), y celtíberos (*Organización civil, polít. y relig. de los Celtib.*, Madrid, 1879)

blico tenían un dominio perfectamente deslindado, no en razón de las instituciones del derecho, sino de los círculos sociales: de un lado, estaba la familia y la gente: del otro, la tribu ó la ciudad; tan extraños uno á otro, que el mayor número eran miembros de la primera y no lo eran de la segunda, y para que un filiusfamilias, por ejemplo, entrase á formar parte de la ciudad, era menester que ésta lo reconociese solemnemente y le invistiese con la investidura de ciudadano; hasta entonces, la ciudad no lo conocía, ni por consiguiente, lo amparaba, ni contaba con él: únicamente el padre tenía poder sobre el hijo de familia.

Pero poco á poco, y así como se fué desarrollando el sentimiento de la humanidad, fué prevaleciendo sobre ese sistema artificial otro más conforme á la naturaleza humana: aquel valladar que circundaba á la *gens* y la hacía impenetrable á todo influjo exterior, se fué aportillando y cuarteando; quebróse el rígido molde del *jus gentilitium (privatum)*; la ciudad se interpuso entre el padre y sus hijos, entre el marido y su mujer, entre los siervos y su señor, primero, tímidamente y en grado apenas perceptible; después, más resueltamente; y la patria y la dominica potestas, la manus, la emancipación, la dote, las sucesiones, la adopción y la arrogación, la tutela y la curatela, las convenciones, y sobre todo, la guerra privada, el castigo de los delitos, y en una palabra, todo el antiguo *jus privatum*, fué atrayéndolo hacia sí la ciudad, y constituyendo con él una rama del derecho que siguió llamándose privado, aunque en realidad era ya público: la potestas del padre se tornó *mund*: en su lugar se subrogó la ciudad, ó llámese la nación, por órgano y ministerio de sus autoridades: la vida del hogar vino á ser tan pública como la vida de la ciudad. Únicamente en el derecho de obligaciones, en la testamentifacción, en la constitución de la familia, y en alguna otra rama, relajó su celosa y absorbente soberanía el poder público, y dejó un cierto número de relaciones jurídicas á la libre acción del individuo y de la familia. Desgraciadamente, los siglos que sucedieron al de Justiniano, no han ambicionado otro de-

recho ni más saber que el condensado en sus monumentales recopilaciones, y así ha llegado hasta nosotros, junto con la falsa distinción del derecho en público y en privado, la tiranía civil que, con grave ofensa de la personalidad humana, habían informado y encarnado en ella los pretores de la república y los jurisconsultos y procónsules del imperio. Al despotismo del *pater-familias* se ha sustituido el de la *civitas*. Los jurisconsultos que florecieron en la edad de oro del derecho civil, definieron uno y otro miembro de un modo que no era conforme con su origen histórico: *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat: privatum, quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.* Y siguiéndoles Savigny, dice: "Si dirigimos una ojeada sobre el conjunto del derecho, lo veremos dividido en dos ramas: el derecho *político* y el derecho *privado*: tiene el uno por objeto el Estado, es decir, la manifestación orgánica del pueblo: el otro, contiene todas las relaciones de derecho existentes entre particulares, y es la regla y la expresión de estas relaciones. Tienen, sin embargo, estos dos órdenes de derecho muchos rasgos de semejanza, y muchos puntos de contacto. Así, la constitución de la familia, la autoridad del padre y la obediencia de los hijos, ofrecen una analogía grande con la constitución del Estado, al mismo tiempo que muchas corporaciones tienen casi las mismas condiciones de existencia que los individuos. Pero lo que distingue profundamente el derecho político del derecho privado, es que el uno se ocupa del conjunto y considera á los individuos como un objeto secundario, mientras que el otro tiene por objeto exclusivo al individuo mismo, y no se ocupa más que de su existencia y de sus diferentes estados" (1). Y es la segunda acepción que han tenido las palabras *derecho público* y *derecho privado*. Apenas si se aparta de ella Ahrens, cuando afirma que "el derecho privado atiende tan sólo á la personalidad, su fin propio y su bien particular; mientras que el privado

(1) *Sistema del derecho romano actual*, §

considera la totalidad de los miembros de la sociedad, reunidos por la idea del derecho en el Estado, y establece las condiciones bajo las que éstos, como institución y con el concurso de las personas privadas, puede realizar el fin común, el bien de todos, bajo las formas que garantizan al mismo tiempo el derecho de cada uno" (1).

Sin embargo, anuncia ya una inteligencia nueva para los términos *privado* y *público*, aplicados al derecho, que Giner ha precisado con más alto sentido, diciendo: "Se ha pretendido también hallar en la distinción del derecho en *público* y *privado* una división admisible; mas esta diversidad, aunque real en sí, no puede originar una clasificación de las instituciones jurídicas, en cuanto uno y otro término no son en suma sino diversos aspectos y modos de consideración del derecho mismo; pues éste, en cuanto se le considera como dado en la propia personalidad sustantiva é independiente de cada ser, se denomina Derecho privado; al paso que recibe el nombre de Derecho público, cuando se atiende á las relaciones de orgánica subordinación y dependencia en que se encuentran colocadas las personas jurídicas" (2). Y es la tercera vez que se renueva y cambia el valor y significado de la famosa división, adaptándose en la ocasión presente á una concepción reinante en la ciencia jurídica, acerca de la individualidad y la autonomía. Ya Savigny había presentado este nuevo sentido, y aun había atribuído su conocimiento á los jurisconsultos romanos; pero no acertó más que ellos á discernirlo con claridad, ni anduvo atinado al basar en él una división de la regla jurídica como distinta de la división del derecho en público y en privado. "Considerando, dice, la relación que existe entre las reglas de derecho y las relaciones jurídicas que aquéllas dominan, se notan en estas reglas un doble carácter. Unas mandan de una manera necesaria é invariable, sin dejar espacio alguno para la voluntad individual: á tales reglas

(1) *Curso de Derecho natural*, cap. VIII, § 39.

(2) *Principios de Derecho natural*, lec. 22, p. 120.

las llamo *absolutas* ó *imperativas*. Su carácter de necesidad puede referirse al organismo del derecho, á los intereses políticos, ó, en fin, á la moral. Otras, por el contrario, dejan campo libre á la voluntad individual, y sólo cuando ésta ha descuidado manifestarse, es cuando se presenta la regla para determinar la relación de derecho. A dichas reglas, destinadas á suplir la expresión incompleta de las voluntades individuales, las llamo *derecho supletorio*. Esta distinción ha sido formalmente reconocida por los jurisconsultos romanos: así, para designar las reglas de la primera clase, emplean ordinariamente las siguientes expresiones: *jus publicum*, *jus*, *jus commune*, *juris forma*; y frecuentemente también, apuntan como causa ó motivo de estas reglas absolutas el interés del Estado y las buenas costumbres. En cuanto á las reglas de la segunda clase, cuya naturaleza se determina por su oposición á las de la primera, no son designadas con términos tan precisos: *res familiares*, *privata*, *ad voluntatem spectans*" (1).

Entraña este punto capital importancia para la teoría del hecho jurídico y para la del derecho consuetudinario, por cuya razón hemos de consagrarle mayor atención que á otros no tan interesantes á nuestro propósito.

II. Doble esfera del Derecho con respecto al objeto. (Continuación.)—*Distinción racional: derecho voluntario: derecho necesario.*—El Derecho, decimos, es una relación entre fines racionales y medios útiles adecuados á ellos, establecida por una actividad consciente y libre. Ahora bien: ¿existe en la razón una forma necesaria y única para cada relación de derecho, ó puede la actividad del sujeto realizar el fin en formas diferentes? Analizando, á la luz de nuestra propia conciencia, el contenido sustancial del derecho, encontramos dos órdenes de relaciones jurídicas:—1.º, unas que abrazan la naturaleza humana en su concepto absoluto, en su unidad, en su existencia, en su libertad, en

(1) *Obra cit.*, § 16.

lo permanente y esencial de ella, en aquello que la constituye, sin lo cual dejaría irremisiblemente de ser, y que se encuentra, por tanto, en todo ser racional, independientemente de toda condición de espacio y de tiempo:—2.º, otras que afectan á la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable, como individualidad, en eso que constituye el carácter y, por decirlo así, la *constitución interna*, y que en cada instante es otro y diferente, porque depende de un número infinito de condiciones infinitamente variables, nacidas de la herencia, de la educación, de la edad, del grado de desenvolvimiento del espíritu, del medio natural y social en que vive, del género de obstáculos con que ha de luchar, del equilibrio de sus facultades psíquicas, ó del predominio de una ó de otra, de sus aptitudes, de sus antecedentes, de sus ideales, etc. Ahora bien: con respecto al primer género de relaciones, siendo una misma y siempre igual la finalidad, por lógica necesidad ha de ser una sola la forma de realización, y ha de dictarla la razón *a priori*: con respecto al segundo orden de relaciones, siendo individual la relación, la satisfacción de la necesidad (ó sea el cumplimiento del fin) ha de admitir diversidad de formas ó modos, y únicamente la personalidad á quien directamente interesa, ha de poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más le convenga en cada caso. Las primeras constituyen el derecho absoluto, necesario, obligatorio: las segundas, el derecho voluntario, libre ó hipotético.

Al decir derecho absoluto, necesario, obligatorio, no ha de entenderse derecho inmutable, rígido, inflexible; que no se avendría concepto tan opresor y abstracto con la soberana elasticidad, con que se adapta el derecho á las mudables condiciones de hombres y pueblos. *Las leyes, dice el Fuero Juzgo, deben ser convenientes al tiempo é al lugar.* Es derecho indeclinable, pero no se impone á todos por igual, porque no en todos los sujetos se manifiestan todos los fines esenciales de la personalidad humana, y menos aún en grado idéntico. No es una misma en todos la capacidad. Debe ser respetada y condicionada la vida de todos, pero no todas

las vidas requieren un mismo género de condiciones: debe ser respetada y condicionada la facultad de obrar, pero no todos los hombres necesitan ni pueden sobrelevar un mismo grado de libertad: debe reconocerse la soberanía á todos los pueblos, pero no en todos puede ser igual la forma de la representación. Cada grado de capacidad implica un grado diferente de derecho, pero ese grado de derecho es, para las personas que poseen aquel grado de capacidad, esencial, necesario, obligatorio... Todo ese mundo de hechos, de circunstancias, de condiciones externas é internas que hacen que el ser racional y eterno sea individuo, sujeto finito, distinto de los demás individuos, también como él seres racionales, convierten el derecho absoluto en relativo é histórico, pero en todo caso, necesario, obligatorio.

Hagamos ahora práctica esta distinción.

Sea un primer ejemplo de derecho voluntario. La casa y el patrimonio, el *herctum ó hæredium* de los primitivos romanos, el *solar* de las behetrías castellanas; la *vecindad* navarra, que es como una concreción exterior ó como el cuerpo de la familia, puede constituirse de muy diversas maneras, sin que sensiblemente padezca en sus atributos esenciales la institución: así es que, si consultamos la historia, observaremos que no tienen número los sistemas que ha inspirado á la razón histórica el principio racional del derecho, y aun en nuestra edad, ostenta una variedad asombrosa en los países europeos. Ya es la *comunidad absoluta y universal* de bienes de todo género, muebles é inmuebles, adquiridos antes ó después del matrimonio, á título oneroso ó á título lucrativo, como se ve en Portugal, en las poblaciones españolas donde rigen los fueros de Bailío y de Vicedo, en Aragón, cuando los contrayentes pactan hermandad, en Holanda, Basilea, etc.; ya es la *comunidad relativa*, de bienes muebles aportados, y de muebles é inmuebles adquiridos á título oneroso constante matrimonio, como en Francia, Luxemburgo, Hesse-Darmstad, Suecia, Brabante, etc.; ya es la comunidad de esos mismos bienes, pero *por partes desiguales*, dos tercios el marido y

uno la mujer, como entre los campesinos de Noruega, Dinamarca y Flandes; ya la comunidad se reduce á los *bienes muebles*, y aun eso, cuando el matrimonio ha durado por lo menos un año y un día, como en Escocia; ya es el sistema de *gananciales por partes iguales*, como en Baviera, Ducado de Nassau, Electorado de Hesse, etcétera; ya á *partes desiguales*, proporcionadas al haber de cada uno, como hasta no ha mucho tiempo en Córdoba, donde imperaba el régimen del Fuero Juzgo; ya es la *comunidad universal* para el caso solo en que hayan nacido hijos del matrimonio contraído, como en Lubeck y varias poblaciones de Holstein; Mecklemburgo, etc.; ya es el *régimen dotal* á secas, sin ningun género de comunidad, como en Italia, Austria, Vaud, Tessino, Friburgo, Soleure, Luisiana, Cataluña, Wurtemberg, etc.; ya es el régimen de *separación de bienes*, como en Rusia, Berna, Brandemburgo, etcétera; ya la personalidad de la mujer se borra, confundiéndose con la del marido, y los bienes "personales" que le pertenecían antes del matrimonio, entran en el dominio absoluto del marido, si bien la costumbre ha ideado recursos para impedir una malversación, como en Inglaterra; ya se combina el *régimen dotal con el de gananciales*, como en Castilla; ya esos dos con la comunidad de bienes muebles, y además el *usufructo ó viudedad* sobre la otra mitad y demás bienes pertenecientes al cónyuge premuerto, como en Aragón, etc., etc. Cada uno de estos sistemas ofrece infinidad de matices y variantes, no siempre fáciles de apreciar, unos locales, y meramente individuales otros. De las trescientas "Coutumes" que se contaba en Francia antes del Código Napoleón, sesenta contenían reglas diferentes acerca de la comunidad; y todavía exceden de ese número las formas adoptadas por los contrayentes en el Alto Aragón, hijas de la absoluta libertad de pactar que reconoce el fuero á las personas privadas. ¿Se comprende ahora cuán absurdo es imponer una fórmula rígida é igual á todos los individuos de una localidad, de una provincia, de una nación ó de una raza?

Pues busquemos ahora lo absurdo en la esfera del derecho necesario, y veremos que consiste aquí precisamente en lo contrario. Allá, lo lógico, lo racional, es la libertad: lo atentatorio, lo inicuo, la imposición de una determinada línea ó regla de conducta. Aquí, lo absurdo, lo injusto, sería la libre facultad de obrar; y por el contrario, lo conforme á razón, la imposición de una regla única á cada género de actos, á cada jerarquía de capacidades. Se trata de aquello que es inherente á la persona, y ante este dilema, ser ó no ser, las vacilaciones se hacen imposibles. Nuestro cuerpo sirve de medio de comunicación entre un espíritu individual y otro espíritu individual, y de instrumento mediante el cual obra el Espíritu sobre la Naturaleza y la Naturaleza sobre el Espíritu. Como parte integrante de nuestro ser y elemento esencial de nuestra vida, determináanse en él fines racionales, y en primer término el de su conservación. El derecho que nace de este fin, es absoluto, é inmutable, lo mismo en pueblos infantiles que en sociedades adelantadas; lo mismo cuando el sujeto ha delinquido que cuando se ha mantenido fiel á las inspiraciones del deber; y es un contra-sentido, y un sangriento sarcasmo, y una ofensa gravísima inferida á la humana razón, mutilar el cuerpo en nombre de la justicia (talión), atentar á su salud y á su integridad con pretexto de servir el derecho (tormento), ó destruirlo á título de expiación ó para fines de intimidación (pena de muerte). Es pretender curar un delito con otro delito. La vida, la salud, los miembros corporales, el honor: ni el Estado superior, ni el individuo mismo pueden atentar contra estos bienes absolutos, ni constituir en materia de contrato la defensa de sí mismo; y con razón prohíbe el Código de las Partidas renunciar el dolo ó el hurto que otra persona pueda hacernos en lo sucesivo.—Si del individuo pasamos al matrimonio, nos sale al encuentro, entre otras instituciones, la capacidad para contraerlo, que es también de derecho necesario: descubiertos los términos de esa capacidad, se imponen á la voluntad, porque la fórmula es única, no cabe elección, sin que por eso haya de

creerse que ha de existir una regla inflexible é igual para todos los hombres, pues la experiencia de todos los días tiene acreditado que la capacidad no aparece en todos en una misma edad, sino que, por el contrario, deberá haber un límite y un señalamiento especial para cada individuo, como ya lo sostuvieron los sabinianos, y en cierto modo, el derecho canónico; sin que el carácter necesario de este derecho varíe tampoco porque, cuando las legislaciones se deciden por un tipo de edad uniforme, discorden en cuanto á él desde doce y diez años (España), por ejemplo, hasta veintiuno y quince (Suecia), de conformidad con las tradiciones, el clima y la cultura, ó simplemente, según la distinta apreciación é interpretación por ellos, del principio existente en la razón. Si del matrimonio pasamos á la familia, encontramos la patria potestad ó la tutela principio absoluto, necesario, que se impone á la voluntad del que ha de ejercerla y á la del que ha de utilizarla, que no son libres de admitir ó rechazar, ó de alterar en sus términos ni en su duración; sin que esto obste para que, así en ésta como en aquéllos, pueda reflejarse la original individualidad de cada pueblo y de cada individuo, y que así como vaya apareciendo y desarrollándose, ó reapareciendo y fortaleciéndose la capacidad de discernir, y por tanto, de obrar, de obligarse, de disponer de lo suyo, disminuya gradualmente en intensidad la tutela. Lo necesario no es la tutela ó la patria potestad así en abstracto, sino especializada, individualizada para cada sujeto, según la naturaleza y el grado de incapacidad.—El *selfgo vernment* ó la autonomía municipal y provincial, son á estos órdenes de la sociedad lo que al individuo la facultad de contratar, de testar, y demás derechos naturales, pero se amoldan también á la extensión de la capacidad; de suerte que lo esencial no es la autonomía en abstracto, en un grado uniforme, ó en un tipo único; sino la autonomía concreta, que corresponde á la capacidad de cada sujeto, especificada según el sistema entero de las condiciones que le rodean. Con el criterio de la capacidad ha de medirse igualmente el derecho absoluto que tiene toda nación á gobernarse por el sistema antono-

másticamente llamado representativo. A tal capacidad, tal poder: si la capacidad es nula, el poder de obrar lo es igualmente, y la vida de la persona es regida por representación necesaria, llámese patria potestad ó curaduría en el individuo, dictadura en la sociedad: si la capacidad es embrionaria, embrionaria será la facultad de obrar, y asomará el poder personal ó la representación voluntaria: cuando el desarrollo de la capacidad llegue á su máximo, la facultad personal de obrar no habrá menester ya de traba alguna. Por esto se reconocían en Roma, entre la capacidad plena y la incapacidad absoluta, grados intermedios, el estulto, el pródigo, el próximo á la pubertad, etc. Para cada uno de aquellos estados de la personalidad, y para los demás intermedios, posee el derecho un tipo de conducta único, que el sujeto jurídico, llámese individuo, familia, provincia ó municipio, no puede, en ley de justicia, mudar en lo más mínimo, y menos desechar ó sustituir con otro diferente. Claro está que al interpretar esa regla natural de conducta, existente en la razón, para hacerla positiva, puede equivocarse el legislador, extremándola en uno ó en otro sentido, sin que esto arguya falsedad en la doctrina, sino falta de arte ó de suficiencia en el legislador; si es que no se oculta, bajo el aparente defecto ó exceso, la expresión de uno de los matices de la capacidad.

Así, por ejemplo, las leyes españolas y las leyes inglesas reconocen al individuo el derecho de rechazar toda agresión contra su persona, y de reivindicar los bienes de que haya sido despojado. Son derechos naturales absolutos, que el sujeto interesado no puede ceder ni renunciar—(por más que en el hecho se abstenga de ejercitarlos),—y que poder alguno en la tierra, que no sea tiránico, le puede mermar ni prohibir. Pero en la práctica, la legislación inglesa le ha dado mayor latitud que la española, y esa diferencia cuantitativa puede ser efecto de una diversidad de apreciación en los legisladores, ó lo que es más seguro, la expresión original de dos temperamentos diferentes, ó de distinto grado de desarrollo político de uno y otro pueblo, y al propio

tiempo, de los influjos y tradiciones jurídicas, que son muy otras en éste que en aquél. Así, el ciudadano inglés disfruta, entre otros, de los siguientes derechos personales: 1.º *recaption* ó rescate; cuando un hombre ha arrebatado á otro cualesquiera bienes muebles, ó le retiene injustamente á su mujer, ó un hijo, ó un criado, está autorizado el dueño, marido, padre ó amo, para rescatarlos personalmente, donde quiera que se hallen, en una feria, en una posada, en los pastos del común, etc.: 2.º *posesión*: puede rescatar también personalmente, entrándolas por propia autoridad, las tierras de que otro ha tomado posesión sin derecho para ello: 3.º *nuisance*: puede derribar ó apartar aquello que le perjudica ilegalmente: si, por ejemplo, uno construye una obra nueva, una pared, una casa, etc., que obstruya sin derecho las luces de otra, el dueño perjudicado puede lícitamente entrar en la propiedad de su vecino y demoler la obra: 4.º *seisic*, prendamiento y retención por el dueño de una finca, de las bestias ajenas que encuentra en ella, para indemnizarse del daño causado; y por el dueño ó acreedor, de los muebles y semovientes del arrendatario ó del deudor (sin excluir las mieses, cortadas ó no), cuando demora el pago de la renta ó de otras deudas, y eso aun cuando hayan sido transportadas fraudulentamente á otra parte, llegando en esto á tan extremo rigor, que si las bestias de un tercero derriban una cerca ó se abren paso á través de un vallado é invaden tierras arrendadas, puede detenerlas el dueño de éstas para hacerse pago de la renta debida por el arrendatario, en castigo del descuido del dueño de tales bestias, y de los perjuicios por ellas irrogados (1). Como se ve, posee el ciudadano inglés medios de hacerse justicia por su mano, de que el español carece: en el caso de una *nuisance* ú obra nueva, por ejemplo, tiene éste como primer recurso la acción de interdicto: también el inglés puede hacer uso de ella, pero uso voluntario, en el caso tan sólo que no prefiera derribar

(1) Vid. Blackstone, *Comentarios sobre las leyes inglesas*, lib. II, capítulo I.

por sí lo que le estorba. El principio, las dos legislaciones lo reconocen: sólo que en la inglesa, se ha trazado un más ancho círculo el derecho individual.—No obsta, pues, á la existencia racional de un derecho necesario, de una conducta obligatoria no libre, en cada institución, el hecho de que haya revestido formas diferentes, y aun opuestas, en la historia de las legislaciones, porque no todo ha sido ni es en la vida como debe ser, no todo lo real ha sido racional, no todas las formas históricas han sido legítimas. Así, en las naciones modernas son de derecho necesario ciertos impedimentos dirimentes, y no en otros países donde, como en Persia, ha sido lícito el matrimonio hasta entre hermanos consanguíneos y entre ascendientes y descendientes. Nosotros tenemos por derecho necesario la monogamia, mientras que lo tienen por derecho voluntario los pueblos musulmanes, cuyas leyes admiten la unión de un varón con varias mujeres. ¿Quién osará decir que todas esas formas responden á algo esencial en el derecho, y que no son más bien desviaciones puramente subjetivas del principio eterno (lo mismo que la esclavitud, la pena de muerte ó la patria potestas romana) aquellas que repugnan á nuestra civilización presente? Fué considerado como derecho necesario entre nuestros cántabros, y tal vez entre los vascones que vivieron en edad remota, la ginecocracia ó familia matriarcal: la autoridad residía en la mujer; ella regía la familia; su apellido era el que se transmitía á sus hijos; heredaban al padre los hijos de su hermana, y no sus propios hijos. El derecho romano introdujo un sistema diametralmente opuesto á éste, la *manus*, la igualación de mujer y de hijos, la potestad omnipotente del jefe como padre y como marido; cuyo sistema, de código en código y de siglo en siglo, se ha ido transmitiendo hasta la edad moderna. ¿Quién se atreverá á sustentar que uno y otro régimen sean conformes al derecho absoluto, y deban escribirse en las leyes con carácter obligatorio é irrenunciable, y que no son más bien desviaciones del verdadero principio único, absoluto y necesario, el que se ha abierto paso en el hecho antes que en

la ciencia, el que rige por costumbre, el poder doméstico residiendo en marido y mujer por igual, y la libre y voluntaria distribución de las funciones que ese poder envuelve, según las aptitudes de cada uno de los cónyuges?

Importa insistir más en esa distinción, porque de ella se derivan importantes consecuencias para la teoría de la eficacia de la costumbre. Por lo pronto, notemos que la división del derecho en necesario y voluntario, que descubrimos en él, mirándolo desde su unidad, se reproduce luego en cada uno de sus miembros y esferas, en sus instituciones todas y en los círculos ó personas sociales en que el sujeto de derecho se diversifica: lo mismo en el derecho del individuo que en el de la familia, del municipio, de la provincia y de la nación, existe un derecho necesario, del cual no les es lícito desviarse, y otro derecho voluntario, más flexible, que consiente elección de medios y variedad de acción. Notemos, en segundo lugar, que el derecho necesario, en su calidad de tal, necesita una salvaguardia, una garantía, un regulador, y que esa regulación y esa garantía ha de asumirlas por necesidad el Estado superior, porque á él obedecen y de él reciben impulso y dirección todos los demás: hoy es la nación esa personalidad superior á quien toca encauzar las actividades de los Estados interiores en el sentido del derecho absoluto y necesario, legislarlo, procurar su cumplimiento, y castigar su infracción. Todo lo que no sea condiciones y formas necesarias, debe abandonarlo á la libre acción de los Estados interiores, al individuo, á la familia, al municipio y á la provincia, los cuales tienen que expresar en él su original individualidad. Acomodando estas categorías á las denominaciones antiguas, diríamos: el derecho necesario es público; el voluntario, privado: entrambos respectos se muestran tanto en el individuo como en la familia, en el municipio, en la provincia y en la nación: el Estado superior, actualmente la nación, debe distinguir en cada institución lo que tiene de público y lo que tiene de privado, promulgar aquél con carácter obligatorio, y abandonar éste á la iniciativa de los Estados inferiores, de cuyo derecho

formen parte las instituciones en cuestión. Retener el Estado superior un derecho que no le pertenece, es intolerable despojo, nacido de esas concepciones socialistas que llenan la historia de la humanidad, y de cuyo dañoso influjo está lejos de haberse emancipado nuestro siglo. Siempre la historia se ha inclinado á tener por más respetable el derecho de la sociedad (entendiendo por tal el grado superior de ella, la ciudad ó la nación), que el derecho del individuo, y á obrar como si éste dependiese de aquél, no vacilando en sacrificarlo á él siempre que lo ha creído necesario. Desde el momento en que consideraban al individuo, no como Estado propio, sino como factor del Estado, se incapacitaban para hallar la armonía de entrambos supuestos derechos en su igualdad, y tenían que buscarla en la subordinación del uno al otro (1).

Pero no debe limitarse á eso. En el seno de estas colectividades se determinan corrientes, direcciones y modos uniformes de acción, que expresan la convicción común y el espíritu dominante en la generalidad de los miembros que las componen, y que ordinariamente se traducen en reglas consuetudinarias, en costumbres. Por otra parte, los hechos de la vida se producen con tan vertiginosa rapidez, que le es imposible al sujeto actor determinar en cada uno las condiciones todas de su producción, sus futuras contingencias, sus resultados necesarios ó probables. Para evitar la indeterminación que nacería de aquí forzosamente y los repetidos conflictos á que daría lugar, el supremo legislador, órgano del Estado superior, da una forma concreta y regular á la voluntad general manifestada en aquel espíritu común, en aquellas direcciones uniformes, en aquellos usos de derecho voluntario, creados por la colectividad y la sanciona en forma de ley facultativa y supletoria. Si el municipio, si la familia, si la corporación, si el individuo, si la provincia, según los casos, no se dan ley propia, se presume que han entendido regir sus actos por la ley general, y

(1) V. multitud de citas en Grocio, *ob. cit.*, lib. I, cap. IV, § IV-4

ésta les es aplicada, porque nada más lógico que suponer que la voluntad de una persona quiere lo que ha querido la mayoría de las personas que viven en condiciones análogas á las suyas. Me explicaré con varios ejemplos pertenecientes á cada una de esas esferas.

Principiemos por el derecho individual. Supongamos un contrato cualquiera, la enfiteusis, por ejemplo. Dice el Código italiano: "*La enfiteusis se regula por la libre voluntad de las partes contratantes, siempre que sus pactos no sean contrarios á las disposiciones de los artículos 1.562, 1.563 y 1.564. A falta de convenios especiales, se observarán las reglas siguientes... (artículo 1.557).*" Aquí vemos expresados distintamente los tres elementos de la institución: 1.º El *necesario* y que las partes no pueden alterar, porque se supone que afecta á la esencia misma de la institución: prohíbe pactar laudemio y toda otra carga que no sea el canon anuo; prohíbe igualmente la sub-enfiteusis; declara es derecho adquirido por el enfiteuta esencialmente transmisible y redimible la carga que contrae: 2.º El *voluntario*: los contrayentes son libres de convenir la forma y las condiciones que mejor les pareciere: 3.º El *supletorio*: para el caso de que hayan pasado en silencio algún punto del contrato ó todos, la ley establece las disposiciones que han de regir, y que se presume haber querido poner en vigor los contrayentes.—Esto mismo acontece con la libertad de conciencia, como con los demás derechos llamados individuales (1):

(1) A la libertad de reunión, de asociación; de cultos, de imprenta, etcétera, suele denominárselos derechos individuales, originarios, ilegislables, irrenunciables, imprescriptibles; y para ponerlos al abrigo de los pasajeros cambios que de cuando en cuando alteran la faz de la política, son consignados en las Constituciones nacionales. Ha influido en esto el falso sentido de Rousseau, Kant y los jurisconsultos romanos, según el cual, el derecho se funda en la libertad, y la ley *declara* esos derechos como no habiendo existido hasta entonces. Pero en igual línea que esos supuestos individuales derechos, se encuentran la libertad de testar, la libertad de contratar, la libertad de establecer el régimen interior de la familia, etc.; y si aquéllos se llévan á la Constitución, no hay razón alguna de esencia para excluir de ella á éstos; ó si éstos se recluyen al Código civil, la lógica pide que les sigan aquellos, como en parte ha hecho el Código civil portugués.

(Se llaman, dice éste, derechos originarios, los que resultan de la

hay en él de esencial, y por tanto, de obligatorio, el fondo ético de la creencia, y principalmente del culto, y el mutuo respeto de las diversas confesiones entre sí; y de voluntario y libre, la forma misma de la creencia que cada cual considere más conforme á la verdad, y el modo de su organización como religión positiva: imponer á todos una determinada, es atropello y violencia que el Estado superior comete, invadiendo esferas que no es competente para dirigir, y dando color de derecho á infinitos crímenes que, desde Sócrates y Jesús se continúan en horrible cadena hasta las persecuciones de los Emperadores y las hogueras de la Inquisición. En idéntico caso se encuentran la testamentifaccción, las fundaciones, y el derecho de obligaciones y el mercantil: destácanse en ellos algunos principios necesarios, ineludibles, inalterables, principios de derecho público, que podría decirse, según el nuevo sentido de la palabra, leyes irrenunciables, que dirían Notarios y Abogados, porque expresan la naturaleza esencial de las instituciones sobre que versan, y tienden á prevenir los fraudes, abusos y demás trasgresiones jurídicas;—pero la masa principal la constituyen principios supletorios de voluntaria aceptación, que no tienen más autoridad que la que las partes interesadas quieren darles, que solamente regulan aquellas relaciones para las cuales no han estatuído privadamente una forma especial de derecho distinta de ellas; *dicat testador et erit lex voluntas ejus,*

própia naturaleza del hombre, y que la ley civil reconoce y protege como fuente y origen de todos los demás. Estos derechos son: 1.º El derecho de existencia (vida, integridad personal, buen nombre y reputación). 2.º El derecho de libertad (pensamiento, expresión, acción). 3.º El derecho de asociación. 4.º Derecho de apropiación. 5.º Derecho de defensa. Los derechos originarios son inalienables.)

Son derechos naturales, esenciales á la naturaleza humana, independientemente de toda limitación de tiempo ó espacio, y no están, por tanto, bien denominados cuando se les dice individuales. Tampoco son ilegislables: 1.º Porque hay en cada uno de ellos un elemento necesario, independiente de la voluntad, que no puede abandonarse á la libre acción de los sujetos jurídicos, y que el estado superior debe regular y garantizar. 2.º Porque su ejercicio, aun en la parte libre y voluntaria, requiere ser ordenado y limitado por consideraciones de policía, de moral universal, etc., lo mismo que el modo de su cumplimiento. Son ilegislables solamente en el sentido de que no se derivan de la ley, ni los funda la voluntad, ni los crea el legislador.

dice la novela 22, c. 2; *En la fundación de fideicomisos, patronatos y demás instituciones vinculares*, dice el Tribunal Supremo de Justicia de España, *la voluntad del fundador es la ley que debe guardarse*, mientras no se oponga á lo determinado por derecho. *En la sucesión de mayorazgos, ha sido siempre ley la voluntad del fundador*, y sus disposiciones, siendo lícitas y posibles, debían ser cumplidas religiosamente, por más que se desviasen del orden establecido por las leyes del reino para la sucesión de la corona. Es un principio de derecho que *la voluntad del testador debe respetarse y cumplirse como ley entre los interesados*. *El contrato*, en conformidad á la doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, *constituye la ley que fija los mutuos derechos y deberes de los asociados* (1). En virtud de este principio de libertad,—“el contrato es ley”,—la legislación mercantil, con ser tan extensa, es casi todo derecho libre, derecho supletorio, en todos los países, y lo mismo el orden legal de suceder abintestato, el cual sólo surte efecto en concepto de supletorio, cuando los particulares lo han puesto tácitamente en vigor no estableciendo otro.—Ese principio de libertad se extiende, como es de razón, á la esfera de la reparación jurídica: las personas privadas son, en su esfera, absolutamente soberanas, y de igual modo que pueden legislar y ejecutar su derecho, pueden juzgarlo, transigirlo y repararlo. Y también aquí desempeña un papel importante la distinción del derecho en voluntario y necesario. Así, la ley española de Enjuiciamiento establece que “*toda contestación entre partes*, antes ó después de deducida en juicio, y cualquiera que sea el estado de éste, *puede someterse á la decisión de jueces árbitros* (artículo 770), y tam-

(1) Sentencias del T. S. de J. de 14 de Nov. 1816, 22 Mzo. 1862, 19 Diciembre 1864, 26 Febro. 1867, 24 Mzo. 1857, 20 Dic. 1866, 10 Dic. 1867, 3 Abril 1867, etc. No ha de creerse, sin embargo, que aquellas máximas de la jurisprudencia sean el enunciado de la libertad plena de testar (como está, v. gr., reconocida en el Fuero de Navarra): “Para que un testamento tenga la misma fuerza que la ley, es necesario que se ajuste á las prescripciones legales, y por tanto, no puede estimarse con aquella eficacia más que en lo que el testador disponga lícitamente y de un modo ajustado á derecho” (Sent. de 25 de Mayo de 1868).

bién á la de amigables componedores, á fin de que la decidan sin sujeción á formas legales, según su leal saber y entender" (art. 819); pero ni el individuo ni la familia son hoy representantes del derecho absoluto y necesario; es el Estado nacional su amparador nato, y por esto lo reserva á su conocimiento, diciendo que "no pueden comprometerse en árbitros las cuestiones del estado civil de las personas, ni aquellas en que deba intervenir el ministerio fiscal con arreglo á las leyes" (art. 772). Donde aparecen clarísimamente deslindados los tres aspectos de la ley positiva: 1.º, determinación de la esfera individual: ni jueces oficiales ni ley pública: todo libre: 2.º, expresión del carácter voluntario de esa esfera: las partes, pueden constituirse árbitros, pero también pueden abstenerse de ello y someter sus diferencias á los jueces y á la legislación del Estado superior: 3.º determinación de la esfera necesaria: asuntos que deben regularse por las leyes de la nación, y ser resueltos por los jueces oficiales, independientemente de que lo quieran ó no las partes.

Esta ley ha de reproducirse necesariamente en el derecho de familia. He aquí los términos en que se expresa el Código civil portugués:—"Es lícito á los esposos estipular, antes de la celebración del matrimonio..., todo lo que les pareciere, relativamente á sus bienes (art. 1096). *Se tendrá por no escrita* toda convención que altere el orden de sucesión de los herederos legítimos, ó los derechos ú obligaciones paternas y conyugales consagrados por la ley (1103). La mujer no puede privar al marido por convenio antenuptial, de la administración de los bienes (1104). *A falta de acuerdo ó convención*, se entenderá que el casamiento se hace según la "costumbre del reino..." (1098). Si los esposos declaran simplemente en su contrato que pretenden casarse según la costumbre del reino, se observarán las disposiciones de los artículos 1108-1124. Si los esposos declaran simplemente que quieren casarse bajo la base de la simple comunidad de los bienes adquiridos, se observarán las disposiciones de los artículos 1130-1133. Si declaran simplemente que pre-

tenden casarse con separación de bienes, se observarán las disposiciones de los artículos 1125-1129. Si los esposos pretendiesen casarse según el régimen dotal, se observarán las disposiciones de los artículos 1134-1165 (art. 1099 ss.).” Aquí se presenta el Estado nacional regulando y sancionando el derecho del Estado familiar ó doméstico: de conformidad con la doctrina expuesta, descúbrese en él tres partes: 1.^a, reconocimiento y sanción de derechos absolutos ó necesarios: todo lo concerniente al poder marital, patria potestad, tutela, emancipación, etc., que se supone afectan á la esencia misma de la institución familiar, es obligado é inalterable: el estado impone una determinada conducta á los esposos, y los prohíbe separarse de ella: algunos códigos, v. gr., el francés, añaden á esa sanción especial de algunos principios necesarios, otra general: el derecho positivo del Estado-familia no ha de contener disposición alguna que repugne al derecho natural ó á la moralidad (á las buenas costumbres): 2.^a, declaración de que todo lo demás pertenece á la esfera immanente de la familia, que es de derecho privado, libre, voluntario, y en su consecuencia, pueden legislarlo de común acuerdo los miembros de ese Estado, los esposos y demás personas que concurran á su constitución: 3.^a, un régimen supletorio: si no han establecido ninguno determinadamente, se sobreentiende que han aceptado tácitamente el de la comunidad universal, que es el más usual en todo el reino: 4.^a, últimamente, y para el caso de que los contrayentes prefieran alguno de los demás sistemas comunes en Europa, dotal, gananciales ó separación, el Código se los ofrece ya legislados, para evitarles el trabajo de discurrir la forma y desarrollarla en la escritura nupcial, y el peligro de dejar algún punto esencial en descubierto (1).

(1) “Los convenios matrimoniales son verdaderos contratos, y como tales, pueden admitir todas las cláusulas que puedan convenir á los contrayentes, siempre que no sean contrarios al orden público y á las buenas costumbres. Que la estipulación sea lícita y permitida, que esté redactada en términos claros y precisos, tal es el primer precepto y el fin único que el legislador se propone: imponer la comunidad á los que no la quieren ó el régimen dotal á los que lo consideran menos

Un ejemplo en la esfera del derecho gentilicio. Desde que se extinguió por desuso en Roma el *jus gentilitium*, la familia quedó frente á frente de la ciudad, sin círculo alguno que mediase entre ellas; pero es lo cierto que, aunque no constituido como organismo, ese círculo intermedio existe, la *gens* no es una abstracción, hija de la historia, que la historia pueda borrar, y la legislación imperial hubo de reconocerlo en algunos de sus efectos, dando intervención á los parientes en ciertos actos de la vida de la familia, y un derecho de preferencia sobre el fisco, en los casos de sucesión intestada. En los tiempos modernos, hay manifiesta tendencia á reconstituir ese círculo que pudiera decirse gentilicio, y obedeciendo á ella, se está dando entrada en los Códigos, aunque con timidez, al consejo de familia. Ahora bien; en el derecho relativo á ésta institución, habrá que distinguir una triple sección: 1.ª, derecho necesario, que estatuya y defina el consejo, y lo declare obligatorio en todos aquellos actos de la vida doméstica que el Estado estime de la competencia exclusiva de los parientes, y de que crea poder desprenderse sin menoscabo del principio de la justicia: 2.ª, derecho supletorio, que plantee un modo de constitución del consejo de familia, áquel que parezca más conforme á la naturaleza de la institución, ó que el uso más general haya consagrado: 3.ª, reconocimiento de la libertad de los contrayentes en este respecto: en el estatuto doméstico será lícito á los contrayentes constituir el consejo de familia como lo crean más justo, dentro de los límites pres-

conforme con los derechos respectivos de los cónyuges, sería tanto como introducir la tiranía y la imposición en el contrato que debe ser más libre.

...La ley puede y debe regular la forma de los contratos, así como sus efectos y garantizar su ejecución; pero las cláusulas contenidas en aquéllos dependen únicamente de la voluntad de los contratantes: forman parte de la libertad que define la constitución política, y de la propiedad que el Código civil protege y organiza" (Simeón, *Discurso-informe al Cuerpo legislativo francés sobre el contrato de matrimonio*). "Es tan grande la diversidad de intereses y de posiciones sociales, que no es posible que convenga á todos un mismo régimen de asociación. Una regla uniforme é invariable hubiese sido una traba y una opresión" (Daloz, *Diccionario de Jurisprudencia*, t. XIII, notas al art. 1387 y ss.)

critos en la primera sección, y únicamente se pondrá en vigor el régimen desarrollado en la segunda, cuando voluntariamente lo acepten ó no establezcan otro. La institución, en su existencia misma, es esencial, responde á necesidades sentidas por la universalidad, es una derivación necesaria del principio de la familia; pero su composición es relativa, ha de reflejar la situación peculiarísima de cada sujeto, ha de ser individual, y por esto debe abandonarse el pormenor á la libre iniciativa de las personas á quienes más directamente interesa: una regla igual para todos sería opresora y tiránica, porque no siempre los parientes más cercanos son los más capaces, ó los que dan muestras de más vivo interés por el bien de la familia, porque no en todos los casos es necesario ó es posible reunir un gran número de parientes, ni en todos es suficiente un número escaso, ni convienen los de unas mismas líneas para todos los actos en que ha de intervenir el consejo, etc. Así, vemos en el Alto Aragón el consejo de parientes diversificado en formas infinitas, que reflejan la individualidad de cada familia ó de cada hombre: en comarcas donde los pueblos son de corto vecindario, y los parientes se hallan desparramados á grandes distancias, el consejo consta de pocas personas; en familias de muy dilatada parentela, donde hay que dar participación á muchos para que nadie se ofenda por injustas preferencias, se instituye un consejo diferente para cada acto: si se crea con el objeto especial de elegir sucesor universal entre los hermanos huérfanos, ó de fallar sobre la queja dada por uno de ellos contra el heredero sobre cuantía de legítima, el llamamiento comprende las dos líneas paterna y materna: si su objeto es conceder ó negar segundas nupcias al viudo ó viuda, con prórroga del usufructo foral sobre los bienes de su premuerto consorte, se llama tan sólo á parientes de éste: si su objeto es partir las diferencias suscitadas entre un matrimonio adoptante y otro matrimonio adoptado, entran en el consejo parientes de tres ó de cuatro líneas: si no inspiran confianza los más próximos, ó no se quieren dejar inciertas las personas, se

designian nominatim, ó de grado más remoto, y para el caso de que fallezcan, se trasfiere el poder á los sucesores universales de los nominados: si los regidores civiles del pueblo son de escasa ilustración, se llama, por el estatuto, al párroco, para que intervenga como tercero en discordia: si el notario reside lejos del domicilio de los contrayentes, ó el pueblo se ha secularizado en su espíritu y emancipándose de ciertos tradicionales respetos, se opta por el juez municipal, ó el alcalde, etc. (1). ¿No sería altamente tiránico que el legislador ahogase esta multiplicidad de formas, sacrificando la espontaneidad del espíritu individual en aras de una absoluta uniformidad, no exigida, antes bien, reprobada por la razón? ¿Y no es, por el contrario, anómalo, y no acusa irregularidad en la marcha de la vida oficial del Estado, él que no consagre y ampare una institución que está en la naturaleza de las cosas, que el uso ha creado y mantiene; y que por no acogerla entre su derecho necesario, y no adoptar un régimen supletorio, carezca de aplicación en los casos en que no lo han estatuido contractualmente las partes?

Y eso que observamos en el derecho individual y en el derecho doméstico y gentilicio, se repite en el municipal y provincial. La nación, representante del derecho absoluto, tutora de los fines esenciales radicados en cada una de las personalidades y círculos interiores á ella, ha de imponer al municipio y á la provincia normas generales de conducta que prevengan la inacción y garanticen el cumplimiento de esos fines; y así, declarará obligatorios ciertos servicios de policía, instrucción, beneficencia, etc., y en consideración á ellos, ciertos gastos, fijando un minimum y un maximum de contribución local. Pero una vez fuera de esas condiciones necesarias é ineludibles según la razón, el municipio ha de quedar libre por lo que hace al medio de ejecución: desarrollará en ordenanzas y reglamentos esos preceptos generales, adaptándolos á su peculiar carácter, resultante de su

(1) Vid. *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo I, págs. 63 y siguientes. (*Alta Aragón*, Huesca, derecho de familia), 1880, cap. III, apéndice.

posición social y topográfica, del modo de vivir de sus habitantes, de su grado de cultura, de sus hábitos y demás. Sería tiránico exigir á todos los municipios, por ejemplo, una misma forma de tributación y una cifra proporcional inflexible; porque si tienen regular capital ó muchos arbitrios, el tipo impuesto para el repartimiento sería innecesario; si pocos ó ninguno, el repartimiento sería insuficiente; si la población venía habituada de larga fecha al sistema de los arriendos á la exclusiva. ó prefería el sistema de encabezamiento y reparto, sería innovación poco prudente, además de irritante y opresora, la de obligar al establecimiento de puertas y fieltos, y viceversa, etc. La realización práctica de este principio podemos verla en la ley municipal española: "Es obligación de los Ayuntamientos, dice, procurar por sí, ó con los asociados, en los términos que más adelante se expresará, el exacto cumplimiento con arreglo á los recursos y necesidades del pueblo, de los fines y servicios que, según la presente ley, están cometidos á su acción y vigilancia, y en particular de los siguientes: 1.º Conservación y arreglo de la vía pública. 2.º Policía urbana y rural. 3.º Policía de seguridad. 4.º Instrucción primaria. 5.º Administración, custodia y conservación de todas las fincas, bienes y derechos del pueblo (art. 68). Los presupuestos anuales ordinarios contendrán precisamente las partidas necesarias, según los recursos del municipio, para atender y llenar las obligaciones á que se refiere el art. 68 de la ley, y además los siguientes: personal y material de las dependencias y oficinas, etc. (art. 127). Los ingresos serán: 1.º Rentas y productos procedentes de bienes, derechos ó capitales que por cualquier concepto pertenezcan al municipio ó á los establecimientos de beneficencia, instrucción y otros análogos que de él dependan: 2.º Arbitrios é impuestos municipales sobre determinados servicios, obras é industrias, así como los aprovechamientos de policía urbana y rural y multas é indemnizaciones por infracción de las ordenanzas municipales y bandos de policía: 3.º Un repartimiento general entré todos los vecinos y hacendados, en proporción

á los medios ó facultades de cada uno, para cubrir los servicios municipales, en la totalidad ó en la parte á que no alcancen los anteriores recursos: 4.º Impuestos sobre artículos de comer, beber y arder, cuando por circunstancias especiales de la localidad, la recaudación ó distribución del repartimiento ofreciere dificultades graves, ó no pudiese cubrir la totalidad de los gastos presupuestados (art. 129). En ningún caso pueden ser objeto de arbitrio los servicios siguientes: Aprovechamiento y abastecimiento de aguas para uso comunal. Alumbrado público. Aceras y empedrados. Vigilancia pública. Beneficencia. Instrucción pública elemental. Limpieza. Y otros de igual naturaleza" (art. 130). Completan este sistema las instrucciones sobre el impuesto de consumos y la contribución industrial. No es difícil distinguir en estas disposiciones el doble elemento necesario y voluntario, en la misma forma que lo hemos hecho notar en la esfera del individuo y de la familia. También en Inglaterra, país clásico del *selfgovernment*, interviene la nación en la hacienda municipal, fijando tasas á los ingresos de la parroquia por diversos conceptos, contribución de alumbrado (*lighting rate*), de caminos vecinales (*highway rate*), del culto (*church rate*), de pobres, etc.

En conclusión, no hay sino dos clases de leyes ó costumbres: *imperativas* ó de derecho necesario: *supletorias*, facultativas, voluntarias ó de derecho voluntario. Esta sencilla clasificación responde, según se ve, á una distinción real de la materia del derecho, y no peca, por tanto, de subjetiva y arbitraria. No se halla en igual caso otra que proponen los tratadistas, sacada por analogía del material histórico, y cuyos miembros son definidos, no en razón de su naturaleza esencial, sino por consideraciones puramente externas, y en sí mismas indiferentes. Partiendo de un pasaje del Digesto: *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire* (1), reproducida en nuestra Novísima, han sido y continúan siendo divididas las leyes en *imperativas*,

(1) Dig., lib. I, tít. III, ley 7.ª, de *legibus*.

prohibitivas y *permissivas*. Pero sobre qué el jurisconsulto romano no pretendió sentar las bases de una clasificación, sino describir algunos efectos de la ley con relación á la voluntad, como advierte muy atinadamente Savigny, se oponen á la clasificación citada no leves reparos:—1.º Lo prohibitivo no es una categoría distinta de lo imperativo, y si se quiere dar á entender bajo la denominación de leyes imperativas, las que mandan obrar, y bajo la de prohibitivas, las que ordenan abstenerse, debe observarse que un mismo precepto puede tomar indistintamente la forma positiva y la negativa, y que un accidente de tan poca monta no puede dar margen á una división tan fundamental:—2.º No hay leyes permissivas, que serían consejo dogmático, ó declaración de que lo que antes estuvo prohibido injustamente, deja de estarlo en aquel instante, pero en ningún caso ley: lo que la ley no manda ó prohíbe, ante la ley social es lícito, sin necesidad de ley que lo consienta. Ese vicioso término trae su origen de una falsa concepción del Derecho, del Estado y de la Soberanía: parece como que el legislador suelta graciosamente una parte de su autoridad ó de su poder, y hace concesión de ella al individuo, ó á la familia, ó á otro cualquier círculo ó corporación; siendo así que el derecho voluntario es tal, no porque lo quieran los poderes públicos, sino porque lo requiere la naturaleza misma del derecho y los fueros de la personalidad (1), y cuando los poderes públicos lo legislan, lo hacen ajustándose á la pauta que le traza en sus costumbres ó en su opinión la voluntad social, y sancionándolo con carácter únicamente supletorio, esto es, con aplicación á suplir el silencio ó los vacíos de la volun-

(1) Si hay de las llamadas leyes permissivas que no sean supletorias, son accidentes pasajeros, y únicamente afectan á la forma de la ley: obran alzando una prohibición, declarando una capacidad antes no reconocida ú otorgando un privilegio; v. gr., una ley descentralizadora, una constitución que declara ó reconoce los derechos naturales del hombre, antes injustamente negados por el Estado, una ley que levante la prohibición de disponer cada cual libremente de sus bienes por testamento, rehabilitando en este respecto al hombre en su soberanía, etcétera.

tad individual, y nada más (1).—3.º En tercer lugar, la enunciada división, la circunscriben á las leyes, siendo así que abraza de igual manera las costumbres jurídicas; en las cuales, por cierto, ha corregido el sentido común la artificial doctrina de los teóricos, porque nunca ha creado reglas permisivas.—4.º Las denominaciones en cuestión dicen que la ley manda, prohíbe ó permite, pero no siendo lógica deducción de la teoría del derecho, no expresan el porqué mandan, prohíben ó permiten, y si lo hacen justa ó injustamente; llevando la lógica por este camino de lo arbitrario á tales extremos, que hay notable escritor en cuya opinión cabe una clasificación de la ley que no lo sea juntamente del derecho, y esa precisamente la que estoy impugnando (2). 5.º No llevan envuelta la razón de ser esos, y no otros ni

(1) Así lo presintió el ilustre Grocio cuando decía que la permisión no es, propiamente hablando, un efecto real de la ley, y que no deja de ser una inacción sino en cuanto obliga á los demás á no poner impedimento alguno al que ha recibido la permisión (*Dej. belli ac pacis*, lib. I, cap. I, § 9). Pero Barbeyrac le sale al encuentro, y haciéndose eco del sentimiento que desde entonces ha venido dominando en una ú otra forma de la ciencia, sostiene que la permisión es un efecto tan real de la ley, tomada en sentido lato, como la obligación más ineludible; por esto no existe acción alguna respecto de la cual no pueda el superior imponer la necesidad de obrar en una cierta dirección ó de abstenerse; pero hay muchas que hallándose sometidas á su dirección, las abandona á las personas privadas, dejando á cada cual la libertad de obrar como lo juzgue más á propósito: no es una simple inacción, sino un acto muy positivo, por el cual el superior ó el legislador relaja su derecho. Y así como las acciones prohibidas ó permitidas por la ley, son positivamente reguladas por ella, lo son de igual modo las acciones permitidas, en cuanto la ley confiere el poder de hacerlas ó de no hacerlas, ó confirma y permite esa facultad, que habría podido quitar en todo ó en parte (*Notas á Grocius*, edición Pradier Fodere, 1867, t. I, p. 74). Está muy lejos de haber desaparecido este modo de entender la ley en nuestro tiempo: "Que en teoría, el legislador tiene derecho á estatuir, según los principios de justicia y de conveniencia pública, para todos los actos de la vida, aun los más insignificantes, es un punto incuestionable; pero que, en la práctica, no debe llevar la exageración de su autoridad, ó el celo desmedido en proteger á los súbditos, hasta el extremo de legislar para todo, es no menos evidente." (Tarrasa, *ob. cit.*, p. 142.) ¡Siempre el criterio de la arbitrariedad!

(2) El mismo Tarrasa, pág. 21. Por lo demás, ha mejorado la clasificación histórica de las leyes, subdividiendo sus interiores miembros. "Por razón de la obligación, dice, las leyes se dividen en preceptivas y preventivas ó supletorias: por el modo de obligar, en imperativas, prohibitivas y permisivas."

más, los miembros de la división: con igual derecho, el Código de la Luisiana atribuye cinco funciones ó *virtudes* á la ley, ordenar, permitir, prohibir, proponer recompensas é imponer penas; y siete el Código castellano de las Partidas, crear, ordenar las cosas, mandar, ayuntar, galardonar, vedar y escarmentar.—6.º Promueve disputas tan reñidas y da ocasión á prácticas tan peligrosas como las renunciaciones, y la teoría de la derogación y de la abrogación de las leyes por pactos privados: no pueden renunciarse ni derogarse por particulares las leyes prohibitivas, ni las imperativas en que esté interesado el orden público y las buenas costumbres; esto vienen á decir los Códigos, dando un sesgo torcido á la división del derecho en necesario y voluntario, que palpita en el fondo de esa disposición, pero que no acierta á ver con claridad; porque, ¿en cuáles leyes están interesados y en cuáles no el orden público y las buenas costumbres? ¿Cuáles son y cuáles no leyes prohibitivas, si en las legislaciones hay leyes que no revisten la forma de la prohibición, y son, sin embargo, de obligado cumplimiento y viceversa? El concepto responde á algo esencial, á saber, la existencia necesaria de leyes que no obligan á la voluntad sino hipotéticamente, cuando la voluntad espontáneamente las pone en vigor aceptándolas (las leyes supletorias); razón por la cual, no es admisible la doctrina de B. Gutiérrez, que pretende poco menos que desterrar de la legislación toda ley que, según el término corriente, hayan de poder derogar las personas privadas (1); pero por otra parte, la expresión de ese concepto es irracional é inexacta, porque no es que la ley deje de regir cuando los particulares la derogan ó la denuncian, sino que rige cuando explícita ó implícitamente la ponen en vigor, haciendo uso de su libertad, dando á sus actos la forma regulada en esa ley, y no otra alguna como pudieran.

(1) *Códigos ó Estudios fundamentales*, etc., t. I sec. 5.ª, § 12.

12. Reconocimiento de la precedente distinción: libertad civil.—No es cosa tan hacedera y fácil como pudiera parecer á simple vista, distinguir en la práctica las relaciones voluntarias de las necesarias, y escribir en los códigos á un lado lo que debe regir en calidad de obligatorio, y al otro lo que debe prevalecer únicamente como supletorio: la prueba de esa dificultad, nos la dan bien patente las legislaciones positivas de todos los países. De tres modos, principalmente, puede ser negada ó desconocida aquella racional distinción del derecho ó trastocados sus términos, y de todos tres ofrecen esas legislaciones numerosos ejemplos.

1.º Traduciendo en leyes facultativas ó voluntarias lo que la razón estima como necesario. Por ejemplo, la emisión del sufragio político, que es una función necesaria del Estado, porque sólo mediante ella se fijan, se condensan ó cristalizan, por un como precipitado químico, los ideales que flotan disueltos en la atmósfera de la sociedad,—se deja, no obstante, al arbitrio de los lectores, como si en nada afectase á la salud y á la vida del cuerpo social, y sola la Constitución del Brasil, hasta el presente, ha declarado obligatorio el ejercicio de este derecho político. El primer grado de la enseñanza elemental, condición, al par de otras, indispensable para que el hombre conozca y cumpla sus deberes de ciudadano, y aproveche los bienes que á todos ofrece la civilización, y no se retrase en la carrera precipitada que arrastra al mundo, ni como masa inerte la embarace, en vez de impulsarla; esa primera enseñanza, tan necesaria á todos en las condiciones en que viven actualmente las sociedades cultas, se vacila en declararla obligatoria, y se consiente que una gran masa de hombres vivan divorciados de su pueblo, y como hijos de otro siglo, para quienes no es inteligible la lengua en que el presente les habla.

2.º Traduciendo en leyes obligatorias é ineludibles el derecho que la razón tiene por voluntario y libre. Así, por ejemplo, la sociedad conyugal se constituye en virtud de con-

diciones que la hacen perpetua é indisoluble: concierto de caracteres, comunidad de fines, fidelidad en los afectos, consideración mutua, etc.; pero si el supuesto de esas condiciones desaparece, la consecuencia de la perpetuidad se destruye: si las condiciones varían, el vínculo conyugal se quiebra espontáneamente, y es horrible tiranía en la ley, inspirada por disciplinas religiosas no bien definidas, mantener unidas, por fuerza exterior, dos voluntades que mutuamente se repelen: así, hay legislaciones que, llevadas de un espíritu más racional y práctico, admiten el divorcio *quoad vinculum* con más ó menos requisitos y por motivos más ó menos graves: Prusia en catorce casos, uno de ellos por mutuo consentimiento no habiendo hijos, y aun habiéndolos si median ciertas circunstancias: El Código civil francés, tal como rige en la isla Mauricio y en el Canadá, en ciertos casos, uno de ellos por el consentimiento mutuo y perseverante de los esposos, expresado del modo prescrito en la ley: el Código austriaco por varias causas, entre cónyuges que no pertenezcan á la comunión católica: las legislaciones de Escocia, Massachussets, Holanda, etc., también por diversos motivos, uno de ellos, en el Código holandés, si habiendo vivido separados cinco años, manifiestan ambos consortes su deseo de divorciarse. En parecido caso se encuentran aquellas ridículas é ilusorias disposiciones de los códigos en que se manda á la mujer obedecer al marido, vivir en su compañía, seguirle adonde éste traslade su domicilio ó residencia, no publicar sin su permiso obras literarias ni científicas, etc., como dice la ley española de Matrimonio civil; y el marido, proteger á su mujer, tenerla cerca de sí, procurarle todo cuanto sea posible para las necesidades de la vida en proporción á sus recursos, como dice el Código italiano; y al uno y al otro, deberes mutuos de cohabitación, fidelidad y asistencia, como en ese mismo cuerpo legal se lee: relaciones todas que de hecho se rigen como deben regirse, por la libre voluntad de los esposos, y no por impulso exterior de la ley;—ó bien, las leyes que prohíben á la mujer, aunque sea más instruída que su marido, vender, hipotecar,

adquirir, ni figurar en juicio sino en concurrencia con aquél, ó con su licencia; disposiciones que con razón censuran Mittermaier, Ahrens y otros jurisconsultos.—Otro ejemplo nos suministra la testamentifacción; principio emanado de la naturaleza misma de la familia, pusieronle trabas una falsa piedad y el inmoderado deseo de igualdad que una lógica abstracta y niveladora infundió en la ciencia del derecho y en la legislación: la autoridad del padre menoscabada, rota y desunida la familia, condicionadas en diverso grado las necesidades de los hijos, los cuales con ser muy diferentes y desiguales en unos que en otros, reciben idéntica suma de medios: tales son, entre otros no menos amargos, los frutos que recoge la vida allí donde, como en Castilla y Francia, desconocen las leyes el principio de la libertad de testar, é indirectamente declaran á los hijos condóminos del padre, por partes iguales.—Citaré también como ejemplo muy señalado la constitución del Consejo de familia: los códigos europeos que lo han admitido como una novedad, el francés, el portugués, etc., limitan su acción á una de las instituciones de derecho doméstico,—la guarda de menores é incapacitados,—articulan un modo de composición, y le imprimen carácter necesario y obligado: á nadie es lícito estatuir una forma distinta de la oficial, nace herida irremisiblemente de nulidad: con lo cual, el Estado nacional invade ajena jurisdicción, y atenta al derecho de la familia; ya que no se concibe una forma única que se pliegue á las infinitas situaciones en que la vida nos presenta á las familias, tan diferentes unas de otras, y se habría menester, por lo tanto, amplitud de movimientos y libertad de acción para acomodar la composición del Consejo á las circunstancias especiales de cada familia, como hemos visto que acontece en el Alto Aragón, donde el uso ha generalizado de siglos esta institución, allí enlazada históricamente con el primitivo derecho gentilicio.—Todavía es más extraño ejemplo de esta negación del derecho individual, el censo enfiteutico: en odio al feudalismo, y envolviendo en una condenación común el elemento racional de la institución y los

abusos que se habían implantado á su sombra, hizo caso omiso de ella el Código civil francés; y el proyecto de Código civil español la mencionó para prohibirla terminantemente, porque, á juicio de sus autores, "útil y casi necesaria cuando la propiedad se hallaba en pocas manos y desdichosas del cultivo, no lo es hoy día por motivos contrarios, y más bien serviría de embarazo que de fomento á la riqueza, por el derecho de fadiga ó retracto, y por la injusticia del laudemio, comprensivo del valor de las mejoras" (1): más prudentes y más respetuosos con la libertad y con la tradición los códigos portugués é italiano, han preferido reformar á suprimir, y admiten el enfiteusis, simplificando la antigua complicadísima jurisprudencia, y eliminando de él la multitud de cargas y gravámenes que tan odioso llegaron á hacerlo.

3.º Estableciendo como derecho supletorio una ley que no expresa la convicción jurídica de la generalidad, ó manteniéndola en pie cuando ha cesado ya de expresarla. He aquí un ejemplo de esta nueva faz de la tiranía civil. Los fueros y observancias de Aragón reconocen á los padres de familia la facultad de distribuir sus bienes entre sus hijos en la forma que crean más conveniente, sin excluir el heredamiento universal á favor de uno de ellos, con tal de no olvidar á los demás, y de asignarles un tanto por vía de legítima; pero declaran al mismo tiempo que, caso de que fallezcan los padres sin disponer, se dividirá la herencia intestada, por ministerio de la ley, entre los hijos, á partes iguales, lo mismo que en Roma y que en Castilla. Lo primero es el reconocimiento del derecho individual; lo segundo, un testamento general, dado con carácter de supletorio. Pero, en el Alto Aragón, se ha conservado la antigua costumbre de instituir heredero universal al hijo ó hija que por circunstancias personales y las de la casa parezca convenir más, á juicio de los padres, y si éstos fallecen antes de que

(1) García Goyena, *Comentarios al Proyecto de Código civil*, art 1547 (t. III, p. 494).

sea oportuno proceder á la elección, á juicio del consejo de familia. Esta es la práctica secular, profundamente arraigada en el corazón de aquellos montañeses, y que se armoniza perfectamente no sólo con sus tradiciones civiles, sino además, con las necesidades de su suelo, el cual se despoblaría casi por entero si las herencias se partieran en porciones iguales conforme al número de los hijos, al modo de Castilla. Ahora bien; si tal es la convicción común y la voluntad general, es lógico presumir que las voluntades particulares entienden someterse tácitamente á ella, cuando por negligencia, por economía ó por otro motivo, no la han manifestado de un modo expreso; que no ha podido ser su ánimo aceptar una regla escrita, exótica en el país, que el país unánimemente rechaza en sus hechos; y que está en pugna con su interés y con el deseo que á todos anima de perpetuar el solar y el apellido de los antepasados, tal como de los antepasados los recibieron. Pues á pesar de todo, esa regla exótica es la que se impone en tales casos, faltando abiertamente al principio en que está fundada la aplicación de toda ley supletoria, y atropellando á todas luces el derecho de la individualidad. Puesto que en la práctica no tiene ya curso esa ley, la razón pide que se la despoje del oficio de supletoria, y se subrogue otra en su lugar. No es á la mayoría, sino á la minoría, á quien debe obligarse á establecer en cada caso ley contra ley (*charta contra fuero*). La ley debe ir con los más y no con los menos: debe mirar á la regla y no á la excepción.

Llamamos régimen de libertad civil á aquel en que el Estado superior respeta á los individuos y á las familias la libertad de acción dentro de su privativa esfera, limitándose al papel de regulador, registrando en el Código las formas en que traducen espontáneamente el derecho voluntario, y sancionándolas con carácter supletorio, facultativo, y por decirlo así, docente. Cuando el legislador traza la perspectiva de un proyecto de ley, debe principiar distinguiendo el elemento necesario y el elemento voluntario y libre de la institución, como si dijéramos, el elemento público y el pri-

vado, y desarrollar uno y otro en dos distintas secciones (I). Es lo que exige el método: haciéndolo así, deslindando los dos derechos, se corre menos riesgo de tergiversar los caracteres distintos del uno con los del otro, y de sancionar con pena de nulidad el que debe ser libre, ó por el contrario, desamparar el que debe ser obligatorio. No lo han entendido así los autores de Códigos, ni es extraño, cuando la ciencia no ha entrado todavía en este sentido, ni menos se ha curado de clasificar ni de inventariar con la debida separación las categorías necesarias y las voluntarias de cada institución. Véase en qué términos se expresa, por ejemplo, el Código foral aragonés, el más libre de Europa:

Judex debet stare semper et judicare ad cartam et secundum quod in ea continetur, nisi aliquod impossibile vel contra jus naturale: con-

(1) A este propósito dice muy bien Tarrasa: "Esta máxima (que "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en que estén interesados el orden público y las buenas costumbres") no debe figurar en un Código, como que es una declaración estéril de ninguna aplicación práctica. Lo que conviene es una reforma completa de la legislación, reduciendo su parte preceptiva á lo estrictamente necesario; hecho esto, una declaración de que las leyes no pueden dejar de observarse á título de renunciás ni de pactos, sin distinción de si son de derecho público ó de derecho privado: un buen sistema de leyes supletorias que sirvan de guía, no de traba á la libertad del súbdito; y el que concebidas éstas en términos potestativos ó supletorios, de modo que indiquen claramente que los particulares pueden disponer de otro modo si les conviene, en sus pactos privados, quiten la ambigüedad de tales declaraciones como la del artículo II del proyecto de Código civil." *Ob. cit.*, p. 143.—Pero adoptando este sistema, está demás la doctrina de renunciás á que el autor concede en otro lugar tan desmedida importancia. "Dos sistemas, dice, pueden admitirse en materia de nulidades: el uno es el que favorece á la ley, el otro en que favorece á la libertad: según el primero, todas las leyes inducen nulidad, si ellas no disponen lo contrario; por el segundo, ninguna induce nulidad, si expresamente no lo dispone, excepto las que confirman el derecho natural, ó la moral, ó el orden público, que inducen nulidad tácita. El primer sistema es el seguido en la ley de Teodosio, en nuestro Proyecto y en el Código de la Luisiana; el segundo es el del derecho romano antiguo, el de nuestras leyes antiguas y modernas, y el de casi todos los Códigos extranjeros; pero ¿cuál de los dos es el preferible? No se trata de cercenar al legislador sus facultades para imponer la nulidad cuando lo tenga por conveniente: se trata de averiguar si es mejor el que la nulidad se declare en cada caso si el legislador lo desea, ó el que declarada como regla general, la tenga que rechazar en cada caso si no la quiere. Que esto último es lo más aceptable, se convence con muchas razones." (*Ibid.*, p. 95.)

tinetur in ea (Observ. 16 de fide instrumentorum: cf. 6 de confessis, *Judex etat instrumento*: f. 1 de equo vulnerato, *de foro stamus chartae*). Y ampliando los intérpretes esta máxima general, dicen: "La sociedad conyugal se arreglará á lo dispuesto en el presente título. Sin embargo, los contrayentes están facultados para separarse en todo ó en parte de lo que en él se dispone. Las disposiciones anteriores y las que en lo restante de ese título se contienen, sólo tienen lugar cuando nada hayan dicho los contrayentes acerca de los extremos que abrazan, pues cuando manifestásen su voluntad sobre todos ó alguno de ellos, ésta es la que servirá de regla. En la capitulación, pueden ponerse los pactos que quieran los contrayentes, aprovechando ó renunciando las disposiciones forales. (Franco y Guillén, *Instituciones de derecho civil aragonés*, cap. II y III, art. 25 y 42: cf. J. Portolés, *De consortibus*, v.º Consultatio: M. Dieste, *Diccionario de Derecho aragonés*, v.º Sociedad conyugal.) Y en virtud de este respeto con que la ley condiciona la libertad individual, proclaman los contrayentes la sustantividad de su derecho en una cláusula que suele cerrar su capitulación matrimonial, por este tenor: Pactaron, por último, que lo contenido en esta escritura se observe, no obstante cualesquiera leyes, fueros, usos y costumbres en contrario. "Y pactaron dichas partes que la presente capitulación se haya de entender y entienda conforme á los fueros del presente reino de Aragón, en cuanto no se opongan á lo arriba pactado." Y el Tribunal Supremo de Justicia, en pleito procedente de Aragón: "Esta regla general se halla subordinada á la voluntad de los mismos contratantes..." (Sent. de 6 de Noviembre de 1866).

Como en Aragón no se conoce la rescisión por lesión enorme, ni está restringida la testamentifacción, ni prohibido el que los esposos estatuyan el régimen de bienes que quieran, contraten entre sí los casados, disponga de su dote la mujer, etc., la generalidad del precepto foral que acaba de leerse parece tener alguna razón de ser: todo el derecho foral es derecho voluntario y supletorio; la voluntad de los particulares, la única soberana, mientras no se pronuncie contra el derecho natural. Y sin embargo, no es así: contienen los fueros multitud de disposiciones preceptivas, relativas al poder paterno y marital, tutorías, divorcio, capacidad de obrar, y otras, que obligan á la voluntad, cuyos términos no puede mudar la carta. El sentido natural ha determinado cuáles de entre las disposiciones forales son de observancia obligatoria, y cuáles de libre aceptación, y la clasificación está viva en la práctica;

pero el fuero no lo expresa de un modo sistemático, y esto constituye una imperfección gravísima.—Sálvese de ella en parte del Código civil francés en algunos tratados, por ejemplo, en el de familia, en la forma siguiente:

“La ley no regula la asociación conyugal, en cuanto á los bienes, sino á falta de convenciones especiales, que los esposos pueden hacer como lo estimen más conveniente, con tal que no sean contrarias á las buenas costumbres, y en todo caso, bajo las modificaciones siguientes (artículo 1387). Los esposos no pueden derogar los derechos que hacen referencia al poder marital sobre la persona de la mujer y de los hijos, ó que pertenecen al marido como jefe, ni los derechos conferidos al sobreviviente en los títulos de la patria potestad, de la menor edad, de la tutela y de la emancipación, ni las disposiciones prohibitivas del presente Código (1388). No pueden pactar ninguna disposición ó renuncia cuyo efecto haya de ser alterar el orden legal de las sucesiones de sus hijos ó descendientes... (1389). A falta de estipulaciones especiales que deroguen el régimen de la comunidad ó lo modifiquen, las reglas establecidas en la primera parte del capítulo segundo constituirán el derecho común en toda Francia (1393)”

Aquí, como se ve, están deslindadas las dos ramas de derecho necesario y de derecho voluntario; pero, desgraciadamente, se ha incluido en la primera materias que deben pertenecer á la segunda, como, por ejemplo, la perpetuidad del matrimonio, la constitución del Consejo de familia, la testamentifacción y otras. Le falta á este Código lo que hemos visto que el Fuero aragonés reconoce en una forma sobradamente cruda: la libertad.

Y la falta de libertad trae como obligada consecuencia los daños y trastornos que se engendran por lógica necesidad de toda trasgresión jurídica. En vano se buscan expedientes y arbitrios para evitar los males producidos: si algo se consigue, es agravarlos: trastornado el orden jerárquico de la razón, holladas las leyes biológicas del derecho, negada la sustantividad á tantas esferas jurídicas que requieren, por su propia naturaleza, ser independientes y soberanas, puede decirse que la sociedad vive de milagro, presa de la anarquía ó del despotismo civil, que en el fondo son una cosa misma, desquiciado ó sumido en degradante servidumbre el municipio, en

vuelta en pleitos y en odios la familia, devorada de pasiones ó atormentada de dolores y angustias la individualidad. Como de costumbre, daré relieve á esta triste verdad, presentándola viva y encarnada en la historia.

Refiérese el primer hecho al principio de la testamentificación de España. Los Concilios de Toledo, con pretéxto de reprimir la licencia de los padres de familia, que malversaban en vicios sus caudales, y desatendían las necesidades más perentorias de su familia, introdujéron el sistema de las legítimas forzosas, coartando y casi reduciendo á nulidad la antigua libertad civil. Así como fué echando raíces tan artificial sistema, y borrándose las costumbres indígenas que, en las behetrías de Castilla y en las montañas de Aragón, hacían fuerte y estable la familia, se sintieron más vivamente los estragos que causaba el sistema del Fuero Juzgo, y en los primeros años del siglo XIV se pensó seriamente en atajarlos y ponerles remedio. Se quiso hacer de la familia una sociedad y un Estado permanente de derecho, con tradiciones y costumbres, firme baluarte á un tiempo del individuo y de la nacionalidad; mas para lograr este efecto, emprendieron opuesto camino Aragón y Castilla. Contentáronse allá con apartar el obstáculo que el Código toledano oponía á la libertad de testar, y restituyeron al derecho de familia lo que nunca se le debía haber arrebatado; optaron en Castilla por crear una institución nueva, la vinculación y el mayorazgo, lo más opuesto á la libertad que pudieran haber discurrido. Lo mismo en Aragón que en Castilla, se logró el resultado que se apetecía, pero con efectos diametralmente contrarios, como contrarios eran los medios practicados. Baste decir que en Aragón subsiste todavía, respetada y poderosa, la ley del siglo XIV, que reconocía al padre la libertad de disponer de sus bienes para después de sus días, y que sigue produciendo los mismos beneficiosos resultados que entonces; al paso que en Castilla fueron tan desastrosos los efectos de la vinculación, que ha sido menester abolirla y prohibirla para lo venidero, cayendo vencida al peso de la execración universal. Y como suele suceder siempre que se reproducen fenómenos de esta

naturaleza, que una vez perdida la orientación, casi nunca se da con el camino derecho, pasando, por ley de reacción, del mal que se abomina al mal opuesto,—al destruir los mayorazgos, no se consultó la razón ni la conveniencia que aconsejaban la libertad, ni se pensó en más que en plantear un sistema contrario á la odiada vinculación, sistema nivelador, que sacrifica la familia en aras de un falso individualismo y de una pseudo-democracia, y que la triste experiencia de todos los días condena como pernicioso y desmoralizador... “Ya llegaréis vosotros, decía hace algunos años un elocuente jurisconsulto castellano á los miembros de la Academia Matritense de Legislación y Jurisprudencia; ya llegaréis vosotros á conocer el mundo en los procesos, y á fe que no es malo ni poco seguro modo de estudio el contemplarle por el prisma del papel sellado en los tribunales de justicia. ¡Oh! ya observaréis afligidos que apenas hay familia castellana que no riña, y pleitee, y se disuelva á la muerte del padre y de la madre, por causa de las legítimas. Veréis que, calientes aún las cenizas del jefe de la familia, ésta se despedaza y destroza, y se desacredita, y sus miembros se aborrecen, se injurian y se calumnian en unas particiones, de las cuales salen al cabo lo que llaman las hijuelas, y con ellas, y al propio tiempo, la liquidación del amor y de la ternura, y la liquidación material del patrimonio y de las tradiciones de la familia. Y ¡dolor es considerarlo! todo este mal se evitaba con haber dejado al padre disponer de lo suyo aquello que tuviese por conveniente. Ya veréis, lo he visto yo, á un padre demandado por sus hijos á causa de la legítima materna, embargados no sólo sus bienes raíces, sino los muebles de su propia habitación, y obligado á buscar, contra su misma prole, procurador que le representase y abogado que le defendiese. Y si viendo todo esto, os empeñáis en sostener que la legítima castellana es el modelo de las legislaciones prudentes, y que obligar al padre á testar dentro de una órbita previamente fijada por la ley, es una sabia combinación, os confesaré que estoy ciego, ó habré de deciros que estáis poseídos vosotros de una ofuscación incomprendible... Las familias castellanas, puesto que sean su-

bordinadas en vida de los padres, pierden toda subordinación en cuanto los padres fallecen... Tal escuela no es á propósito, en verdad, para infundir respeto ni confianza. Fuera de que puede suceder muy bien al hijo, que en su infancia haya presenciado la muerte de sus abuelos, y contemplado la lucha de su padre y de sus tíos, disputándose los bienes paternos como los tigres el pedazo de las entrañas palpitantes de su presa. De este modo va pervirtiéndose y desnaturalizándose el corazón filial, hasta llegar á ser todo lo contrario de lo que debiera..." (1). Pues todavía ha pasado en silencio uno de los daños que se siguen de esa falta de libertad, más grave, si cabe, que aquéllos, y es: la triste suerte de la viuda que carece de bienes propios para sobrellevar su vejez con dignidad. La consideración de que la mujer vive rodeada en el matrimonio, se trueca en indiferencia y en desvío no bien ha muerto su esposo: los bienes de éste se los dividen los hijos, ó los hermanos, ó los sobrinos, sin la menor consideración á la viuda: á la disolución del matrimonio, sucede la disolución de la familia: aquella casa donde tanto tiempo había sido señora y reina, deja de ser su casa: la liquidación y el inventario se alzan al punto á profanar aquel dolor augusto, y á hacerlo más amargo y agudo: la ley la relega al quinto lugar en el intestado del marido: el abogado de los herederos le disputa aquella limosna que con nombre de cuarta marital le asignó la piedad romana, aun cuando justifique su pobreza, y acaso os pide un día una limosna la mujer que la víspera nadaba en la opulencia (2).

Otro ejemplo nos suministra la accidentada historia de las renunciaciones legales en Castilla. No hay concepto más falso, ni tampoco más peligroso en derecho, que el que envuelve esa frase: *renuncia de leyes*, y es una de las consecuencias á que ha dado ocasión, de un lado, la falta de un claro deslinde entre lo que se tiene, dentro de cada Código, por derecho necesario y obligatorio, y lo que por, voluntario, potestativo y

(1) Discurso leído por D. Cándido Nocedal el 29 de Octubre de 1866, en la Academia Matritense de Legislación y Jurisprudencia.

(2) Derecho consuetudinario del Alto Aragón, cap. VI.

supletorio; y por otra parte, el régimen artificial y de despotismo civil en que se ha hecho vivir al individuo y á la familia. La negación por el Estado de la libertad individual en el orden civil, ha engendrado esa falsa concepción de las renunciaciones, estimando: 1. Que las leyes están dadas en beneficio de los particulares: 2. Que éstos pueden abstenerse ó dejar de usar ese beneficio. Recuérdesse lo que llevamos dicho acerca de las llamadas leyes permisivas: el sentido es uno mismo: así como allí parece que si el individuo es libre de pactar dentro de los límites del derecho supletorio, es porque el Estado, que podría impedirlo, se lo consiente, también aquí el individuo podría derogar ó renunciar las leyes de derecho absoluto, si expresamente no se lo prohibiese el legislador. A esta concepción formalista del derecho son debidas ciertas disposiciones que se leen en los Códigos, al tenor de éstas: "Omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt *renunciare* (1). Jus publicum cum privatorum pactis *mutari* non potest: privatorum conventio juri publico non *derogat*: pacta quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est (2). No pueden *renunciarse* de una manera general las excepciones que puedan presentarse á la ejecución de un contrato ni los medios de nulidad que pudiera invocar un tercero (3). La renuncia de las leyes en general no surtirá efecto. Tampoco lo surtirá la *renuncia* especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario (4). No pueden *derogarse* por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres (5). Los esposos no pueden *derogar* los derechos que resultan del poder marital sobre la persona de la mujer y de los hijos, etcétera (6)." El error, al menos de expresión, es universal; así

(1) Cod., lib. II, tít. III, 29; lib. I, tít. III, 51.

(2) Digesto, lib. II, tít. XIV, 38; lib. L, tít. XVII, 45; lib. II, título III, 6.

(3) Código de Prusia, art. 193.

(4) Proyecto de Código civil español de 1851, art. 4.º

(5) *Ibid.*, art. II; Código Napoleón, art. 6.º; Cód. de Holanda, artículo 14, etc.

(6) Cód. Napoleón, art. 1.388.

en las leyes como en los libros. En ningún caso están los particulares autorizados para renunciar ni para derogar las leyes: si se trata del derecho necesario, pactar ú obrar contra él, es infringirlo, violarlo, no renunciarlo ni derogarlo: si se trata del derecho supletorio, pactar ú obrar contra él, no es derogarlo ni renunciarlo, sino hacer uso de su libertad natural, dándose á sí propio ley en la forma que juzga más apropiada á su especial situación. Así, por ejemplo, existe un interés legal, cinco ó seis por ciento, pero es tipo meramente supletorio, una vez abolida la antigua tasa, que era atentatoria al derecho individual, embarazaba el comercio y fomentaba el fraude y el engaño: las partes son libres de estipular otro diferente, y únicamente surte efecto aquél si se lo dan ellas implícita ó explícitamente (1): ¿diremos que hay renuncia de ley cuando el interés convencional es de ocho, diez ó veinte por ciento? El fuero de Bailío es derecho potestativo en la legislación aragonesa y en la lusitana, con una diferencia: en Portugal, para que rija, basta el silencio de los particulares, que no intervenga pacto en contrario; al revés en Aragón, tienen que declarar expresamente, en forma legal, su voluntad de someterse á él: ¿diremos, por eso, que los contrayentes lusitanos renuncian ó derogan la "costumbre general del reino", cuando manifiestan casarse por el sistema dotal, ó que renuncian ó derogan el sistema general del fuero los cónyuges aragoneses, cuando estipulan el "pacto de hermandad", ó que derogan éste y aquél cuando capitulan según el sistema castellano? Evidentemente que no. Pues en idéntico caso se encuentran las demás leyes renunciables. Cuando una ley de Toro autoriza á la mujer para renunciar

(1) Sin embargo, todavía no han aprendido bastante los legisladores modernos acerca de la eficacia de las antiguas leyes usurarias, y suelen fijar, además del interés legal, un límite máximo al convencional; v. gr., el Código de la Luisiana, cinco por ciento al primero, y diez por ciento al segundo: en el proyecto de Código civil español, el interés convencional no puede exceder del doble del legal. En Austria, Prusia y Francia, el legal y el convencional son iguales. Con mejor y más práctico sentido, el Código portugués reconoce á los contrayentes la libertad de pactar la retribución que mejor les parezca.

los gananciales, expresa un concepto falso. lo que debiera hacer es declarar libre y supletoria la legislación relativa á gananciales, reconocer á los contrayentes la facultad de escoger ó de estatuir el régimen de bienes que mejor les convenga ó parezca, ese ó el contrario á ese. Cuando una ley de Partidas autoriza á la mujer para renunciar el beneficio del senado consulto Velezano, no hace sino dar á éste un carácter supletorio, y aproximarse á la legislación aragonesa, en la cual la mujer puede constituirse en fiadora (1). Cuando el Código de Comercio autoriza para ejercerlo á los menores de edad que han cumplido veinte años, con tal que hagan solemne y f6rmal renuncia del beneficio de restitución, obligándose con juramento á no reclamarlo en los negocios mercantiles en que intervengan, incurre en el mismo vicio, porque lo que en el fondo hace es despojar al beneficio de restitución del carácter de derecho obligatorio, y abandonar el punto sobre que versa á la libertad de los interesados, á quienes realmente pertenece de derecho, que al no considerarlo como tal, no consentiría esa pretendida renuncia. Cuando la Novísima Recopilación declara que la ley del Fuero Real que prohíbe al marido dar en arras á su mujer más del décimo de sus bienes, no es renunciable, lo que hace es trasladar á la categoría de derecho necesario y público lo que una costumbre más ó menos abusiva había hecho caer en desuso. Cuando una ley se renuncia con insistencia, es indicio casi siempre seguro de que en la legislación existe algun impedimento contrario á la naturaleza humana, que embaraza el libre desenvolvimiento de la vida, y el legislador debe apresurarse á apartarlo: ¿qué otra cosa significa por ejemplo, la renuncia de la ley 61 de Toro, en España, tantas veces repetida cuantas anulada por el Tribunal Supremo, el cual declara constantemente que tal ley no es renunciable, sino que la opinión pública la repugna por opresora, que es absurdo obligar á la mujer á que en tan alto grado desconfíe de su marido, y que aspira á introducir en Cas-

(1) Partida 5.^a, tít. XII, leyes 2.^a y 3.^a

tilla la secular costumbre de Aragón, donde la mujer puede salir fiadora por su marido y obligarse de mancomún con él? La cuestión, pues, tan debatida de las renunciaciones, sobre la cual no acaban de ponerse de acuerdo los comentaristas, se resuelve por completo en la división que hicimos del derecho en necesario y voluntario: pruébalo indirectamente el hecho de que, en medio de sus divergencias, los más de los comentaristas que de esta cuestión se ocupan, reconociendo toda la importancia que entraña, vienen á convenir en esto: "las leyes miran al bien común, ó miran al interés privado; las segundas son renunciables; las primeras no" (1). Doctrina que, ciertamente, no coincide con la que venimos exponiendo, pero que se aproxima á ella.

Ahora bien, y viniendo á nuestro ejemplo: desde el siglo xv, la falta de libertad civil en Castilla dió á las renunciaciones tal latitud, que llegaron á constituir una cuestión social: la personalidad humana, estrechada, ahogada en una red de beneficios y defensas que le privaban todo movimiento, por miedo de que se lastimase, se vengaba desautorizando las leyes y poniendo por encima de ellas su voluntad: así como para evitar la desmembración y la disolución de las familias, discurrió á espaldas de la ley un recurso que resultó abusivo y perjudicial, el mayorazgo, así para recabar la libertad natural de contratar, que de mil modos

(1) Acursio, *Coment.* al § 2.º, ley 1.ª, tít. I, lib. I, ff. *de justit. et jure*, Digesto;—Covarrubias, *comment.* al cap. *Quamvis pactum*, tít. *de pactis* del Sexto de las Decretales, part. 2.ª, § 1.º, n. 6.º;—Barbosa, *comment.* á la ley 1.ª, tít. III, lib. XXIV del Digesto, ff. *soluti matrimonio*, part. 1.ª, n. 65;—apud Castro, *de las leyes y sus intérpretes*, libro IV, disc. I.

Castro niega que las leyes sean renunciables, porque los deberes no pueden renunciarse como los derechos, y el cumplimiento de las leyes no es un derecho, sino un deber. Desorientó al insigne tratadista la falta de una clara distinción entre las leyes absolutas y leyes supletorias. Tarrasa opina que lo renunciable no son las leyes, sino los derechos, y en tal supuesto, establece las siguientes reglas: "Toda ley que, concediendo ó sin conceder derechos, impone obligaciones, no es renunciable. Toda ley que define sólo derechos, es renunciable, si la renuncia no se halla expresamente prohibida. Son renunciables sin peligro todas las que definen derechos; pero entre éstas, aquellas renunciaciones que la experiencia ha acreditado como perjudiciales y atentatorias á los fines que se propone el legislador, pueden prohibirse."

se le negaba á título de tutela, arbitró la costumbre otro recurso, la renuncia, que dió margen también á infinitos fraudes y abusos; que es indeclinable consecuencia la perturbación, allí donde se violenta el orden natural de las cosas: la mujer renunciaba el senado consulto Velejano ó los gananciales; el hijo, la porción legítima ó los bienes reservables; el menor, el beneficio de restitución *in integrum*; el deudor, la excepción *non numeratae pecuniae*; el comprador, la rescisión por lesión enorme; el arrendatario, el caso de esterilidad; el donante, la revocación de donación; el fiador, el derecho ó beneficio de escusión; el socio, la comunidad; el litigante, la apelación. Ofreciéndose, como se ofrecían, revueltas unas con otras las leyes de derecho necesario y las de derecho privado ó voluntario, muchas de aquéllas se deslizaban en la renuncia á la sombra de éstas; y todo era confusión y desbarajuste, que utilizaban los malvados para medrar á costa de los ignorantes: acudía el legislador al mal, prohibiendo tales ó cuales renunciaciones, y los particulares burlaban el precepto, renunciando la ley prohibitiva de las renunciaciones: había verdadero furor de renunciar, y la costumbre era más poderosa que el legislador. Atentos á extirpar tan grave dolencia, y acabar de una vez con los infinitos daños que las renunciaciones irrogaban á los súbditos en sus bienes temporales y en sus almas, extremaron la prohibición (1480); mas no por esto se dió por vencido el derecho individual, y á trueque de reivindicar su desconocida soberanía, atropellaba por el abuso y no reparaba en medios, y discurrió el confirmar y sancionar el acto de la renuncia por medio de juramento, con lo cual la ponían fuera de la acción de la potestad civil, y la obligaban de este modo indirecto á ampararlo, por ser el juramento cosa espiritual, é inducir pecado su inobservancia. Nacieron de aquí desórdenes y fraudes sin cuento en daño de menores y viudas; quedaron sin eficacia hasta las leyes que protegían á las personas incapaces en derecho; los remedios contra los engaños en los contratos, las providencias

dictadas para amparar á huérfanos, imbéciles y mujeres, las prohibiciones de alterar el orden legal por actos privados, todo quedaba reducido á nulidad en presencia del juramento. Los contratos nulos y reprobados por derecho, los validaba el juramento, cuando había intervenido en ellos: hacía mayor al menor de edad, para los efectos de la contratación; obraba los mismos efectos que la renuncia de beneficios y de leyes que se oponían al contrato, y era más eficaz que ella; transformaba en dispositiva la parte llamada ejecutiva y formularia de los instrumentos; hacía cesar los efectos de la patria potestad, legitimando los actos entre padre é hijo; daba valor de expreso á lo omitido; suplía la falta de consentimiento especial, cuando sólo se había prestado el general y éste no bastaba; hacía indivisible lo que por su naturaleza no lo era; valía en lugar de constitución de hipoteca expresa: cuando el acto era nulo en la forma que revestía, lo hacía valer en el mejor modo que pudiese, etc. Sobre esto, levantaban los letrados montañas de sutilezas y distingos, y llenaban el aire con el clamoreo de sus intérpretes y revolvían los tribunales, y obscurecían y ahogaban la franca justicia entre nubes de incertidumbres y de dudas acerca de la validez del juramento. Para quitarle su fuerza, discúrriose su relajación por la autoridad eclesiástica, quien lo concedía por rótulo ordinario, con una facilidad que pasma, haciendo de ella fuente de ingresos; con lo cual se abrió nueva y más ancha puerta á los abusos de los particulares, que eludían sus obligaciones con la misma facilidad con que antes habían eludido las leyes, y á las disputas de los intérpretes, que edificaron sobre esto toda una literatura. Para prevenir los efectos de este nuevo recurso, añadióse en los contratos una nueva cláusula á la del juramento, en que se prometía no pedir su relajación ni usar de ella aunque *proprio motu* les fuese concedida, cuya promesa iba confirmada por otro juramento condicional, de futuro; y á este tenor, toda una cadena artificiosa de juramentos y cautelas, que á la postre no garantizaban cosa alguna, porque el ingenio de los doc-

tores hallaba salida para todo (1). ¡Puestos en el camino de las renunciás, se generalizó el abuso de renunciar, no ya el fuero y el domicilio, sino hasta la condición de la persona! Reinaba la más espantosa anarquía; sucedíanse unos á otros los perjuros; la legislación entera estaba puésta en litigio: eran las represalias que tomaba el Estado individual ofendido en su derecho. Nuevamente acudieron al mal los Reyes Católicos; pero como lo atacaron en sus efectos, y no en su raíz, que era lo obligado, no lograron el fin que se habían propuesto. Declararon que sería nula toda obligación en que interviniese juramento, y que se multaría é inhabilitaría al escribano que diese testimonio de ella. Lo que procedía era desatar de toda traba las leyes de derecho voluntario que consentían la libertad, á fin de dar mayor firmeza y autoridad á las demás, respecto de las cuales no cabía tolerar arbitrio. La ley no se cumplió; llovieron contra ella representaciones pidiendo la abolición de aquella prerrogativa; y así hubieron de acordarlo, publicando dos años después otra que la derogaba casi en todas sus partes, pues sobre reconocer la facultad de usar el juramento en compromisos, ventas, donaciones y cualesquiera enajenaciones perpetuas, la concedían también en aquellos contratos que, siendo nulos por derecho, podían validarse mediante el juramento; hasta que, por último, no acallándose las quejas, á pretexto de la libertad de la Iglesia, hubieron de revocar del todo la ley (1502). Otra vez la pusieron en vigor, en vista de los perjuicios, fraudes, engaños y simulaciones que en los contratos solían cometerse al amparo del juramento. Pero no se cortaron con esto las dudas y los distingos ni las inmoralidades y fraudes: aun consignadas en las escrituras, se dudaba de su validez; se distinguía en los documentos arbitrariamen-

(1) "El juramento era una especie de panacea ó medicina universal contra las indisposiciones ó enfermedades (pues con este nombre se tratan las leyes) á que los contratos y otros actos civiles están sujetos. Dirán que el juramento trastorna la antigua jurisprudencia é induce otra nueva, y así es sin duda... (Castro, *ob. cit.*, libro IV, disc. III." Alude, en lo que antecede, al dicho de Curtius: *Juramentum est sicut herba bethonica, ad omnia mala, bona.*

te una parte dispositiva, puesta por orden de las partes; y otra ejecutiva y formularia, puesta por la rutina de los escribanos, y que hallándose comprendidas en ésta las renunciaciones, no obligaban á las partes ¡Qué no se habrá escrito, discutido y litigado en materia de renunciaciones, sanción de nulidad, juramento confirmatorio, relajación, etc.! Ciego ha de estar quien no vea en tan reñida lucha otra cosa que un capricho de la historia ó un accidente pasajero y sin importancia, y no uno de tantos caminos y recursos que arbitra la costumbre para restituir al derecho su soberanía, cuando se ve ahogada por legislaciones opresoras en fuerza de querer ser tutelares, y obra en el espíritu de la colectividad fuerza bastante para rechazar en el hecho sus tiránicas imposiciones. Buscando ansiosa la razón un contrapeso al despotismo civil que restableciese el equilibrio roto é hiciera posible la vida, halló ese de las renunciaciones, y sin advertir cuán ocasionado era á los abusos, se abrazó á él como á una tabla de salvación: envidiaban los castellanos á los aragoneses la libertad del fuero, y procuraron llamarla á sí por ese medio, que como violento y artificial destruyó con sus desastres los efectos de sus beneficios. En Aragón, lo mismo que antes, había prevenido tan gran desorden la libertad.

Allí donde los recelos del legislador pueden más que los instintos de libertad de los pueblos, las leyes, más que leyes, son trabas que, en vez de fomentar la vida, embarazan sus movimientos, y entorpecen su normal desenvolvimiento. Es un inconveniente más de la falta de libertad civil. Como el derecho constituye un tan perfecto organismo, no bien se le hiere en uno cualquiera de sus miembros, repercute el golpe sobre todos los demás, y el organismo entero se resiente. Todo en él está enlazado por relaciones de collateralidad ó de subordinación: oprímese un extremo, con ánimo de dejar libres los restantes, pero de consecuencia en consecuencia, la lógica transmite la opresión aun á aquellos que parecían más insensibles y más independientes. Un

ejemplo. La libertad de testar, dogma fundamental del derecho aragonés, no ha tenido aceptación en el Código de Portugal, y en lugar de ella, se alza prepotente el sistema irracional y opresor de las legítimas. Pues bien; las consecuencias de este sencillo hecho se ramifican por todo el cuerpo de la legislación, en multitud de corolarios, según vamos á ver. Primero, la libertad de testar ha producido en Aragón el "heredamiento universal," y mediante él, una familia estable, verdadero Estado de derecho; con su historia, que son sus glorias y los recuerdos de sus antepasados, con su territorio, que es su solar, su indiviso patrimonio; con su soberanía, que se traduce en la libertad de pactar, de capitular, de formar una asamblea de parientes, de castigar á los hijos díscolos, de favorecer más á los más necesitados; que realiza su vida en continuidad, acumulando las tradiciones de varias generaciones, y que cuando están próximas á extinguirse, se renuevan por adopción; que ofrece un centro de atracción y un puerto de refugio á aquellos de sus miembros que los azares de la vida han dispersado por el mundo. En Portugal no es esto posible, porque los padres no son legisladores ni soberanos en su hogar: la ley nacional divide los patrimonios con igualdad mecánica entre los hijos, y la familia es un eslabón suelto de la cadena de la vida, que el matrimonio está siempre soldando, pero el Estado siempre destruyendo. Otro corolario. La renuncia de los hijos á la herencia paterna al tiempo de recibir la dote ó legítima por causa de matrimonio, lícito y frecuentísimo en Aragón, está igualmente prohibido en el Código de Portugal, que ha creído ver en semejante acto un peligro ó una inmoralidad. La antigua jurisprudencia reputaba por válidos los pactos sucesorios convenidos en contratos antenuptiales, así como tambien el acto en que los hijos, y en general los segundones, renunciaban á la herencia, dándose por contentos con lo que los padres les asignaban en dote ó donación al tiempo de contraer nupcias, á fin de que el hijo mayor recibiese íntegro el solar paterno, y su-

cediese á los padres en la representación de la familia y del apellido; pero el Código actual prohíbe toda renuncia á la sucesión de persona viva, aun por contrato antenupcial, y por tanto, á las futuras legítimas. Tercero. En Aragón, los cónyugues gozan la facultad de hacerse mutua donación del usufructo de sus bienes para todo el tiempo de su viudedad, en perjuicio de ascendientes y de descendientes, y con ella han creado esa nobilísima institución conocida con el nombre de "viudedad foral" en Portugal estaba antes consentida á falta de descendientes, con tal que otorgasen el padre y la madre; mas hoy, ni aun con este requisito lo permiten las leyes, porque envolvería de parte de éstos renuncia á la herencia de persona viva, y se alteraría el orden legal de suceder. Cuarto. Nadie puede encomendar á otra persona que teste en su nombre é instituya heredero de sus bienes; esto que es tan común en Aragón, y que produce tan excelentes resultados, pudiendo decirse obligado complemento de la libertad de testar, como que sin él no se lograría el fin de la perpetuidad de la familia sino en la forma imperfecta de la montaña de Cataluña (1), eso está terminantemente prohibido por el artículo 1.740 del Código portugués: "el testamento es acto personal que no puede ser otorgado por procurador, ni dejarse dependiente del arbitrio ajeno, por lo que respecta á la institución de herederos y legatarios, etc." Quinto. La facultad de testar los esposos en un mismo acto, disponiendo uno en favor de otro, que ha producido en Aragón la costumbre del "agermanamiento", está expresamente negada en el propio Código portugués (artículos 1.180, 1.750), después de haber estado en uso durante siglos los testamentos mancomunados entre esposos. Por este mismo tenor, ha ido derivando la lógica de un principio único consecuencias contrarias á la libertad (2).

(1) Según he procurado demostrar en el *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*.

(2) Vid. *Código civil portugués*, anotado por José Días Ferreira. 1870-1874.

Otro inconveniente no menos grave que el anterior produce la falta de libertad civil. Revueltas é involucradas unas son otras las leyes de derecho absoluto y las de derecho relativo ó voluntario, declaradas unas renunciables é irrenunciables otras, sin orden ni concierto, presenta la legislación un aspecto de arbitrariedad, que sobre hacerla confusa, la desautoriza no poco ante la multitud que debiera acatarla ciegameute, como dictado de una razón impersonal. No hay pueblos más sumisos á la autoridad y que más respeten las leyes, que los pueblos donde las leyes no son opresoras. Esa variedad de criterios con que las diferentes legislaciones desarrollan una misma institución fundamental, explica la diversidad de sus orígenes, ó el distinto grado en que han influido sobre ellas las de la antigüedad y de los siglos medios; pero hace del derecho algo como arbitrario, sujeto á los caprichos ó á las inclinaciones de la voluntad, y es un contrasentido en una época que presume de racional;—sin contar aún, que de ahí se originan gravísimos conflictos y dificultades de derecho internacional que tienen embargados y preocupados á tribunales y publicistas. Se domicilian *bona fide*—real ó supuesta—dos esposos, españoles ó italianos en Escocia ó en Massachussets: al cabo de algún tiempo, instan el divorcio *quoad vinculum* con justa causa, y los tribunales lo conceden: en su patria, la ley les negaba el ejercicio de ese derecho natural. ¿Qué significa esto? Lo que es verdad al otro lado del Atlántico, ¿es error en Europa? Un español que accidentalmente reside en Francia, redacta su última voluntad en forma de testamento ológrafo, y ese testamento causa en España los mismos efectos que si hubiera de ejecutarse en Francia: si el testador lo hubiese otorgado en el lugar de su naturaleza, ese testamento sería nulo: por clara y patente que estuviese la manifestación de su voluntad, la ley hubiera cerrado los ojos negándose á mirar. ¿Verdad allende los Pirineos, error aquí? Dos esposos castellanos pueden ordenar sus capitulaciones matrimoniales en Aragón en la forma libérrima que consistente el generoso fuero de aquel país, sin que la ley castellana

los obligue más que en lo tocante á los muebles sitos en alguno de los territorios donde impera. ¿Es el Ebro línea divisoria entre la verdad y el error? Una familia oriunda de Alburquerque ó de Jerez de la Frontera, de Laredo ó Ampuero, posee bienes en una de estas poblaciones y además en Madrid: respecto de aquéllos rige la ley de la comunidad universal ó fuero de bailío, si no lo *derogan* en el pacto; respecto de éstos, no, aunque lo hayan estipulado. ¿Qué significa tanto absurdo, sino la ausencia de un régimen liberal, pues si la libertad les asistiese, las legislaciones progresarían al unísono, expresando en ellas todos los pueblos la originalidad de su carácter y de su espíritu, pero sin negar la unidad fundamental del derecho humano?

Y he aquí otra de las fases que ostenta la libertad civil. A la libertad sigue, como lógico y obligado corolario, la uniformidad. Dos ramas del derecho positivo conocemos que se han producido en el seno de la más absoluta libertad, y son las únicas en quienes no se advierten esas disonancias tan monstruosas y tan inexplicables, si no las explicase la historia: el derecho internacional y el derecho mercantil (1). Si no hubiesen sido obra directa de la espontaneidad humana, manifestada en la costumbre; si se hubiera interpuesto en su formación la arbitrariedad del legislador, el derecho mercantil ostentaría la discordante Babel de opiniones y variantes que en el civil advertimos, y que por recaer muy principalmente sobre su parte absoluta ó necesaria, deploramos. Y por el contrario, si el derecho civil disfrutase de la libertad que al mercantil y al internacional favorecen, no

(1) A este propósito, dice Pardessus, *Lois maritimes*, prelim, p. 6: "Las costumbres y las leyes del comercio marítimo, aunque redactadas en Estados diversos y en épocas muy apartadas unas de otras, ofrece un carácter de semejanza que contrasta singularmente con la extremada variedad de las leyes civiles. Puede atribuirse esto á dos motivos igualmente verdaderos: 1.º, se trataba de resolver en todas partes problemas suscitados por circunstancias idénticas, y los Estados se veían en cierto modo obligados á ser justos para obtener de los extranjeros la reciprocidad: 2.º, disfrutando los interesados de libertad para darse una legislación particular, los usos de una ciudad no tardaban en generalizarse sino el tiempo necesario para que las demás ciudades experimentasen su sabiduría."

tardarían en adoptar los pueblos costumbres en el fondo idénticas, aunque desemejantes en el pormenor, por razón de la adaptación de un mismo principio de derecho á pueblos dotados de condiciones diferentes. Así, por ejemplo, la libertad de testar ha producido en Aragón y en Inglaterra un modo de vinculación consuetudinaria, con las ventajas y sin los inconvenientes del antiguo mayorazgo. Y el derecho gentilicio de las diversas ramas étnicas desprendidas del tronco aryo, ofrece en todas asombro parecido, que más que aire de familia, efecto de la comunidad de origen, es resultado y prueba de la espontaneidad con que se informaron principios jurídicos comunes en pueblos que profesaban unas mismas creencias, que iban á la par en el camino de la civilización, y en quienes alentaban unos mismos ideales.

Mientras tanto, es la libertad el único principio reductor que hace posible la codificación del derecho civil en países donde rijan simultáneamente varias legislaciones, fundadas en principios diferentes. Nunca hubiese logrado en España la ansiada unidad el proyecto de Código civil de 1851, porque estaba calcado sobre la legislación restrictiva, y aun opresora, de Castilla, y no había tenido en cuenta para nada las legislaciones forales, tan expansivas por lo común, de Navarra, Aragón y Provincias Vascongadas. Ese derecho geométrico, estereotipado, abstracto, para quien los hombres son como el barro, que admite cuantas formas quieren imprimirsele, y los pueblos pueden sufrir en obra de una noche tan hondas metamorfosis, que dejen de parecerse á sí mismos, verdaderamente no es derecho sino en la apariencia. No abdican los hombres tan fácilmente de su pasado, que sería abdicar juntamente de su porvenir. Tiene fundamentos hartos más sólidos que todo eso la tradición, y merece el respeto de los legisladores lo que ha merecido el respeto de los siglos. Sistematizando bajo un principio único (el principio de libertad civil) cuantas fórmulas racionales sobre una misma institución contengan las diferentes legislaciones provinciales (en nuestro caso, la castellana, aragonesa, navarra, etcétera), agrupando ordenadamente en derredor de aquella

fundamental división del derecho en necesario y voluntario, la diversidad de reglas vigentes por ley, fuero ó costumbre no escrita en cualquier punto del territorio, dejando á cada individuo y á cada círculo social libertad de acción dentro de su privativa órbita, facultad de escoger dentro del Código y poner en vigor la fórmula que mejor se acomode á su peculiar situación en cada caso, ó de producir otra diferente, será posible construir un Código civil que sea verdadera expresión original de la nacionalidad española, y llevar al seno de nuestra anárquica legislación organismo, orden, unidad, no esa unidad abstracta é imposible con que sueñan los prácticos, más ideólogos en esto que los filósofos á lo Rousseau y á lo Kant, sino esa otra unidad viva, orgánica, en cuyo seno cabe holgadamente la infinita variedad de hechos en que florece y se diversifica la vida, y según la cual es el derecho quien debe seguir á la realidad, y no la realidad al derecho. Los redactores del proyecto citado, que se juzgaron autorizados, y juzgaron á la nación con poder bastante para derribar costumbres seculares y arraigadas en la opinión y en la vida, habían recibido su educación de una época en que el individuo se creía omnipotente, y consideraban á las naciones como unidades artificiales, dúctiles y manejables como escuadrones de un ejército.

Últimamente, la libertad civil favorece el desarrollo de la costumbre, y contribuye poderosamente, por eso mismo, á que en la vida del derecho haya ritmo, orden, regularidad y consecuencia, y á que no sufran desviaciones sensibles las leyes de la continuidad y del progreso de la costumbre jurídica. Así procuraré demostrarlo en breve (1). Por lo pronto, puede compararse la época moderna, época *legal* por excelencia, con la de los *fueros* municipales, y dentro de la época moderna, el riquísimo derecho consuetudinario de Aragón con el de Castilla.

13. Agente del hecho jurídico.—En la esfera in-

(1) En la *Teoría de la costumbre jurídica*, en preparación.

dividual.—En lo que precede, hemos hallado: 1.º, que la noción Estado abraza toda una jerarquía de organismos jurídicos autárticos, desde el individuo hasta la humanidad: 2.º, que cada uno de ellos produce un derecho propio, el cual deben ellos mismos regir en la medida de su capacidad, y que debe serles respetado por el organismo político superiormente desarrollado en cada período de la historia. Este respeto se traduce en lo que llamamos régimen de *libertad política* y de *libertad civil*, con relación al individuo y á la familia; de *autonomía* ó *selfgovernment*, con respecto al municipio y á la provincia. Veamos ahora las distintas posiciones en que se nos muestra el Estado en su calidad de autor ó productor de ese derecho, ó sea, como agente del hecho jurídico, principiando por el Estado individual.

Sabemos ya que el individuo, como persona y sujeto de derecho, constituye un verdadero Estado, y Estado sustantivo, y que en cuanto preside y gobierna su propia vida jurídica, es soberano y ejerce un poder. Hemos visto también que este poder obra de modo distinto ó reviste formas diferentes según los momentos que abraza la realización del derecho: legislativo y ejecutivo, judicial y correccional. A estas diversas formas del poder ó poderes particulares, las denominamos funciones. Existen, por consiguiente, en el Estado individual las mismas funciones que los tratadistas han reconocido de antiguo en los Estados sociales (§ 9). No así los órganos. Constituyendo el Estado individual una unidad simple, elementalísima, irreductible, no pudiendo desplegarse en unidades inferiores y sustantivas, siendo, en suma, un Estado-célula, ha de hallarse presente todo él en todas y cada una de sus manifestaciones externas: no puede dividirse, ni, por consiguiente, ejecutar dos actos á la vez. El Estado individual carece de órganos: realiza directamente, inmediatamente, sin ningún género de mediador, todas sus funciones: es el instrumento universal de su propia vida: todo él, poniendo en movimiento toda su actividad, se constituye en poder legislativo, y atemperando los principios eternos de justicia á su peculiar si-

tuación, formula la regla positiva de derecho que ha de regir sus actos ó un acto determinado: todo él, con toda su actividad, aplica los medios debidos á sus fines, en la forma prevista en esa regla, ejecutando así el hecho jurídico. No por esto los Estados individuales son todos iguales entre sí: multitud de causas los diferencian, así en sus fines como en sus facultades y en su actividad (el sexo, la edad, la vocación y aptitud, el temperamento, la organización física, la herencia, la cultura, el medio social, el predominio de tal ó cual facultad, etc.), imprimen carácter original á sus actos, y determinan una á modo de constitución interna.

Es, pues, el Estado individual un Estado anorgánico ó sin órganos. El Estado mismo, en su unidad é integridad, es su propio órgano. Pero no el único: pueden constituirse en órganos adventicios, para servir sus fines, otros Estados individuales. La vida jurídica de cada sujeto se compone de dos clases de relaciones: unas *personalísimas*, que sólo mediante su propia actividad puede contraer; otras *delegables*, que puede realizar mediante otro sujeto que lo represente. La representación se funda en un hecho por demás vulgar: para ejecutar actos de derecho, se ha menester, entre otras, dos condiciones previas, capacidad de derecho y capacidad ó facultad de obrar: entrambas capacidades pueden residir en sujetos diferentes, y reunirse momentáneamente en el acto de la ejecución: la representación es una relación entre las dos capacidades: el representado posee la primera, el representante la segunda; para que el hecho obrado por éste sea hecho de aquél, es menester que le sea transmitida la capacidad de derecho, ó sea el poder que á aquél compete. La representación es una función tan esencial en la vida, que sin ella sería imposible, no siendo la actividad de un hombre capaz de tantos actos como para vivir necesita, y siendo, como es, más extensa la esfera de sus necesidades que la de sus medios. Supóngase un niño ó un demente: Estado embrionario ó deformado en su actividad por un accidente, perecería sin remedio,

á no ser por esa facultad que poseen los sujetos llegados á la plenitud de su desarrollo, de condicionar fines ajenos y de ejecutar actos á nombre y en representación de otro. Sea también un hombre en la madurez de la vida, pero que, á causa de su posición ó de su función social, necesita ejecutar una pluralidad de actos á la vez, personarse simultáneamente en diversos lugares: su vida se suspendería á cada paso, si no pudiera valerse de otras actividades que las suyas, si no pudiera transmitir parte de su poder á otros individuos para que representen su personalidad en determinada relación y obren por él, dentro de los límites de la delegación, procuración ó mandato.

Repítese aquí, según se ve, la división fundamental que hicimos del derecho en necesario y voluntario. Unas veces, la incapacidad afecta á aquellas relaciones esenciales de la persona jurídica sin las cuales la vida del derecho se hace totalmente imposible, como se observa, por ejemplo, en la minoridad, en la enajenación mental, en la prodigalidad, en el delito: en tal caso, la incapacidad absoluta se suple por representación *necesaria*, esto es, independiente de que el sujeto interesado en ella la quiera ó la rechace; tales, por ejemplo, la tutela, la prisión correccional, la suspensión de garantías, la dictadura, etc. Otras veces, la incapacidad nace de condiciones puramente externas, ó recae sobre relaciones accidentales, que el mismo sujeto interesado podría cumplir personalmente, y entonces se completa ó amplía su facultad de obrar por representación voluntaria: sirva de ejemplo el mandato.—No se refiere á ninguno de estos dos grupos aquel género de representación necesaria del derecho romano, por virtud de la cual, lo que el hijo ó el esclavo adquirían, lo hacían suyo el padre y amo respectivamente, aunque no tuviesen conocimiento del hecho de la adquisición, ni hubieran delegado su poder: en rigor, ni representación siquiera podía decirse, porque la representación supone dos personas de derecho, y ni el hijo ni el esclavo se reputaban tales personas; absorbíalas la personalidad jurídica de aquel á quien pertenecía la *potestas*, imitan-

do en tal sentido el modo de acción del cuerpo por ministerio de los órganos corporales.

14. Agente del hecho jurídico.—*En la esfera social.*—Siempre que algún gran jurisconsulto,—y hablo de los científicos más atentos á la realidad y menos dominados por ideas preconcebidas,—se ha propuesto definir las fuentes del derecho positivo, ha venido á parar, por uno ú otro camino, á esta conclusión, que puede decirse ya lugar común de todas las escuelas: hay un derecho que la sociedad crea por sí directamente, como legislador colectivo, y es el derecho popular ó consuetudinario, y otro derecho á que dan forma legisladores personales, individuos, y es el derecho oficial ó escrito. Oigase cómo discurre Savigny, que tanto ha exaltado la función del elemento espontáneo, y por decirlo así, inconsciente (§ 17), en la producción del derecho, y á quien debe la ciencia (ya que los Códigos no le han dado todavía la razón) el conocimiento del trascendentalísimo papel que representa la costumbre en la vida: “Si preguntamos ahora cuál es el sujeto en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es *el pueblo*. En la conciencia común de éste vive el derecho positivo, por lo cual puede ser llamado *derecho del pueblo*. No ha de pensarse, sin embargo, que los diversos individuos de que el pueblo se compone, hayan creado el derecho arbitrariamente, pues aunque estas voluntades individuales hubiesen podido producir sin duda el mismo derecho, es más verosímil que hubiesen creado multitud de derechos diferentes. El derecho positivo *sale de ese espíritu general* que anima á todos los miembros de una nación: la unidad del derecho se revela necesariamente á su conciencia, y no es producto de la casualidad. *El pueblo es el sujeto activo y personal del derecho*. El derecho del pueblo, que *se desenvuelve de una manera invisible*, y cuyo origen no puede referirse á un hecho exterior ó á una época determinada, ha sido reconocido en todo tiempo. El derecho positivo, traducido en el len-

guaje con caracteres visibles y revestido de una autoridad absoluta, se llama ley, cuya redacción es uno de los más nobles atributos del poder supremo del Estado. La ley es la expresión del derecho popular. Para dudar de ello, sería menester figurarse al *legislador* fuera de la nación y sin vínculo alguno con ella; pero, en realidad, existe en medio de ella, y aun puede decirse que ocupando su centro, refleja su espíritu, sus creencias, sus necesidades, y debe ser considerado como el *verdadero representante del espíritu nacional*. Hay épocas en la historia de todos los pueblos, en que las circunstancias se oponen á que el derecho salga, como en los tiempos primitivos, *de la conciencia común* de la nación, y entonces, *el legislador verifica directamente este trabajo*, que no puede quedar interrumpido (1).” Así discurre Savigny, y tal es el lenguaje que usa la generalidad: el derecho consuetudinario lo crea el pueblo en persona; la ley, por medio de representantes.

Prescindiendo: 1.º de que en esa doctrina se hace completa abstracción del Estado individual, ciñéndose toda ella al social; y aun pudiera decirse que á una esfera de éste, al Estado nacional; y 2.º de que el derecho positivo se reduce en ella á una de las varias funciones del Estado, la legislativa, como si no fuesen también derecho positivo la ejecución, la reparación, el juicio, etc.;—haremos notar que los Estados sociales nunca ejecutan por sí mismos, directamente, los actos en que consiste su vida jurídica (2), y esto por una razón muy obvia. El hombre, en su calidad de persona individual, es una unidad simple, está constituido por un *alma* ó espíritu personal unido á una simple *célula primordial* (proto-célula), la cual se halla dife-

(1) Savigny, *ob. cit.*, §§ 7.º, 8.º, 12 y 13.

(2) El derecho consuetudinario y el oficial se hallan entre sí en la misma relación que la poesía popular y la poesía erudita. Los mismos errores y las mismas vaguedades que en la ciencia del derecho reinan acerca del sujeto del derecho en cada una de sus fuentes, corren acreditadas en la ciencia de la literatura, por lo que toca al sujeto de la obra artística en cada una de las dos ramas popular y erudita, según he hecho notar en *La poesía popular española*, capítulo III, § 8.º, apud *Rev. de España*, 13 Julio 1878.

renciada en una infinidad de células plásmicas vegetativas (deutero-células), agrupadas en masa continua (tejidos) (1). La Sociedad es un organismo compuesto todo él de proto-células, y por tanto, todas sustantivas, todas dotadas de unidad, de causalidad propia, de propia finalidad, y en suma, de individualidad; son seres completos, incondicionados en cuanto á su existencia, que viven una vida propia, independiente y separada de la vida de los demás. En el individuo, las células secundarias ó deutero-células carecen de significación por sí mismas, su vida depende de la célula primordial, de quien proceden, de quien reciben impulso, á quien obedecen y sirven, y sin la cual no pudieran subsistir; pero en la Sociedad no existen deutero-células, todas son células primordiales, todas son centros de la vida independiente, todas son seres que llevan en sí el principio de su propia existencia, que son, en suma, según vimos, Estados perfectos de derecho. Si comparamos el individuo á un planeta, la sociedad será como un sistema planetario, ó como un sistema de sistemas (una nebulosa). Nacen de aquí dos importantes consecuencias: 1.º No existiendo relación de continuidad y de solidaridad necesaria entre los individuos dentro del Cuerpo social, como entre las deutero-células dentro del cuerpo humano, las necesidades jurídicas no se manifiestan á la vez en toda la sociedad, sino que se localizan en tales ó cuales de sus miembros, y como éstos poseen una actividad propia, incomunicable, distinta de las demás, y no ligada inmediatamente á ella, pueden satisfacer por sí aquellas necesidades, sin que el Cuerpo social entero se ponga en mo-

(1) Al distinguido pensador y naturalista español A. González de Linares, se deben estas denominaciones (proto-célula, deutero-célula), tan necesarias para restituir á la teoría celular el concepto de la unidad fisiológica de los seres orgánicos, de que fatalmente se alejaba, por estimar en un todo idénticas á las células primitivas, las derivadas de su protoplasma por diferenciación ó distinción interior. *Vida de los Astros*, 1878: *Estudios sobre la célula*, 1878. Ha puesto también de relieve las consecuencias absurdas del concepto mecánico de la célula, en la *Rev. de España*, 28 de Julio de 1879, etcétera.

vimiento para tomar parte activa en el hecho, y aun sin que se aperciba de él: 2.^a No existiendo continuidad, adherencia de partes, masa plena y continua, tejidos, en el Cuerpo social; no siendo la sociedad á modo de una individualidad gigante,—no tiene un cerebro para pensar, ni una voluntad simple é indivisa para querer, ni una fantasía para dar forma sensible á lo pensado y querido, ni un brazo para encarnar y traducir en formas sensibles lo ideado é informado interiormente: no puede obrar *por sí misma*, no puede ser agente directo de sus hechos, no puede crear reglas consuetudinarias *colectivamente*; es un organismo compuesto de elementos sustantivos, de células discontinuas que son seres acabados, incondicionados, racionales y libres; y tiene que valerse del pensamiento, de la voluntad, de la fantasía, del brazo de estos individuos, para concebir y dar vida exterior á sus concepciones jurídicas: le es forzoso, en suma, obrar por representación. El individuo es, por tanto, órgano necesario de la vida colectiva, así en el derecho escrito como en el consuetudinario, lo mismo en la función legislativa que en la ejecutiva y demás: la vida social es siempre *mediata*, se realiza *mediante* órganos individuales.

No puede existir, por tanto, un derecho creado directamente por el pueblo, como en oposición á otro creado por la persona individual: el derecho popular no es tal porque sea parto directo del pueblo, ni se circunscribe tampoco á las formas inferiores del derecho positivo: es popular, porque está inspirado en el sentimiento jurídico del pueblo, porque su autor se impersonaliza, se despoja de su individualidad para absorberse en el espíritu del todó; y abraza lo mismo la costumbre que la ley y el Código (§ 41): se contrapone á lo que, en términos de estética, denominaríamos "derecho erudito," producido por legisladores subjetivos, que no han tenido arte para constituirse en eco del espíritu colectivo y en ministros é intérpretes de las necesidades y de los deseos del pueblo.

El individuo, como representante de la sociedad, puede

proceder *solo*, ó asociado á otros, *colegiadamente*. En el primer caso, la representación es directa; en el segundo, indirecta. Con efecto, aun cuando la sociedad esté representada por un colegio ó corporación, ese colegio obra á su vez representativamente, y en última instancia, siempre es el individuo el órgano de la sociedad: sólo que aquí es órgano mediato, indirecto, siéndolo inmediato é indirecto de la corporación misma.

En su calidad de órgano directo de la sociedad, puede serlo *adventicio*, y puede serlo *oficial* y permanente. Esta distinción es trascendentalísima para la teoría de la costumbre, y tiene su fundamento en los dos modos de representación que en la vida de las colectividades pueden distinguirse: *espontánea* y *reflexiva*. Es espontánea la representación, cuando uno cualquiera de los miembros que componen la sociedad, sin delegación tácita ni expresa, obra como obrarian en su caso todos los demás; cuando su propósito responde al propósito de la generalidad; cuando la regla que informa en sus hechos, interpreta y traduce, al par que su convicción personal jurídica en aquella relación, la convicción común de la sociedad; cuando en esos hechos se ve ésta retratada, y pueden decirse hechos sociales, porque se declaran todos y cada uno solidarios de ellos y reconocen su justicia, y siempre que se les presente la ocasión ó la necesidad de contraer el mismo género de relaciones, procederán de idéntica manera. El hecho de cada uno es regla y modelo para el de los demás. La colectividad está entera en cada individuo, habla por su boca, obra por su mano, sin que ni el individuo ni la colectividad lo sepan ni lo quieran: ignora que al obrar en vista de su necesidad, según el dictado de su razón, sienta una regla obligatoria para toda la sociedad: por esto es espontánea y, por decirlo así, inconsciente, la representación.—En rigor, lo que en este caso se produce es una simple localización de función, no una diferenciación de órgano; ó bien, es lo que se llama órgano eventual ó adventicio, semejante, en el mundo de la Naturaleza, á aquellas expansiones filiformes

de las moneras que, una vez conseguido su propósito, desaparecen, son reabsorbidas nuevamente en la masa indiferenciada de donde salieron. Porque el individuo no ejecuta el hecho á nombre de la sociedad y para el cumplimiento de fines sociales, sino á nombre propio y para el cumplimiento de sus deberes personales: no obra en virtud de poder que le haya conferido la sociedad, sino ejercitando su propio personal poder;—no haciendo la representación sino de la contemporaneidad en que cada individuo vive con los restantes dentro del todo, de la comunidad y concordancia existente entre la situación de cada uno y la de los demás. Por esto, porque la sociedad se halla representada por órganos adventicios, porque virtualmente lo son ó pueden serlo en efectividad todos sus miembros, aunque siempre espontáneamente y sin delegación, no exigiéndose para ello un arte especial, siendo bastante la capacidad general del derecho,—decimos que la sociedad obra *directamente*, por sí misma. En esta forma, en cierto modo anorgánica, que recuerda la vida del derecho en el Estado individual, ejerce la sociedad todas las funciones jurídicas: toda la sociedad es órgano para la función legislativa; toda ella para la función ejecutiva, y así para las demás. Legisla, produciendo reglas consuetudinarias, cuyo medio de expresión son los hechos, las máximas y los refranes. Juzga en cada determinada relación de derecho, haciéndose cargo de las circunstancias en que ha sido realizado el hecho, compulsándolo con los principios eternos de justicia, para averiguar si existe ó no conformidad entre ellos, y expresando á seguida su convencimiento íntimo en un juicio, que también encarna en hechos, ó toma la forma más vaga del rumor ó de la opinión social. Igualmente determina su actividad en razón de cada una de las subfunciones que abarca el poder gubernativo (preventiva ó de policía para los medios negativos, y económica para los positivos), y el poder reparador (funciones coactiva y correccional, para los medios negativos y positivos respectiva-

mente) (1). El Estado es, pues, primeramente, *Estado impersonal, espontáneo, común, general, directo; inmediato.*

Pero, además, el individuo es agente del hecho social no en virtud de su propio poder, sino ostentando poderes de la sociedad, sea que explícitamente se los confiera ésta (representación voluntaria expresa), sea que los asuma aquél, por no ser posible la delegación á causa del estado de incapacidad de la sociedad (representación necesaria), ó adelantándose en el hecho á ella, y consintiéndolo ella pasivamente (representación voluntaria tácita). Sirvan de ejemplo el jefe de la nación, rey ó presidente, órgano individual que ejerce la función reguladora á nombre y en representación del Estado todo; el dictador romano, que concentraba en sus manos, por ministerio de la ley, todos los poderes del Estado; el pretor y el próconsul; el juez, órgano del poder judicial en el partido ó distrito: los ministros, con respecto á cada uno de los romanos en que se subdivide el gobierno nacional; el *land amman*, órgano ejecutivo en los cantones democráticos de Suiza; el embajador, en la representación de cada Estado cerca de los demás; el gobernador en la provincia y el alcalde en el concejo, que, entre otros, desempeñan en representación del Estado respectivo el poder ejecutivo; los *select-men*, órganos de la vida municipal americana; el registrador de la propiedad; el padre, órgano para la función (entre otras) de la tutela, en la familia; etc. El individuo sabe que el poder con que obra no es suyo, sino de la sociedad; y la sociedad sabe que los hechos de aquel individuo no son individuales, sino suyos también, de la sociedad. La razón de la diferencia entre esta forma de representación y la anterior, estriba principalmente; 1.º En que, aquí, el órgano es personal y

(1) Debo referirme en este lugar á *La Vida del derecho*, donde he tratado de demostrar el modo como son ejercidas todas las funciones jurídicas directamente, impersonalmente, por la sociedad, y la analogía esencial existente entre esta forma de la vida del derecho y las funciones de la vida corporal, respiración, digestión, etc., ejercidas directamente por el cuerpo, sin mediación de los órganos especiales, §§ 21-35.

único, y allá impersonal y múltiple; que, por esto, en el segundo caso nadie está excluido, y en el primero, todos menos uno. 2.º Aquí, el individuo-órgano ejecuta los hechos en vista sólo del estado de la sociedad, ó lo que es igual, de las circunstancias que determinan ese estado, siendo accidental que coincida ó no éste con su propio estado ó situación particular; acciones que allá, el hecho lo ejecuta en consideración tan sólo á su situación personal, y únicamente cuando coincide con el de la sociedad, su hecho es hecho social. 3.º Aquí, la acción del órgano se halla, por lo común, sometida á reglas procesales dictadas reflexivamente en el seno del Estado oficial; al paso que allá no existe regla alguna, fuera de las consuetudinarias producidas espontáneamente en el seno del todo social. 4.º Aquí, responde de sus actos ante la sociedad, porque á nombre de ella los ejecuta: allá no, porque, en la intención del agente, el hecho no trasciende del agente mismo, es puramente individual. 5.º Aquí, el individuo desempeña su función como por oficio, haciendo de ella profesión especial de su vida, con exclusión de las restantes; allá, el individuo no ejerce esta ó la otra función determinadamente, sino indistintamente todas, no haciendo consistir en ninguna su condición social ni su modo de vivir. 6.º Aquí, el sujeto necesita poseer una aptitud especial, en relación con la función que le está confiada, porque su gestión ha de ser artística; allá, basta la capacidad general que caracteriza á todos los hombres en la vida común, cuando han alcanzado la plenitud de su desarrollo. 7.º Aquí, es condición precisa la división del trabajo, que es decir, de las funciones entre órganos diversos, y por tanto, la permanencia de éstos; allá, la división es imposible, porque no hay diferenciación orgánica, no teniendo carácter de tal la continua formación y desaparición de los órganos eventuales. Unas veces, un mismo individuo es órgano para dos ó más funciones; otras veces, para una sola: otras, para una parte de función, ó sea, para uno de los momentos ó subfunciones en que cada función se diversifica interiormente.—En esta forma ejerce

la sociedad todos sus poderes, el legislativo, el gubernativo, el judicial, etc., siempre mediatamente, esto es, por mediadores, por representantes constituidos en tales consorcios y deliberadamente, por órganos artífices del derecho, que también se dicen funcionarios (de "función"), y oficiales (porque desempeñan un "oficio de república"); por donde viene a manifestarse el Estado bajo un nuevo aspecto, como *Estado oficial*, indirecto, mediato, reflexivo.

A primera vista, parece una imperfección eso de que la sociedad no pueda obrar nunca por sí, directamente: que haya de obrar siempre por medio de representantes;—y sin embargo, es esta una de las condiciones que más favorecen el progreso en la humanidad. Aquella parte del cuerpo social donde primeramente se manifiesta una necesidad, ó de otro modo, aquel individuo que primeramente la sintió, ejecuta todas las funciones que conducen á su satisfacción, adaptando y apropiando al fin los medios que le son adecuados, encarnando en un hecho la relación ideal que establece entre aquél y éstos. Ese hecho sirve de lección al resto de la sociedad. Supongamos que la relación se equivoca, y que el hecho no corresponde á la necesidad: si la sociedad en masa lo hubiese ejecutado, á toda ella alcanzarían las consecuencias del error, y esas consecuencias pueden llegar hasta á causar la muerte: siendo obra tan sólo de un individuo, ó de un número escaso de individuos, el error no afecta sino indirectamente á la colectividad. Supóngase que se acertó en el hecho: si lo hubiese ejecutado la sociedad, su actividad, convertida toda á aquella relación, hubiese tenido que distraerse de otras muchas que simultáneamente y por distintos lados le asediaban, al paso que, obrado por uno solo ó por algunos individuos, los demás, cuando sientan la misma necesidad, se lanzarán por el camino que aquéllos les abrieron, y todo el trabajo intelectual que hubieran consumido á no haberles precedido otros, lo aplican á otro género de actos; y de este modo, mediante esta distribución de trabajo y este comercio de productos espirituales, la vida es menos penosa, y más rápido el progreso

en la humanidad.—Hay más. Como cada individuo es una persona sustantiva de derecho, los hechos que ejecuta, antes que hechos sociales, son hechos individuales: no responden directamente á necesidades de la sociedad, sino primeramente á necesidades propias; y como una misma necesidad toma tintes y matices diversos en cada individuo, si la sociedad entera hubiera de ejecutar el hecho, aplicaría los medios en proporción y forma idénticas, rígida é inflexiblemente,—por no serle posible apreciar los infinitos modos de manifestación individual de la necesidad,—con lo cual, comprimiría la vida, á punto de hacerla imposible: ya hemos visto cuánto la contrarían y perturban aquellas parciales negaciones de este principio que hemos hallado en las legislaciones positivas, cuando impone reglas uniformes de acción á todos los individuos.

Esto por lo que respecta al individuo en su cualidad de órgano adventicio: órgano de experiencia para los demás, al par que de vida para sí propio. Todavía son más trascendentales las consecuencias, si se considera el individuo como órgano permanente, oficial, y por decirlo así, específico. Como consagra una parte principal de su vida á una sola función, como se ocupa constantemente de un solo orden de hechos, acumula experiencias y reflexiones personales, adquiere una aptitud mayor, su habilidad técnica es cada vez más acabada, y más artística y perfecta su obra. Así como los órganos permanentes del cuerpo que denominamos sentidos, están dotados de una sensibilidad más exquisita que las partes restantes, de igual manera los órganos permanentes del Estado están dotados de más felices disposiciones, de más penetración, de más tacto, de más destreza, que el común de las gentes, y su acción es, por tanto, más rápida, más intensa, más intencional, más directa, más regular y proporcionada que la de la generalidad. Todavía no se dá cuenta el Cuerpo social de los cambios que ha experimentado en su situación y de las nuevas necesidades que aquellos estados le han creado, cuando el órgano las ha sentido ya, las ha estudiado, y ha principia-

do á poner los medios necesarios para satisfacerlas. Todavía no ha principiado á discernir la Sociedad el modo como podrá satisfacer las que ha sentido, cuando ya el órgano tiene formado su plan de acción, pone la masa social en movimiento, dirige la actividad, imponiéndole ley, ó se adelanta á ella y obra por sí en nombre del todo. No de otra suerte, en nuestro cuerpo, el oído, por ejemplo, centinela avanzado del alma, nos advierte de la proximidad de una tormenta, de una erupción volcánica ó de un ejército enemigo, antes de que el cuerpo mismo haya podido reconocerlo por la trepidación del suelo ó la caída del rayo ó de la lluvia.

Al revés de lo que se cree ordinariamente, de los dos géneros de órganos, los adventicios son los más esenciales: sin órganos oficiales, hay Estados; sin adventicios, no. También en esto coinciden con los seres de la naturaleza: los hay que respiran y viven sin branquias ni pulmones, y no puede haberlos que respiren y vivan exclusivamente con branquias ó pulmones.

No siempre obra el Estado social por medio de órganos individuales: también á las veces lo representan órganos corporativos ó colegiados, constituídos por una pluralidad de individualidades que deliberan y convienen en una decisión común. Reprodúcese aquí, como es consiguiente, la división de los órganos en *adventicios* y permanentes, ó de otro modo, espontáneos y *oficiales*. Acontece á menudo, con efecto, que un individuo, hallando insuficientes sus medios, se asocia á otros, y juntos realicen un acto común. El matrimonio, por ejemplo, es un hecho que nace de una voluntad compuesta. Una alianza ó un tratado de paz se engendra igualmente de una voluntad común, eco de la voluntad de dos naciones, y en el acto ejecutado puede hallarse representada toda la humanidad. Cuando en 1844 se reunieron unos cuantos tejedores de Rochdale, y de común acuerdo fundaron por vez primera una sociedad cooperativa, aun cuando no tuvieron presente la ley general de derecho á que obedecía su sistema, aun cuando, al plantear-

lo, no se propusieron satisfacer otra necesidad que la sentida por ellos, fueron órgano colectivo de la sociedad, porque la sociedad vió traducido en aquel hecho su pensamiento y su deseo, y lo reprodujo al punto, multiplicándose con rapidez el número de las sociedades cooperativas de consumos; y fué órgano adventicio, porque no estaba previsto ni definido en la *Constitución*, porque no ejercía poder alguno de la sociedad, ni era representante necesario suyo, porque pudieron nacer simultáneamente, como simultáneamente vivieron después y existen en la actualidad, infinitas otras. Otro ejemplo son los *meetings* europeos, órganos también eventuales por quienes se manifiesta la voluntad social. Citaré también las "Sociedades privadas para la visita y educación de los culpados en su prisión," las "Sociedades de patronato," de "Socorros mutuos," de "Templanza," y tantas otras. Al punto que en el seno de la sociedad se siente una necesidad que requiere medios jurídicos para ser satisfecha, no aguarda á crear órganos especiales, sino que ella por sí misma la satisface, localizando la función en determinados círculos ó sujetos, esto es, suscitando órganos accidentales ó adventicios, ora individuales, ora corporativos, que luego se multiplican, llevando la voz del todo social, ó que desaparecen en un punto para reaparecer en otro. El ejemplo más sencillo de este género de representación compuesta, es una convención entre dos personas; un contrato de compra-venta, por ejemplo, es una verdadera ley estatuida por una voluntad colectiva; y si la necesidad á que responde ese acto es general, y en él ha sido fielmente interpretado el principio de derecho correspondiente, la sociedad reconocerá como propio aquel acto, é imprimirá su misma forma á cuantas relaciones jurídicas se engendren en lo sucesivo de aquella necesidad: el acto habrá sido social, y los que lo ejecutaron obraron como representantes de la sociedad. Tal, por ejemplo, el contrato de seguros marítimos. ¿Quién lo ha creado? El comercio universal. ¿De qué modo? No por ministerio de ningún legislador, sino

consuetudinariamente; por medio de órganos adventicios, pero colectivos: se trata de un acto que no puede ser ejecutado por un solo individuo: han de concordar varias voluntades el modo de su realización (1). Los primeros comerciantes que aseguraron las mercancías de un buque, obraron en vista solamente de su interés; pero, además, inconscientemente, en representación de toda la sociedad: mientras proyectaron y actuaron el primer hecho, fueron órganos eventuales de la sociedad, en una de sus más importantes funciones: luego, la función se localizó en otros muchos puntos del Cuerpo social; se fué generalizando, se hizo patrimonio de todos los comerciantes, y todos fueron órganos adventicios al igual de los primeros. Exactamente lo mismo ha de decirse del tribunal de árbitros ó de arbitradores: como institución, los que con sus hechos la fundaron, fueron órganos de la sociedad: como órgano él á su vez, al par que representante de las personas privadas que le confieren su poder, puede ser con sus juicios representante accidental de la sociedad.—Para que la sociedad se declare por un órgano corporativo adventicio, no es esencial la concurrencia y expresión simultánea de las voluntades individuales que componen la voluntad compuesta del órgano, ni es condición precisa que se hallen todos presentes en un lugar, ni que medie documento ni solemnidad de ningún género. Uno propone, otro replica, deliberan, se rectifican, y vienen á cabo de una resolución común: he aquí el órgano compuesto. Es indiferente que el modo de comunicación sea la palabra, ó el correo, ó el telégrafo, ó un comisionado que represente la persona de una de las partes cerca de la otra ó de las demás.

La corporación ó colegio, como órgano oficial de la Sociedad, descubre en su modo de obrar las mismas cualidades que el individuo, en tanto que órgano oficial también: pero en muy diverso grado, según sea mayor ó menor el

(1) Cuál hubo de ser el origen del contrato de seguros marítimos, lo expone ingeniosamente Martí de Eixalá, *Instituciones del derecho mercantil de España*.

de la capacidad exigida á los individuos para formar parte de él. Unas veces, las condiciones de aptitud se limitan á la edad, ingenuidad, integridad de las facultades espirituales, ó además de éstas, las corporales, y plenitud de los derechos civiles, ú otras semejantes; y la corporación que ha de representar á la sociedad la componen todos los ciudadanos en quienes esas cualidades se reunan: v. gr., los Comicios tributos en Roma, el Plácito del condado castellano y catalán, formado por todos los hombres libres, las Asambleas municipales de Massachussets ó de Suiza, el Cuerpo electoral (que representa al Estado en la función de designar representantes para otras funciones) en los países que se rigen por el llamado sufragio universal, el Ejército, etc. Otras veces, sin ser mayores las condiciones de aptitud impuestas á los individuos, el número de los representantes está limitado á menor número de sujetos del que las posee: v. gr., la Asamblea de los Amphictionés, el tribunal de los Weisthume, el Jurado, el Ayuntamiento, la Diputación provincial, el Congreso de Diputados, etc. Otras veces, se requiere en el representante condiciones especiales de aptitud; una cierta suma de conocimientos jurídicos, moralidad acreditada, etc., v. gr., las Audiencias, y en general los tribunales colegiados; ó ilógicamente, otro género de condiciones incongruentes con la función, riqueza, categoría social, etcétera., v. gr., el Senado. El grado más sencillo de este género de representación corporativa es el matrimonio, órgano reflexivo del poder que corresponde á la familia, y la jefatura del Estado nacional ó municipal desempeñada por dos magistrados, según es propio del régimen aristocrático: dos suffetas en Cartago, dos reyes en Esparta, dos cónsules en Roma, dos jueces en Castilla, dos burgomaestres en Berna, dos alcaldes ó duumviros en los municipios latinos, etc. Y por el contrario, el grado más extenso es aquel en que todos los individuos que reúnen las condiciones generales de aptitud en que consiste la ciudadanía, constituyen una Asamblea deliberante, como sucede, por ejemplo, en los municipios de Nueva-Inglaterra; no exis-

te en ellos Ayuntamiento ó Curia, en el sentido que la palabra tiene en nuestras leyes y en las leyes romanas: todos los electores componen la Asamblea municipal, *town-meeting*, especie de concilio tributo donde se resuelven todos los asuntos de interés para la ciudad: los *select-men* son órganos encargados puramente de ejecutar lo acordado por la Asamblea de la ciudad, y la duración de su cargo es un año tan solo. Análogo á éste es el régimen de muchos cantones suizos, Grisones, Valais, Waldstatten: todo individuo, en cumpliendo diez y seis, diez y nueve ó veinte años, según los cantones, es miembro de la Asamblea general del cantón, la cual reúne á veces hasta 8 000, poco más que las grandes Asambleas helénicas.

No por esto están en lo cierto Tocqueville y Brougham, al afirmar que tales municipios no se rigen por la ley de la representación, ó que en ellos el Gobierno está entero en manos del pueblo, (1), porque la ciudad no se agota en los electores: forman parte de ella muchos más individuos que los que pueden ser electores: los niños, las mujeres, los incapacitados é impedidos, etc., son miembros del Cuerpo social, que no entran en la composición del electoral, y que están por él representados en el gobierno de la ciudad —directamente, tratándose de América, y en la función de designar los decuriones ó regidores que han de gobernarla, si se trata de Europa.

Ni el individuo ni el colegio son siempre representantes directos de la Sociedad; hay también representación de representación, órganos de órgano. Considerado en su unidad, el órgano ó corporación es una diferenciación del Estado social; pero él, á su vez, se diferencia interiormente en miembros, que son respecto de él lo que él es respecto de la sociedad. El Senado es un órgano corporativo del Estado nacional: una comisión creada en su seno, es un órgano corporativo de ese órgano: el ponente encargado

(1) Tocqueville, *De la Democracia en América*, cap. V.—lord Brougham, *De la Democracia y de los gobiernos mixtos*, capítulo IV.

de redactar el dictamen ó informe, es un órgano individual de ese sub-órgano. El cuerpo electoral, órgano compuesto, engendra de sí, primero, un órgano director, la Mesa; después un cuerpo de compromisarios; éstos, el Senado en su parte electiva; éste la Mesa, el Tribunal de actas, las Secciones y las Comisiones; éstas, sus presidentes, ponentes y secretarios; y acaso también Subcomisiones. Así se encadenan los diversos grados de representación: siendo todos órganos de la sociedad, unos la representan en primero, otros en segundo, otros en tercero ó en ulterior grado.— No siempre ha sido bien apreciada la razón de esta graduada generación interior. Se ha creído que es condición esencial del gobierno democrático la participación directa de todos los ciudadanos en el ejercicio del poder, ó cuando menos en la legislación, como en Grecia, en algunos cantones de Suiza y en algunos Estados americanos; y como consecuencia de esto, que el régimen democrático es inaplicable á comunidades muy numerosas. En opinión de Montesquieu, los límites de una democracia deben ser los de una ciudad, por el peligro de que alguno se enriquezca demasiado y la arruine, ó de que choque fuera con algún príncipe que la subyugue. A juicio de Milla, tampoco son posibles los gobiernos democráticos sino en Estados pequeños ó en ciudades, porque sus rentas son insuficientes para sostener una monarquía. Para Lord Brougham, tampoco puede pasar de los límites de una ciudad de 30.000 almas, por la imposibilidad de que el pueblo delibere y obre directamente por sí en una sociedad numerosa (1). La mayor parte de los publicistas funda la necesidad del gobierno representativo en una consideración puramente material, en la imposibilidad de que el pueblo se reúna á deliberar por sí, atendido lo difícil que es á un hombre hacerse oír de una Asamblea de diez mil almas, correspondiente á una ciudad de tercero ó de cuarto orden. Pero es evidente que el go-

(1) Montesquieu, *Espíritu de las leyes*; Milla, *Historia del Gobierno inglés*, cit. por Brougham, *ob. cit.*, cap. III.

bierno no pierde su cualidad de democrático porque no sea ejercido por todos los ciudadanos, sino por un cierto número de ellos en quienes los demás delegan su poder: que la Asamblea municipal conste de 2.000 personas y se llame *town-meeting*, ó de 40 nombradas por esas 2.000 y se denomine *ayuntamiento*, en nada afecta á la esencia de la institución; lo mismo aquí que allá, el Estado se halla representado por una corporación, y los hechos de ésta son hechos sociales, porque han sido obrados por poderes de la sociedad. En cuanto á la causa generadora de la representación política, tiene raíces harto más profundas que la que los tratadistas le han atribuído. Tal es la de evitar que el número venza y sofoque á la razón, cual acontece en aquellas Asambleas numerosísimas de que son miembros natos todos los varones mayores de edad. Nada más fácil, en muchedumbres tales, como encender las pasiones y dirigir las contra una persona, contra una institución y contra el mismo pueblo. Suelen ser siempre en ellas más los incapaces ó los exaltados que los cuerdos y los instruídos; el brillo de la palabra fascina á la multitud y la arrastra á las resoluciones más extremas; la fiebre y el apasionamiento hacen veces de discusión; rara vez se imponen la prudencia y el talento á la ignorancia cínica y osada: la voz de la sensatez y de la sabiduría es ahogada en el tumulto; la minoría de los discretos se retrae desalentada, ó pierde serenidad de juicio y se deja contagiar por aquella epidemia, especie de epilepsia social á que ya los romanos dieron el nombre de *morbis comitialis*. Violento, desigual, poco seguro de sí mismo, incapaz de detenerse en aquel justo medio donde la justicia mantiene el fiel de su balanza, desandando un día el camino andado el anterior, fácil al engaño si le sirve de dorado vehículo una elocuencia arrebatada y declamatoria: tal es, según lo ha denunciado la experiencia, el ejercicio *directo* (así se le llama impropriamente) de la soberanía, y con razón lo han condenado unánimemente los científicos.—Por otra parte, hemos visto que uno de los rasgos característicos que distingue los órganos adventicios

de los oficiales, es la forma de la actividad, que en éstos ha de ser *artística* (orgánica, sistemática, reflexiva), mientras que en aquéllos no pasa de ser *común* (insistemática, inconexa, irreflexiva, mezclada de impurezas) (1). Y el arte requiere condiciones de vocación, de cultura jurídica, de talento para interpretar los ideales de justicia que fermentan en el seno de la sociedad, de habilidad para reducirlos á términos positivos, de que carece la generalidad. Hace esto indispensable una selección que permita conferir el poder de ejecutar actos sociales á los sujetos que posean en más alto grado esas excelencias, y que mayor confianza merezcan á la comunidad. Todavía, sobre todo en comunidades muy extensas, la generalidad carece hasta de aptitud para conocer quiénes son los más capaces: 1.º, porque viviendo muy diseminada por el territorio, no se halla en contacto con ellos; y 2.º, porque aun mediando éste, no posee un juicio suficientemente ilustrado para discernir los talentos escondidos debajo de mil engañosas apariencias, y darles la más conveniente aplicación. De aquí que no siempre alcance el sufragio directo á satisfacer las necesidades del régimen llamado por antonomasia representativo, mayormente cuando la ley no exige en electores ni en elegibles condiciones especiales de aptitud, tales como en buena lógica debieran exigirse; y se hace, por esto, obligado el sufragio indirecto. Cuanto más alta y delicada una función, más ha menester ser aechado, acendrado, quintesenciado, el sufragio. Es de razón que el sufragio indirecto designe representantes más aptos que el directo: así como se van estrechando las mallas del sufragio, así como las capacidades van pasando de uno en otro por los tamices de la elección, la calidad aumenta en la misma proporción en que mengua la cantidad, hasta no pasar por ellos sino los mejores de entre

(1) Vid Giner, *ob. cit.*, lecs. 16 y 36; y mi *Vida del Derecho*, §§ 20, 24 y otros. Sobre los inconvenientes del llamado gobierno *democrático directo*, se consultará con fruto las razonables observaciones de lord Brougham, *ob. cit.*, caps. VIII, XIII y XXI

los mejores. La experiencia confirma esta anticipación racional, pudiendo compararse á este propósito el Congreso de los Estados-Unidos, elegido por sufragio universal, con el Senado, elegido por los Congresos de los Estados (como si dijéramos por las diputaciones provinciales). La democracia americana, temiendo, y no sin razón, hacer mal uso del sufragio, se ha impuesto limitaciones poderosas que la refrenan y le impiden desbocarse, principalmente, la elección del Senado por sufragio indirecto, la inamovilidad de los funcionarios del orden judicial, y la facultad otorgada á éste de anular las leyes votadas por el poder legislativo, cuando las juzga contrarias á la Constitución (1). No se ha tenido el valor todavía de romper abiertamente con esas prácticas de la soberanía abstracta, que colocan el derecho en la voluntad, tenga ó no tenga condiciones de verdadera autonomía, que hace del pueblo una especie de Cristo vestido con un andrajo de púrpura, y armado, á guisa de cetro, con una cédula electoral, para que, en el instante de depositarla en la urna, abdique de hecho su soberanía y se desprenda de todo su poder. Por alzar rey al individuo, se hace sierva de sus representantes y de sí misma á la sociedad.

El órgano corporativo (representación oficial de la sociedad), al mismo tiempo que miembro de un todo, es todo á su vez, especie de Estado dentro del Estado, organismo sustantivo y persona de derecho. Derívanse de aquí muy importantes consecuencias.—La primera y más obvia que del concepto del órgano colegiado se desprende, es que su misión no consiste en reproducir mecánicamente la voluntad social á modo de un espejo ó de una cámara oscura, sino en concentrarla, purificándola é idealizándola artísticamente. Ha de tener voluntad propia, y consiguientemente, libre; no ha de ser un agregado de voluntades trabadas por mandato imperativo, como los beotarcas helenos ó como los procurado-

(1) Son interesantísimas y dignas de que los políticos las mediten, las consideraciones que inspiran á Ahrens estos hechos, *ob. cit.*, lib. II, 2.^a división.

res; castellanos de la Edad media, verdaderos embajadores ó delegados federales, repetidores automáticos de las instrucciones dictadas por los concejos ó Estados municipales que los diputaban para unas Cortes radicalmente distintas de las que nosotros alcanzamos. La interpretación que el representante hace de la voluntad colectiva, ha de ser artística; y no podría serlo, si la representación no fuese libre. La delegación que hacía de su poder el pueblo romano en el pretor, es el más clásico y perfecto ejemplo que puede citarse de este género de representación racional.—Por otra parte, siendo el colegio ó corporación un organismo sustantivo, una persona, ha de realizar una vida propia, y ésta no siempre puede ser directa: las más de las veces, la corporación, aunque representante de la sociedad, obra á su vez representativamente, siendo sus representantes, unas veces, directamente los individuos que la componen (v. gr., del Congreso ó de una de sus secciones, su presidente respectivo ó su secretario; de la Audiencia ó de una de sus salas, el regente ó el fiscal, etcétera); otras veces, corporaciones formadas en su seno (verbigracia, del Senado ateniense, el cuerpo de los nomothetes; del Congreso español, las secciones; de la Audiencia, las salas, etc.). Otro tanto acontece cuando los órganos corporativos son adventicios, asociaciones constituídas espontáneamente en la sociedad, un *meeting*, una asociación de beneficencia domiciliaria, etc.—La tercera consecuencia que nace del carácter sustantivo y personal de los órganos corporativos, se refiere á las funciones: siendo cada poder un aspecto, una expresión del poder total del Estado, ó lo que es lo mismo, de su soberanía, cada órgano ejercerá una autoridad propia, y será en su esfera soberano, lo mismo que la sociedad á quien representa; y como ella, vivirá el derecho unitariamente, realizando todas sus funciones sin exceptuar una. Así, por ejemplo, el Congreso ejercita para la sociedad y por delegación suya la función *legislativa*; y para su subsistencia como persona viva y Estado de derecho, y por poder propio, emanado de su naturaleza, la función *legislativa* (reglamento, prácticas parlamentarias), la ejecutiva (comi-

sión de gobierno, presupuesto, ujiers, etc.), la judicial (para las perturbaciones y conflictos de derecho que ocurren en su seno, en asuntos de su jurisdicción, no resolubles por los Tribunales), la correccional, que compete al Presidente de la Asamblea, y la reguladora, que tiene dentro de aquélla el mismo objeto que dentro de la nación la que ejerce el Jefe del Estado. Los Ministerios y sus dependencias desempeñan para la sociedad y en representación suya, como miembros de ella que son, la función *ejecutiva* ó gubernativa; y para su propia vida, en virtud del poder inherente á todo organismo, la función legislativa (potestad reglamentaria; prácticas administrativas), la judicial y la correccional (potestad disciplinaria y correccional), la ejecutiva, y por último, la reguladora, que compete supremamente al Jefe del Gobierno ó Presidente del Ministerio. A este tenor los demás poderes (1).

15. La actividad jurídica es psico-física —La conclusión última de los dos párrafos precedentes, es ésta: el agente del hecho jurídico es siempre el individuo, ya obre por poder propio, ya por delegación. Esto nos lleva como por la mano al estudio de las formas que reviste la actividad individual aplicada á la realización del derecho. Sabemos ya que es cualidad inherente á la actividad jurídica el ser libre, y por tanto, en un aspecto, espiritual; pero el hombre es un ser compuesto, es espíritu unido á cuerpo, y la actividad de aquél obra siempre en concurrencia con actividades de éste, y mediante órganos corporales se manifiesta, se modifica, piensa, resuelve y obra. Esto nos obliga á dirigir su estudio por senderos distintos de los trillados hasta aquí en la ciencia del derecho. No basta ya ni es lícito investigar los principios jurídicos como en pura reflexión subjetiva, considerando la actividad que los realiza en la vida como propiedad abstracta del espíritu, indepen-

(1) De este tercer corolario se derivan importantes consecuencias para la práctica, cuyo estudio es competencia y atribución de la ciencia política.

dientemente del organismo corporal, ó á lo sumo, en relación exterior con él. Es el derecho cualidad del ser racional, cierto; pero cualidad á un tiempo real-ideal, físico-metafísica, del ser vivo, concreto, uno sobre toda distinción de espíritu y cuerpo, y la actividad que lo exterioriza, que lo hace sensible en los hechos, no es esa actividad abstracta y química que las concepciones idealistas han fantaseado, sino la actividad que, á falta de otro término, designamos con el nombre de anímico-corporal ó psico-física, composición eterna, necesaria, esencial, no exterior, hipostática, contingente y *à posteriori*, de dos actividades, ó si se quiere, de dos formas ó cualidades de una misma actividad, jamás separadas en ninguna de las jerarquías de la vida. Por esto, no cabe biología jurídica sin el previo conocimiento del sistema nervioso y de su modo de funcionar. Vamos á exponer abreviadamente lo más esencial (I).

10. El aparato neuro-psíquico.—El aparato que pone en comunicación nuestro espíritu individual con el mundo exterior y con los demás espíritus, es el sistema nervioso cerebro-espinal ó neuro-psíquico. Las partes que componen este aparato, enumeradas por el orden en que se des-

(1) He consultado: Giner, Soler y Calderón, *Lecciones sumarias de Psicología*, 2.^a edición, 1877.—H. Lotze, *Principios generales de Psicología fisiológica*, ed. francesa, 1876.—Delboeuf, *La Psicología como ciencia natural*, franc., 1876; *Teoría general de la sensibilidad* (Rev. Contemporánea, de Madrid, t. I).—U. González Serrano, *La realidad del espíritu* (ibid., t. XXIII).—Herzen, *La ley física de la conciencia* (ibid., t. XXII).—A. Lemoine, *El hábito y el instinto*, franc., 1875.—H. Helmholtz, *Optica fisiológica*, ed. franc., 1867.—Maudsley, *Fisiología y patología del espíritu*, ed. ital., 1872; *El crimen y la locura*, ed. españ., 1879.—Simarro, *Teorías modernas sobre la fisiología del sistema nervioso*, 1878.—E. Reus, *La Biología*, 1.^a parte, 1879.—Huxley, *Automatismo de los animales* (Rev. Europea, de Madrid, 1875).—L. Dumont, *La acción refleja cerebral* (ibid. t. VI).—G. H. Lewis, *Las funciones del Cerebro según Ferrier* (ibid., 1877), etcétera.

Me limito, por lo general, á consignar hechos comprobados, y á aventurar alguna hipótesis, con carácter de provisional, sin entrar en explicaciones y desenvolvimientos que ni el Estado, por decirlo así, embrionario, de la ciencia psico-física consiente, ni tendrían lugar propio en un Ensayo elemental sobre la generación del hecho jurídico, donde estos problemas no interesan sino mediatamente y en sus conclusiones.

envuelve el proceso circular psico-físico, son las siguientes: 1. *Organos periféricos pasivos*, receptores y reactivos de las excitaciones: los llamados sentidos de la vista, del olfato, del oído, del tacto, etc.:—2.ª *Centros ó masas nerviosas*, alojadas en el cráneo (cerebro, cerebelo, medula oblonga) y en la espina dorsal (medula espinal): en ellas se concentra la impresión y se transforma en sensación y en percepción, y de ellas parte el impulso para todos los movimientos corporales:—3.ª *Organos periféricos activos*, donde ese impulso procedente de los centros se comunica á los músculos, que son como el poder ejecutivo de la vida corporal: las placas terminalés ó motrices:—4.ª *Nervios sensitivos*, centrípetos ó aferentes conductores de las impresiones, especie de hilos telegráficos que enlazan los órganos periféricos con los centros.—5.ª *Nervios motores* ó centrífugos, transmisores del movimiento iniciado por el espíritu, que enlazan los centros con las placas motrices y los músculos.—Supóngase un ángulo *A, B, C*: el vértice (*B*) simboliza los centros nerviosos; los extremos opuestos de los lados (*A, C*), los órganos periféricos pasivos y activos: los lados mismos (*AB, BC*), los conductores nerviosos. Es un aparato de doble transición. De *A* á *B*, ó sea, en la dirección centrípeta, transición entre la Naturaleza y el Espíritu: camino por donde aquélla (ú otro espíritu mediante ella) visita á éste y obra sobre él. De *B* á *C*, esto es, en la dirección centrífuga, transición entre el Espíritu y la Naturaleza, camino por donde aquél se dirige hacia ésta (ó mediante ella á otro espíritu), y ejerce sobre ella su poderoso influjo.

Por supuesto, la comunicación no es inmediata ni directa. La Naturaleza, para llegar hasta el reino del Espíritu, se va espiritualizando por grados: las formas del mundo exterior, por ejemplo, se fotografían en el misterioso espejo de la retina, reactivo universal, sensible á todos los colores, donde termina el nervio óptico; los sonidos se reproducen en el maravilloso armonium de infinitas teclas del oído interno, en cuyo vibrante líquido flotan las fibras terminales del nervio acústico: aquella imagen y este eco son el pri-

mer grado de espiritualización: en el otro extremo, la fantasía, que aligera esas formas, todavía demasiado materiales, y las reviste de otras más afines á las categorías puras é ideales del Espíritu; y es el segundo grado de espiritualización; entonces puede ya la Naturaleza conversar con el Espíritu, instruirle, mortificarle ó recrearle. Cuando el Espíritu decide volver su visita á la Naturaleza, tiene que principiar por naturalizarse en su reino, no repentinamente y como por salto, sino gradualmente también: primera etapa, la fantasía, campo de aclimatación de lo corporal en su tránsito á lo espiritual, y de lo espiritual en su tránsito á lo corporal; segunda etapa, próxima ya á la frontera, las placas terminales ó motrices, órganos mestizos ó de transición, que participan de la naturaleza del nervio y de la naturaleza del músculo, especie de retina al revés, que recibe ya naturalizado de primera intención el plan concebido por el Espíritu, y que acaba de naturalizarlo, trocando la excitación nerviosa, sea original, sea regresiva ó de retorno, en excitación muscular, el movimiento semi-espiritual, semi-corpóreo, en movimiento resueltamente corpóreo ó físico, y determinando, como consecuencia, una contracción de las fibras musculares, y poniendo en movimiento por mediación suya, las restantes partes del organismo: entonces puede ya el Espíritu departir con la Naturaleza, colaborar con ella, dirigirla, señorearla, torcerla ó mejorarla. La unión y comunicación entre un espíritu individual y otro espíritu, es idéntica en calidad, pero inversa en dirección, y en número de momentos doble.

Los elementos morfológicos del aparato neuro-psíquico, son, fundamentalmente, de dos géneros; 1.º *Células nerviosas* en prodigioso número, que sólo en el cerebro se cuentan por centenares de millones, y que parecen ser los órganos inmediatos de la conciencia: constan de una masa protoplásmica, globular y traslúcida, con irradiaciones fibrilares al exterior, núcleo y nucleolo dentro, y en torno del núcleo granulaciones pigmentarias: 2.º *Fibras elementales* conductoras, en número todavía mayor, que se cree terminan por

un extremo en las células de los centros, y por el extremo opuesto en las células ganglionares de los órganos periféricos pasivos, ó en las placas motrices insertas en los músculos estriados. La fibra más sencilla y primitiva, propia, aunque no exclusiva, de los invertebrados (fibra de Remak), se compone de un haz de fibrillas elementales transparentes, y de núcleos en abundancia, insertos en los puntos de intersección donde se cruzan y sueldan unas á otras: la fibra más perfecta, patrimonio exclusivo de los animales vertebrados (fibra medulífera), se reduce á un cilindro axial (*cylinder axis*) ó filamento central, formado también por numerosas fibrillas simples, dividido en segmentos, de un milímetro de longitud por término medio, envuelto en una substancia blanca (*myelina*), de consistencia viscosa, que comunica al nervio su coloración medular, y recubierto por una membrana protectora tenuísima, transparente y elástica, con núcleos elipsoides: á cada segmento de fibra corresponde una célula de myelina y un núcleo. Las células, de forma piramidal, que constituyen la superficie externa ó corteza del cerebro, son de color ceniciento, y por eso se las designa en conjunto con el nombre de substancia gris ó capa cortical del cerebro: hállase circundada por una tupida red de vasos capilares que le proporcionan una nutrición abundantísima. Hasta esas células corticales conducen el movimiento vibratorio las fibras nerviosas, continuándose por las fibras y prolongaciones celulares propias de los centros. Las placas terminales son masas microscópicas, de cuatro ó seis milésimas de milímetro, estructora granulosa y forma ovoidal, con núcleos en número de seis á doce. Los elementos anatómicos de la fibra, de la célula y de la placa, y por tanto la célula, la placa y la fibra mismas, son susceptibles, á juzgar por los hechos, de disposiciones moleculares infinitas.

Esto supuesto, describamos sucintamente las actividades que determinan, mediante ese aparato, todos los hechos y fenómenos de la vida jurídica.

17. Las actividades psico-físicas.—La primera y más rudimentaria manifestación de la actividad psíquica que hallamos en el hombre, lo mismo que en los animales, es la actividad **refleja**, ó sea, las funciones autónomas de los centros nerviosos inferiores, adscritas, á lo que parece, al servicio de la conservación del cuerpo. En orden de razón, ocupa aquel oscuro limbo que divide lo físico de lo espiritual, lo fatal y necesario de la Naturaleza, de lo espontáneo del Espíritu. En el orden del espacio, este primer grado de la espiritualidad tiene su residencia, su centro y su instrumento de acción en los ganglios y en la médula espinal (1), según lo han acreditado multitud de experimentos fáciles de comprobar. Si se opera una sección en la médula espinal de un animal cualquiera ó de un hombre, se ha interrumpido toda comunicación entre el cerebro y las extremidades inferiores, y quedan éstas paralizadas: aunque se las hiera, no siente dolor alguno el ser de quien forman parte, ni en cambio obedecen á su voluntad: no se mueven aunque quiera él moverlas; y sin embargo, cuando se las hiere ó irrita, se apartan por un movimiento súbito, como si estuvieran concias del peligro que corren, ó se transmitiese al cerebro una impresión y la contestase el alma con un acto de voluntad. Practíquese la ablación de los hemisferios cerebrales de una rana, por ejemplo, ó se la decapita: si en tal estado se cauteriza su piel, ó se vierte en ella una gota de ácido, el animal agita sus extremidades, y barre con ellas el líquido que le ofende, ó aparta el objeto que le irrita: el animal es como una planta, no ve, no oye, no siente; pero puede vivir largo tiempo, se defiende, digiere, nada en el agua, sale á la superficie para respirar; si se le pone enfrente un obstáculo, sabe evitarlo y no chocar con él si se calienta el agua, huye: si se le coloca en un plano inclinado, se agarra con las patas para no caer, y avanza hasta encon-

(1) Aunque no exclusivamente en los ganglios y en la médula: el cerebro, además de órgano para las funciones superiores del Espíritu, parece ser centro y asiento de acción refleja, según las investigaciones de Carpenter y Luys.

trar el equilibrio y el reposo en la parte superior. La iniciativa para todos estos movimientos sólo puede partir de la medula espinal; y en ellos se ve intencionalidad, autonomía, coordinación de sensaciones y de movimientos, elección y adaptación de medios, algo como conocimiento y voluntad, y en suma, actividad psíquica. ¿Lo es realmente?

No están unánimes todos los científicos acerca de la naturaleza de la actividad refleja.—1.º Hay quien, como Ferrrier, opina que sólo el cerebro posee la facultad de determinar actos psíquicos, que esos fenómenos reflejos son puras contestaciones mecánicas á excitaciones exteriores, esto es, movimientos exclusivamente físicos, y que nada tienen que ver con una adaptación inteligente de medios al fin, por más que descubran cierta apariencia de actos conscientes.—2.º Hay quien, como Ribot, Luys, Flourents, y en una palabra, los más de los fisiólogos y psicólogos, reconocen en la actividad refleja cualidades de coordinación y de intencionalidad que la diferencian radicalmente de la actividad mecánica, sin excluir por esto el automatismo: según ellos, hay en ella inteligencia y voluntad, pero inconscientes (1): conoce y quiere y aplica los medios, pero no sabe que los conoce, que los quiere y que los aplica. Maudsley distingue entre espíritu y conciencia, y afirma que la actividad de los centros nerviosos puede obrar toda ella sin conciencia de sus actos: el hombre es una máquina intelectual, y

(1) Este término, tan en boga hoy, á causa, principalmente, de haber basado en él Hartmann todo un sistema filosófico, es inexacto. La conciencia es propiedad esencial del espíritu: el espíritu es el "ser conscio", y por tanto, no puede haber espíritu inconscio, ni actos espirituales inconscientes. Con el término *inconsciente* quiere significarse un espíritu que no es "conscio de sí", que no está presente á sí mismo, que no vuelve sobre sí; mas para expresar este pensamiento, poseemos un término propio, que es: *irreflexivo*. Esta distinción ha sido perfectamente establecida por Giner, en el § 36 de sus interesantísimas *Lecciones de Psicología*, tan justamente celebradas en el extranjero. En igual sentido, la actividad instintiva es reflexiva. Pero el uso ha ido reservándose este término para denotar lo deliberado, lo razonado y meditado, diferenciándolo de lo que no lo es; y á él habremos de atenernos, respetando á los vocablos "consciente" é "inconsciente" el significado que se les ha dado, aunque inpropio, en la Psico-física.

la conciencia su testigo: si este testigo faltase, el hombre no dejaría de obrar por eso; es evidente, al decir suyo, que no hay conciencia en la medula espinal, y que sus reacciones son puramente mecánicas; igualmente carecen de ella los centros sensorios, situados en la base del encéfalo: la tienen los centros corticales del cerebro, pero sin que les sea esencial, pudiendo funcionar inconscientemente.—3.º Hay otros, como Lewis, que, al revés de Maudsley, opinan que la conciencia está presente en todo acto nervioso central, no ya sólo en los centros de los hemisferios cerebrales y en los ganglios sensorios, sino hasta en los actos reflejos espinales: la medula dorsal de los animales decapitados tiene inteligencia, intención, voluntad, y una *conciencia vaga* é indeterminada. Ya Perrault, en el siglo xvii, había sostenido que el alma ve y conoce cuanto existe y sucede en el interior del cuerpo, pero que deja de sentirlo por causa del hábito, tan poderoso, á juicio suyo, que las funciones más esenciales de la vida, por ejemplo, los movimientos del corazón, son simplemente hábitos antiguos transformados en instintos, que esencialmente dependen de nuestra voluntad, pero que, históricamente, y ya desde la infancia, se han hecho independientes de ella. Dánse la mano con el vitalismo la teoría de la *cerebración inconsciente* de Carpenter y la filosofía de lo *inconsciente* de Hartmann. Según la doctrina de éste, así como existe un orden de ideas ó representaciones conscientes para los actos superiores que tienen su asiento ó su punto de partida en el cerebro, existe otro orden de ideas para todos los actos psíquicos reflejos, los cuales, inconscientes para el cerebro, deben ser conscientes para los ganglios y la medula espinal. Según la teoría de Carpenter, ha de distinguirse en el cerebro dos regiones: una, en la cual tienen lugar multitud de fenómenos intelectuales, á los cuales preside el espíritu, pero sin que tengamos absolutamente conciencia de ellos; y otra, *sensorium*, cuya función es percibir " darnos cuenta de aquellos fenómenos y aquellas ideas elaboradas inconscientemente.

La teoría de una inteligencia y de una voluntad presen-

tes sólo á los centros nerviosos inferiores, ó á una cierta región que no se determina, de los centros superiores, no puede pasar nunca de ser lo que es, una hipótesis más ó menos atrevida. Siendo indispensable, para conocer un objeto, que tal objeto se halle presente en la conciencia del sujeto, á fin de que el sujeto se lo intime, se haga conscio de él; y tratándose aquí de un objeto de conocimiento, de un estado ó de una propiedad de la actividad refleja que se supone que existe, pero en condiciones tales que le impiden hacerse presente á nosotros, el problema no puede conducirnos nunca á la solución propuesta por el fisiólogo inglés y el filósofo austriaco. Por otra parte, no parece demasiado serio suponer dentro de nosotros un mundo ignoto de fenómenos conscientes, y por tanto, libres, que nosotros no regimos, una especie de alma independiente de nuestra alma, una como personalidad con propia conciencia y propia libertad, que gobierna autárquicamente sus funciones, sin darnos participación á nosotros mismos, y como consecuencia de esto, sujeto de una moralidad y de un derecho para nosotros desconocidos. La finalidad de esos actos puede revelar una de dos cosas: 1.^a La presencia actual del espíritu en ellos: 2.^a Que el espíritu haya estado antes presente en ellos, y no lo esté en la actualidad. Una caja de música ó un organillo, un reloj, un telar automático, mientras se inventan ó construyen, puede decirse que son inteligencia, idea pura, espíritu conscio, porque sólo en el espíritu del inventan ó construyen, puede decirse que son inteligencia, la idea ha quedado encarnada en la materia, la máquina funciona, ya sin inteligencia, sin conciencia, sin intención, sin voluntad. ¿Puede suceder esto mismo, y ha sucedido con efecto, en el sistema neuro-psíquico? ¿Sería la actividad *refleja* un nombre que recibe la actividad libre, voluntaria, inteligente, conscia, después que se ha hecho automática, involuntaria é inconsciente? La fisiología contemporánea hubiese obrado cuerdamente haciéndose esta pregunta, que encierra de seguro, á mi modo de ver, el problema entero de la actividad psico-física (§§ 18, 20, 21), y acaso tam-

bién, el problema de la existencia del derecho en el reino animal (1).

El segundo grado de la actividad espiritual, primero (según todas las apariencias) de la actividad actualmente consciente, que el análisis y la observación descubren en nosotros, es la que podemos denominar, en sentido lato, actividad **instintiva**. Y con ella ponemos, con toda seguridad, un pie en el terreno de la libertad moral, y consiguientemente, del derecho y de la ética. Se manifiesta de dos modos principalmente: 1.º Como acción regular y ordinaria, pero estereotipada en el organismo del sujeto, en virtud de un hábito heredado (lo que por antonomasia denominamos "instinto") ó adquirido ("hábito individual" en sentido estricto), y determinada, por tanto, de un modo irreflexivo y casi mecánico: 2.º Como "reacción súbita contra una sensación también súbita é intensa," efecto de un accidente ó de un estímulo interior ó exterior que la provoca, sin que el agente tenga lugar para darse cuenta de ella, calcular el resultado, y dirigir el acto con plena conciencia. Se hace ademán de lanzar contra nosotros un objeto, y por un movimiento súbito, casi independiente de la voluntad, cerramos los ojos ó volvemos rápidamente la cabeza: una llama ó un ascua roza la piel en una parte cualquiera de nuestro cuerpo, y por un impulso instantáneo y casi involuntario, nos apartamos en dirección opuesta al objeto que ha producido la impresión: por un accidente cualquiera, perdemos el equilibrio, y sin pensarlo, extendemos los brazos para recobrarlo y no caer: caemos, al fin, y al punto dirigimos

(1) Sea que se considere las funciones reflejas como punto inicial de la serie en la evolución de la idea jurídica, sea que se las estime, al par de los actos instintivos, como actos jurídicos (reflexivos, conscientes, libres) que se han estereotipado en todo ó en parte en el organismo, por causa del hábito, y que se ejecutan ahora maquinalmente, sin intervención de la voluntad, ó con una voluntad y una inteligencia oscuras, ambiguas, indecisas y poco densas, como en la "percepción sorda" de Leibnitz. El estudio de las costumbres de los animales desde el punto de vista de las instituciones jurídicas, guarda no pocas sorpresas é inesperada luz á la Filosofía del Derecho.

las manos hacia delante como para preservar del golpe la cabeza. En igual línea pueden colocarse el instinto genésico, el instinto de la nutrición, y otros de igual índole. A todos estos actos preside el conocimiento, pero obscuro é indeliberado; cruza por el espíritu á modo de una fulguración velocísima: el instante de la llegada de la impresión al cerebro y el instante de la partida de la impulsión á los órganos ejecutivos, coinciden en uno. Apenas tiene tiempo el sujeto para conocer lo que hace, y sin embargo lo hace como arrastrado por fuerza superior á la de su voluntad: apenas puede detenerse á practicar la elección y adaptación de medios que el fin requiere, y sin embargo, los elige, como movido por un resorte.

No puede, pues, negarse que hay en el instinto un elemento de libertad, que el acto instintivo es á todas luces consciente, si bien con una conciencia elementalísima, fugitiva y de muy escasa densidad. La libertad no es plena, sino limitada, á veces rudimentaria. Pero por otra parte, es evidente que, sin ser tan automático como el acto reflejo, hay en él mucho de mecanismo, pues de otro modo, no se concebiría que, siendo, como es, menos consciente que el acto racional reflexivo, se encamine á su fin más directamente que éste, y se equivoque con menos frecuencia. Hay, en suma, en el hecho instintivo parte de libertad y parte de automatismo; el agente sabe y no sabe, resuelve y no resuelve lo que pone por obra. Diríase la acción obra de dos sujetos: uno, el que la determina, y otro, invisible, misterioso, que no se hace presente en ella. Por esto ha dicho muy bien Giner que “el instinto es análogo á otras muchas manifestaciones é impulsos irreflexivos, en los cuales el resultado excede al esfuerzo del sujeto.”

Prosiguiendo nuestra ascensión á través de la actividad psíquica, nos encontramos con una serie dilatadísima de grados que descubren un carácter fundamental común—la conciencia impersonal,—y que podemos designar, de acuerdo con la lógica contemporánea, bajo un común denominador, actividad de **sentido común**. Es la actividad

con que se han formado las más de las costumbres, si no todas, en la historia universal del Derecho. Según la doctrina de Carpenter, los actos de sentido común serían efecto de una acción refleja ideomotriz, respuesta instintiva dada por la acción automática del espíritu á toda pregunta que exige respuesta inmediata de este género; cuya naturaleza y cuyo valor dependerían de la condición adquirida del espíritu ó del cerebro en el momento en que se da, y cuya forma particular la determinarían, por una parte, la herencia y la constitución física del individuo, por otra parte, la influencia del medio social sobre sus facultades, y últimamente, su propio poder de dirección personal. Es innegable que el asiento de esta actividad y el teatro donde actúa, es el cerebro; pero nada induce á creer que deba conceptuarse como actividad automática: el agente se determina siempre á obrar en virtud de plan formado por él, previa proposición y debate interior acerca de la forma más adecuada que corresponde á aquella relación jurídica; y aun después que sus actos se han hecho habituales, se hallan siempre bajo la suprema inspección, más ó menos descuidada, del espíritu, salvo si han degenerado en rutina (§ 43): á diferencia de la actividad instintiva, hállese ésta dotada de discernimiento. No puede negarse que queda todavía en ella una cierta dosis de automatismo, si bien menor que en los actos instintivos; que el elemento impersonal del todo colectivo domina y se impone al elemento individual; pero, en absoluto, nunca llega á absorberlo, sería temerario desconocer que este género de actos tiene de común con los actos artísticos el ser voluntarios y reflexivos, siquiera difieran sobremanera en cuanto al grado de voluntad y de reflexión que entra en cada uno. El carácter elemental y relativo de esta actividad, hace que su modo de proceder sea insistemático, y sus obras fragmentarias y parciales. En cambio, la parte de mecanismo que interviene en ella, le da una seguridad y una firmeza que la actividad artística, libre de todo en todo, no logra tan fácilmente con un esfuerzo mucho mayor.

Suele circunscribirse el sentido común á la esfera del conocer, pero erróneamente: la actividad de sentido común abraza al Espíritu en su totalidad é integridad, y por tanto, lo mismo ha de decirse del derecho, del bello arte ó de la religión, que del conocimiento. Si es cierto que los caracteres que la lógica descubre en el sentido común, considerado en esta última relación, son los mismos que ostenta en los demás respectos, como actividad para los restantes fines de la vida. Esos caracteres se resumen en poco. El saber popular ó de sentido común es, en primer lugar, insistemático é inorgánico en la forma; su unidad es tan sólo de fondo, interna, latente y sustancial, mas no se traduce al exterior; es unidad invisible, potencial, amorfa; la constituyen innumerable enjambre de ideas, de máximas, de estilos y costumbres, pero en desorden, no sujetas á rigurosa disciplina, no eslabonadas jerárquicamente en torno de un concepto fundamental, formando un acabado organismo: es un agregado de verdades sin conexión formal, *arena sine calce, membra disjecti corporis*; nace por partes y fragmentariamente, no como un desenvolvimiento ordenado y sistemático de una idea generadora, puesta por núcleo y semilla de donde fluya por una como evolución genética toda la obra; y en esto difiere tan radicalmente de la ciencia, como si mediara entre ellos un abismo. Y faltándole la unidad formal, dicho se está que carece también de certidumbre; sus verdades no son verdades ciertas, por lo mismo que la razón no ha procedido, al investigarlas, según un orden metódico, ni ha podido fundarlas, por lo tanto, en aquel concepto primario que las contiene á todas, ni expresar el grado de relativa dependencia que dentro de él guardan las unas respecto de las otras. Nace de todo esto que el sentido común no revele la verdad en toda su plenitud, que sea más bien un sistema truncado de verdades, deficiente en los pormenores, vago y nebuloso en la expresión, exento de aquella claridad que es característica dote de la ciencia, desvirtuada su verdad esencial por contradicciones insolubles: cada regla consuetudinaria ofrece mul-

titud de variantes, cada problema diversidad de soluciones, cada necesidad aspectos intactos y nunca sospechados ni satisfechos: hay desequilibrio en el desarrollo de los miembros interiores, confusión en su ordenamiento, y falta de eslabones intermedios que patenticen su relación y enlace; tal país conserva en pie, por la fuerza de inercia que caracteriza á las creaciones del espíritu colectivo, antiguos usos y cánones que en otros países han sido ya desvirtuados y suplantados por otras costumbres posteriores; y por el contrario, se mantienen confinadas y localizadas en la reducida comarca donde nacieron, prácticas que convenía generalizar. Pero, en medio de esto, posee el sentido común excelencias del más subido precio, siendo la más capital de todas el ser fiador seguro contra las abstracciones en que tan á menudo incurre el saber teórico, y que no siempre la verdadera ciencia logra corregir con el apremio que demanda el correr incesante y precipitado de la vida. El sentido común constituye una especie de ciencia anónima, objetiva, impersonal, creada sin intención directa de la voluntad, regida por los impulsos de una necesidad interna, y como consecuencia, es su saber más homogéneo, más *uno*, y en el fondo más *verdadero* que el saber propiamente especulativo y teórico: tanto cuanto es menor la órbita en que se mueve el albedrío, son mayores y más aventajadas las dotes de infalibilidad que avaloran al saber popular. Sin la facultad de abstraer, propia de la razón reflexiva: libre de esas obsesiones de la imaginación que hacen declinar la ciencia en un perpetuo atentado contra la sana razón y contra la naturaleza,—el sentido común procede con más lentitud, pero con más firmeza; adelanta menos, pero no retrocede camino; esquivo la paradoja; se libra de quimeras y de fantasmas; no se deja embelesar por los seductores espejismos que á las veces se forja la razón subjetiva; opone á todos esos alucinamientos la prosa de la vida; toma por guía la experiencia, y aborrece por sistema las novedades; pugna por obliterar en la fantasía la facultad creadora y reducirla al modesto papel de placa fotográfica que reciba

casí pasivamente la verdad, tal como se ofrece en las vivas lecciones de la naturaleza ó en las secretas inspiraciones de la razón. Por esto son, á todo rüedo, más fiables conductores de la vida las geniales intuiciones del sano, y realista sentido común, que las especulaciones teóricas de indiscretos y poco circunspectos científicos, pagados de inventiva y originalidad (1). Idénticos rasgos caracterizan á la costumbre ó derecho popular con respecto á la ley oficial y artística, según en su día veremos.

El último grado de la actividad psico-física que el análisis descubre en nosotros, es la actividad por excelencia racional, consciente y voluntaria, que podemos denominar, en sentido lato, **artística** (2). En ella, la libertad alcanza su más alto grado de condensación. El cerebro es el órgano principal con que el alma se manifiesta en este grado supremo de la espiritualidad. Fuera ya de los carriles automáticos por donde el hábito y el instinto encaminaban el espíritu, despliega éste su poderosa iniciativa en infinitos actos de todo en todo espontáneos, obra exclusiva suya, de cuya finalidad está plenamente conscio, y cuya condicionalidad domina, ordena y dirige, libre de extraño impulso, por movimiento propio. Se distingue esta actividad de la vulgar ó de sentido común por una unión más íntima del sujeto con el objeto, al par que por una mayor independencia de aquél con respecto á éste, y como consecuencia, por una intuición más clara de su naturaleza y del organismo interno de sus miembros. Todo fin ú objeto factible (una verdad para la Ciencia, un principio jurídico para el Derecho, una utilidad natural para la Industria, etc.) se

(1) He discurrido más extensamente acerca de los caracteres del saber común en *La Poesía Popular*, cap. II, "Caracteres lógicos del saber político contenido en la poesía popular española (Rev. de España, 1877)"; y sobre la relación entre la actividad común y la artística, en *La Vida del Derecho*, § 20-35.

(2) El arte en el obrar dice relación á la Ciencia y á cada una de sus funciones (investigación y comunicación de la verdad), al Derecho y á las suyas (establecimiento ó determinación de la regla, ejecución, juicio, etc.), á la Industria (producción, distribución, cambio), á las Bellas Artes, etc.

resuelve en un cierto número de partes constitutivas, coordinadas entre sí y subordinadas á una idea primordial, la idea madre del objeto: ese conjunto de partes elementales, dadas en coordinación y subordinación, constituyen lo que se dice un *sistema*. La realización del objeto habrá de ser, por tanto, *sistemática*, la actividad deberá proceder sistemáticamente, poniendo los medios, no inconcretamente y de una vez, sino parte por parte, según lo requiera la distinta naturaleza de cada una, y por el mismo orden que guarden, unas respecto de otras en el organismo del objeto, que es decir, objetivamente, según las leyes del objeto mismo. Ahora bien: la actividad artística se diferencia de la común en que obra con sistema, y por esto sus actos son una traducción fiel, así en fondo como en forma, del objeto ideal factible: como él, es el hecho uno orgánico, sistemático: lo abraza en todos sus aspectos y relaciones; lo realiza en la plenitud de su naturaleza. Las cualidades que resplandecen en este género de actividad,—plenitud de espontaneidad, intimación doble ó regresiva del objeto en la conciencia, línea de vibración nerviosa sometida en todo su trayecto á la libre acción de la voluntad, elección racional y adaptación proporcionada de medios al fin, presencia y dominio de sí mismo, no sólo en el conjunto y en totalidad del acto, sino en cada uno de los momentos en que se subdivide,—son tan características de él, como puede juzgarse comparando el siguiente hecho con los actos instintivos anteriormente citados, y aun con los ordinarios de sentido común. Habla Plinio el Joven:

“Los demás van á sus cortijos para adquirir riquezas: por el contrario, yo voy á los míos á empobrecerme. Había vendido el producto de la vendimia de este año á unos negociantes que pujaron con exceso, en la creencia de que su mercancía alcanzaría en el mercado un precio fabuloso. Sus esperanzas han salido fallidas. Lo más expedito y breve hubiese sido otorgar á todos una remisión igual; pero semejante proceder era contrario á la equidad, y á mí no me parece menos glorioso hacer justicia en casa que en los tri-

bunales, en los asuntos leves que en aquellos en que se agitan cuantiosos intereses, en los propios que en los ajenos, porque si se pretendiese que todas las faltas son iguales, habríamos de convenir en que también son iguales todas las buenas obras. He hecho, pues, gracia á todos los compradores de una octava parte del precio, para que ninguno dejase de llevar una muestra de mi liberalidad. Pero aparte de esto, he tratado con especial consideración á aquellos que me habían adelantado grandes sumas: había recibido yo de ellos mayor remuneración, y ellos se habían causado mayor perjuicio. Sobre la octava parte remitida á todos en general he perdonado á éstos una décima parte de su deuda, en cuanto ésta excedía de diez mil sextercios... He considerado, además, que del precio, unos habían pagado más, otros menos, algunos nada; y no me ha parecido justo tratar con bondad igual, en la remisión, á aquellos que no habían sido igualmente exactos en el pago. He hecho, pues, remisión á cada uno del décimo de lo que tenía pagado. Creo haber dejado satisfecho con esto, por lo que hace al pasado, lo que cada uno podía esperar de mí según sus méritos, y les he obligado á todos, respecto á lo venidero, para que vuelvan á comprar, ó en su caso, á pagar. Esta razonable equidad me sale cara, pero vale la pena el haberla hecho. No se habla en todo el país sino de la novedad de la remisión que he discurrido y del modo como la he ejecutado: no hay uno que no la alabe. Aun los mismos á quienes no he medido con un mismo rasero, como suele decirse, sino con la debida distinción y proporcionalidad, cuanto más probos y honrados son, tanto más ágradecidos se manifiestan por haber experimentado que conmigo, no es cierto aquel dicho: "El bueno y el malo son colocados en una misma línea" (1).

18. Relatividad de las formas particulares de la actividad: ley de su continuidad.—Así definidas en tesis general las diversas formas que suelen distin-

(1) Plinio, *Epistol.* lib. VIII, 2, á Calvisio.

guirse en la actividad psico-física, observemos ya que ninguna de ellas está dotada de caracteres específicos, que son divisiones artificiales de un todo sustancialmente homogéneo y dado en continuidad. La psicología antigua las inventariaba en concepto de especies naturales, ó sea, como actividades fijas, estables, heterogéneas, sustantivas, extrañas unas á otras, incomunicables é indiscernibles, separadas por un abismo infranqueable ó por un salto; y es digno de llamar la atención que, cuando ya los fisiólogos y naturalistas han quebrado el molde de la especie orgánica (botánica y zoológica), tal como la concibieron Linneo y Cuvier, lo conserven íntegro en la Psico-física, como si pudiera regir en el reino del espíritu una ley de discontinuidad que la razón y la experiencia han desterrado de la filosofía natural. *Spiritus non facit saltus*. No existen hiatos ni vacíos entre actividad y actividad; desde la acción refleja más oscura, que emerge del seno de lo físico, hasta la profética visión del genio, que mide los espacios y descubre los secretos resortes de la vida universal, se extienden y obran numerosas actividades, continuación las unas de las otras, grados de escala, ó más bien series ó secciones, que abrazan, dentro de esa escala, infinidad de grados: muévense en una progresión constante y uniforme, entre una máxima y una mínima, y se enlazan entre sí como los eslabones de una cadena, siendo el grado inferior de la una prolongación del grado superior de la otra, y viceversa. Ya la Psicología tradicional podía haber advertido, si no la continuidad, al menos la comunicación entre unas y otras actividades por medio de transiciones: aun estimando esas actividades particulares como tipos fijos é inmutables, pudo haber observado que entre ellas había puentes, transiciones, especies ambiguas é indecisas, que ellos hubieran denominado *imperfectas*, ó á lo sumo, *híbridas*; avanzando un paso más, habrían notado que el tránsito se efectúa por tenues y delicadas gradaciones, partícipes, en diversa proporción, de la naturaleza de las dos actividades contrapuestas; y ya no les hubiese quedado por andar sino un paso más para reconocer que ni

hay actividades específicas ni actividades híbridas, sino grados progresivos de actividad, cada uno de los cuales representa una transición entre los dos grados adyacentes: habrían descubierto, antes que los naturalistas, la *ley de la continuidad*, que, ciertamente, era más visible en el Espíritu que en la Naturaleza. Se habría evitado además, con esto, la asombrosa variedad de opiniones que trae divididos á los científicos acerca de la naturaleza y límites de esas actividades y de sus productos respectivos. Los actos reflejos, por ejemplo, los refieren unos á los puramente físicos ú orgánicos; otros los confunden con los instintivos; hay quien hace descender éstos á categoría de reflejos, llegándose hasta á atribuir instintos á los vegetales: no es raro que se involucre el sentido común con el instinto; no falta quien lo considere como actividad reflejo-cerebral: mientras que otros, por el extremo opuesto, clasifican como ciencia obras de publicistas que apenas se levantan sobre el nivel ordinario del sentido común: los actos habituales, ora se les considera como voluntarios en absoluto, ora como automáticos de todo en todo en tal extremo, que hay fisiólogo que los tiene por reflejos y les da por asiento los ganglios situados en la base del cerebro: no son menores las divergencias cuando se trata de particularizar la actividad, distinguiendo entre el pensamiento y el sentimiento, por ejemplo, ó entre lo épico, lo lírico y lo dramático: no llegan á ponerse de acuerdo los críticos sobre si tal composición ha de definirse como tratado científico ó como poema épico; tal regla de derecho, como legal ó como consuetudinaria; tal conjunto de leyes ó de costumbres, como compilación ó como código; tal producción literaria, como poesía docta y erudita ó como hija de la fantasía colectiva; entre el refrán y el cantar, entre el cantar y el romance, entre el romance y el poema, entre el poema y la epopeya, hay transiciones, géneros que diríamos mixtos ó intermedios, si admitiésemos como géneros naturales esas divisiones puramente subjetivas: las hay también entre el hecho jurídico, la sentencia, la costumbre, la ley, el edicto

pretorio y el código (1); y por este mismo tenor, en los demás órdenes de la vida.—Reproducción exacta, según se ve, de lo que ha sucedido y sucede en Historia Natural, cuando se parte del supuesto de las especies orgánicas invariables y discontinuas, creadas de una vez: tal género, unos lo clasifican en una familia y otros en otra, por ostentar caracteres comunes á las dos; tal especie se confunde con tal otra, y se titubea en adscribir á una ó á otra los individuos conocidos ó que se van descubriendo; se disputa sobre los límites de infinidad de géneros; con diversos ejemplares de un mismo animal ó de una misma planta, forma un naturalista una sola especie, incluyéndolas todas bajo un común denominador, mientras que otro, más nimio y escrupuloso en registrar detalles, las distribuye en dos, tres ó más especies, con nombres diferentes.

He aquí por qué tropiezan con tantas dificultades psicólogos y fisiólogos, cuando tratan de precisar los rasgos diferenciales de la actividad *refleja espinal*: la densa obscuridad que reina todavía en lo tocante á la unión de la naturaleza y el espíritu en la humanidad, proyecta impenetrable sombra sobre estos otros problemas particulares, que en aquel otro general tienen su raíz y su fundamento. ¿Dónde concluye el cuerpo y principia el espíritu? ¿Dónde ha de trazarse la línea ecuatorial que divide esos dos hemisferios, la frontera que deslinda esos dos reinos? Tanto valdría querer fijar el instante que separa el día de la noche, la hora en que se pasa de una edad á otra edad, ó el fitozoo que divide el reino vegetal del animal. En esos limbos misteriosos y oscurísimos, donde entran en conjunción lo psíquico y lo físico, hay infinidad de graduaciones tenuísimas que escapan á la observación más aguda y paciente, transiciones insensibles, actividades híbridas psico-físicas, en que ora aventaja lo es-

(1) En otro lugar he señalado la transición graduada en la génesis de la poesía y del derecho (*La poesía popular española*, cap. III), y entre la ciencia y la poesía (*Ibid.*, cap. I), así como el hibridismo en las lenguas por efecto del contacto (*Los dialectos de transición*, apud *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, 1878 y 1879).

piritual á lo natural, ora predomina éste en uno ú otro grado, ora se mantienen en ordenado equilibrio: entonces, un mismo acto será calificado por unos de automático, por otros de intelectual, por otros de intelectual y automático juntamente. No se pondrá punto final á las disputas, mientras no se reconozca que entre el cuerpo y el espíritu no hay saltos ni intervalos, ni siquiera infinitesimales, y que si no han podido trazarse hasta el presente linderos fijos, como de cualidad, entre la actividad del uno y la del otro, es porque tales linderos no existen en la naturaleza de las cosas. Algo es haber reconocido en la ciencia una esfera de *subconsciente* ó *preconsciente*; pero no es bastante todavía, como no lo ha sido reconocer *grosso modo* el bastardeamiento de las lenguas en contacto, para explicar el vasto conjunto de fenómenos que determinan la vida de relación de las lenguas y sus consiguientes metamorfosis.

Por motivos idénticos ha resistido hasta el presente, y sigue resistiéndose aún á toda tentativa de solución, el oscuro problema del *instinto*. ¿Cuáles son sus caracteres sustanciales? Que se enlaza directamente con la actividad refleja, como un eslabón se enlaza con su inmediato en una cadena, es evidente, y las mismas fluctuaciones y el mismo desacuerdo de los científicos lo ponen indirectamente de manifiesto. Pero que no es una misma cosa con ella, lo demuestran estos dos hechos: 1.º la actividad instintiva, aun en aquellos movimientos más vecinos á los reflejos, no es innata, sino que supone experiencia del resultado de las excitaciones que provocan el hecho; ni es del todo mecánica, pues algunas veces equivoca la relación de los medios al fin: 2.º, el hombre puede vencerla y señorearla por medio de la reflexión, reduciendo los actos provocados por ella á categoría de actos plenamente voluntarios. Ya hemos visto que se juntan en el instinto dos factores antagónicos, la libertad y el automatismo. Así como los actos reflejos parecen resultado de una actividad híbrida psico-física, la actividad instintiva aparenta ser un término medio entre la deliberada y la refleja. Ostenta todos los caracteres propios de una ac-

tividad mestiza que participa de la naturaleza de las dos, y con las dos se da la mano. No ha de creerse que exista un tipo específico de actividad instintiva: existen matices y variedades infinitas de actividad, en las cuales entra el instinto, ó mejor dicho, el automatismo, en proporción mayor ó menor: por esto se han observado en los animales actos instintivos que confinan con la reflexión, v. gr., el canto del ruiseñor, cuyas modulaciones aprende por imitación, ó la caza de ratones que la gata enseña á sus hijos; y otros que caen de lleno bajo la jurisdicción de la actividad refleja, por ejemplo, la construcción de galerías en la madera por el abejorro, ó el enterramiento de cadáveres por el necróforo, para depositar en ellos huevecillos, actos que no han podido aprender de sus padres porque no llegaron á conocerlos. Yerra, en mi opinión, Lemoine, cuando tratando de determinar la posición relativa del instinto, dice que hay que buscarlo en fenómenos superiores á la física ó á la química más experta, y aun á los de la vida orgánica, pero inferiores á los actos voluntarios, á los pensamientos, hasta á las pasiones, en aquella especie de individualidad que media entre la perfecta semejanza de los átomos indiscernibles y la personalidad perfecta de los seres libres, en los fenómenos de la vida, que están por encima de la gravitación del átomo ó del planeta y por bajo de la voluntad libre y racional.

En igual caso que el instinto se encuentran las actividades que denominamos *vulgar ó de sentido común* y *artística*: también en ellas se contienen numerosas variedades fundadas en la mayor ó menor intensidad de la reflexión, las cuales, más que como diferenciaciones específicas deben considerarse como grados cuantitativos de una misma cualidad. El grado inferior de la actividad vulgar ó común, es una continuación del grado superior de la instintiva, y una como sublimación suya: por el extremo opuesto, se encadena con la artística, siendo como un vestíbulo para ingresar en ella. Desde allí, se va elevando por transiciones insensibles, hasta tocar las más altas cimas de la racionalidad, llevada en alas del genio, llámese santo, filósofo, legislador, héroe ó poeta, encárne-

se en un Platón, en un San Pablo, en un Hernán Cortés, en un Pedro de Rusia, en un Galileo ó en un Shakspeare. En el punto mismo donde acaba la una, principia la otra. En la esfera del derecho, por ejemplo, ó más concretamente, en la función productora de la regla jurídica, se hallan representadas entrambas formas de actividad, la común ó vulgar por la "costumbre," la artística por la "ley," y más todavía por el "código." No es menester añadir, pues se desprende del sentido de todo lo expuesto, que tanto en la una como en la otra hay grados ó subvariedades; que mientras unas costumbres (siguiendo el mismo ejemplo) se engendran casi irreflexivamente, imitando el obrar semi-automático del instinto, otras son producidas en virtud de actos reflexivos, en los cuales es fácil descubrir algunos de los caracteres que son propios del arte. Compárese, v. gr., el modo como nacieron las costumbres del derecho gentilicio primitivo, con el modo como se han engendrado en nuestro tiempo las costumbres de la asociación cooperativa. De igual modo, hay leyes y códigos elaborados por una actividad artística lindante con la común, y los hay en que el arte ostenta sus excelencias y virtudes en un grado tal de condensación, que casi realizan las condiciones del ideal. Compárese el Código de las XII Tablas con la Instituta de Justiniano, ó el Fuero Real castellano con el moderno Código de Portugal. Otro tanto ha de decirse respecto de las demás funciones de la vida humana, de la Ciencia, de la Economía, de la Religión, de la Moralidad, del Bello Arte.

Quede, pues, sentada la unidad sustancial de la actividad psico-física, y la continuidad en serie de todos los estados, grados ó formas en que se nos manifiesta obrando en la vida. La Psico-física contemporánea más avanzada va derechamente á afirmar este principio de homogeneidad, sea que se limite á reconocer, con Darwin, Spencer y Bain, que las funciones cerebrales son de la misma naturaleza que los actos reflejos, no diferenciándose de ellos sino por una mayor complejidad, sea que reduzca á categoría de automáticos y reflejos los actos instintivos y habituales, determinados en el cerebro, como Laycok, Carpenter y Onimus, ó además de esos,

las acciones voluntarias motrices, como Luys, que las considera como transformación de los fenómenos de sensación y de percepción centrípeta ó exterior. Dejando á un lado la parte de exageración, tributo de escuela, que sugiere á muchos de ellos la negación de aquel factor personal que apellidamos espíritu, levantemos acta de esa tendencia universal á la unidad de los diversos géneros de actividad psíquica, que la ciencia tradicional no acertaba á definir, y sigamos nuestro camino. Hemos visto ya que las actividades psíquicas que llevo descritas no constituyen otras tantas unidades específicas, independientes unas de otras, sino miembros de un mismo todo, grados relativos de una misma y sola actividad, no diferenciados por ninguna característica definida que pueda señalarse á modo de línea ecuatorial. Avanzando un paso más notemos que esas formas de la actividad ó actividades particulares no se hallan separadas por ninguna divisoria fija é inmutable, al modo de las fronteras naturales de la Geografía, sino por un límite móvil: lo artístico puede transformarse en vulgar ó de sentido común, lo vulgar en habitual ó instintivo, lo instintivo en vulgar, lo vulgar en artístico. Las dos potencias que causan la transformación, impulsando el límite móvil hacia el uno ó hacia el otro extremo, son la *reflexión* y el *hábito*.

Para poder definir estos dos poderes, nos es forzoso conocer antes el modo como obra la actividad psico-física. Analicemos este proceso en su forma más compleja.

19. La sensación y la percepción.—La causa ocasional de la percepción es la *excitación*. Los estímulos son de dos modos, correspondientes á los dos géneros de fines que el análisis descubre en los seres libres: físicos y psíquicos. Los estímulos físicos obran:—1.º En forma de excitación exterior, mediante uno cualquiera de los procesos y energías de la Naturaleza, calor, luz, electricidad, magnetismo, presión, contacto, reacciones químicas, movimiento, humedad, etc., y son recibidos por el cuerpo, según queda dicho, ya mediante órganos especiales (los ojos para la luz, el oído para el soni-

do, etc.), ya directamente por la piel que envuelve todo el cuerpo (temperatura, presión, gravedad, etc.):—2.º En forma de excitación interior, recibida por el sentido general corpóreo, ó por órganos especiales (hambre, sed, fatiga ó cansancio, desasosiego, bienestar, dolor producido por una enfermedad, etc.). Los estímulos *psíquicos* son más interiores que exteriores, porque el espíritu lleva en sí mismo su razón de obrar, vive de su propia sustancia, es causa motriz, se determina con libre espontaneidad, plena ó menos plena; y toman la forma de fomentación interior, de curiosidad, de aspiración, de afecto, etc.

Lo primero que debemos notar en el estudio de la sensación y de la percepción es que nosotros no percibimos nunca directamente los objetos, sino solamente su imagen, en un como panorama interior, resultado del conjunto de sensaciones que producen ó despiertan en nosotros, y que son efecto, á su vez, de las vibraciones nerviosas que esos mismos objetos, asociados á las energías naturales, determinan en nuestro aparato neuro-psíquico. Las ondas luminosas, calóricas, sonoras, ó de otro género, que parten de los objetos y caen sobre el órgano correlativo de nuestro cuerpo (ojos, piel, oído, etc.), no son reflejadas, sino que el órgano las absorbe, el nervio las propaga sin alterarlas, antes bien dejándose modificar por ellas, recíbelas el cerebro, ó más concretamente, las células de su capa cortical, y el alma educa de ellas una noción. Las impresiones de la luz, color, olor, gusto, frialdad, calor, etc., obran sobre nuestro sistema nervioso provocando dos reacciones: 1.ª Una de índole físico-orgánica, que se traduce en movimiento, en calor, en combustión, en electricidad ó modificaciones electrotónicas, en descomposiciones químicas, y por decirlo de una vez, en fuerza viva, que es, según todas las probabilidades, el equivalente mecánico de la presión, ó del choque, ó de las ondulaciones del éter, del aire ó del sólido, ó de la contracción muscular, ó de la acumulación de humores, que causaron la excitación: 2.ª Otra de índole espiritual, que se traduce en sensación y en percepción sensible. La primera reacción es condición *sine qua non* de la segun-

da, pero se efectúa independientemente del alma: la acción del mundo exterior encuentra aquella correspondencia, sus excitaciones se transforman en vibraciones nerviosas, en movimiento interior, aunque el alma esté inatenta á ellas; mas para que se produzca el otro género de reacción, para que los materiales importados del exterior y conglobados en la impresión se metamorfoseen en un producto espiritual, en una percepción, es indispensable la presencia del espíritu en mayor ó menor grado, esto es, con un grado mayor ó menor de atención. Cómo se obra esa segunda parte del fenómeno, cómo adquiere el sujeto una idea ó representación del objeto, no es problema que se preste fácilmente al análisis.

Lo primero que el alma tiene que hacer es interpretar la sensación, y para esto se vale de dos géneros de datos: unos ideales, conceptos primarios, elementalísimos, inherentes al espíritu y propiedades esenciales suyas, especie de premisas innatas, que constituyen el alfabeto vivo de la realidad (ideas de unidad, causalidad, finalidad, posibilidad, esencia, ser, actividad, tiempo, todo, parte, etc.): otros experimentales, adquiridos por experiencia de sensaciones pasadas. Sirviéndose como criterio de los primeros, ó además de ellos de los segundos, discierne el alma los elementos de la sensación presente, y traduce esos datos sensibles en datos psico-físicos, de naturaleza intermedia. Hé aquí cómo. Existe en nosotros una zona neutral, donde se ponen en conjunción activa las dos esencias totales que constituyen nuestro ser: llamémosla fantasía ó imaginación, verdadero mediador plástico que hace visibles para el espíritu las formas de la Naturaleza, y sensibles para el cuerpo las ideas del Espíritu. Para este efecto, posee formas de naturaleza intermedia, un tiempo, una extensión y un movimiento propios, que se corresponden con los del mundo exterior; y le auxilian, por una parte, la memoria, y por otra, la facultad que se supone propia de las células nerviosas cerebrales, de hacer latentes las impresiones recibidas, una vez deducido de ellas el dato espiritual, y de vivificarlas otra vez, cuando el alma espontáneamente quiere despertarlas de su letargo, ó cuando objetivamente las despierta una impresión

nueva, unida con aquélla por uno ú otro modo de asociación. Ahora bien; la fantasía recoge la impresión compuesta que produce el objeto, ó la serie de impresiones parciales procedentes de cada una de las partes del objeto, y recibidas por uno ó por varios órganos del sentido; ordena los datos que cada una envuelve, interpretados ya y traducidos por el entendimiento, en la misma disposición que esas partes guardan en el objeto; los reviste de aquellas formas de índole psicofísica que hemos dicho,—y con esto queda dibujado en ella más ó menos claramente el objeto, suceso ó energía natural, así como la modificación que ha determinado en nuestro cuerpo, ó el estado corporal de que es nuncio y avisador el estímulo. En esa imagen ó representación interior es donde el espíritu, en virtud de lo que Helmholtz denomina juicio inconsciente, refiere la sensación á una causa objetiva distinta de él mismo, y se hace conscio de los factores que en ella integran, de su estructura, dirección, color, distancia, magnitud ó fuerza, relaciones, etc.: la sensación se ha hecho percepción. Seguidamente, se despliega (aunque no siempre) en su doble carácter de intelectual y afectiva: es decir, que el objeto, ó la necesidad correspondiente, se da á conocer primeramente al sujeto; al punto se despierta en él un interés más ó menos vivo, una tendencia, hacia él, ó por el contrario, una repulsión instintiva, según sea conforme ú opuesto á su naturaleza racional y corpórea, según le aproxime ó le aleje del equilibrio natural á que todo tiende en el universo, ó de otro modo, según le cause placer ó dolor; y por último, y como consecuencia de aquel conocimiento y de esta atracción ó repugnancia, se resuelve á imprimir una cierta dirección á su actividad para producir un efecto correspondiente á la impresión, conseguir el fin que en la excitación se ha hecho patente, ó evitar que se reproduzca ó que continúe su acción sobre él, trazando al efecto un plan de acción en la fantasía, que le permite ver acabado el hecho antes ya de principiar á traducirlo en el mundo exterior sensible. De conformidad con este plan, transmite el espíritu las órdenes oportunas, por los nervios centrífugos ó motores, á

los músculos, que han de ejecutar la parte material del hecho, directamente, ó con el concurso inmediato del sistema óseo y de los instrumentos debidos á su industria.

Así se cierra el ciclo psico-físico, compuesto de dos movimientos, en dirección centrípeta el primero, y centrífuga el segundo. ¿Existe otro ciclo inverso de éste? O de otro modo: ¿puede partir del espíritu la iniciativa de un hecho cualquiera, sin que estímulo alguno exterior lo provoque? Al apuntar los géneros de estímulos, he anticipado la afirmativa: el monismo fisiológico contemporáneo lo niega. Según él, la sensación, producida de un modo enteramente mecánico, sin intervención de ninguna actividad libre, es la tesis fecunda de donde dimanar, por evolución ó por diferenciación, el conocimiento, el sentimiento, la voluntad, y en una palabra, todos los fenómenos que denominamos psíquicos. Pero la experiencia en que el monismo pretende apoyar sus teorías preconcebidas, lejos de comprobarlas, las desautoriza. Basta considerar:—1.º Que la sensación no es una consecuencia necesaria y fatal de la excitación, toda vez que si el sujeto se halla distraído, si no atiende á la impresión, le pasa ésta desapercibida, y la sensación no se produce, ni por tanto la percepción; sin contar aún con que multitud de sensaciones pasan inadvertidas en la vida común, hasta que una casualidad ó la inducción científica las descubre á un observador adornado de dotes especiales, como ha sucedido, por ejemplo, con la descomposición del sonido en sus partes simples constitutivas, las imágenes accidentales de los objetos, los fenómenos de la mancha ciega ó *punctum cæcum*, etc.:—2.º Que para que la sensación se corresponda exactamente con la excitación, ha de efectuar el sujeto una interpretación libre de los datos aportados por ella, distinguiendo la parte debida á la causa excitante y la debida á sí propio; que en esta interpretación puede equivocarse el valor y significado de esos datos, ó sea, su relación de esencia ó de semejanza con los datos ideales; y que para evitar todo error ó rectificar la sensación, ha menester repetir la excitación, á fin de aclarar su contenido, ó completarla con otra ú otras recibidas por

órganos distintos: tal acontece, por ejemplo, con la apariencia de quebrado con que se presenta á nuestra vista un objeto parcialmente sumergido en el agua, con las impresiones vivísimas que ciertas personas sienten y localizan en la extremidad de miembros que les han sido amputados, con la ilusión del que va en un tren y le parece que postes y plantas y peñascos y el suelo todo desfila en precipitada fuga por delante de él, y á este tenor con todas las llamadas "ilusiones de los sentidos":—3.º Que, por esto, una misma excitación puede provocar sensaciones diferentes, ó una misma sensación distintas percepciones, en diversos individuos, y aun en un mismo individuo cuando se afecta de ella en dos tiempos consecutivos; así, una luz nos parece más ó menos intensa, según el grado de iluminación del medio en que nos hallábamos antes, ó según el grado de irritación, de debilidad ó de salud del órgano de la vista:—4.º Que, por el contrario, excitaciones diferentes pueden dar por resultado sensaciones iguales, en varios individuos simultáneamente, en un mismo individuo consecutivamente, según el estado de ánimo, de salud, ó enfermedad corporal, etc.:—5.º Cuando el fenómeno se repite, si la excitación conserva su misma intensidad, la sensación mengua; si la excitación crece, el aumento de la sensación no es proporcional al de la excitación.

—Conclusión: no es la sensación un fenómeno puramente físico ú orgánico: no es el cuerpo quien la determina, quien la percibe y quien la contesta en el movimiento: interviene en ella un factor personal, que no es el objeto excitante, ni el aparato nervioso, ni una resultante de ellos ó de su acción. Entre los hechos orgánicos ó corporales y los hechos de conciencia, existe relación íntima, pero no identidad. Al hecho de la sensación concurren dos elementos, dos actividades: una física, necesaria: otra espiritual, libre; no encadenadas de un modo fatal, sino discontinuas, á punto de poder la una contrariar y aun anular la acción de la otra. Ese factor personal es una sustancia regida por leyes propias, diametralmente opuestas á todo lo que sea puro mecanismo: tiene facultad de elegir, y por tanto, espontaneidad. Existe, por

consiguiente, todo un mundo de fenómenos independientes del cuerpo, y cuya iniciativa y determinación compete de pleno derecho al espíritu; sin que obste á esto el que esa acción original del espíritu haya de encarnar en las actividades corporales ó engranar con ellas.

Las células nerviosas poseen una propiedad paralela y correspondiente á la espontaneidad del espíritu: la de poder obrar en concepto de centros "de reacción independiente", como dice Maudsley, sin excitación inmediata del exterior ni del cuerpo: 1.º, por efecto de una idea ó de un recuerdo que súbitamente aparece y cruza por nuestro espíritu, y determina un movimiento reflejo ó casi reflejo, ó el funcionamiento activo de ganglios, glándulas y músculos; por ejemplo, la idea de un manjar provoca una secreción salival y contracciones del estómago, ó como suele decirse, llena la boca de agua; la idea, aun imaginaria, de un peligro que ha podido correr una persona querida, inunda de lágrimas los ojos; la idea de una injuria enrojece el rostro, frunce las cejas, crispera los puños; la idea ó el recuerdo de una hermosura provoca un acceso de pasión amorosa; el recuerdo de un bien perdido nos arranca un suspiro involuntario, etc.:— 2.º, por efecto de un movimiento libre del espíritu ó de un acuerdo deliberado, como cuando se determina uno á hacer un viaje y se pone en camino, ó á fundar una asociación de beneficencia y redacta sus bases, ó cuando el filósofo, el poeta ó el político dan vida interiormente, por impulso directo y espontáneo del espíritu, á sus gigantescas concepciones. También aquí interviene como factor principal la fantasía. El espíritu se hace íntimo de sus propios estados y mudanzas, y de las necesidades que llevan envueltas, así como de las ideas que trata de hacer efectivas en el mundo exterior, representándose las corporalizadas en forma de lenguaje, de sonidos, de líneas y planos, de constituciones, de caracteres y personajes, etc. Y en esa misma fantasía va recibiendo en viva representación los actos externos con que va dando realidad al plan de acción concebido interiormente, haciendo más concreta, más definida, más individual. la

anterior imagen, y acaso imprimiendo impulso diferente (en fuerza ó en dirección) á la actividad.

Así se cierra el ciclo psico-físico iniciado en la dirección centrífuga. Que en él se cumplen las mismas reacciones nerviosas que en el precedente, lo acredita, entre otros hechos de experiencia diaria, el de que, á las veces, por efecto de un trabajo de meditación profunda ó de deliberación interior, llega ésta á revestir caracteres de enconada lucha de motivos, á punto de perder el sujeto el dominio de sí mismo y convertirse en teatro de espantosa tragedia, cuyo desenlace es á menudo una catástrofe, el suicidio ó el asesinato (§ 25).

20. El hábito individual.—He resumido en breves términos el proceso psico-físico en sus dos formas centrípeta-centrífuga (desde la periferia del cuerpo hasta el cerebro, —sensación,—y desde el cerebro hasta la periferia,—movimiento) y centrífugo-centrípeta (iguales carreras en orden inverso). Esa doble conmoción del aparato neuro-psíquico rompe el equilibrio estable de la sustancia nerviosa, despierta su fuerza latente haciéndola efectiva, causa en ella, por acciones físico-químicas no bien conocidas, una alteración molecular tanto más profunda, cuanto más vivas han sido la impresión y el impulso, y se determina, como consecuencia de esto, en las capas corticales del cerebro, en la medula espinal y en los nervios transmisores una disposición especial de las células y fibras nerviosas lo que podríamos denominar una *línea de vibración y de reacción*, correspondiente á la acción y á la vibración del medio ambiente que ha provocado la impresión, y á la del hecho material con que la ha contestado el alma. Si la impresión cesa y el hecho se extingue, la sustancia nerviosa se recompone, se reintegra, como diría Herzen; se restituye á su anterior estado, recobra el equilibrio perdido, y la línea de vibración se borra. Pero si, por el contrario, la impresión y el hecho se repiten una y otra vez, la sustancia nerviosa se acomoda con la nueva disposición molecular, se adapta al estado de desequilibrio resultante, y la línea de vibración se fija, causa estado.

Desde este momento existe una predisposición y una facilidad extraordinaria para aquel orden de fenómenos: la más leve impresión de ese género llega al cerebro sin tener que vencer apenas resistencia (1): la sustancia nerviosa vibra como antes, pero con una excitación menor: el alma recibe el eco de la impresión en el cerebro, y mediante el cerebro y la medula dorsal y los nervios, comunica el impulso á los músculos, casi inconscientemente: hasta los músculos han adquirido mayor aptitud para el género de contracción que corresponde al hecho repetido; y por consecuencia de todo esto, el acto se ejecuta como por sí mismo, casi mecánicamente. El primer hecho dió ley á los subsiguientes, y el alma no necesita ya deliberar acerca del fin ó de la necesidad manifestada en la excitación ni de los medios más apropiados para satisfacerla: la primera vibración abrió surco y camino á las posteriores á través del aparato nervioso, y no necesita ya éste gastar fuerza ni tiempo en desequilibrarse y reintegrarse como al principio. El alma ha aprendido el hecho y lo dirige ya casi sin atender á él: el hecho se ha *estereotipado* materialmente en el organismo, se ha hecho habitual, y por decirlo de una vez, usando la frase consagrada por la tradición y la sabiduría de los pueblos, se ha hecho segunda naturaleza (§ 42).

He dicho que la "línea de vibración y de reacción" abraza todo el circuito psico-físico, así los nervios como los centros:

(1) Puede llegar á no oponerle la sustancia nerviosa ninguna resistencia, por tratarse de una impresión de tracto continuo; y entonces, la impresión no encuentra resonancia en el espíritu, no se detiene en el cerebro ni causa sensación hasta tanto que la impresión cesa: el molinero llega á no percibir el ruido estridente que mueve la máquina cuando funciona, y se despierta, si dormía, cuando la máquina se para, y el ruido cesa: los que habitan junto á una cascada, de tal modo pierden la conciencia de la sensación que les causaba al principio el estrépito de la caída de las aguas, que llegan á sospechar si el agua ha cesado de caer, hasta que les persuade de lo contrario el sentido de la vista.

Quando se producen simultáneamente dos impresiones de un mismo género, pero desiguales en fuerza, la línea de vibración de la menor se incorpora y absorbe en la de la mayor, y la impresión correspondiente no se produce: v. gr., la luz del sol anulando la de un reverbero y la de las estrellas: el sonido de las campanas á vuelo ahogando la voz del campanero, etc.

ahora debo añadir que, cuando se hace desaparecer el centro cerebral correspondiente á un género determinado de actos habituales, la experiencia adquirida que se había acumulado en él, se pierde, y las impresiones recibidas no se traducen ya en sensación ni determinan un acto; pero como la línea de vibración no se ha borrado con eso del nervio aferente ni de la medula, recórrela la impresión, derrámase por el cerebro, se localiza al cabo de algún tiempo en un punto de su periferia, y es como si hubiera hallado un nuevo órgano en lugar del que se extirpó: entonces el hábito reaparece gradualmente: Lewis cita el caso de un perro en quien se practicó el lavado del cerebro para despojarlo de su capa cortical: uno de los hábitos individuales ó adquiridos que el animal perdió á consecuencia de la operación, lo fué recordando al cabo de pocos días. Á este mismo orden de fenómenos ha de referirse el hecho de la regeneración de ciertas funciones sensitivas que cesaron por efecto de la extirpación de los centros corticales respectivos (1); si, por ejemplo, se destruye el pliegue curvo ó *gyrus angularis* de uno de los dos hemisferios, queda ciego el ojo del lado opuesto, pero á las veinticuatro horas principia á recobrar la vista. Sin duda. la propagación de las vibraciones del nervio aferente ó centripeto al cerebro, abre en éste un nuevo camino á las impresiones de aquel género, y persistiendo, determina en él un punto de localización más apto que los demás para hacer funciones de centro reflector.

De este modo, mediante esas "líneas de vibración", des-

(1) Reparación que no se explica clara y satisfactoriamente por la llamada "ley de la sustitución", tan rudamente combatida por David Ferrier, en virtud de la cual, una función pasaría de un órgano á otro; ni menos por una supuesta acción compensadora entre los centros homólogos de uno y otro hemisferio, ó por una acumulación de funciones en los centros que quedan, hipótesis que Ferrier patrocina, pero que los hechos desmienten; ni, como opina Lewis, porque la función haya sido meramente perturbada y suspendida por efecto de la abolición del centro cortical, y que desaparecida la pasajera perturbación, la función reanude sus interrumpidas manifestaciones, lo cual envolvería la negación de las localizaciones cerebrales, ó la ausencia de órganos ó centros especiales en el cerebro.

ciende á ser en buena parte automático lo que en un principio fuera consciente y reflexivo: los movimientos voluntarios se han convertido en un automatismo secundario, según el tecnicismo de Carpenter. Así, cuando periódicamente nos dirigimos á un lugar por un mismo camino, llega un día en que nos encontramos en el sitio acostumbrado tan sorprendidos como si hubiésemos sido llevados á él durante un síncope, sin darnos cuenta de que hayamos formado resolución de ir, ni de que hayamos recorrido los lugares que de aquél nos separaban, y tal vez habiendo formado intención de ir á otra parte. El sabio que encarna en los hechos de la vida común, practicándolos, los principios á cuyo conocimiento há llegado por reflexión científica, los ejecuta sin razonarlos ya, sin darse cuenta del fundamento de su bondad y de su necesidad, y acaso ni siquiera de que los ejecuta: así se hace la ciencia sentido común; así la ley se hace costumbre y segunda naturaleza. El músico que ejecuta una pieza aprendida por él después de una labor paciente y reflexiva, lo hace poco menos que automáticamente, como si estuvieran grabadas en sus dedos las frases musicales, y los dedos fuesen movidos por un delicado artificio de ruedas dentadas. Otro tanto puede decirse del telegrafista en el uso del manipulador, del escribiente que escribe al dictado, etc. El artesano, la hilandera, el tejedor, el sastre, el carpintero, etc., una vez terminado el aprendizaje de su oficio, lo ejercen también casi mecánicamente como si las reglas técnicas se hubiesen hecho ley física en sus brazos y dedos. Así, el músico y el artesano, mientras ejecutan su obra, pueden estar hablando sobre asunto extraño á ella, ó pensando en algo que embarga su mente: el sabio puede estar meditando nuevos principios mientras practica los primeramente investigados y descubiertos. Parece como si el alma se ausentara del hecho, por ser innecesaria en él su intervención; pero, aunque pasivamente, y como espectadora más ó menos distraída no deja de asistir nunca, para constituirse de nuevo momentáneamente en directora activa, cuando la acción se ha desviado de su recto camino, cuando el sujeto, pianista, lector ó artesano, se han

equivocado. Así también, el hombre ó el animal adultos caminan sin experimentar la sensación del equilibrio; pero si por cualquier accidente ó por distracción llegan á perderlo, recobran instantáneamente la conciencia de esa sensación, y ejecutan los movimientos necesarios para evitar la caída ó levantarse.

21. El hábito específico: instinto.—Cuando domina un solo género de actos, ocupando, en forma de tracto continuo y uniforme, toda la vida, la línea de vibración correspondiente se hace más y más connatural: transmitida por herencia, las primeras generaciones manifiestan una propensión innata y una aptitud especial para imitar ó reproducir aquellos mismos actos, y acaso una ineptitud ó incapacidad relativa para los demás: agregándose á la predisposición ingénita la acción y experiencia individual, la huella que dejan en el aparato nervioso se hace más y más profunda, hasta que, por último, la estampación es definitiva, y lo que al principio fuera acto consciente y después hábito individual, se trueca en hábito específico; lo que fué una segunda naturaleza, en naturaleza primera y coesencial. Y de igual modo que lo voluntario desciende á ser instintivo, lo instintivo, á su vez, degenera en reflejo, haciéndose más y más automático; que es lo que explica, en sentir de Delboeuf, la admirable finalidad de los movimientos reflejos. Así se han estereotipado ciertos actos ó ciertas artes en determinadas especies, y se han hecho característicos y privativos de ellas; las celdillas hexagonales de la abeja, las telas radiadas de la araña, los diques del castor, el capullo del bombyx, el nido de la oropéndola, el canto del ruiseñor, la emigración de la golondrina, el arte de nadar del pato, la esclavización de sus semejantes y la práctica regular de la guerra por la hormiga, las colonias de pólipos hidrarios, la asociación espontánea del cucullito indicador con el hombre para la recolección de miel silvestre, etcétera. Actos instintivos, casi totalmente automáticos, incrustados, por decirlo así, en los dominios de la actividad refleja, pero en los cuales, no obstante, se manifiesta la pre-

sencia del espíritu no bien varían las condiciones del medio, y tiene que efectuar el individuo una adaptación especial de sus facultades innatas. De esta suerte ha podido acumularse y fijarse por selección y por herencia la experiencia adquirida por muchas generaciones, y hacerse mecánico lo que al principio fué libre y reflexivo. Así como el cuerpo de los animales no responde por igual, en todos los puntos de su periferia, á todo género de excitaciones, ó sea, de vibraciones del medio ambiente, sino que hay puntos en él más sensibles á unas que á otras, y precisamente á causa de esta heterogeneidad ha podido diferenciarse en órganos especiales de impresiones visuales, acústicas, olfativas, etc.,—de igual suerte, el reino animal, que es como un cuerpo mayor, compuesto de protocélulas discontinuas, se especifica, haciendo que cada especie sea órgano muy sensible para un género de excitaciones y muy hábil para un género de hechos, y refractaria é incapaz para todos los demás.

La transmisión, por generación, de los hábitos individuales, ó mejor dicho, de las disposiciones, aptitudes y tendencias adquiridas mediante ellos, se cumple en el humano linaje lo mismo que en el reino zoológico, y es un hecho admitido por el sentido general de los pueblos (1) y comprobado por la observación científica. Aquel diminuto embrión de donde nace por evolución el hombre, es una como síntesis, una como resultante de la vida y carácter de sus antepasados. Nadie duda que, en circunstancias ordinarias, se hereda el talento, la genialidad ó el carácter, la figura, y hasta la conciencia moral: adquiérese por la sangre, y se respira en el hogar durante los primeros años de la vida, una predisposición, un impulso nativo hacia el bien ó hacia el mal, en diverso grado, ó un sentimiento de indiferencia entre el bien y el mal; y así vemos que en unas familias parece haberse vin-

(1) Como en estos adagios: De tal padre, tal hijo.—En casa dei albugero, todos son albugeros.—Cabra por viña, cual la madre tal la hija.—Lo que la Naturaleza da, nadie lo borrará.—Lo que en la leche se mama, en la mortaja sale.—Qui est boitx cuant neix, mai ne guareix; etc.

culado la ciencia, en otras el arte, en ésta la virtud, en aquellas el crimen. Viene todo hombre á la tierra dotado de un cierto grado de energía moral, de sentimiento estético, de potencia intelectual, de espíritu de justicia, de habilidad para el cultivo del derecho: el poeta nace, nace el orador, nace el sabio, nace el santo, y de igual modo nacen el criminal y el ignorante: un idiota no engendra genios, ni santos un criminal empedernido. Hoy no es lícito ya dudar que si pudieran aplicarse los procedimientos de la selección artificial á la especie humana, el derecho, la ciencia, y en una palabra, la humanidad, progresarían mucho más rápidamente que al presente. Es cierto que, virtualmente, la razón es igual en todos, pero se individualiza por una multiplicidad de circunstancias que hace que no todos juzguen del mismo modo acerca de los caracteres de las relaciones humanas, ó sobre lo absoluto de tal ó cual fin, ó sobre el valor moral de los medios con relación á él. Dos niños colocados en circunstancias idénticas, dan frutos diferentes, porque han heredado de sus padres cualidades desemejantes (§ 25).

¿Por qué, pues, si existe y obra el instrumento (la transmisión hereditaria), no causa en la humanidad los mismos efectos que en el mundo animal? ¿Por qué no se perpetúan las disposiciones hereditarias, ni se transforman los hábitos individuales, buenos ó malos, en hábitos específicos, en instintos? ¿Por qué fallece tan á menudo la ley orgánica, y el descendiente de una dinastía de sabios es acaso un idiota; y el de una dinastía de agudos y discretos políticos, un hechizado ó un demagogo; y el de un linaje notado por su perversidad hereditaria, un hombre modelo de virtudes? —Multitud de causas, difíciles de reducir á sistema, contribuyen á este resultado. Apuntaré algunas:—1.ª La misma *naturaleza humana*, que es por excelencia armónica: el hombre representa en el mundo de los seres inteligentes lo que en el cuerpo el sentido total corpóreo (1): papel de

(1) *Sensus vagus*, de Kant; sentido vital, orgánico ó interno, que dice Ribot.

órgano sintético, capaz de todo género de sensaciones, apto para todo linaje de actos:—2.ª La *personalidad* al revés de lo que en los animales se observa, es en el hombre mucho más poderoso el elemento personal que el específico, y su vida mucho más compleja en relaciones y más mudable en el tiempo; lo cual es causa de que alcancen en el hombre una importancia mucho mayor los hábitos individuales que los específicos: pruébalo indirectamente el hecho de que allí donde la iniciativa individual se halla ahogada por un régimen social opresor de casta ó clase, nacen estilos y conveniencias que se imponen con fuerza irresistible, que degeneran en rutina tan automática como los instintos sociales ó artísticos de ciertos animales, ó poco menos, y que se perpetúan de una en otra generación durante muchos siglos, pudiendo decirse de los hombres avasallados por ella lo que Huxley dice de los animales, ampliando el concepto de Descartes: son máquinas conscientes; por ejemplo, cuando los oficios son hereditarios, como en la India, ó constituyen gremios regimentados y privilegiados, como en la Europa de la Edad Media:—3.ª La *educación* progresiva, el ejemplo, la acción, ora correctiva, ora corruptora de la sociedad, que favorecen ó contrarian el desarrollo de esas inclinaciones nativas, promoviendo la creación de hábitos conformes ú opuestos á ellas, y determinando consiguientemente en el cerebro una disposición molecular que destruya, ó por el contrario, consolide la disposición heredada:—4.ª Los *cruzamientos* espontáneos:—5.ª La acción *profiláctica* y *medicinal*: las disposiciones hereditarias no siempre se manifiestan espontáneamente: con frecuencia permanecen como dormidas en el sujeto, y sólo despiertan cuando les da pábulo el sujeto mismo afectado de ellas con su conducta relajada, la embriaguez, ú otros vicios adquiridos, ó cuando un trabajo mental excesivo debilita la energía nerviosa, ó la exalta y la pone en convulsión.

En resumen, puede decirse que la causa más poderosa que incesantemente estorba é interrumpe la metamorfosis

de los hábitos individuales en instintos, es la reflexión, objeto del párrafo siguiente.

22. Acción inversa: la reflexión.—La reflexión se contrapone diametralmente al hábito, así en su modo de obrar como en sus resultados. Defínela Giner diciendo que es aquella “actividad de la conciencia mediante la cual cada sujeto vuelve sobre sí para recibir en su espíritu *individual* lo que en su *ser* mismo ya existe.” En razón de su destino, es el instrumento mediante el cual se transforma la actividad instintiva, habitual y semi-automática en actividad voluntaria y plenamente consciente, la de sentido común en artística, y acaso la reflejo-espinal en instintiva ó en otra de grado superior. Merced á ella, entramos en posesión de nosotros mismos, y afirmamos nuestra personalidad, sobreponiéndola á todo elemento específico que la herencia haya depositado en nosotros, ó que nosotros hayamos adquirido por el hábito. El problema, desde el punto de vista de la Psico-física, se reduce á borrar ó anular la línea de vibración nerviosa que corresponda al acto inconsciente (como se dice ahora) que se trata de hacer reflexivo. Según sea la naturaleza de éste, así obrará en una ú otra forma la reflexión:

1.º Proyectando directamente su actividad intelectual, moral y afectiva, sobre la propensión instintiva ó habitual, quebrantará primeramente la fuerza del acto responsivo de la excitación, irá atrofiándola paulatinamente, y por último, impedirá del todo que estalle, determinando al par una línea de vibración voluntaria que, frecuentemente ejercitada, causará estado, se hará segunda naturaleza, y será como el órgano de una propensión nueva. Aquellos movimientos instintivos (§ 17), súbitos como el rayo, que parecen totalmente independientes de la voluntad, á punto de haberlos confundido algunos con los actos reflejos, la voluntad llega á subyugarlos con el arma poderosa de la reflexión, y sobre sus ruinas se alza y resplandece el heroísmo del soldado, la continencia del asceta, el respeto á la pro-

piedad del mendigo, la abnegación del mártir, la sangre fría del duelista ó del suicida, la presencia de espíritu del varón fuerte ó del hombre culto y experimentado en los azares de la vida.

2.º Alejando durante algún tiempo el objeto que causa la impresión, ó absteniéndonos de él, el aparato neuro-psíquico se desacostumbrará de ella, y la línea de vibración, con el desuso, se borrará, como se borra al cabo de algún tiempo una senda que no se transita. Cuando un escritor ha leído muchas veces la obra literaria que acaba de producir, queda incapacitado durante algún tiempo para proponérsela á sí propio como objeto de estudio y de crítica, y consiguientemente para corregirla: parece que la tiene estampada doquiera en la retina, en los nervios, en el cerebro, que ella y su autor son una cosa misma, que no encontrando plano de incidencia donde reflejarse, no llega á producir una sensación bastante clara para que el alma discerna con precisión las cualidades de la obra, ya objetivada: en tal estado, lo mismo que en el caso del ruido de la cascada ó del molino, lo procedente es hacer cesar la impresión durante algún tiempo, para que el aparato nervioso se restituya á su primitivo equilibrio, y calmada la vibración automática de la sustancia nerviosa, se haga lugar la reflexión, y pueda reaparecer la obra ante su autor como algo objetivo, distinto de él, y él juzgarse á sí propio en ella. Es una de las razones que justifican el tan sabido precepto de Horacio: *nonum prematur in annum*.

3.º Cuando se trata de una sensación muy intensa ó muy habitual, que provoca de un modo casi irresistible á la acción (v. gr., el hábito de fumar tabaco ú opio, de beber licores alcohólicos, etc.), la voluntad no puede triunfar de una vez, sino por grados. Existe cierta repugnancia en el aparato nervioso para romper las líneas de vibración trilladas de largo tiempo: el sujeto tiene que hacer violencia á su carácter: el espíritu tiene que luchar ahincadamente contra propensiones que han adquirido la fuerza de una ley física: la reflexión tiene que ser muy intensa y sostenida;

la voluntad, muy enérgica; y los pueblos incapaces de ella suelen, por esto, rechazar las innovaciones, si el legislador no está adornado de muy exquisito arte para escalonar las reformas; y por igual razón, suele hacerse ineficaz la enmienda de un individuo que de buena fe la intenta, si el hábito vicioso no es atacado por grados, debilitándolo, atrofiándolo lentamente, en la forma que insinúa Bacon.

4.º La reflexión es también la escala por donde se asciende desde la actividad de sentido común á la artística. Ya recordaremos que el principal distintivo de una y otra se resume en esto: la actividad artística es sistemática, plena, y por tanto cierta de su verdad: la vulgar ó común es insistemática, deficiente, y—aun en el caso de ser verdadera—incierta. En ésta, la percepción del objeto es menos clara; la unión del sujeto con él, menos íntima; y por esto, no lo domina, lo ve tan sólo en uno ú otro de sus aspectos, pasándole desapercibidos los demás, ó bien los atiende todos, pero inorgánicamente, por haber alterado el orden de los factores que constituyen su trama interior, ú observa el orden jerárquico y orgánico de esos factores, pero equivoca la proporción y la naturaleza de los medios aplicados á cada uno: introduce, en suma, un elemento subjetivo, que perturba en más ó en menos la acción de las leyes objetivas fundadas en la naturaleza esencial del fin que se trata de cumplir. Así es que en el hecho se observa siempre que falta ó que sobra algo, que es una traducción, sí, del objeto factible, pero traducción parcial, relativa, deformada por elementos inconexos, ó por una falsa posición de su esencia; que el objeto ha quedado intacto en una ó en otra relación; que no hay proporcionalidad ni equilibrio entre las partes, ni subordinación de todas ellas á la unidad del objeto; que hay unidad, sí, pero sustancial tan sólo, invisible, latente, amorfa, no traducida al exterior, ni eficaz para producir convicción plena y absoluta. Ahora bien: la reflexión ejerce una doble función:—1.º Con respecto á las obras ó productos del sentido común, la actividad reflexiva los sublima, reelaborándolos, purificándolos,

condensándolos, y los eleva á categoría de obras artísticas: el saber, de sentido común se hace ciencia; la costumbre jurídica, ley y código; la leyenda popular, poema; la vaga creencia, teogonía.—2.º Respecto del agente mismo, la reflexión exalta su personalidad individual y eleva sus facultades á un grado superior de potencia: reflexionando, se apodera el individuo del ideal que lleva dentro de sí, y mediante él, se educa á sí propio y se redime de las imperfecciones que como sujeto finito histórico lleva adheridas: atraviesa las fronteras de la vida común, y se erige en legislador y jefe de pueblos, ó en profeta, órgano divino del sentimiento religioso, ó en científico, intérprete vivo de la razón, ó en poeta, sublime condensador de la belleza que resplandece en la naturaleza y en la historia. Sin ese puente de la reflexión, jamás saldríamos del estado común de conocer, de sentir ó de obrar: viviríamos perpetuamente en un estado precientífico de conocimiento, en un estado rapsódico de arte, consuetudinario de derecho, y legendario ó mítico-religioso.

No me atrevo á decidir si existen grados rudimentarios, y para nosotros imperceptibles, de reflexión, que alcancen á transformar la actividad refleja en actividad instintiva ó en otra forma superior. Pudiera traer á la memoria el ejemplo de algunos individuos que lograron subordinar á su voluntad, entre otros, los movimientos de dilatación y de contracción del corazón; pudiera hacer valer los distintos efectos que causa la extirpación de los centros motores cerebrales en los animales adultos y en los recién nacidos; pudiera teorizar, fundándome en razones de analogía, y acogiéndome á la filosofía hartmaniana de lo inconsciente y demás hipótesis concordantes; pero sería aventurado en el estado actual de la ciencia cuanto dijera, y vale más una abstención prudente que una conclusión incierta é insegura.

23. El progreso por la reflexión y por el hábito.—Basta con esto para que se comprenda cómo la actividad desciende, mediante el hábito, de artística á común

é instintiva, y acaso á refleja, ganando en grados de automatismo; y cómo, por el contrario, asciende, mediante la reflexión, desde instintiva y habitual á común y artística, ganando en grados de libertad. Hay, pues, acción y reacción de uno sobre otro extremo, continua, incesante; y á esta felicísima combinación de dos acciones contrapuestas, se debe el progreso en la humanidad. Piensan unos que el Espíritu pasa del estado de inconsciencia al de conciencia, y progresa desde lo específico á lo individual, desde el instinto hacia la reflexión y el arte: opinan otros, con Delboeuf, por el extremo opuesto, que se va de lo consciente á lo inconsciente, que la inteligencia progresa hacia el instinto y el automatismo, y no viceversa. Tanto los unos como los otros están en lo cierto en lo que afirman, pero no tienen razón en lo que niegan. El progreso se cumple en esa doble dirección. Lo que el instinto adivina y el sentido común traduce en sus hechos, la reflexión científica lo depura, lo sublima y lo sanciona con el sello de su autoridad, ennobleciendo y haciendo más racional, más humana la vida. Lo que la reflexión científica descubre, el hábito lo imprime en el organismo, lo mecaniza en el uso común, haciendo menos penosa, más fácil la vida, y dejando en libertad al pensamiento para que se dedique á procurar nuevos progresos. El hábito hace del hombre una especie de fonógrafo ó de libro abierto, compendio de toda la historia, en cuyas páginas va fijando y estereotipando sus adelantos y perfeccionamientos: la reflexión es como la fuerza evolutiva que impide que el libro se cierre, que los tipos se inmovilicen, que las costumbres se hagan rutina é instinto, y al propio tiempo, la fuerza plástica que realiza sin cesar nuevas conquistas, descubre nuevos horizontes, y entrega nuevos y cada vez más perfectos materiales al hábito y al sentido común, para que enriquezcan con ellos nuevas páginas del libro eternamente perfectible de la vida humana (§ 43).

24. Actividades particulares que concurren á la producción del hecho: conocimiento: senti-

miento: voluntad del derecho.—Hemos estudiado la actividad informadora del hecho jurídico unitariamente, como actividad continua, homogénea. Pero el análisis descubre en ella variedad de procesos y de funciones; encuentra que su acción se manifiesta en diversos momentos, que en cada uno de ellos obra de un modo diferente, y que la sensación resultante, ya proceda de impresión exterior ó de estímulo interior, afecta diversamente al sujeto, determinando en él un conocimiento del objeto, ó una pasión hacia él, ó las dos cosas á un mismo tiempo en grado igual ó desigual. Existe, pues, una verdadera diferenciación interior de la actividad jurídica en funciones ó procesos, correspondientes á las diversas modalidades en que se despliega la conciencia.

La simple relación de presencia del objeto (ideal ó sensible, sustancia ó energía) en el sujeto, constituye el modo de intimación ó de conciencia que denominamos *conocimiento*: relación de distinción y de sustantividad, en que el conocedor se hace conscio del objeto cognoscible, permaneciendo como enfrente de él, y de él independiente.—El otro modo de intimación de los objetos es el *sentimiento*, en que la relación desaparece por confusión de sujeto y objeto en un término único, por una como absorción total de uno en otro, que incapacita al primero para distinguirse del segundo. La actividad, en cuanto conscientemente se dirige á hacernos presente la realidad cognoscible, se denomina **pensar**; en cuanto se dirige á hacernos amable esa misma realidad y á convertirla en esencia nuestra, se dice **sentir**. El conocimiento y el sentimiento son condiciones previas de una tercera función de la actividad, síntesis y resultante de ellas, el **querer**, por cuyo ministerio el sujeto se hace conscio de la realidad en cuanto factible, como algo potencial conocido ya y amado, que debemos realizar: á esa relación de finalidad en que nos proponemos obrar en determinada dirección para conseguir determinado objeto, la denominamos *voluntad*. Por todos estos procesos ha de pasar necesariamente la actividad, para llevar á cumplido efecto el hecho

jurídico: todos esos tres modos de la conciencia han de entrar en juego para responder á la sensación con un hecho plenamente racional. No basta el simple conocimiento para mover la voluntad, pues á veces conocemos la necesidad de obrar y la bondad de la obra relativamente á alguno de nuestros fines, pero nos falta amor é interés hacia ella, y nos dejamos vencer á las sôlicitaciones de la pereza; ni es suficiente el mero sentimiento, pues á menudo sentimos ardiente inclinación por un objeto, pero ignoramos las relaciones en que está constituido, y no puede recaer sobre él una resolución concreta y definida; ni bastan tampoco para la acción el conocimiento y el sentimiento, pues á las veces nós hallamos dueños de la presencia del objeto factible y nos penetramos de él, pero nos falta decisión y energía llegado el momento del obrar. Al hombre ilustrado, pero immoral, sírvele la instrucción para sustraerse á la acción de la ley penal y conculcar impunemente el derecho: el hombre virtuoso, que siente y ama el bien, pero carece de arte y de prudencia para realizarlo, comete con la mejor intención las mayores injusticias, y en sus manos se arruinan los más sagrados intereses que le están confiados. Una sophocracia, un gobierno de sabios sin virtud, atestados de excelentes planes políticos, pero sin ánimo de ejecutarlos, sería tan desastroso como una asamblea de santos, llenos de buena voluntad, prestos al sacrificio, pero extraños al arte de gobernar é incapaces de guiar al pueblo por los derroteros del progreso.—En realidad, en todo acto jurídico concurren siempre juntas las tres actividades, el conocimiento, el sentimiento y la voluntad, por el carácter de unidad y de simplicidad de la conciencia, de la cual son estados y determinaciones; pero no siempre concurren guardando su debido lugar y en ordenada proporción; á las veces, se mantienen en desequilibrio, predominando, ora la una, ora la otra, y dando ocasión á tantos y tantos hechos imperfectos ó deficientes, que no logran el fin á que iban encaminados sino de un modo parcial y relativo.

Ahora, como el hecho supone un fin, un medio y una re-

lación entre el fin y el medio, cada una de aquellas tres actividades particulares habrá de recaer distintamente sobre cada uno de esos tres elementos capitales del hecho; y así, el conocimiento será conocimiento del fin, conocimiento de los medios, y conocimiento del modo práctico de apropiarse éstos á aquél; y de igual suerte, no bastará querer el hecho en general, sino con voluntad concreta, determinada en razón del fin, de los medios y de la unión de medios y fin. Otro tanto ha de decirse del sentimiento. Que no es accidental y de poco momento esta exigencia de razón, se comprueba con la experiencia de todos los días: así como, á las veces, precede, aunque vago, el sentimiento de una necesidad al conocimiento claro de la misma, y otras veces se anticipa, ésta á aquél, siendo una como condición preliminar para su manifestación, de igual suerte, dentro de cada uno de ellos, se observa que no siempre precede el conocimiento del fin al conocimiento del medio, sino que con frecuencia la oferta del medio se adelanta al pedido de la necesidad: que, en más de una ocasión, conocidos el fin y los medios, el sentimiento ama aquél y repugna éstos; que la voluntad, y consiguientemente el obrar, se contraponen muchas veces al conocimiento, y aun al sentimiento, etc., etc.

El primer requisito para producir un hecho jurídico, es que se tenga un conocimiento claro de la necesidad, para que en vista de ella y de todo el conjunto de condiciones que la caracterizan y distinguen de las demás, pueda combinarse el sistema de medios con que ha de ser satisfecha; y no así como quiera, un conocimiento general de ella, como en unidad, sino determinado y concreto de sus partes: es preciso estar en ella y en su contenido, discernirla en la múltiple variedad de elementos que la constituyen, y tener experiencia clara y definida de todos y de cada uno. Sin esto, la traza del hecho proyectado será una idealidad abstracta, un esquema metafísico, en manera alguna el plan vivo, real, de un hecho. Así, por ejemplo, sucede con alguna frecuencia que grupos de emigrantes alemanes conciertan un pacto constitucional, antes ya de salir de la ma-

dre patria; pero como está trazado sin conocimiento de las condiciones naturales del país que van á poblar en América, no bien se han instalado en él, comprenden que tal pacto es inadaptable á las necesidades que sienten y á los medios con que cuentan para subvenir á ellas, y se ven obligados á alterar los términos en que está concebido, ó á sustituirlo por otro. Lo mismo exactamente ha de decirse respecto de los medios. Cuanto más perfecto sea el conocimiento de ellos, de su existencia, de su naturaleza, de su uso, tanto más fácil, completa y oportuna será la satisfacción de la necesidad, y por tanto la producción del hecho; así, el comerciante, que hace de la contratación el oficio de toda su vida, encuentra más fácilmente que el que no lo es, caminos para desembarazarse de las trabas que le opone la ley común, y crearse un derecho de excepción; así, también, el abogado que ha penetrado las interioridades de la legislación y conoce la relación que une entre sí sus diferentes miembros, los puntos vulnerables que descubre, las combinaciones de que es susceptible y los recursos que en ella pueden arbitrarse para rehuir ó ladear determinado precepto, posee una aptitud especial para enseñar á aquellos que sienten necesidades nuevas el medio de satisfacerlas mediante hechos contra ley ó fuera de ley, iniciando una costumbre jurídica. Los mismos jurisconsultos, por su mayor conocimiento teórico de los medios jurídicos, y por su mayor experiencia de los conflictos ocurridos en la práctica, ejercen un influjo decisivo en la producción de los hechos de derecho internacional, y por tanto, en la formación del derecho positivo mismo, el cual se determina por hechos en reglas consuetudinarias: citaré en comprobación, y como ejemplar característico, los principios que regulan la extradición (1).

(1) La falta de conocimiento constituye la *ignorancia*; su obscuramiento por una idea falsa, el *error* respecto del fin ó de los medios ó de la relación entre el derecho absoluto y el acto que ha de ejecutarse. La ignorancia da lugar á omisiones: el error á actos equivocados, contrarios á las prescripciones del derecho. Por esto alcanzan, así aquélla como éste, considerable importancia en la ciencia del derecho y en la legislación.

Pero el hecho no se obra con sólo conocimiento: com os raios da lua, nao madurecem as uvas, dice en una bellísima metáfora el pueblo portugués. Todos conocemos la injusticia de la esclavitud, todos la abominamos como una monstruosidad, todos admitimos la urgencia de su abolición; pero los daños infinitos que acarrea no están á nuestra vista; el grito de dolor de la humanidad, exhalado por boca del esclavo, no viene á herir nuestros oídos y á despertar en nosotros el dormido sentimiento; y la esclavitud sigue uno y otro año, una y otra generación, afrentando á la humanidad y conculcando impiamente el derecho: también la América del Norte era abolicionista en el pensamiento, pero fué menester que *La cabaña de Tom* hiciese saltar la chispa de la indignación y del horror, inflamase el alma de la muchedumbre y la apasionase por aquella idea que antes iluminaba ya las conciencias, pero con una luz pálida y fría, semejante á la de la luna. Cuando el sentimiento de la justicia no se despierta espontáneamente, una impresión fuerte puede provocar instantáneamente la reacción, y el incendio se comunica, como por un reguero de pólvora, á todo el espíritu, y la fuerza que el conocimiento más claro no lograba sacar del estado de tensión, se convierte al punto en fuerza viva. Así, la inicua sentencia de Appio Claudio y la muerte de Virginia, llevaron al pueblo romano al Aventino y el odiado decenvirato se desplomó, falto de base, y sobre sus ruinas se levantó potente el tribunado; así también, el cruel trato de Papirio contra Publicio, constituido en esclavitud por deudas de su padre, promovió una rebelión de la plebe, que á duras penas podía ya soportar el violento é irritante despotismo del patriciado, y el *nexum* ó prenda-ción corporal contra los insolventes quedó abolido para siempre.—Un recto sentimiento de la necesidad, junto con un conocimiento defectuoso de los medios, ó con un estado anormal y violento que los mantenga sustraídos á la libre acción del agente, puede provocar la realización de un hecho por medios malos é injustos; así, por ejemplo, en tiempo del imperio romano, los naturales de las provincias com-

praban por oro la ciudadanía, sobornando á los magistrados del orden inferior: en tiempo de la monarquía absoluta, las ciudades adquirían por compra, de los reyes y emperadores, el derecho de elegir sus magistrados municipales. Otras veces, el efecto es otro: sustituir un hecho imperfecto á otro imperfecto también, por haber sido falsamente interpretada la necesidad sentida, ó tal vez confundida con otra de naturaleza ó de grado diferente:—así, por ejemplo en estos últimos tiempos ha venido á comprenderse en toda Europa que el sistema de sufragio que se usaba antes, era imperfectísimo, perjudicial, y por todo extremo injusto, y como reacción natural contra semejante estado de cosas, la opinión de todas las naciones se ha ido pronunciando á favor del llamado sufragio universal; pero por un defecto de conocimiento, tanto racional como de experiencia, ha planteado un sufragio individualista y abstracto, no menos injusto y dañoso que aquel á quien ha venido á reemplazar.

He dicho que, á menudo, se debe á la presencia del medio el que el sujeto se haga íntimo de un fin que antes le era desconocido, que ese fin revista forma de necesidad, y tal vez que esa necesidad cobre las proporciones de una pasión avasalladora é irresistible. Nótase esto en grande escala cuando un pueblo de cultura primitiva y rudimentaria se pone en contacto con otro más adelantado, por ejemplo, en la antigüedad, los cartagineses y romanos con los celtas de la Península ibérica, los españoles con los americanos hace algunos siglos, los europeos con los japoneses desde hace pocos años. Ese contacto, que despliega ante la asombrada vista del pueblo infante multitud de objetos, de inventos y de nociones de que no tenía la más remota idea; despierta en él necesidades nuevas, que no tardan en traducirse en hechos jurídicos diferentes de aquellos á que venía acostumbrado, y las instituciones sociales, que caminan siempre parejas con todo el conjunto de condiciones en que vive la sociedad, cediendo al influjo de estas importaciones, de buen ó de mal grado, y de un modo más ó menos rápido, más ó menos visible, se modifican radicalmente

ó se atrofian por grados hasta su total extinción. Aun en los actos de la vida corporal se observa esta misma correspondencia: así, por ejemplo, cuando el cuerpo ha menester alimentarse, pero por cualquier causa, fisiológica ó espiritual, se distrae de ese fin y no siente esa necesidad, la presencia de un manjar, ó su olor, y aun el simple recuerdo de él, despierta, por un movimiento reflejo, la excitación en forma de secreción salival y de contracciones del estómago. Bien expresa nuestro pueblo el influjo de la presencia del medio en la producción del hecho, cuando dice: la ocasión hace al ladrón: ojos que no ven, corazón que no siente: ó como decía el pueblo romano, *ignoti nulla cupido*.

Lo mismo que el conocimiento y que el sentimiento, la voluntad ha de ser concreta y determinada para cada uno de los factores del hecho, y sostenida en todos los momentos de su génesis: faltando alguna de las voliciones particulares de que se compone todo acto de voluntad, ó desmayando ésta en cualquiera de los momentos del proceso informativo del hecho, el hecho no se cumple, ó se cumple de un modo imperfecto, irregular y deficiente. No estará demás recordar que, si bien el acto de voluntad es una consecuencia de aquellos dos momentos previos que hemos denominado conocimiento y sentimiento, no es una consecuencia indeclinable y necesaria, antes bien, con frecuencia se contraponen á ellos y resiste sus inspiraciones ó sus preceptos. La sabiduría popular, en multitud de sentencias, lo ha proclamado constantemente, haciendo depender del hecho final el valor y la significación de los momentos particulares de la actividad que lo informa, y notando la relación causal recíproca de unos y otros, y la irracional oposición que á veces se establece entre ellos: do se rigen por sola afición, fallecen el juicio y la razón: quien hace lo que quiere, no hace lo que debe: poca ciencia y mucha conciencia: todos quereíamos ser bons e alcarçamoslo os menos: el infierno está empedrado de buenas intenciones, el cielo de buenas obras: *intus Nero, foris Cato*: la cruz en el pecho, el diablo en los hechos: de Dios hablar y del mundo obrar:

ante la puerta del rezador no pongas tu trigo al sol; etcétera, todavía al cabo de diez y nueve siglos, viene repitiendo la humanidad la sentencia del poeta latino: *video meliora, proboque, deteriora sequor*; y proclama muy alto que la ciencia no es un lujo, ni un adorno, ni un pasatiempo, sino un medio de la vida, en cuyos hechos debe hacerse práctica: quien lea, dice un adagio portugués, lea para saber; quien sepa, sepa para obrar. En parecidos términos había formulado esta conclusión el orador romano: el conocimiento de la verdad y el buen consejo deben conducir á una acción sabia, y por esto vale más obrar bien que discurrir cuerdamente (1).

Dicho se está que siendo el querer jurídico una potencia, una actividad, ó un modo de la actividad de los seres libres, cuyo destino es hacer efectivo en hechos ó estados temporales esa propiedad, esa esencia de nuestro ser que denominamos derecho, no puede ser causa productora del derecho, ni servirle de fundamento, ni darle ley: antes bien, debe recibirla de ese su objeto, so pena de proceder á ciegas é incurrir en arbitrariedades que perturben el orden jurídico. Definida queda ya la naturaleza del derecho: en ella tienen su raíz las leyes objetivas á que debe subordinar su acción el agente del hecho jurídico. No cabe dentro de los límites de este libro entrar en el análisis de un error moderno, que hace del hábito fuente caudalosa, si tal vez no la única, de derecho; séame lícito tan sólo recordar que el hábito no pasa de ser una forma particular de la actividad, ó un poder de transformación de ella, y es de razón que no pueda ostentar poderes de que ésta carece.

25. Dominio del sujeto sobre esas actividades, posesión de sí mismo, salud del sistema nervioso.—Todavía no basta, para que el hecho obtenga cumplido efecto, que el sujeto lo conozca, lo quiera y lo

(1) "Etenim cognitionem prudentiamque considerata actio: ita fit, ut agere considerate pluris sit quam cogitare prudenter." (*De Offic.*, libro 1, 45).

decida: es menester, además, que sea dueño de sí mismo, que ejerza pleno imperio sobre su actividad como sujeto. A esta exigencia del hecho pueden oponerse: 1.º, causas exteriores libres, por ejemplo, la coacción moral; 2.º, causas interiores físicas, v. gr., una neuropatía.

Siendo la actividad jurídica actividad racional, una de sus propiedades esenciales será la libertad, esto es, la determinación *espontánea* del agente del hecho en razón de un bien por él conocido y querido. Existe un género de influjo directo sobre la voluntad, á que se da el nombre de *coacción moral*. El valor y sentido de la coacción se determina por el fin que la guía. El cual puede ser doble: primero, servir al derecho; segundo, violarlo.—Sucede lo primero, cuando se compele á un incapaz para que no se desvíe de las condiciones de la justicia ni rebase los límites que ésta impone al autor de hechos jurídicos, v. gr., el tutor respecto de un menor de edad, el dictador respecto de un pueblo que, por vicisitudes de su historia, se ha incapacitado para regir por sí temporalmente su vida política ó administrativa. En idéntico caso se encuentra la coacción empleada en la negociación de un tratado por el cual se hace cesar la cautividad de una persona ó la ocupación de un territorio conquistado (1).—Sucede lo segundo cuando el autor de la coacción se propone compelel á un capaz ó á un incapaz, por el temor de un mal futuro ó inmediato, á que ejecute actos contrarios al derecho, ó para que se abstenga de ejecutar actos legítimos y debidos. En el primer caso, la coacción favorece la libertad racional, supliendo la falta de discernimiento: en el segundo, la contraría interrumpiendo su ejercicio. La voluntad sana, moralmente cohibida por cualquier género de violen-

(1) "Sin embargo, el tratado que tiene por fin hacer cesar un estado de opresión ó de violencia legal, no adolece de vicio alguno, como, por ejemplo, aquel cuyos efectos son poner término á una cautividad ó conseguir la evacuación de un territorio conquistado (Heffter, § 85 y los autores que cita)." "La coacción no vicia el tratado cuando es anterior á su conclusión, y se propone en él dar la libertad á un negociador que está cautivo, ó libertar un Estado que ha sido conquistado (Vergé, notas á Martens, I, § 50; vid. Wheaton, t. I, y autoridades allí citadas)."

cia ó intimidación, se asemeja á la actividad refleja, y aun á la actividad vegetal, puesto que destruye, y si no destruye mengua, en aquella relación, la espontaneidad del espíritu en que está fundado el derecho, determinando su acción por impulsos ajenos ó contrarios á ella: en tal estado, los hechos que produzca no serán hechos jurídicos, diga lo que quiera en contrario Savigny (1), ni por tanto, las costumbres á que tales hechos den lugar. Un ejemplo. Contra lo prescrito terminantemente por una ley (69, tit. 18, Part. 111.), se introdujo en Galicia una costumbre altamente opresora que obligaba á los enfiteutas á pagar un canon exorbitante que crecía de siglo en siglo: el contrato se había celebrado por tiempo de tres generaciones: las comunidades eclesiásticas y los poderosos señores de aquel país, abusando de su posición, amenazaban á los foreros ó enfiteutas con despoocerles de aquellas tierras, que habían transformado con su sudor y el sudor de sus antepasados, de anegadizas charcas y estériles páramos en vergeles, viñas ó praderías, y poseídos de este temor, consentían en aumentar la pensión y añadirle un canon desproporcionado con el valor primitivo del suelo acensuado: pasadas otras tres generaciones, nueva renovación del contrato y nuevo aumento en los gravámenes, hasta convertir esta institución, por tantos títulos beneficosa, en feudo opresor y en afrentosa servidumbre, y á los foreros en mendigos, que arrastraban una vida semejante á la de los bestias (2). Ahora bien, una costumbre en que tan gran parte tuvo la violencia, pertenece al género de las viciosas é in-

(1) Según Savigny, la violencia no excluye la libertad de los que son sus víctimas, ni se opone á la eficacia natural de las manifestaciones de la voluntad: no pierden la facultad de elección; pueden, á pesar de la violencia compulsiva, ejecutar el acto debido, y no el que trata de imponérseles, aceptando al efecto, si preciso es, el daño con que se les amenaza. Pero si la violencia en sí no excluye la libertad, está, sin embargo, en contradicción directa con el fin del derecho, que consiste en asegurar á toda persona la independencia de sus determinaciones. La violencia entraña, con grave detrimento del derecho, una inmoralidad, que pide represión (*Sistema del Derecho romano actual*, § 114).

(2) Castro, *De las leyes y sus intérpretes*, t. I, lib. II, disc. VI, página 124 y ss.

justas, que son una transgresión del derecho, y que el poder público no debe respetar.—Lo que se dice del derecho individual, tiene cabal aplicación al derecho de la sociedad, sin excluir el internacional: por esto, los publicistas ponen por condición, para que un tratado público sea válido, el libre consentimiento de las dos partes, y entienden que es nulo é irritó siempre que haya intervenido presión ó amenaza en grado suficiente para poner en peligro serio la existencia ó la independencia de un Estado, ó la vida, la salud, el honor ó la libertad de un soberano ó de sus representantes oficiales.

Por otra parte, manifestándose la actividad jurídica de los seres racionales finitos mediante un órgano corporal, el sistema nervioso central ó neuro-psíquico, otra de las condiciones esenciales para que un hecho de derecho se realice, será la integridad y la normalidad de este delicado aparato. Una afección nerviosa provoca necesariamente un cambio, que puede llegar á ser radical, en las manifestaciones de la conciencia, ya turbando y obscureciendo la inteligencia, ó pervirtiendo el sentimiento, obliterando el sentido moral, ó apagando y extinguiendo el instinto de conservación, la disciplina social y todo respeto humano. Pero no es á este género de neuropatías á las que entiendo referirme en el presente párrafo, sino á aquel otro género de *manía instintiva ó sin delirio*, en que el sujeto parece que conserva íntegra su facultad de pensar, de sentir, de querer, no descubriendo en ninguna ocasión signos de enajenación mental, y sin embargo, se siente impulsado en determinada dirección, contraria á la de su voluntad, por una especie de coacción interior, comparable en sus efectos á la exterior. Tal, por ejemplo, la propensión irresistible al robo, al incendio, al suicidio, al homicidio, etc., en que el sujeto conoce el mal que comete, y quiere no cometerlo, y lo deplora, y lo condena, y tal vez se hace atar las manos para reprimir, siquiera en sus efectos, esa fuerza impulsiva interior que en momentos no le es dado dominar. Se conoce una "manía suicida", cuyas víctimas, sin perder nada de la lucidez de su inteligencia ni de

la pureza de su sentido moral, se sienten poseídas de una obsesión que les impulsa á atentar casi automáticamente contra su propia vida, sin que sean parte á impedirlo las propias ó las ajenas reflexiones, la conciencia del deber, el amor de la familia, el espíritu religioso ni el temor del infierno. Parece como si esa idea sombría se hubiera adherido á la medula espinal y estampándose en los nervios con toda la fuerza de un movimiento reflejo, y que hecho aquel centro nervioso impermeable para toda resolución de la voluntad contraria á la del suicidio, pusiera en incomunicación el alma con el cuerpo y el mundo exterior. Existe otra "monomanía homicida", en que el paciente no da tampoco indicios de que su entendimiento ó su voluntad se hallen afectados por ningún género de dolencia ó de enajenación, y sin embargo, se siente arrastrado por una especie de misterioso agente difundido por todo su cuerpo, á matar á alguien, acaso á la persona á quien más tiernamente ama y por quien daría gustoso la vida, sin que á ello le induzca agravio alguno, sin que se proponga ningún fin, sin que le posea el furor ó la pasión, ni le contenga el temor de la muerte: diríase una idea enfermiza diluída por todo su ser, como el vapor en la atmósfera, y que saturados de ella los centros nerviosos, cerraban el paso á toda otra impulsión que del espíritu partiese para contrarrestar esa ciega tendencia, hasta que consumado el acto, queda libre de aquella especie de posesión demoniaca, y recobra el dominio de sí mismo.

Este género de afecciones neuropáticas, que tan gran interés merece despertar entre los cultivadores del derecho, tiene, además de esa manifestación psíquica, otras puramente corporales,—la epilepsia principalmente,—unidas por vínculos tan estrechos, que más de una vez la afección se traslada de los centros nerviosos del movimiento á los centros nerviosos del espíritu; que, á menudo, una enfermedad nerviosa, causada á veces por hechos externos, ocasiona una degradación moral en el sujeto, y se traduce en actos que acusan una gran perversidad; que la manía homicida es frecuentemente la explosión de una epilepsia larva-

da ó de una neurosis epiléptica latente; que entre unas y otras, las espirituales y las corporales, existen gradaciones y transiciones diversísimas; que, á las veces, la convulsión epiléptica se transforma en manía instintiva, y aun en locura furiosa, y viceversa; que, como en el acceso epiléptico, el ataque de impulsión homicida va precedido de aquella sensación interna denominada "aura epiléptica", que permite al enfermo avisar á las personas presentes que van á ser sus víctimas, para que se pongan fuera de su alcance.

Supuesta esta relación entre las afecciones del sistema neuro-psíquico y las del ganglionar, se comprende la transmisión de ciertas propensiones criminales, como en la relación inversa, de ciertas excelencias y aptitudes espirituales (§ 21). Que se transmiten por generación las dolencias del cuerpo, está universalmente admitido; que existe relación de continuidad entre las afecciones del sistema nervioso ganglionar ó del movimiento y la locura, la ausencia del sentido moral y el crimen, es verdad acreditada por la experiencia: nada, pues, más natural y lógico que la transmisión hereditaria de las afecciones del espíritu que nacen de un desarreglo más ó menos profundo del sistema neuro-psíquico: el hijo á quien se comunica con la vida un estado neuropático, recibe juntamente una fuerte predisposición para el género de manifestaciones psíquicas que bajo el influjo de tal estado se producían.

Debe cuidarse, por supuesto, de no exagerar tanto estas influencias, que vaya á negarse la espontaneidad y la sustantividad al espíritu, que valdría tanto como negar el espíritu mismo, y llegar al extremo de no ver nunca en el hombre disoluto ó en el delincuente sino un desdichado presa de una neurosis vesánica ó epiléptica, y en el crimen ó en el vicio no más que una consecuencia fatal de la herencia. Nótese, en primer lugar, que las predisposiciones hereditarias no siempre se manifiestan: con frecuencia permanecen como dormidas en el sujeto de derecho, y sólo despiertan por la libre acción, casi siempre culpable, del sujeto mismo afectado de ellas (§ 21). En segundo lugar, el

ejemplo y la educación pueden favorecer ó contrariar el desarrollo de esas inclinaciones nativas, creando hábitos conformes ú opuestos á ellas, y determinando consiguientemente en el cerebro una disposición molecular que destruya, ó por el contrario, consolide la disposición heredada (*pre-disposición*). Que es una de las causas por virtud de las cuales no se transforman, según vimos, en instintos específicos los hábitos de los hombres, al revés de lo que se observa en el reino animal.

Recordemos aquí, de pasada, una indicación hecha en otro lugar acerca de los graves inconvenientes que llevan consigo las asambleas muy numerosas. Parece que en ellas es muy frecuente la epilepsia, origen del expresivo nombre que le dieron en la antigüedad, *morbis comitialis*; que, en tales reuniones, el desorden del sistema nervioso se comunica con facilidad suma de unos á otros, y que esta circunstancia contribuye poderosamente á exaltar las pasiones y nublar la razón de aquella muchedumbre compacta, y á incapacitarla para sostener los debates con elevación y serenidad y adoptar resoluciones acertadas (1).

(1) Vid. Brougham, *ob. cit.*, cap. XI.

CAPITULO TERCERO

INFORMACIÓN DEL DERECHO POR LA ACTIVIDAD

A.— *Realización ó producción interior del hecho: Plan.*

Conocido el Derecho (*cap.* I) y la Actividad que lo informa (*cap.* II), podemos analizar el proceso de la información, ó sea la producción efectiva del Hecho jurídico, la cual abraza dos distintos ciclos, reflejo y traducción el uno del otro: primero, *composición ó plan*, realización interior del hecho, en el mundo intermedio de la fantasía: segundo, encarnación del plan en el mundo exterior sensible, ó *ejecución* efectiva del hecho. En orden de razón y de tiempo, la realización interior precede á la exterior.

En ella hay que distinguir: 1.º Tránsito del fin potencial á necesidad, mediante un estímulo ó excitación: 2.º Funciones ó momentos particulares de la realización: propósito ó proposición: deliberación ó discusión: resolución ó plan: comunicación del propósito ó del plan á otros individuos.

26. Necesidad del hecho: géneros de fines: tránsito del fin potencial á necesidad.—Hemos dicho que el fin supremo de todo ser es verificar su esencia; esto es, hacerla efectiva, encarnarla en el tiempo, darle un

cuerpo en la realidad sensible, traducirla en los hechos, hacerla temporal (§ 1). Pero la esencia humana es obra de dos factores, ó mejor, la componen dos esencias, opuestas entre sí, pero íntimamente unidas: una, que apellidamos *espíritu*, caracterizado por la espontaneidad y la sustantividad; otra que denominamos *cuerpo*, cuyo principal y más propio distintivo es la falta de propia determinación, la dependencia necesaria en que vive respecto de la Naturaleza. Supone esto dos órdenes fundamentales de finalidad, ó lo que es igual, de bondad—(ya que “bien” es la concordancia entre un fin racional y su realización):—*psíquica* ó espiritual, y corporal ó *física*. Y como cada una de aquellas esencias es de por sí una unidad compuesta, un organismo de esencias particulares, de propiedades ó de órganos, de facultades ó de actividades; etc., también cada uno de estos órdenes de finalidad ó de bondad se compondrá de un sistema de fines ó bienes particulares, los cuales, en cuanto su realización dependa de la libre condicionalidad, serán todos jurídicos. La alimentación y vestido del cuerpo; su defensa contra los peligros exteriores, su educación y mejoramiento, la curación de sus dolencias y su preservación, su reproducción, etc., constituyen otros tantos fines abrazados en el primer grupo. El cultivo del espíritu en todas las propiedades que lo constituyen, en su propiedad de conocer, en su propiedad de sentir, en su cualidad de ser religioso, de ser moral, etc., su comunicación con otros espíritus, con el cuerpo y con la Naturaleza, su corrección y otros semejantes, son los bienes ó fines comprendidos en el segundo grupo. A ellos se agrega un tercer orden de finalidad, que se refiere al hombre en su unidad como ser de inmediata unión de espíritu con cuerpo, y á la personalidad social, constitución y vida de la familia, del municipio, de la provincia, de la nación, de la parroquia, de la diócesis, arzobispado, etc., de la escuela, instituto, universidad, academia, asociación cooperativa, gremio, banco, sociedad anónima, de socorros mutuos, etc., etc.

Los *fines* permanecen en estado de potencialidad é indi-

ferencia mientras no toman la forma de *necesidades*. Cuando una excitación exterior ó interior los despierta, el equilibrio del sujeto se ha roto; de indiferente, se ha hecho inestable; el fin no permanece ya, como antes, inactivo; se ha trocado en vivo acicate que con más ó menos apremio solicita la atención del sujeto, antes distraído, y lo estimula á obrar: el sujeto siente un apetito, un anhelo, un deseo, una tendencia impulsiva, primeramente vaga é indefinida, algún tanto más determinada después, y por último, plenamente conscia y sometida de todo en todo al imperio de la voluntad. Obra á modo de un vacío que pugna por llenarse, y cuya presión causa una sensación dolorosa, más ó menos intensa, según la naturaleza de la necesidad y el grado de su desarrollo. La satisfacción de aquella necesidad lleva consigo el restablecimiento de ese equilibrio, una fuerza en tensión que se convierte en fuerza viva, produciendo un efecto, una realización de esencia, una expansión del ser, una creación de algo, otro bien más en posesión, y consiguientemente, una sensación agradable, una satisfacción interior, un placer. La obsesión desaparece por una como descarga de fuerza sobrante y perturbadora. Cuando los norte-americanos se internaban en las vírgenes selvas del Nuevo-Mundo, adelantando gradualmente la línea de cortijos, fábricas y poblaciones, precedíales de una jornada la abeja que al par de ellos entraba en posesión del nuevo-continente; por el contrario, la ortiga ha seguido siempre al hombre y rodeado su habitación, siquiera se haya elevado á altitudes tan considerables como la del Falhourn, en el límite de las nieves perpetuas. Esta misma posición ocupa el hombre frente á frente de la necesidad; la miel de los puros y legítimos goces en esperanza le precede para estimularle, y la urente y corrosiva ortiga del dolor le sigue para aguijonear y espolear su actividad, si por acaso desmaya ó no le es bastante incentivo la satisfacción interna que delante se le está brindando. El deber, reflexivamente conocido, es el elemento moderador y regulador de la ac-

tividad, y tal vez se subroga en lugar del estímulo cuando falta éste.

Puesto que hay fines de naturaleza espiritual y fines de naturaleza física, los estímulos que provocan el tránsito del fin potencial á necesidad serán también de dos maneras, y obrarán en una doble dirección: psico-física y físico-psíquica. Cuáles son esos estímulos ó excitantes, y cómo obran, lo he indicado ya en otro lugar (§ 19). Allí hemos visto cómo la modificación causada en el cuerpo por el objeto, estado ó energía natural estimulante, determina una impresión, la cual es transmitida por los nervios sensitivos al cerebro, para transformarse allí en sensación: el alma interpreta y define los datos que en la sensación se le ofrecen, se hace conscia del fenómeno que ha producido la excitación y del estado del cuerpo que en ella se determina ó manifiesta, y se da cuenta de la necesidad que tal estado representa: entonces principia el hecho jurídico interior, el fin potencial ha pasado á ser fin actual ó necesidad.

27. Propósito ó proposición: concepción elemental y unitaria del plan.—Los seres de derecho ejecutan sus actos en vista de un fin, ó lo que es igual, para satisfacer una necesidad. Lo primero, por tanto, es que el fin se haga presente al sujeto, que el sujeto sienta la necesidad, que es decir las sollicitaciones del fin. Acabamos de ver cómo se cumple este fenómeno, cómo se produce la sensación, cómo el alma se da cuenta, mediante ella, del estado del cuerpo ó del espíritu que en la excitación se declara, originándose la percepción sensible. El alma *se propone* ese fin de que acaba de hacerse conscia como término inmediato de su actividad: se dispone á cumplirlo. A causa de la homogeneidad sustancial existente entre fines y medios, y de la consiguiente asociación en que se presentan aquéllos y éstos al entendimiento, el sujeto entrevé el conjunto total de elementos que constituyen el hecho, no bien ha sentido su necesidad; y por un movimiento casi invo-

luntario, ó más bien reflexivo, del espíritu, bosqueja en la fantasía un primer plan ó diseño, correspondiente á la imagen del fin, hecho ya sensible, que la propia fantasía le ofrece. Así como la impresión provoca repentinamente la sensación, de igual modo la reacción del espíritu contra la sensación se traduce instantáneamente en un plan embrionario, elemental, y por decirlo así, instintivo. Pero también, así como para adquirir conocimiento del fenómeno que ha motivado la impresión, ha menester el espíritu descomponer la trama compleja de la sensación, analizar y discernir los datos sensibles que van implicados en ella, mediante la aplicación de ideas ó nociones preexistentes en la razón, anteriores á toda experiencia, de igual modo le es forzoso reelaborar aquel primer plan ó diseño del hecho con que ha de contestar la sensación y satisfacer la necesidad, repensarlo, volver sobre él, desplegar los términos ó factores que lo constituyen, y formar voluntad acerca de cada uno de ellos. Es el segundo momento de la realización interior.

Supóne, como se ve, este segundo momento, la reflexión por parte del sujeto, y por consiguiente, será propio tan sólo de la actividad artística ó de la de sentido común: en los actos instintivos, no hay distinción de momentos: ese primer proyecto que se dibuja casi inconsciente y automáticamente en la fantasía, es el definitivo, y con arreglo á él se ejecuta el hecho. Más aún: hay casos en que el plan y el hecho coinciden en un mismo instante del tiempo, en que la acción exterior sigue inmediatamente á la impresión, sin más intervalo que la fracción de segundo necesaria para que la excitación determine la impresión, la transmitan los nervios al cerebro, y comuniquen á los músculos, por orden del espíritu, el impulso á ella correspondiente. Existiendo una dilatada serie de grados, desde el ínfimo de la actividad instintiva al supremo de la actividad artística, y siendo categorías relativas en cierto límite lo reflexivo y lo instintivo, es fácil comprender: 1.º, que entre la proposición y la resolución no media un espacio constante y fijo, sino variable, á partir de un límite cero, en el cual coinciden,

componiendo un solo momento: cuanto más racional, cuanto más artística sea la actividad, tanto más delicada, intensa y detenida será la deliberación que separa el plan preliminar del definitivo: 2.º, que existe cierta relatividad entre la proposición y la resolución, pudiendo transformarse el plan de la primera en el de la segunda, y viceversa: el proyecto de ley presentado á un Congreso, es resolución respecto del individuo que lo ha redactado, y proposición respecto de los demás: el acuerdo tomado después de maduro debate, llega á transformarse por virtud del hábito en plan instintivo, que hace innecesaria la reflexión para ser puesto por obra.

28. Deliberación ó discusión, y resolución ó plan.—Tiene este segundo momento un doble fin: 1.º, desarrollar áquel plan embrionario que sigue inmediatamente al conocimiento de la necesidad y constituye el contenido del propósito: 2.º, cerciorarse de su bondad, y rectificarlo en aquello que resulte no corresponder á la ley objetiva del fin que va envuelto en él.—Cuanto á lo primero, será bien recordar que todo fin ú objeto factible es una unidad compuesta, en organismos de partes, de factores, de relaciones: por esto, no puede ser condicionado en una forma cualquiera, sino sistemáticamente, según la forma y disposición interior del objeto, no poniendo los medios de una vez, sino parte por parte, según la naturaleza y según la posición relativa de cada una en el organismo del todo á que pertenecen (§ 17). Esta distinción analítica sólo se alcanza mediante la reflexión, y por tanto, en un segundo momento ó función de la actividad. En lo primero (propósito), el objeto es visto de una vez, en unidad indistinta: el plan es obscuro é incierto, como fruto de un primer movimiento del ánimo, de una como espontánea anticipación, en que no se han cumplido todas las condiciones de la actividad espiritual. En este segundo momento, la actividad del espíritu se duplica, se hace regresiva, somete á juicio ese primer plan, educe su contenido, desdoblándolo en tantos

miembros fundamentales, como deje descubrir el fin ú objeto factible, señala el género de condiciones y la proporción de ellas que á cada uno corresponde, el instante en que deben ser prestadas, y el modo de la prestación: desciende luego al pormenor, repitiendo eso mismo respecto de cada una de las partes en que aquellas fundamentales se subdividen, y por este orden dá término á la elaboración del plan.

La actividad vegetal no titubea ni vacila, suministra á cada fin el medio que ha menester, en la proporción debida, en el instante más oportuno, sin que jamás se equivoque, porque entre ella y la actividad general de la Naturaleza existe perfecta continuidad, y su acción depende de leyes físicas á cuyo ciego impulso ciegamente tiene que obedecer. Pero la actividad espiritual no es ciega ni recibe el impulso de extraño agente: la causalidad que determina los actos del Espíritu reside en él mismo: le es forzoso descubrir la ley objetiva del fin que va á cumplir, para regirse por ella; tiene que escoger los medios que le son apropiados, calcular la proporción, fijar el instante, discurrir el procedimiento: necesita elegir entre varios caminos que se abren á su paso, adoptar una de las varias soluciones que aparentemente responden por igual á los términos del problema; ejecutar, entre los varios hechos posibles, el que mejor se adapte á la naturaleza del fin y á las condiciones del medio en cuyo seno ha de producirse. Y he aquí el origen del mal moral en la vida. El albedrío, por una parte, y la limitación ó finitud de nuestro ser, por otra, son causa de que pueda el sujeto equivocarse en aquel primer plan ó diseño del hecho, que pueda desviarse en él del camino que conduce en derecha al fin propuesto, erigir en centro de relaciones del objeto uno de sus aspectos parciales, subordinándole los demás, ó tal vez desatendiéndolos, apropiiar al fin medios heterogéneos. La deliberación, pues, no tiene por único fin desarrollar la proposición, sino, además, revisarla, rectificar aquel plan preliminar ó anteproyecto. Por, esto descubre un carácter eminentemente crítico. Conocido es de todos el curso que llevan los debates en las Asambleas legis-

lativas, la discusión del proyecto en su totalidad, la discusión por artículos, las enmiendas presentadas á éstos, cómo el autor de aquél las acepta ó desecha, razonando su decisión, la proposición de nuevos artículos, los turnos ó las rectificaciones, etc.: pues este mismo procedimiento observa el sujeto individual cuando delibera consigo mismo acerca de una relación jurídica que ha formado propósito de contraer. A la vista su anteproyecto, somete á detenido examen las circunstancias especiales que concurren en el hecho ó estado de que se trata, investiga el principio de razón que á tal estado corresponde, y la forma positiva ó histórica que este principio absoluto debe revestir en presencia de aquel hecho, y por uno y otro estudio viene en conocimiento de las modificaciones que el primer plan debe experimentar. Otro tanto hace con esta segunda y con las demás que se van sucediendo, hasta haber adquirido pleno convencimiento de que existe perfecta concordancia entre el plan y la ley eterna que abraza el género de relaciones á que se contrae la de que se trata. De este modo se desarrolla la deliberación como una serie graduada de planes ó propósitos, cada uno de los cuales va siendo más artístico, ganando en grados de racionalidad.

El último de todos, aquel que se adopta como definitivo y se traduce en el hecho exterior, es el que por antonomasia solemos denominar *plan*, y también *resolución*. Un tipo perfecto de este género de resoluciones tenemos en las sentencias de los tribunales modernos, divididas en tres partes: exposición de hechos (resultandos), disposiciones de derecho que les son aplicables (considerandos), y relación entre estas disposiciones y aquellos hechos (fallo).

No siempre el hecho jurídico es primero y original: lo más común es que el agente se guíe por el modelo de un hecho del mismo orden ejecutado por otro sujeto, ó bien por una regla legal ó consuetudinaria, donde están ordenados y previstos los elementos todos del hecho: la naturaleza de los medios, su proporción, el lugar, tiempo y modo en que deben ser apropiados al fin ó á la necesidad, las cir-

cunstancias que deben concurrir en la ejecución, etc. Dos cosas son de notar en este caso: 1.ª, que el agente tiene que asimilarse el hecho típico ó la regla positiva, practicando una verdadera interpretación de ella, para resolver si debe ó no cumplirla, y en caso afirmativo, de qué modo: 2.ª, que el proceso reflexivo de la deliberación se reduce considerablemente, llegando en ocasiones, por causa del hábito, á anularse casi en totalidad; y en todo caso, muda de objetivo, siéndolo antes el derecho eterno, y ahora el hecho ó la regla positiva. La asimilación de la regla tiene por objeto despertar en la conciencia la convicción de su verdad, tanto de su verdad absoluta como de su verdad relativa en aquel punto; penetrarse de sus términos, en correspondencia con los términos de la relación jurídica que por ella ha de ser regulada, reconstruyendo al efecto con el pensamiento el proceso entero en virtud del cual se produjo el hecho consuetudinario, ó el conjunto de operaciones que prepararon la promulgación de la ley. Proyectada una representación del hecho típico ó de la regla escrita ó consuetudinaria en la fantasía, el espíritu se hace conscio de ella; evoca el pensamiento que presidió á su formación ó ejecución, descomponiéndola en sus elementos constitutivos, gramatical, histórico y lógico ó sistemático, saca de ellas una suma mayor ó menor de enseñanzas aplicables á su peculiar situación, y decide en su virtud: 1.º, imitar aquel hecho ó cumplir esta regla genérica, trazando al efecto un plan ó regla individual, que es la apropiación de la primera al caso dado; 2.º, ó por el contrario, abstenerse de ella en todo ó en parte, y discurrir el modo de eludirla, si es obligatoria; ó de sustituirla por otra propia suya, que, con el tiempo, y mediante la aceptación de los demás, pueda hacerse regla general á su vez. A esto último puede resolverse el sujeto porque la ley no corresponda á su situación actual, ó porque sea injusta en toda relación. Una interpretación recta de la ley debe desechar todo elemento negativo que otra interpretación equivocada de un principio racional de derecho haya introducido. Todos sabemos que el mal jurí-

dico no tiene raíz ni existencia sustancial en la realidad, sino que nace de la interpretación que de ella hace nuestro entendimiento: como dijo muy atinadamente Cicerón, “*si, quomodo est natura, sic iudicio, homines humani (ut ait poeta) nihil á se alienum putarent, coleretur jus aequé ab omnibus*”; y más explícitamente Tiberghien: “lo mismo el hombre virtuoso que el malvado, buscan el bien; pero el uno lo busca en la satisfacción del yo; el otro en la satisfacción de la ley natural; el uno subordina el interés al deber; el otro el deber al interés: es un *defecto de juicio* que irá desapareciendo á medida que la conciencia se ilustre, que el entendimiento se desarrolle, que la voluntad se perfeccione, por el progreso de la educación y la instrucción” (1). Y no teniendo realidad sustancial el mal, siendo un puro accidente de la vida, no es fatal y necesaria su existencia: nace de un error de interpretación, tiene por fundamento una limitación accidental del entendimiento: es posible, no esencial.—¡Y sólo porque es posible, una escuela filosófica precipita la conclusión y dice: toda posibilidad ha de realizarse: el mal es tan esencial como el bien, porque de otro modo habría una posibilidad sin actualización, lo cual es absurdo: el criminal y el vicioso desempeñan funciones tan necesarias en la sociedad como el justo y el santo, porque para que el castigo sea una realidad, ha de precederle el delito! ¡Y sólo porque el mal ha sido una realidad permanente en la historia hasta el presente día, si bien en un decrecimiento progresivo, una escuela religiosa declara nuestra naturaleza viciada en su raíz y para siempre, y el pecado un mal de que no puede rescatarse el hombre sin un milagro del cielo, y la miseria una institución de derecho divino, y el delito una de nuestras fundamentales características, que hace del verdugo el supremo rector de la vida humana! Por fortuna para la humanidad, el sentido común la salva de estas monstruosas idealidades, y alentada por las reve-

(1) Cic., *De legib.*, I, 12; Tibergh., *Ciencia del alma*.

laciones espontáneas de la verdad objetiva á su razón, combaté animosamente el mal, y lo vence, y sigue incesantemente progresando.

En el curso de esta deliberación, no se olvida nunca el sujeto de tomar en cuenta los precedentes prácticos: cómo interpretó y ejecutó tal vecino, deudó ó conocido la regla positiva; ó si falta regla, cómo se condujeron, cómo obraron los demás en aquella relación que á él le preocupá; y cuando la relación sea originaria, cuando nadie antes que él haya sentido su necesidad ó la haya abordado resueltamente, todavía procura ampararse en razones de analogía ó en hechos semejantes. Rara vez se aventura el sentido común por nuevos derroteros, sin buscar un asidero en la realidad sensible: tan ingénito es en nosotros el instinto del precedente. Por lo demás, fácil es concebir cómo desde el hecho primero que encabeza una costumbre ó una interpretación usual, se verifica una verdadera degradación ó disminución gradual del trabajo reflexivo, y cómo, por tanto, va perdiendo en importancia la deliberación á medida que el hecho ó la interpretación se va haciendo más y más habitual (§ 42). El máximum corresponde á los iniciadores: los que les siguen se limitan de ordinario á imitarles, completando, si acaso, ó rectificando el hecho con algunos detalles: últimamente, hasta los detalles dejan de ser móviles, y el hecho viene á ser un como troquel ó pauta mecánica para los subsiguientes. La primera viuda romana que se propuso seriamente burlar la vigilancia del tutor legítimo ó testamentario, hubo de asimilarse una buena parte del derecho privado, penetrarse á fondo del sistema en que estaban engranados unos con otros los diversos miembros de la legislación, idear cómo podría sostenerse dentro de él una venta fingida, y proyectar un tutor fiduciario que, más que tutor, fuese pupilo suyo, todo lo cual supone un estudio detenido y una deliberación madura y delicada: pero una vez cumplido el hecho, y visto que prosperaba, las demás viudas lo tomaron por modelo, se habituaron á él é hicieron caer en desuso la legislación vigente sobre la

materia. Otro ejemplo. Para evitar el desenfreno de las costumbres ó restituirlas á su primitivo estado de pureza, se propuso Catón cerrar á las mujeres la mina de la testamentifacción de donde sacaban oro en abundancia con que sostener su lujo enervador: con este fin, hizo que se dictara la ley Voconia, prohibiendo instituir herederas á las mujeres, y limitando la suma que se les podía dejar en concepto de legatarias. Para eludir esta ley, inventóse el fideicomiso, manera indirecta de instituir á la persona que la ley incapacitaba para ser instituída directamente; y si bien tales actos no tenían fuerza de obligar, era mal mirado en la sociedad el fideicomisario que prefería observar la ley Voconia á cumplir la voluntad del testador, y hasta los pretores lo reprobaban. El primero que testó en este sentido, hubo de asimilarse primeramente la ley Voconia, interpretar su significado, penetrando los propósitos y la intención del legislador, sentir repugnancia hacia ella, arbitrar un medio en consonancia con la conciencia de su tiempo, á fin de lograr, á pesar del precepto legal, los fines que se proponía: la sociedad vió retratado su pensamiento en ese primer hecho, y lo aceptó como regla general de conducta, y lo impuso por medio de una sanción moral á aquellos que optaban todavía por obedecer la ley, la cual vino de este modo á quedar desusada; y así, el primer hecho, sin más deliberación, hizose costumbre, y no mucho tiempo después, ley.

No siempre la deliberación se desliza serena, pausada y regular, como un trabajo ordinario de reflexión: á las veces reviste caracteres de enconada lucha de motivos; los planes, en vez de concatenarse, de ser una como evolución los unos de los otros y dejarse franco el paso, se contraponen y batallan; la combustión de la sustancia nerviosa toma las proporciones de un incendio; la cabeza parece que va á estallar; no logrando el sujeto, en medio de la desencadenada tempestad, imponerse á las circunstancias, pierde el dominio de sí mismo, y se convierte en teatro de espantosa trágedia, cuyo desenlace es á menudo una catástrofe, el

suicidio ó el asesinato. ¡Cuántas de estas tragedias íntimas se ocultan debajo de cada uno de esos hechos que la prensa registra diariamente, y que el público devora con más curiosidad que pena, como si la preocupación constante de la vida y la lucha por la existencia hubiesen encallecido á todos el corazón! ¡Qué espantosa batalla de afectos la del menestral pundonoroso y honrado á quien arruinó una crisis, asediado por el hambre, herido en lo más vivo con los padecimientos de sus hijos, solo en medio de la sociedad indiferente á su desgracia, desesperado ante la perspectiva de tener que mendigar una limosna en la vía pública, juguete de mil encontrados afectos, víctima de un concurso de circunstancias imprevistas,—que encuentra preferible á toda otra resolución, para sustraerse á la miseria y evitar las humillaciones que su pasión agiganta, darse la muerte juntamente con los hijos á quienes idolatra! ¡Qué tragedia la de la madre que por temor de la infamación mata al recién nacido, ó que tal vez por librarse del mal trato de un marido brutal se suicida, y por no dejar á sus hijos en el abandono, los sepulta consigo en una atmósfera de carbono asfixiante! ¡Qué tragedias aquellas que tantas veces nos han representado los poetas, tomadas de la vida real, personificadas en Oteló, en Hamlet, en Laertés, en el padre de Emilia Galotti, en Valjean, en Lorenzo, y en tantos otros!

Y he aquí cómo no están en razón directa de la reflexión ó del tiempo á ella consagrado, los resultados obtenidos: no me refiero al mayor ó menor grado de talento, de instrucción ó de honradez del sujeto, ni á sus predisposiciones hereditarias, sino al estado de tensión de sus facultades anímicas, y al grado de desequilibrio de su sistema nervioso. En la reñida lucha de motivos en que á las veces se empeña la razón cuando delibera, llega un instante en que la conmoción de los centros nerviosos es tan violenta, que el funcionamiento regular de aquellas facultades del espíritu se hace totalmente imposible, y el esfuerzo de la reflexión, en vez de aquietarla, la irrita más y más: es la madeja tan-

to más enredada, cuanto más empeño se pone en descubrirle el cabo. Cuando tal estado sobreviene, y aun antes de que sobrevenga, conviene suspender la reflexión durante algún tiempo, y demorar la adopción de un acuerdo definitivo. A causa de nuestra limitación, la *intermitencia* de la reflexión es, en ocasiones, no menos esencial que la reflexión misma, en este segundo momento de la realización interior del hecho. El sistema nervioso se fatiga y debilita, á consecuencia de las repetidas descargas de fuerza viva que lleva consigo todo debate interior, y necesita, lo mismo que los órganos del sentido, lo mismo que los músculos, entregarse á un descanso reparador (1). Ciertamente que no permanece inactivo mientras descansa: así como va recobrando el perdido equilibrio, el caos, de impresiones accesorias que turbaban la percepción de las sensaciones principales, se desvanece, mientras que éstas se calman, se ordenan, se asocian y conciertan entre sí en un conjunto armónico: las líneas de vibración correspondientes á las primeras, se borran; las correspondientes á las segundas, moderan su agitado movimiento y se sujetan á un ritmo más sosegado: el cerebro se ha repuesto de aquel agotamiento de fuerzas, el espíritu se ha reintegrado, y la idea de que la reflexión no acertaba á apoderarse, nos aparece clara y diáfana después del reposo, y cuando no, dispuesta á ceder en un segundo ó tercer período de la reflexión. De dos modos se logra este resultado: 1.º, dirigiendo la actividad á un objeto distinto de aquél que nos preocupaba: 2.º, interrumpiendo del todo su ejercicio por medio del sueño. Mudando de objetivo la inteligencia, la actividad no suspende su acción, pero obra en regiones distintas del cerebro, y mientras éstas funcionan, cesan en su trabajo y se recomponen aquellas que acaban de actuar: el alma se sirve de un cen-

(1) Una impresión demasiado intensa y sostenida puede ocasionar una descomposición tal de la sustancia nerviosa, que no le sea posible recobrar el equilibrio normal, y su poder de reacción se destruya total ó parcialmente, quedando paralizado el órgano correspondiente á aquel género de impresión, ó tal vez, si afecta á alguno de los centros afectivos ó intelectivos, produciendo la locura.

tro ú órgano distinto en el cerebro, de un grupo de células que antes había estado en reposo (1). El sueño produce esos mismos efectos, pero más intensamente, porque el alma cesa de atender á sí misma y de recibir nuevas impresiones del exterior; el sujeto deja de ser consciente en toda relación, y la reintegración del aparato neuro-psíquico es total: parece como si, mientras dormimos, se efectuase una sedimentación de relaciones accesorias y una cristalización de ideas primordiales que, al despertar, se presentan á nuestro espíritu como una creación nueva, debida á un agente misterioso que residiese dentro de nosotros. Por esto dice el pueblo con muy buen sentido, en un adagio: "Dormiréis sobre ello y tomaréis acuerdo"

La deliberación termina en el punto mismo en que se adopta una resolución definitiva: la cual, por tanto, no constituye una función ó un momento especial en ese tránsito activo de la voluntad general á voluntad concreta y singular, sino más bien el último plan de la serie en que consiste la deliberación. El tiempo que ha de invertirse en deliberar, es relativo á la naturaleza del asunto y al grado de aptitud de cada sujeto para con él. Una regla de la sabiduría popular, hija de la experiencia, aconseja deliberar sin precipitación y corregir una y otra vez el plan primeramente concebido, reservando la presteza para la ejecución. "Despacio piensa y obra aprisa.—Quien de presto se determina, despacio se arrepiente.—Pensando mucho y corrigiendo más buena tu obra la sacarás.—Mientras el discreto piensa, el loco hace la hacienda.—Lo que hace el loco á la derrería, hace el sabio á la primería.—Buena es la tardanza que hace

(1) Así permiten sospecharlo, además del hecho tan sabido de que el cambio de ocupación produce alivio ó descanso al espíritu cuando se siente fatigado, las investigaciones practicadas durante la última década sobre la localización de las funciones psíquicas en el cerebro, como, por ejemplo, la afasia, y consiguientemente el lenguaje, en la circunvolución llamada de Broca, las sensaciones del tacto en la del Hipocampo, las funciones motrices en derredor del surco de Rolando, y á este tenor, otras varias funciones en otros varios lugares de la capa cortical del cerebro.

la carrera segura.—Quien bien ata, bien desata; quien bien devaña, bien teje, etc.”

29. Comunicación del propósito ó del plan á otros individuos.—Cuando el hecho es puramente individual, cuando su ejecución depende de una persona sola,—una vez concebido y resuelto por ella el plan, nada más tiene que hacer sino imprimir el movimiento debido á sus músculos, á fin de realizar los actos necesarios para que el hecho intencional proyectado interiormente pase á ser hecho efectivo, encarnado en el mundo exterior. Pero cuando el hecho ha de ser obra de una actividad compuesta de dos ó más actividades individuales, el propósito ó el plan del iniciador ha de buscar su complemento en una función nueva, que es una como reproducción de todos los momentos que acabo de describir: la comunicación, el debate y el común acuerdo. Distingamos los dos casos más ordinarios:—1.º La convención sinalagmática:—2.º Las resoluciones de la opinión pública.

Para la perfección de una convención sinalagmática, ó para la resolución de un hecho por dos ó más personas, se requiere: 1.º, que la persona que ha concebido el plan, desarrollado ya ó todavía en estado embrionario, lo comunique á aquellas otras cuyo concurso, por la índole del hecho, es necesario: 2.º, que estas personas deliberen interiormente consigo mismas acerca del hecho propuesto, y formen juicio de su necesidad y de sus términos: 3.º, que deliberen todas en común, exponiendo sus respectivos dictámenes individuales, haciendo valer cada cual las razones que, á juicio suyo, favorecen el primitivo proyecto, ó el nuevamente propuesto, presentando enmiendas ó poniendo objeciones á las presentadas, fusionando ó conciliando unos con otros los diversos planes que se entrechocan en el curso del debate, ó por el contrario, reduciéndolos, procurando hacer prevalecer su convicción personal, ó al revés, vencidos á la opinión sustentada por la otra parte: 4.º, últimamente, que convengan en un plan común: la voluntad conserva su carácter individual

hasta el momento en que los unos declaran su asentimiento á lo que proponen ó aceptan los otros. Tal sucede, por ejemplo, en el contrato de compra-venta, en el de comisión, de arrendamiento, de préstamo, de sociedad, etc. Tiene en la práctica extraordinaria importancia fijar el instante del tiempo en que queda establecido el acuerdo entre las voluntades individuales, sobre todo cuando la comunicación se hace por cartas ó por mandatario: el autor de una proposición puede retirarla hasta el instante en que le sea conocida la aceptación de la otra parte: el autor de la aceptación puede igualmente retractarse de ella hasta el momento en que la aceptación llegue á noticia del que la propuso, dejando de ser eficaz el asentimiento si, después de expedida la carta, por ejemplo, pero antes de llegar á su destino, expide otra nueva revocando su acuerdo. Dicho se está que tanto la proposición como la deliberación y la aceptación, pueden revestir cuantas formas naturales ha creado la historia para poner en comunicación unos con otros espíritus, principalmente la palabra hablada (directamente, ó por medio de mandatario ó nuncio), la palabra escrita, los signos telegráficos, etcétera. El estudio de la validez de estas diversas formas de comunicación tiene una importancia capital, señaladamente en derecho mercantil: esa validez depende en buena parte de la costumbre y de la libre apreciación de las partes y de los jueces.

Vengamos al caso de la voluntad social. La sociedad, digamos, es un organismo compuesto cuyos elementos componentes no dependen del todo social en toda relación, sino que son ya de por sí todos completos, y realizan por esto una vida propia distinta de la de los demás, y aunque engranada con ella, no siempre con ella paralela y congruente. La vida de las colectividades, aunque respecto de sí propias, consideradas como todos orgánicos, ostentan como primer atributo la unidad,—con respecto á las individualidades elementales que la componen, es irregular y desigual por todo extremo. No obra en todos un mismo grado de energía, y por esto se desarrollan más ó antes unos que otros, y tal indi-

vidualidad se adelanta á la multitud, así en concebir un ideal, como en sentir el aguijón de la necesidad que ese ideal trae consigo, y en querer que se traduzca en hechos. Como dice Cantú, "el sano juicio particular precede siempre largo trecho al común, y transcurre mucho tiempo antes de que las Academias, las Comisiones, los Gobiernos, sepan tanto como un hombre." Sócrates tenía más razón que el pueblo que lo condenó á beber la cicuta: Graco veía más claro que la insensata plebe, bien pronto arrepentida, que le dió muerte: Alfonso X era más previsor que el pueblo que le exigió las tasas: Colón sabía más que los Gobiernos que le calificaron de loco; y Galileo más que los sabios de su siglo, que lo condenaron por impío.—Así, pues, cuando los hechos han de ser obra de todos ó del mayor número, aquel individuo ó aquella minoría en quien primeramente ha encendido la luz del ideal, lo anuncia á la sociedad, lo hace presente á su pensamiento, procura despertar en ella la conciencia de su necesidad, que hasta entonces él solo ha sentido, é inspirarle la convicción del plan que ha proyectado para satisfacerla. Por este medio, viene á constituirse ese individuo en órgano de la sociedad; y no se habrá echado en olvido que estos órganos pueden ser oficiales y adventicios (§ 14). Suponen los primeros una aptitud y una sensibilidad especial para anticiparse á las necesidades de la vida pública, por lo mismo que hacen de ellas objetivo preferente de su atención y de su estudio, y fuente especial de responsabilidad para sí propios. Así, por ejemplo, cuando los *select-men*, funcionarios ejecutivos del municipio norte-americano, conciben un pensamiento nuevo que consideran beneficioso para la ciudad, ó proyectan introducir alguna mudanza en el régimen de algún servicio público, convocan al Cuerpo electoral, *town meeting*, hácenle ver la necesidad pública que han advertido, y las medidas que, á su juicio, conviene adoptar para satisfacerla, ó el progreso realizado en tal ó cual orden de la vida, y que conviene atender ó introducir en la ciudad; razonan el plan, las reglas y el presupuesto que, en opinión suya, son menester para lograr el fin propuesto; y la

Asamblea popular decide acerca del conjunto del pensamiento y sobre cada uno de sus extremos y detalles. En idéntico caso se encuentran hoy, con respecto á las Cámaras legislativas, los Ministros, órganos especiales de proposición de leyes, al par que ejecutores de ellas.

La importancia de los órganos adventicios crece en razón directa de la libertad que disfruta la sociedad, y del respeto que los poderes guardan á la opinión: en razón inversa del genio ó del talento político desplegado en el Gobierno por sus representantes oficiales. En ninguna parte se hace esto tan patente como en el derecho de gentes, donde la influencia de los tratadistas en la resolución de los conflictos jurídico-internacionales es tan poderosa, ó en Roma, señaladamente en el período de la República, donde los jurisconsultos que asesoraban al pretor, unas veces encauzando la opinión, otras veces anticipándose á ella, pesaron tanto como la acción irreflexiva del pueblo en el progreso y desarrollo del derecho civil. En otro respecto, el tipo histórico más característico de este género de órganos de proposición, es el de los *agitadores* del Reino Unido, cuya abnegación, cuyos esfuerzos, cuya valiente é intencionada propaganda, tanto han contribuído al triunfo de las ideas de justicia y al progreso de la vida política moderna. Su ministerio tiene algo del ministerio de los profetas bíblicos y de los apóstoles del Evangelio: hácese encarnación viva de una idea, y á ella consagran su existencia, hasta tanto que logran con la agitación incesante que le imprimen y el calor que infunde su entusiasmo, romper el hielo de la indiferencia pública, penetrar en la conciencia de la multitud, quebrantar el antiguo ideal, suscitar enemigos á la práctica por injusta y dañosa combatida, congregar una mayoría de prosélitos en torno de su bandera: la utopía de un individuo se ha hecho opinión social, ha salvado el valladar más temible, ha arrollado los obstáculos interiores que le oponía la sociedad, y no tardará en vencer los exteriores que le opone el poder oficial: la opinión conquista el Parlamento, se hace ley, y el hecho se cumple. Recuérdese á Wilberforce, el apóstol de los esclavos.

vos, el titán vencedor de la trata de negros; á Cobden, el infatigable propagandista de la libertad económica, á cuyos golpes de ariete cayeron los privilegios de los propietarios terratenientes, y se abrieron las puertas del reino á los cereales extranjeros; á O'Connell, el profeta armado de la libertad política y religiosa de los irlandeses, el triunfador de la intolerancia protestante; á Parnell, que en estos mismos momentos tiene empeñada ruda batalla, que durará años, pero cuyo éxito no es dudoso, con la última forma que ha revestido la servidumbre en Irlanda, con la servidumbre del colonato, y que no cesará en su empeño hasta que Irlanda sea de los irlandeses; á Odger, el adalid del socialismo stuartmillano, cuyo ideal es convertir á los colonos en propietarios, haciendo al Estado dueño del suelo por medio del impuesto, para que lo venda luego por un módico precio á los actuales arrendatarios; á Plimsoll, el patrocinador de los marinos contra las infames asechanzas de los armadores, escudados por una falsa libertad que hacía permanecer impasibles á los poderes en presencia de los abusos más horribles.

Esas personalidades gigantes son, relativamente, raras: lo general es que el individuo obre en esfera más modesta y de un modo menos ostensible, héroe anónimo, cuyo nombre obscurece el título de una liga ó una asociación, ó se pierde tras el título de un periódico. Son las dos formas más ordinarias por las cuales se comunican hoy los individuos unos á otros sus planes y propósitos: las *asociaciones*, ligas ó congresos, y la *prensa periódica*, correspondientes á la comunicación oral y escrita, que como formas fundamentales hemos visto que intervienen en los preliminares del convenio sinalagmático.

En su primera edad, la prensa giraba en una órbita muy reducida, y su eficacia no podía ser lo inmediata y activa que es en nuestro tiempo: heredaba las tradiciones de la Edad Media é imitaba sus procedimientos, el pasquín y la rapsodia juglaresca. Antonio Pérez había discurrido un plan para salir de la cárcel de la Inquisición y acogerse á

la de los Manifestados, donde no estaba admitida la prueba del tormento; más para llevarlo á cabo, érale menester el concurso del pueblo de Zaragoza, y para acalorarlo en favor de su causa, valíase de escritos que de cuando en cuando lanzaba desde su prisión, y que en alas de la imprenta y en manos de los juglares callejeros, se difundían entre los labradores y menestrales, y concitaban á ira sus ánimos, hasta estallar violenta y amenazadora, intimidar al Santo Oficio, y hacerle soltar al hábil ministro de Felipe II, sabrosa presa en que ansiaba cebarse. En la centuria presente, el periodismo ha cobrado tales vuelos, que con razón se considera como una de las instituciones fundamentales en que descansa la vida moderna, y metafóricamente, como un poder nuevo del Estado. Es la tribuna del pueblo desde donde se dirige á sus conciudadanos todo el que tiene que comunicarles algún pensamiento de interés común, denunciarles los abusos, errores é injusticias cometidas por los poderes públicos, y ponerles de manifiesto las consecuencias funestas que pueden acarrear para lo venidero: estrado universal, desde donde elevan sus quejas todos los oprimidos, sus temores y advertencias los avisados, ante el tribunal inapelable de la opinión pública; patrocinador de todas las causas justas; despierto vigía que anuncia á la patria, desde muy lejos, las futuras tempestades en que puede naufragar su honra, su vida ó su porvenir, y le señala rumbos por donde dirigirse á mayor engrandecimiento. El periodista independiente vive en intimidad de relaciones con el país; lo inspira y se inspira en él; acepta el mandato imperativo que nace de los hechos sociales, pero sin renunciar á su papel de tutor y artista; escucha la voz de la opinión, y se constituye en eco suyo, pero al mismo tiempo, reobra sobre ella constituyéndose en eco de la razón; no va contra la corriente general, pero se esfuerza en desviarla cuando juzga que se ha salido de los cauces del bien y de la justicia: semejante á un espejo ustorio, reconcentra en un punto todos los rayos de luz que se proyectan de la sociedad, sus acentos, sus alegrías, sus dolo-

res, sus esperanzas y sus ideales: cedé á la corriente común, pero al mismo tiempo la regula, acelerándola ó moderándola, según las ocasiones y los tiempos. Conforme sea la naturaleza y la cuantía de la reforma y el estado de la opinión, así es lenta ó instantánea la acción del periódico sobre ella. Hace dos años; un diario español publicó un artículo titulado *¡Pobres niños!* denunciando la profunda inmoralidad que entrañaban ciertos anuncios, de los cuales resultaba que había ó podía haber quienes entregasen niños de pocos años á la explotación de las cuadrillas ambulantes de acróbatas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, tiriteros ó mendigos de profesión, poniendo en evidencia la crueldad de que son objeto los infelices niños alquilados, por parte de los que se dedican á ejercicios de fuerza, de equilibrio ó de dislocación y haciendo un sentido llamamiento al Gobierno y á los legisladores españoles, en nombre de la civilización y del decoro de nuestra patria, para que licieran imposible esa trata de niños que arroja sobre la frente de la humanidad una nota de barbarie: la generosa excitación obró como quien arrima la llama de una tea á un haz de secos combustibles: el fuego prendió en minutos: el mismo día, toda la prensa periódica, sin distinción de matices, se asoció al pensamiento; pidiendo una ley de protección de niños; y el mismo día tambien, un Senador dirigió al Gobierno una pregunta sobre el mismo asunto; y al día siguiente, siete Diputados, afiliados en diversos partidos, presentaron en el Congreso una proposición de ley, que corrió rapidísimamente los trámites reglamentarios y fué aprobada por unanimidad (1).—Poco tiempo después, la ruda campaña de la prensa obligaba al Gobierno español á expedir una circular á los Gobernadores, que principiaba así: “Las censuras que la opinión formula con frecuencia por medio de la prensa periódica, y las repetidas quejas que en diversas formas y aún en contrarios sentidos se

(1) Aunque, por lo visto, para no ser cumplida por los delegados del poder, pues, á juzgar por los hechos, se diría que tal ley no existe.

elevan á este ministerio, sobre la conducta de las autoridades con referencia á la persecución del juego, no ha podido menos de llamar la atención de S. M. (?), y de exigir que se ponga pronto término á un estado de cosas que amengua el prestigio y la consideración que tanto necesitan los representantes del Gobierno para el buen desempeño de sus funciones.”—No siempre está tan bien preparado el terreno para que germiné y florezca la semilla sembrada una vez por medio de la prensa: á las veces, necesita un cultivo esmerado y paciente, y una perseverancia que tiene algo de predestinación y de sello religioso. Pocos ejemplos pueden citarse tan característicos, y de pocas cosas puede gloriarse tanto el periodismo, como de la transformación del espíritu público del pueblo inglés, obrada por ministerio suyo, con respecto al régimen colonial, hace poco más de una generación. Inglaterra, al igual de los demás pueblos, tenía sus colonias en clase de factorías ó mercados, para su comercio y productos exclusivamente. Pedían los colonos del Canadá que se les permitiese elegir sus representantes y gobernar sus intereses locales; pero el pueblo no entraba en esas miras, y se obstinaba en mantener la Constitución de 1791, según la cual, tanto el Gobierno como el Senado eran de nombramiento real: hubo peticiones, desórdenes, y últimamente, en 1838, un levantamiento que fué sofocado. El célebre informe de Lord Durham abrió los ojos á las gentes sensatas, y principió á prevalecer entre ellas la opinión de que sólo una semi-autonomía, acomodada al estado de cultura de aquel país, dejaría á salvo los respetos de la justicia, conjuraría los peligros de una más seria insurrección separatista, y conservaría unida á la metrópoli la vasta colonia americana; pero aunque el pueblo se negaba tenazmente á conceder á los ingleses de América las instituciones libres de que disfrutaban los ingleses de Europa, no pensó aquella minoría en escalar el poder por el engaño y las malas artes, para hacer desde allí por fuerza de decretos lo que la pública opinión injustamente repugnaba, sino que acometió la árdua tarea de desva-

necer el error en que estaba la ciega muchedumbre, haciendo de la prensa, cátedra y tribuna, pugnando un año y otro año por llevar á su ánimo la convicción del nuevo régimen político-colonial que iba á inaugurarse, quebrantando de este modo la viva resistencia con que en un principio había tropezado, y más tarde venciénola del todo. Sin el poder que tiene la prensa en Inglaterra, sin su patriotismo previsor, sin esa propáganda-hábil y tenaz, las vías legales se habrían trocado en sangrienta insurrección, y la autonomía en independencia: Inglaterra habría perdido soldados, caudales y colonias.

He dicho que los órganos adventicios de proposición ejercen esta función esencialísima por medio de la palabra escrita y por medio de la palabra hablada. A esta última forma de comunicación oral se refieren los *comicios tributos* romanos, de donde salían los plebiscitos, y las *debating societies, meetings* y *hustings* ingleses,—que son los dos ejemplares típicos que pueden señalarse en la historia. Las comicios tributos eran asambleas generales de las tribus que deliberaban sobre los asuntos de interés común, pero sus acuerdos no tenían fuerza de ley: eran un modo de manifestación de la opinión social, como las resoluciones y peticiones de los modernos *meetings*, á los cuales los compara Mommsem, hasta que se hicieron obligatorios en virtud de varias leyes expedidas por dictadores y tribunos, desde Publilio Philo hasta Lectorio. Los *meetings* son reuniones inmensas de ciudadanos, donde se discuten libremente las cuestiones políticas que se hallan á la orden del día: el iniciador de una idea la publica á la faz de sus conciudadanos, y la recomienda á su atención y á sus sufragios: si es tomada en consideración, se la somete á un juicio contradictorio, se delibera acerca de ella, y cuando ya está suficientemente discutida, si procede, se vota, elevando las manos como en la agora de Atenas, ó firmando una petición á las Cámaras. Así, por medio de estas votaciones y peticiones plebiscitarias, al par que se ayuda á formar la opinión, vaga é indecisa siempre, como obra de

la conciencia irreflexiva, se define y concreta. He aquí, por vía de ejemplo, un caso reciente. Cuando, en 1876, la barbarie turca reprodujo en Bulgaria aquellas escenas de exterminio y de desolación que tantas veces hemos leído horrorizados en las historias antiguas, el pueblo inglés dejó escapar un grito de indignación, que no pudo menos de resonar en las esferas de la gobernación del Estado: los jefes del partido liberal (antiguo whig), hicieron un llamamiento á la conciencia nacional, y la nación respondió unánime, como correspondía á los sentimientos nobles y humanitarios de un pueblo culto: lord Rusell, lord Gladstone, lord Bright, y hasta lord Granville, en discursos, en cartas, en folletos, agitaban y acaloraban la opinión, interesándola en favor de la justicia que asistía á las desdichadas víctimas de la barbarie musulmana; y los mismos ministros que veintidós años antes habían dirigido la guerra de Crimea, y el mismo país donde esta guerra había sido tan popular, protestaban ahora contra la política antirrusa: todas las ciudades celebraban *meetings* numerosísimos, y en ellos se protestaba contra las crueldades de los turcos y contra la actitud del Gobierno en la cuestión de Oriente, y se firmaban peticiones al Ministerio y á las Cámaras, y se dirigían mensajes á la reina, reclamando una política de intervención favorable á los cristianos y opuesta á la que venía siguiendo Inglaterra por tradición en aquellas regiones: reprobaban en el Gobierno el que patrocinase la causa de Turquía, y se hiciera implícitamente solidaria de los crímenes atroces de Bulgaria, llegando á decir que, sin su apoyo, no se hubiera atrevido á cometerlos: y no ocultaban su deseo de que Inglaterra entrase en inteligencias con Rusia, para poner término al temeroso problema oriental. En este coro unánime de generosas protestas, que es de sentir no encontrarse imitadores en las naciones del continente, no cupo la menor parte á la prensa, allí asociada siempre á las grandes explosiones del sentimiento público. Resultado práctico: el gobierno conservador ó *toiy*, tan dado á las aventuras de la guerra, se sobrecogió, y ya

que no hizo, dejó que Rusia hiciese: los amigos de Turquía, en Francia sobre todo, le acusaban de haber cedido al influjo de una opinión pública tan inconsiderada y utópica como culpable y violenta, y retirado á Turquía la protección que venía dispensándole por una especie de tutoría tradicional (1).—Por lo instructivo y por lo noble, he de recordar un caso de manifestación originalísima, acaecido en 1876, en Puerto Rico. Habían sido puestos en capilla para ser ejecutados, tres soldados de artillería, condenados á la última pena por el Consejo Supremo de la Guerra, por delito de desertión. La noticia de la proximidad de la ejecución cundió como el rayo por la capital de la isla, que no había visto alzarse el patíbulo hacía muchísimo tiempo, y sus nobles habitantes, sin excepción de clases, animados por un sentimiento común, improvisaron una manifestación, al efecto de implorar del capitán general el perdón de los reos. Las más distinguidas damas de la sociedad puertorriqueña tomaron la iniciativa, asociándose á ellas el Ayuntamiento en masa, el clero y el cabildo catedral, con el obispo á la cabeza, el cuerpo consular, los periodistas, y número extraordinario de personas de todas clases y condiciones. Hubiese sido cuando menos impolítico desoir el voto de una ciudad entera, manifestado por modo tan unánime, y el General La Portilla hubo de hacer uso de la gracia de indulto que las leyes de Indias le conceden. Profundamente reconocidos y afectados los manifestantes, se dirigieron en masa á la catedral, á dar gracias á Dios porque había librado á los desdichados desertores de la muerte, y á Puerto Rico de un horrible espectáculo.

Hácese también partido las ideas y recorren el período de gestación, organizándose en asociaciones menos tumultuosas y más pacíficas, llamadas Ligas, Uniones, Con-

(1) Por desgracia, todavía hizo demasiado: no escuchó los votos del pueblo sino en parte, y el pueblo le retira su confianza, y envía una mayoría compacta de liberales, en las elecciones que se están verificando en el momento en que escribimos estas líneas.

gresos ó de otro modo. También es Inglaterra el país clásico de este género de órganos corporativos adventicios. Surge en el cerebro de una persona una idea de gobierno que responde á alguna necesidad pública, hace partícipe de ella á algunas otras, y al punto constituyen para servicio suyo una sociedad, á fin de que su acción sea más eficaz: su propaganda es activa y vehemente: acude á todos los medios legítimos de comunicación: el número de adeptos crece de día en día, en progresión geométrica; su órbita se ensancha, hasta abrazar dentro de sí la mayoría de la nación: desde la prensa y los *meetings* pasa á los comicios, de los comicios asciende á los Parlamentos, y entonces, lo que al principio fuera utopía y plan ideal de un individuo, se convierte en hecho social, y la escuela ó la asociación, logrado ya el objeto para que había sido fundada, se disuelve. Citaré como ejemplo la "Liga de Manchester", que se constituyó con el exclusivo fin de conseguir, por el medio pacífico de la propaganda, la reforma de las leyes agrícolas y el mejoramiento de las clases obreras, reformas que tantos intereses y privilegios hería, y que por eso mismo debía tropezar con tantas resistencias entre las clases más poderosas;—la "Land tenure association," inspirada en las ideas económicas de Stjuard Mill, diametralmente opuestas á las de Cobden y la famosa Liga de Manchester, puesto que su instituto es establecer la distribución de las riquezas sobre bases más equitativas que las que resultan de la libre competencia en su forma actual, generalizando la propiedad territorial, mediante la acción indirecta del Estado; á cuyo fin, se propone persuadir á la sociedad, para que ésta ponga en sus manos el instrumento del poder que, para realizar ese propósito, juzga necesario;—el "Congreso de amigos de la paz" y otras análogas instituciones (1), cuya idea generadora es el desarme

(1) *The peace society*, de Londres; *Lega de la pace*, de Milán; *Liga Neerlandesa de la paz*; *Sociedad francesa de amigos de la paz*, de París; *Unión de la paz universal*, de Filadelfia; *Liga de la paz y de la libertad*, de Ginebra, etc., etc.

europeo y el arbitraje internacional, idea que no hace mucho tiempo apenas contaba media docena de adeptos, utopistas, como Saint Pierre, Kant ó Cobden, que hoy defienden sin rebozo publicistas y filósofos con muy raras excepciones, que ha principiado á penetrar en las masas populares, según demostró el último Congreso celebrado en Nápoles, que ha visto ya un principio de reconocimiento oficial en el tratado de París, que ha producido hechos como el del arbitraje de Ginebra, principio de que se han mostrado partidarias varias Asambleas legislativas de los Estados Unidos, Países Bajos, Italia, Bélgica y Suecia, y que á la corta ó á la larga señoreará todas las conciencias, triunfará de todos los obstáculos, y convertirá en viviente realidad el sueño de la paz perpetua y universal;—el “Instituto de Derecho internacional”, nacido en Gante en 1873, y cuyo objeto es favorecer los progresos del derecho de gentes, formular los principios de la ciencia y las reglas que de ellos se derivan, generalizar su conocimiento, prestar su concurso á toda tentativa seria de codificación de derecho internacional, y sustituir á los ciegos azares de la guerra un sistema de enjuiciamiento conforme á derecho;—las asociaciones y comicios de mujeres para la obtención del sufragio y de la representación política, que principian á estar á la orden del día en los Estados Unidos, en Inglaterra y hasta en Francia, y que no tardarán en producir sus consecuencias legítimas, á juzgar por la calidad y rango de algunas de las reclamantes, y por el propósito de revisar en ese sentido las leyes constitucionales, que ha manifestado la Cámara de representantes de algún Estado americano, etc.

Quedan, por último, las informaciones públicas, ora generales, ora especiales. Ejemplo de la primera clase, la información de reforma social promovida en 1808 por la Junta central de España; y de las segundas, la información arancelaria de 1867 en el mismo país.

Fácilmente se comprenderá ahora que el ejercicio de esta función, en cualquiera de las formas enumeradas, requie-

re, como condición esencial, la libertad, cuyas principales variedades en este respecto son: libertad de imprenta, libertad de reunión y de asociación. Cuando, por falta de libertad, las aspiraciones de la multitud no pueden salir á la superficie ni ser propagados los ideales que aisladamente conciben sus miembros, se produce un desequilibrio insostenible entre la vida interior del espíritu y la exterior de la sociedad, engendrándose de él uno de estos dos resultados: 1.º, si la fuerza de compresión es más poderosa que la de expansión, el pueblo languidece, decae, y tal vez muere: 2.º, si por el contrario, le aventaja la fuerza viva y creadora del pueblo, estalla una revolución, que destruye ú orilla el obstáculo, para que prosiga su carrera normal el derecho. Cuando se levantan enfrente del pensamiento muros y valladares, con la mira de que no se exteriorice y difunda; cuando el poder se interpone entre los ciudadanos, y oprime inmoderadamente aquella facultad de comunicarse que han adquirido por naturaleza ó por educación; cuando se acomete el siego y temerario empeño de obstruir violentamente esas válvulas de seguridad y esos registros de comunicación entre el pensamiento y la realidad; cuando el injusto recelo ó la ciega pasión de un gobernante, ó el egoísmo de un partido, se sobreponen á la justicia, y se hace de las leyes arcaas santas, y de las autoridades ídolos inaccesibles al juicio de la multitud; cuando no pueden ensalzarse ni proponerse reformas estimadas útiles sino con la cuerda al cuello, como en la Constitución de Zaleuco,—la vida se estanca ó retrocede, si no rompe en una explosión de cólera revolucionaria, en ocasiones no menos dañosa que la servil resignación de los pueblos nacidos para la servidumbre. La libertad es el aire respirable de las ideas, y fuera de su bienhechor influjo, mueren por asfixia. Por lo mismo que los individuos que componen una colectividad social no conciben simultáneamente todas las ideas progresivas, y aun hechas públicas no las juzgan todos de igual manera posibles, equitativas ú oportunas, es esencial esa función de la comunicación en sus más am-

plias formas, y dicho se está que también el libre uso de los medios con que tal función se ejerce, á fin de que se establezca la debida unidad de miras entre las voluntades discordantes, sea que la minoría iniciadora atraiga con sus razonamientos á la mayoría, haciéndole simpática la idea que defiende, sea que se persuada, por la tenaz oposición que encuentra, de que no está en sazón aún para ser llevada á la práctica y renuncie á ello, ó bien se resigne á mantenerla recluída en la esfera ideal de los principios. Hecho habitual el ejercicio de la libertad, y con más razón si es éste tradicional, y por decirlo así, hereditario, su primer efecto es hacer á los ciudadanos dueños de sí mismos é inspirarles un respeto profundo hacia la sociedad: cuando, por el contrario, la libertad de comunicación no existe, ó existe mercedada; cuando el corto número de personas que sienten al principio una necesidad cuya satisfacción requiere hechos sociales, se convencen de que sólo por la fuerza podrán escalar las alturas del poder, no se curan de que la sociedad piense como ellos; la consideran como blanda cera, capaz de amoldarse en un día á cuantas formas quieran imprimírsele; son ideólogos, esclavos de una abstracción, que aspiran á apoderarse de los resortes centrales del Gobierno, juzgándolos omnipotentes, para imponerse desde allí autoritariamente á aquellos á quienes no les fué dado convencer; ó si logran un momento de respiro, lo aprovechan con avidez, temerosos de que no sea duradero, buscan un equivalente del tiempo en la vehemencia de su pasión, y en vez de razonar, declaman; no se dirigen á iluminar el entendimiento, sino á acalorar el corazón y á provocar funestos apasionamientos; no educan al pueblo, lo embriagan con ideas, extravían, sobornan, engañan á la opinión, engañándose y extraviándose á sí mismos, que después de haberse elevado por virtud de esos artificios, ruedan y se despeñan desde las alturas de su fantástico pedestal, envolviendo en sus ruinas al pueblo que los siguió, y la idea misma á quien pretendieron servir, herida de muerte por el más desolador de los esce-

ticismos, el escepticismo del sentido común. En situaciones tan anormales como éstas, existe entablada una lucha constante entre los magistrados superiores del poder oficial y los hombres progresivos que viven en el serlo de la colectividad: lejos de considerarse unos y otros como representantes de ella en grado y esfera diferentes, se aborrecen como enemigos, y la idea de la justicia en que unos y otros debieran inspirarse, se ve suplantada, en aquéllos por el instinto de conservación, inspirador de resistencias; en éstos, por la desesperación y la impaciencia, que inducen á la revolución; en todos, por la falta de brújula y el apetito inmoderado del poder; en ninguno, por el respeto a la sociedad, de quien parecen, no ministros, sino dueños. La libertad moral de los individuos y la libertad política consagrada por las leyes se coengendran mutuamente: donde la una falta, no puede por menos de faltar la otra. Véase lo que sucede en Inglaterra; la ley respeta á la prensa la libertad, inherente á su instituto social, de propagar sus ideales sin restricciones de ningún género, porque la prensa, allí independiente de los partidos, sabe ser libre; y sabe ser libre, porque lo es reconocida como un derecho esa libertad natural, y se confía á su discreción el uso prudente de ella, y se adoptan para regularla los procedimientos de la persuasión (tribunal del *speaker*), y no los del terror y de la fuerza; por el contrario, en el continente, donde la prensa, en tesis general, es instrumento de partido, alternativamente ministerial y de oposición, órgano de intereses antes que de ideas; donde el periodismo no se ejerce como una profesión, sino como un medio auxiliar de alcanzar medros en la política, y donde, como lógica consecuencia de esto, los ataques y las defensas, no tanto se inspiran en la pura y desinteresada razón cuanto en los estímulos de la conveniencia particular, sea de una personalidad, sea de una facción, los gobernantes no vacilan en poner trabas á su ejercicio, trabas que traspasan casi siempre los límites de lo justo, y que redundan en daño de la sinceridad y de la serena calma que debe reinar

en esas regiones donde el ejercicio del pensamiento y de la crítica refluyen inmediatamente sobre la realidad. Por otra parte, su eficacia es menor, la opinión social y los gobiernos ponen menos fe en sus doctrinas y en sus juicios, aquí donde el periodista no puede decir todo lo que piensa ni piensa todo lo que dice, que en el Reino Unido, donde le es lícito discutir las leyes sancionadas por la Corona, los fallos de los Tribunales, los actos del Ministerio, la conducta de los Generales en tiempo de guerra, porque no lo hace con prevención y por sistema, sino con el desinterés propio de quien ha elevado el periodismo á categoría de una religión. Así puede servir ora de freno, ora de acicate, á pueblos y gobiernos. Nadie pretenderá para el periodismo la impunidad, ni que sea ilegible su ejercicio: la Constitución debe defenderla contra la tiranía gubernamental y contra la propia licencia. La emancipación supone capacidad y recto uso del derecho. No ha de hacer enmudecer la ley á la opinión, pero sí debe idealizar sus procedimientos, impedir que adopte los modales de la esclavitud, y cerrar el camino á toda violencia de lenguaje, que es una ofensa á la dignidad y á la soberanía de la nación.

B.—*Realización ó producción exterior del hecho:*
Ejecución.

30. Condiciones previas esenciales para ejecutar el plan. 1.^a *Existencia y posesión del medio.*—Hasta aquí hemos estudiado lo que podríamos denominar la gestación del hecho: tócanos ahora describir el proceso de su alumbramiento. Hemos visto que el plan, en cuanto es una como realización intelectual del hecho, abraza todos los elementos integrantes de éste, fin, medio, unión y relación del medio con el fin. Para que su ejecución exterior sea posible, es condición precisa que exista en poder del sujeto-agente, ó dentro de la esfera de su actividad, el medio: que la naturaleza de este medio sea homogénea á la del

fin que trata de cumplir, ó lo que vale igual, de la necesidad que trata de satisfacer; y que haya posibilidad de establecer entré ellos la relación con que ha de consumarse el hecho. Puede suceder que existan las condiciones subjetivas necesarias para el hecho, conocimiento de su necesidad, deseo de realizarlo, plan para esa realización, pero que falte alguna de las condiciones objetivas, los medios, por ejemplo, y el hecho no pueda salir del estado de ideación. Acontece en esto lo mismo que en las ciencias de la naturaleza: Galileo sabía cómo podría medirse la distancia de la tierra á otros astros: sabía Salvá cómo podrían transmitirse señales de unas ciudades á otras á través de un alambre; pero los medios que poseían eran muy imperfectos: faltábale al primero el grafómetro de Fraunhofer, y al segundo, el electro-magnetismo de Oersted. Aunque se le ocurriera al comercio de la antigüedad el contrato de cambio, ó al de la Edad Media el contrato de comisión, tales como los reglamenta el derecho mercantil moderno, no podía llevarlos á la práctica, porque le faltaban dos medios esenciales, la seguridad internacional, y la moralidad y la confianza entre los mercaderes. Los que no ejercemos esta profesión, la generalidad que vive la vida de la contratación común, sabemos el modo de imprimir á las obligaciones una forma más expansiva que la que revisten en la actualidad, pero carecemos de los medios de garantía que para ello serían menester, ni nos es fácil adquirirlos en nuestro estado de cultura económica presente; los comerciantes, por el contrario, poseen esos medios de aumentar la confianza, los libros de comercio, contabilidad, conservación de la correspondencia, publicidad de los actos mercantiles, corredores, comisionistas y factores dotados de ciertas condiciones legales, etc., y con tales medios, les ha sido posible facilitar las transacciones y hacerlas más rápidas y menos costosas, y como consecuencia, fundar todo un derecho de excepción, la letra de cambio, los contratos de seguros, de fletamento y á la gruesa, las sociedades mercantiles, las casas de contratación, las reglas excepcionales so-

bre quiebras, la investidura de escribanos concedida á los corredores, etc.—Los legisladores españoles del siglo xvi conocían las necesidades del gobierno de Indias, los abusos que se debían remediar, los intereses morales que se debían proteger, etc.: sabían también los medios conducentes al logro de sus fines, y en las leyes de Indias los consignaban; pero esos medios no existían, ni hasta mucho tiempo después han existido; esas leyes iban dirigidas á una población inquieta de aventureros crueles, déspotas, codiciosos y desalmados, de privados y gente principal, que introdujeron una especie de feudalismo colonial, regida por virreyes ambiciosos y alcaldes tiránicos, á quienes preocupaban poco los intereses de la civilización que les estaban confiados,—y salían muertas del cerebro del legislador: no eran leyes positivas, no brotaban de la conciencia del pueblo, ni tenían en cuenta su estado moral, y así no había quien las guardase: crearon preceptos ideales y puramente especulativos, porque, ó se eludían por medio de dispensas, fáciles de obtener en la metrópoli, ó se desobedecían abiertamente. Las leyes declaraban á los indígenas libres por naturaleza, y en realidad eran esclavos.—En vano un japonés en 1850, hubiera ideado planes y arbitrios para reformar la vida de su pueblo, poco menos estancada que la de China, y como ella exenta de las necesidades que son el obligado acompañamiento de la cultura europea; y hubiesen sido vanos de todo punto, porque le faltaban los medios. Cuando, á consecuencia de la revolución, el pueblo japonés se ha puesto en contacto con los europeos, los espíritus progresivos han podido ya poner en ejecución sus planes de reforma, porque el nuevo derecho por una parte, y la Europa por otra, les han suministrado los medios.—Hay leyes internacionales que no tienen por objeto inmediato los fines de la vida, sino el reconocimiento de las leyes civiles nacionales que regulan el cumplimiento de esos fines: esas reglas internacionales son medio necesario de cuya existencia depende todo un orden de hechos: en vano habría otorgado un sardo en Aragón su testamento en la for-

ma recibida por uso y fuero de aquel país; si no hubiera reconocido validez al principio *locus regit actum* la convención de 1782.

Lo ordinario es que el medio sea una consecuencia del fin, que se presente después de sentida la necesidad: así, por ejemplo, los consulados son un medio jurídico para el ejercicio regular de actos mercantiles en determinadas condiciones, pero el mercader se adelanta á la creación de esas instituciones, y aunque con riesgo, y sin que bandera alguna le proteja, lleva sus mercaderías á países lejanos: no se establece un consulado donde no hay intereses que amparar; el cónsul va detrás del comerciante, no de otro modo que el establecimiento de los servicios municipales es posterior á la fundación del municipio. Sin embargo, alguna vez sucede que, cuando se trata de fundar una ciudad nueva en un lugar donde se juzga conveniente ó necesaria, los servicios, aceras, alumbrado, ferrocarril, oficinas públicas, etcétera, preceden á la construcción de las casas y á la llegada de los vecinos, según se ha visto frecuentemente en los Estados Unidos. Así también, en casos excepcionales, cuando el mercader tiene formado el propósito de comerciar en determinada región de la tierra, pero no se resuelve á ponerlo por obra, á causa de ser un país salvaje é inhospitalario, ó cerrado á toda comunicación con el extranjero, ó donde imposibiliten ó dificulten la contratación tarifas aduaneras demasiado elevadas, entonces al comerciante precede un ejército y un cónsul, ó bien un tratado de comercio, etc.: se estimula el hecho, brindando al agente los medios necesarios para realizarlo.

31. Condiciones previas esenciales para ejecutar el plan. (Continuación.) 2.^a *Facultad de obrar. Derecho de no obedecer. Inobservancia ó incumplimiento. Desusos.*—Otra condición necesaria para la ejecución del plan, es la facultad de traducir en hechos exteriores los hechos producidos ó determinados interiormente, la libertad de obrar lo que el derecho natural autoriza, y de abste-

nerse de lo que el derecho natural ó la propia conciencia reprueban. La negación, tan frecuente en la historia, de esta facultad inherente al sujeto del derecho, reviste una de estas dos formas:—1.º Obligando á ejecutar actos exteriores que no corresponden á hechos ó estados interiores. He aquí un ejemplo de esta clase de opresión: Cisneros impuso el bautismo por el terror á los moriscos de Granada antes de haber expulsado de su alma la fe mahometana, antes de haberla hecho, por decirlo así, permeable á la creencia que se simbolizaba en aquel acto, y los moriscos, presa de la desesperación, ebrios de cólera, empuñaron las armas para reivindicar la libertad de manifestar en los hechos de su vida lo que era esencia de su ser, carne de su carne, poner en concordancia su vida con su pensamiento, y arrancar de su corazón aquel dardo que les había clavado la intolerancia religiosa.—2.º Obligando á ocultar hechos ó estados interiores que requerirían exteriorización para ser eficaces y vivir vida verdad: así, por ejemplo, todos los napolitanos deseaban tener por soberano á Pedro III de Aragón, reconocíanlo como tal, reinaba de hecho en sus corazones, y su propósito era irrevocable y perfecto; pero las armas del odiado Carlos de Anjou, lo contenían en los lindes del mundo interior: cuando los anjevinos hubieron de retirarse y Pedro III se presentó en Nápoles, las aclamaciones y la explosión de entusiasmo con que era recibido en todas las ciudades donde entraba, eran como descargas de fuerza viva, efecto del equilibrio que se establecía entre la realidad exterior y el pensamiento, hasta allí separados y cohibidos.

Abraza, según esto, la facultad de obrar dos distintos derechos ó grupos de derechos: 1.º *La libertad civil* y la *libertad política*: 2.º *El derecho de no obedecer*.

Hemos explicado ya en otro lugar lo que por libertad civil debe entenderse, y no hemos de repetir aquí su concepto (§ 12). Obra sobre los hechos jurídicos de una doble manera: 1.º Posibilitando la ejecución de los proyectados: 2.º Despertando la iniciativa del pensamiento, para que

los proyecte ó se los proponga. Cuando se carece de poder de encarnar en la realidad sensible los planes concebidos, no tienen éstos otro valor que el de puras idealidades:—que un castellano disponga *mortis causa* de sus bienes, sin otra consideración que la de su deber, atendiendo á las necesidades y á los merecimientos de cada hijo, ó á la obligación moral de favorecer el desarrollo de tal ó cual personalidad social, ó de tal ó cual fin de la vida ética, jurídica, científica ó religiosa de su siglo: su testamento no será nunca un hecho cumplido, quedará en embrión, en proyecto, porque carece de libertad de testamentifacción, porque la ley le impone una fórmula rígida, que le deja muy breve espacio para moverse:—que discurriese un japonés, hace quince años, recorrer el mundo para instruirse, y trazase su itinerario y el plan todo de ese hecho jurídico, con que entendía hacer uso de su libertad natural: ese plan tenía que quedar estéril, porque una ley prohibía á los joponeses, bajo pena de muerte, abandonar el país de su naturaleza: fué preciso que la ley fuese revocada (1866) para que estallase el hecho interior, saliese á la luz del día aquella ansia de novedades que bullía en todos los pechos, y la juventud de la nobleza se derramase por Europa y América.—Por otra parte, es evidente que la libertad no obra tan sólo sobre el hecho exterior sacándolo de su estado de virtualidad, significado en el plan, sino que además influyó sobre el plan mismo, estimulando la formación de nuevos propósitos, y provocando indirectamente á la reflexión para que delibere sobre ellos y mueva la voluntad á ejecutarlos: así, el sistema de asociación cooperativa no hubiese podido nacer en Inglaterra, á no haber estado consagrada en las leyes la libertad de asociación: no es menos necesario en Galicia que en el Alto Aragón, á causa de las condiciones naturales de su suelo, el sistema de heredamiento universal, especie de mayorazgo racional, dotado de las ventajas y exento de los inconvenientes de la antigua vinculación, pero no ha podido ocurrírseles á los gallegos, porque no han conocido la testamentifacción libre, tal

como la poseen de siglos en Aragón, de cuyo organismo social y político forma parte integrante el heredamiento. El espíritu de tolerancia y de respeto á todas las opiniones y creencias, no ha podido desarrollarse en España, como en otras naciones, porque constantemente ha sido oprimida por los gobiernos la conciencia religiosa, porque le ha sido negada la libertad de cultos.—Por esto; debe cuidar el legislador de no prohibir en sus códigos acto ni institución alguna que no sea contra razón, aun cuando nunca haya entrado en las prácticas del país, aun cuando haya caído en desuso, porque acaso se presentarán circunstancias favorables que la hagan resurgir, dotada de una nueva vida:—la *adopción*, que nació hace miles de años al calor de una creencia religiosa sobre la inmortalidad, y que andando los siglos se había desusado casi por completo, está á punto de resucitar alentada por ideales de humanidad y de beneficencia, á juzgar por los hechos observados con motivo de las recientes inundaciones de las provincias de Levante, y no hubiese obrado cuerdamente la Comisión que redactó el proyecto de Código civil español de 1851, si hubiese pasado en silencio, como estuvo á punto de hacerlo, tan importante institución:—el *enfiteusis*, ideado en las postrimerías del imperio romano como un medio de aliviar la suerte de los colonos y acrecentar la riqueza de los propietarios territoriales, prestó grandes servicios en la Edad Media, armonizando los intereses de los señores y de los siervos, y contribuyendo muy eficazmente al progreso de la Agricultura y al desarrollo de la libertad individual: excrescencias feudales que se le habían adherido; hiciéronlo aborrecido en la Edad Moderna, pero puede rejuvenecerse, purificándolo de ellas, y servir de instrumento poderoso para resolver el aspecto económico del problema social, que tan preocupado tiene á nuestro siglo; y por esto, hizo mal el Código Napoleón en pasarlo en silencio, y el proyecto de Código civil español en prohibirlo, cuando lo que procedía era tan sólo reformarlo.—Y no sólo para la adopción de las costumbres nuevas y rehabilitación de las antiguas, es neces-

saría la libertad, sino que también para abandonar aquellos usos que con el transcurso del tiempo vienen á estar en disonancia con la vida. A cada nuevo progreso conseguido, corresponde, como es natural, una renovación de formas; pero el desprenderse de ellas y el sustituirlas por otras, cuando un hábito secular las ha hecho segunda naturaleza, requiere siempre un esfuerzo y un aprendizaje, y para que éste sea más breve, menos doloroso aquél, y más insensible la transición, es condición obligada la libertad: 1.º para juzgar y para combatir los ideales reinantes y las instituciones existentes: 2.º para idear y proponer las que hayan de reemplazarles: 3.º para romper con las prácticas admitidas é introducir otras nuevas, al punto que se haya consumado el cambio gradual en la conciencia.

El *derecho de no obedecer* es uno de los problemas más delicados y más oscuros de la ciencia jurídica, y apenas si hasta el presente ha sido planteado desde el punto de vista de la unidad del derecho. No es este lugar propio para que nos engolfemos en ese tema, y habré de limitarme á desarrollar algunas consideraciones de carácter práctico, como todas las que preceden, por lo que esto pueda contribuir á completar la teoría del hecho jurídico é ilustrar más tarde la doctrina acerca del desuso.

Refiérese el derecho de no obedecer, al poder legislativo y reglamentario del Estado oficial en su relación con el Estado común ó general. En el capítulo precedenté quedan ya demostrados los siguientes principios: 1.º Las autoridades, ó sea, los órganos del Estado, obran siempre en virtud de una representación, no por poder propio, sino por poder de la sociedad cuya voz llevan, y en tanto son tales representantes, en cuanto cumplen los fines de su instituto, en cuanto realizan la justicia en la forma propia de la función que están llamados á desempeñar: 2.º La actividad que informa el hecho jurídico, prestando al fin racional los medios que le son apropiados, es una actividad consciente y libre, y por tanto, responsable, en todos y cada uno de los momentos de su obra. Nace de aquí que tanto las

autoridades como los súbditos, están obligados, no unos respecto de los otros, sino unos y otros respecto de los fines racionales que el derecho patrocina y ampara, y que toda regla jurídica que atañe á los dos, por los dos ha de ser aceptada, aun cuando la iniciativa proceda de uno solo. Las reglas consuetudinarias que el *Estado común* expresa y produce en sus hechos, la autoridad legislativa, ó en su nombre la judicial, ha de revisarlas, y si no las encuentra conformes á los principios eternos del derecho, debe interrumpirlas la posesión, perseguirlas, corregirlas ó erradicarlas: las reglas legales ó de otro género, dictadas por el *Estado oficial*, los súbditos á quienes van dirigidas deben contrastarlas en la piedra de toque de su razón, y si encuentran que no es lícito en conciencia obedecerlas sin infringir ó lesionar un derecho, si el fin que en ellas se propone es malo, ó siendo bueno el fin son malos los medios, es deber en ellos, cuando menos, suspender el cumplimiento. El que obra la injusticia, injusto es, proceda de él ó proceda de otro el plan ó la regla en virtud de la cual se ha determinado su actividad á obrar: no cumple el súbdito con obedecer á ciegas y escudarse tras de la autoridad; ni ante su conciencia ni ante la historia le exime de responsabilidad la circunstancia de que lo que hizo, le había sido ordenado por una autoridad; que la autoridad dejaría de serlo desde el punto en que pretendiese hacer de cada hombre un autómatas, en cuyo interior no obrase otra voluntad que la voluntad del legislador. Lo que es contrario al sentimiento natural del individuo ó á su dignidad y decoro, ó á la integridad de su conciencia, etc., no le es lícito obedecerlo. Una ley inglesa autoriza al marido para vender á su mujer: otra ley castellana autoriza al defensor de una fortaleza para comerse "in extremis" á su hijo: ¿les es lícito por eso hacer uso de esa autorización? Supóngase que, en vez de facultar, obligase en determinadas circunstancias á ejecutarlo: ¿debería en conciencia obedecer el individuo? Que un ministro incapaz y vano, caricatura risible de un hombre de Estado, ordene á los catedráticos

de una universidad subordinar su criterio científico al criterio religioso y político de una facción, ¿será bien que obedezcan los catedráticos, prostituyendo su alma hasta ese extremo, poniendo al servicio de un interés bastardo y transitorio lo que hay de más sagrado y de más inviolable en la tierra y en el cielo, la conciencia?

Los autores antiguos consagran mayor atención que los modernos á este problema. Suárez dice que, “en un régimen democrático, la costumbre puede abrogar la ley, y que, por consiguiente, con más razón podrá prevenirla ó negarse desde un principio á aceptarla” (1). “Todos los hombres de bien, dice Gocio, están de acuerdo acerca de este punto; que si los soberanos ordenan algo contrario al derecho natural ó á los preceptos de Dios, no es obligatorio ejecutar sus órdenes” (2). “La obediencia, dice Vattel, no debe ser absolutamente ciega. No hay compromiso que pueda obligar á un hombre á violar la ley natural; todos los autores que tienen alguna conciencia ó algún pudor, convienen en que nadie debe obedecer aquellos preceptos que hieren evidentemente esa ley sagrada” (3). Pinheiro Ferreira sostiene que la doctrina de Vattel sobre la resistencia á las órdenes del superior es tan vaga, que no se puede deducir de ella una regla de conducta para los ciudadanos ni para la autoridad, y establece como criterio que si el mal que, á juicio del ciudadano, ha de resultar del cumplimiento de la orden, puede ser reparado por aquel de quien la orden emana, debe obedecer, siquiera no sea más que porque, sea la que quiera su convicción, puede equivocarse; pero si el mal es, por su naturaleza, irreparable, ó si, por la prepotencia de quien la orden emana, el ciudadano tiene la certeza de que el mal, con ser grave, no será reparado, el deber le ordena no obedecer” (4). Oigamos á Constand: “En todos los sistemas será preciso conceder á los indivi-

(1) *Tractatus de legibus*, lib. III, cap. XIX.

(2) *De jure bel. ac pac.*, lib. I, cap. IV, § 1-3.

(3) *Ob. cit.*, lib. I, cap. IV, § 54.

(4) *Notas á Vattel*, t. III, § 54.

ducen el que puedan hacer uso de su razón, no sólo para conocer el carácter de las autoridades (si son legítimas), sino también para juzgar sus actos, lo cual supone un examen del contenido y del origen de la ley. La obediencia á la ley es un deber, pero, como todos los deberes, es relativo, porque se apoya en el supuesto de que tal ley tiene un origen legítimo y que no sale de sus justos límites: sin embargo, el deber no cesa porque se aparte de ellos en algunos pormenores” Bentham dice: “¿Nos será lícito permanecer indiferentes entre la ley que ordena el mal y la moral que lo prohíbe? Forzoso es examinar si los males probables de la obediencia son menores que los males probables de la desobediencia” Por donde viene á reconocer los derechos del juicio individual, que en otro lugar ha rebatido. La doctrina de la obediencia ilimitada de la ley, así en el período del despotismo como en tiempos de revolución, ha causado tal vez más daños que todos los demás errores que han extraviado á la humanidad (1). Pinheiro Ferreira añade que el ciudadano, tanto si se resuelve á obedecer como si se niega á ello, debe ponerlo en conocimiento de la autoridad inmediatamente superior á la que expidió el orden, porque su silencio sería un acto de complicidad (2).

Este último requisito basta, seguramente, cuando pueda interpretarse el silencio por complicidad, cuando el disenso y la desobediencia no hayan de traducirse inmediatamente en hechos públicos que la hagan patente. En ningún caso es precisa la protesta violenta. Siempre que el poder decreta una disposición inicua, mandando hacer algo que repugna á la razón ó abstenerse de algún acto á que la propia conciencia obliga, deben evitarse por igual dos escollos en que el súbdito puede declinar: el menguado y rastrero servilismo, que se presta con vergonzosa facilidad á ser instrumento ciego de todas las arbitrariedades del poder, á girar á cualquier viento que sople, y á sacrificar en

(1) *Curso de política constitucional*, por B. Constant, trad. de Marcial Antonio López, 1820, cap. xxii.

(2) *Ut supra*, § 54.

aras del miedo la dignidad y la libertad de su conciencia; y el espíritu irreflexivo de protesta, que no tolera en el poder el más leve desliz venial, ni siquiera teórico, y se lanza contra él irritado, haciendo que padezca en realidad el derecho que de otro modo hubiese salido tal vez ileso, y dejando abandonados é indefensos los intereses sagrados que en la continuación de aquel estado fundaban su realización. Los primeros son como actores de comedia, desempeñan los más opuestos papeles que les confía el director de escena: ayer reyes, hoy esclavos. Los segundos son vidriosos y exaltados quijotes, abstraídos en la contemplación de las ideas puras, que se pudren porque la tierra se agita bajo sus pies, y para quienes son nada los procedimientos regulares y el arte de prudencia que acreditaron en sus hechos las generaciones pasadas. No se va al progreso ni á la gloria por el primer camino, que jamás siguieron hombres de honor y de conciencia, pero tampoco por el camino de la intrasigencia y de imprudentes provocaciones al martirio. No basta ser sencillo como la paloma: débense prevenir las arterías de los malvados, de los injustos y de los que el mundo llama vividores. Vivir es luchar, y el bien debe aceptar la batalla en el terreno en que le sea presentada: entregarse voluntariamente al vencimiento ó á la muerte; abandonar el imperio y la dominación al mal por exceso de candidez y flaqueza de espíritu, ó por sustraerse á las fatigas ó á los peligros del combate, ó tal vez por encontrar pronto en la región de la perpetua luz el cobarde sosiego á que aspiran las almas sensuales y apocadas, no es bondad ni valor, sino desmayo y fuga. Los cristianos de Córdoba en el siglo ix, poseídos de una especie de nostalgia del cielo, provocaron locamente la ira de sus dominadores: en vano un concilio condenó la espontaneidad del martirio; los cristianos extremaron de día en día sus impolíticas protestas; enconaron la llaga que debían haber sanado; ofrecieron uno tras otro sus gargantas á la cuchilla del verdugo; consumieron en eso toda la energía de su espíritu; y cuando llegó el momento oportuno de la revolución,

el caudillo muladí. Omar Ben Hafsun, que los hubiese redimido y acabado la reconquista con cinco ó seis siglos de ventaja, no encontró espíritus varoniles y y denodados que le auxiliasen en aquella insigne capital donde cincuenta años antes había sido tan popular el martirio.

Pueden los gobernantes equivocarse, haber interpretado mal la conciencia pública y el estado moral de la sociedad, ó los alcances de su poder como órganos y representantes de ella; pueden expedir una ley ó un decreto como quien lanza un globo de ensayo, sin ánimo de insistir si encuentra resistencia en los que han de ejecutarla: haberse decidido en un momento de ofuscación, ó bajo el influjo de uno de esos accesos de infatuación y de soberbia á que tan expuestos están los políticos de mediano talento, y retroceder no bien les haga comprender su error el incumplimiento pasivo de sus preceptos por parte de la sociedad ó de sus representantes. En tales casos, la protesta sería ociosa, la revolución inútil, además de injusta. No es lo mismo preceptuar que castigar á quien no cumple lo preceptuado: muchos se atreven á lo primero que no se atreverían á lo segundo. La fuerza de las leyes no está en su promulgación, sino en su cumplimiento, y por esto, la tiranía, no tanto consiste en dictar leyes inicuas, cuanto en hacerlas cumplir: cuando los poderes oficiales pongan la fuerza al servicio de sus fantasías jurídicas ó de sus arbitrariedades; cuando pretendan castigar el incumplimiento, entonces ha llegado el momento de la protesta: la oposición entre el derecho vivo de la sociedad y sus órganos oficiales, es ya oposición práctica: el legislador se ha hecho tirano y la sociedad debe rechazarlo. La historia del derecho está atestada de leyes y decretos que salieron muertos de la cabeza del legislador, que la sociedad escupió de su seno, como escupe el mar los cuerpos extraños: bastóle para esto el incumplimiento de lo ordenado: el legislador se contentaba con los pueriles desahogos del alumbramiento: si la sociedad hubiese debido levantar una protesta á cada ley injusta, no hubiera gozado un solo día de sosiego, hubiera vivido

en un estado permanente de guerra con los depositarios del poder. Nuestros antepasados discurrieron á este propósito una fórmula muy ingeniosa, y que entraña un profundo sentido: *obedezco, pero no puedo cumplir, esto es*, reconozco y acato tal autoridad, ó al menos no la discuto, pero en el precepto de que se trata no ha interpretado bien el derecho, y como el derecho es antes que sus órganos sociales, y éstos no han podido querer lo que á todas luces es injusto, me abstengo de ejecutarlo. ¿Manda la autoridad que se ejecute un hecho contrario á la justicia ó á la moralidad? Obrese como si tal mandato no existiera; acoja el precepto como si procediese de una persona privada, que tuviera el capricho de ordenar á voz de pregón ó desde la tribuna pública á sus conciudadanos, que hagan tal ó cual cosa que á él se le ha antojado, y diga á la autoridad superior, como el Vizconde de Ortes á Luis XI: "*En esta población he encontrado leales súbditos de V. M., pero ningún verdugo.*" "*En esta universidad he encontrado excelentes cultivadores de la ciencia, pero ningún esclavo.*" ¿Manda la autoridad abstenerse de lo justo y de lo obligado? Pues se obra á pesar del decreto, y si luego se atreve á pedirnos cuenta de nuestros actos, se le contesta como Antigone á Cleón: οὐ γὰρ εἰ μοι Ζεὺς ἔην: *lo prohibiste tú, pero lo ordena el cielo.* ¿Persigue á los desobedientes? Se protesta, se resiste ó se sufre el martirio. ¿Tolera la desobediencia? Es que renuncia tácitamente á su mandato, y sin necesidad de apelar al recurso extremo de la revolución, ha logrado el individuo desarmar al poder y mantener incólume el derecho; y si las colecciones legislativas dicen á la posteridad que rigió tal disposición, la historia interna del derecho lo desmentirá, dando á entender con su silencio que semejante disposición fué una excrescencia y no se incorporó nunca en el sistema circulatorio de la vida social.

No es de extrañar que haya sido un precepto legal la desobediencia en España, cuando hasta el derecho de insurrección, para casos de desafuero, ha figurado como principio constitucional, tanto en Aragón como en Castilla (§ 31).

Una ley de Partidas impone al pueblo la obligación de “guardar al rey de sí mismo, no dejándole hacer cosa alguna que redunde en daño de su cuerpo ó de su linaje ó de su reino, y esto, añade, se hace de dos modos: por consejo y por obra. Los que le dejan errar á sabiendas, merecen pena como traidores” (1).—En cortes castellanas del siglo xv, se dispuso que no fueran guardados los decretos del rey contrarios al texto de las leyes. En un cuaderno de peticiones y respuestas, se lee lo siguiente: “Lo qual todo (diversas leyes sobre provisión de oficios, incompatibilidades, etc.) dezides que non es así guardado, antes dezides que es quebrantado, e me pedides por merçet que sobre todo proveyere commo cunpla a mi servicio e a bien e pró comun de los mis rreynos. A lo qual todo e cada cosa dello vos respondo que es mi merçet e mando e ordeno por esta mi carta, la qual quiero e mando que aya fuerça de ley... que se guarden las leyes por mí fechas é ordenadas... en las dichas cortes e Ayuntamiento que yo fize en Madrit, non émbargantes qualesquiera cartas que yo de aquí adelante diere contra lo contenido en las dichas leyes é contra parte dello, aunque sean dadas de mi çiencia çierta é propio motu é poderío rreal absoluto, e de mi propia e deliberada voluntad, e aunque sobre ello yo de e faga segunda e terçera jusion e mas allende... e aunque en las tales cartas se contenga cualesquier cláusulas derogatorias... ca yo por esta ley declaro e mando que las tales cartas sean abidas por obrreçiã e subrrreçiã, é non proceden de mi voluntad, aunque por ellas aparezca e se diga lo contrario. E mando que *las tales cartas sean obedecidas e non conplidas, e que por las non conplir, aunque por mí sea mandado una e dos e tres veces é mas, no coryan en pena aquellos a quienes se dirigieren*, mas que todavia sin embargo dellas nin de alguna dellas, se guarden e cumplan las dichas leyes por mí fechas e ordenadas en rrazon de lo susodicho e de cada

(1) Part. II, tít. XIII, ley 25.

cosa dello..." (1).—Desde el siglo XIII, no hay uno sólo en que no se haya dictado alguna providencia para poner el derecho natural á cubierto de las ofensas que pudieran inferírsele por parte del derecho positivo. Una ley del código de Partidas declara de ningún valor las cartas ó privilegios dados contra la fe, contra las leyes y contra el derecho natural (2). La Novísima Recopilación ha recogido todas esas tradiciones legales, siendo de notar entre ellas, las siguientes: "Establecemos que si en nuestras cartas mandásemos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley ó fuero ó derecho, que la tal carta sea *obedecida y no cumplida*, no embargante que en ella se haga mención general ó especial de la ley ó fuero ú ordenamiento contra quien se diere, ó contra las leyes y ordenanzas por nos fechas en Cortes con los procuradores y villas de los nuestros reinos." "No valgan ni se cumplan las reales cartas dadas contra derecho, ley ó fuero usado" (3). —El Código penal vigente declara exentos de responsabilidad criminal á los funcionarios públicos cuando no den cumplimiento á un mandato administrativo que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto *constitucional*, y á los funcionarios públicos constituídos en autoridad que no den cumplimiento á un mandato de igual clase, en el que se infrinja manifiesta, clara y terminantemente *cualquier otra ley* (4).

Esa garantía del derecho natural la han encomendado los norte-americanos á los tribunales de justicia, si bien en una forma indirecta: se ha reconocido á los jueces la facultad de fundar sus sentencias en la Constitución antes que en las leyes, y por tanto, de hacer caso omiso y dejar sin aplicación aquellas que les parezcan inconstitucionales. Que la Asamblea legislativa promulgue una ley ó el Ministe-

(1) Cortes de Valladolid de 1420.

(2) "Contra derecho natural non debe valer privilegio nin carta de Emperador, Rey nin otro señor. E si la diese, non debe valer" (Part. III, tít. XVIII, leyes 29, 30, 31).

(3) *Nev Recop.*, lib. III, tít. IV, ley 2.^a y sigs.

(4) *Código penal de España*, art. 380. Cf. *ibid.*, art. 381, y art. 8.º, § 12.

rio expida un decreto donde se hiera alguno de sus más esenciales atributos el derecho de la personalidad ó el derecho de la ciudadanía: el Juez se negará á aplicar esa disposición, fundándose en que es contraria á la Constitución; el ciudadano habrá aprendido el modo de sustraerse á su acción; los litigantes no la invocarán en lo sucesivo, viéndolo inútil, y el poder legislativo tendrá que revocarla ó reformar la Constitución para que quepa dentro de sus moldes. En Europa carecen los tribunales de esa facultad que hace casi omnipotentes á los jueces norte-americanos, aun en la esfera de la política. Aquellas antiguas leyes españolas son tan vagas, que en la práctica resultan ilusorias; á lo cual contribuye también la falta de independencia en los tribunales y de estabilidad en las instituciones, de respeto al derecho en los partidos y de costumbres políticas en el pueblo. En la memoria de todos están recientes y dolorosos sucesos en que se ha visto á Tribunales y á Cuerpos consultivos abdicar de su ministerio protector, abandonar el derecho á merced de la arbitrariedad triunfante, y proclamar doctrinas de circunstancias propicias al despotismo gubernamental, ellos que debieran servirle de freno: ¡cuán pocos imitadores tienen entre nosotros los Papinianos! Un decreto del Gobierno español, expedido en Febrero de 1875, había llevado la perturbación al seno de multitud de familias, había declarado ilegítimos muchos matrimonios constituidos al amparo de la ley de matrimonio civil y de la Constitución, y legitimado, por el contrario, otros que éstas no reconocían, porque no se habían sujetado á sus preceptos: acogiéndose los agraviados á los Tribunales de justicia, pero ¡oh mengua! los Tribunales de justicia dieron la razón al decreto inconstitucional contra la Constitución y contra el derecho: “el decreto de 9 de Febrero, decía el Tribunal Supremo de Justicia, no puede ser examinado ni juzgado con arreglo á los preceptos consignados en la Constitución y en las leyes orgánicas del país vigentes en épocas normales, sino como una disposición adoptada por el Ministerio-regencia, haciendo uso de las facultades que le había

conferido la alta institución que *entonces, asumía los poderes del Estado* (1), por lo cual no puede negarse al citado decreto el carácter de disposición legislativa, por más que á su formación no hubiesen concurrido las Cortes, que á la sazón estaban disueltas: en virtud del expresado carácter del decreto de 9 de Febrero, han quedado derogadas las leyes anteriores en todo lo que no fueran conformes á sus disposiciones." La conducta obligada en el presente caso, era la que ha seguido cinco años más tarde, en asunto de mucha menos trascendencia, negándose á obedecer la Compilación de Enjuiciamiento criminal, por haberse extralimitado en ella sus autores de las facultades que les había conferido el poder legislativo. Una de las razones que justifican y motivan la institución del jurado, es ésta precisamente: garantizar el ejercicio racional y justo del derecho de no obedecer: el jurado, no sólo determina los hechos ó circunstancias de cada caso particular, fijando su naturaleza con relación al derecho y los medios con que ha de ser este cumplido, ó en su caso reparado, sino que además, procura evitar que el *summum jus* se convierta en *summa injuria*, concordar la ley en sus pormenores con la conciencia popular, y llevar la vitalidad de la costumbre y la flexibilidad de la opinión pública al seno de los tribunales, para que no degeneren en rígida y abstracta, que es decir en injusta, la aplicación de las leyes. Y esto, sin distinguir entre las civiles y las criminales: al igual de éstas, ofrecen aquéllas á cada paso la necesidad de remitir la solución del caso debatido al arbitrio judicial, á causa de la complejidad de los hechos, que no caben en el molde siempre angosto de las leyes; preséntanse otras en oposición con la justicia histórica y con las convicciones comunes de la sociedad, sea por alarde de arbitrariedad ó por defecto de conocimiento y de arte en la autoridad que las dictó, y se hace preciso el concurso del jurado para que apruebe y legitime hechos que tal ley hubiese condenado como anti-jurídicos: así, por ejemplo, es seguro que el decreto citado de 9 de Febrero—á pesar de la distinción irracional, todavía corriente, entre

hecho y derecho,—hubiera quedado letra muerta si hubiesen sido Jurados y no Jueces los llamados á aplicarla

El derecho de no obedecer ha revestido en la historia formas diversísimas. Apuntaré las dos principales:

1.º *La abstención ó la resistencia tácita y pasiva á cumplir lo preceptuado, á obrar en determinado sentido, á satisfacer un impuesto, á prestar al interés de tasa, á no vincular la propiedad, á no usar tal narcótico, á no cultivar tal planta, á no batirse en duelo, etc.* Aduciré ejemplos en diversos órdenes de la vida. A causa de la gran escasez de cereales que se sentía en tiempo de Domiciano, dice Suetonio que prohibió este emperador plantar viñas en Italia, y que mandó arrancar las existentes en provincias, sin facultad de conservar más de la mitad. Pero añade el biógrafo que ese decreto no fué observado puntualmente, y que Domiciano toleró la inobservancia, si bien dando por razón á su còndescendencia un sueño fantástico; y con efecto, en Antequera se conserva un epígrafe honorario que recuerda á un Publio Magnio Magoniano, quien, entre otros cargos, desempeñó el de “procurador imperial para el fomento y aclimatación de las vides de Falerno en la Bética”, *procurator Augustalis per Baeticam ad falernas vites vegetandas*: los labradores no protestaron la orden imperial; se contentaron con no cumplirla.—Cuándo la conquista de Irlanda por Enrique II, regíanse los irlandeses por costumbres no escritas, comunicadas de unos en otros por tradición oral, y conocidas con el nombre de *Brehon-law*; el rey Juan fué el primero en decretar que Irlanda se rigiese por las leyes de Inglaterra y dejase las suyas, *pro eo quod leges quibus utuntur Hibernici Deo destabiles existunt et omni juri dissonant*. Enrique III y Eduardo I renovaron la orden con igual resultado: en los últimos años del reinado de Eduardo III, fué otra vez formalmente abolida la *Brehon-law*, por ser “costumbre detestable”, y sin embargo, todavía seguían juzgando por ella los irlandeses en tiempo de la reina Isabel.—Según antiguas leyes españolas, que entraron á formar parte de la Novísima Recopilación, los

títulos no registrados no surtían efecto legal alguno, y debían ser tenidos por nulos é ineficaces: la legislación fiscal posterior á la Novísima ha mandado en repetidas ocasiones inscribir los títulos de propiedad, señalando términos improrrogables: en 1845, otra ley volvió á declarar ineficaz todo instrumento no inscrito, que contuviese enajenación ó gravamen de inmuebles ó derechos reales. Pues bien; á pesar de todas las declaraciones y prescripciones de la ley, los títulos de propiedad no se inscribieron, fueron válidos y produjeron todos sus efectos legales; hubo que prorrogar una y ótra vez los plazos concedidos con carácter de improrrogables, y cuando por vez primera se promulgó la moderna ley Hipotecaria, una Diputación provincial pedía que no se sujetase á inscripción los derechos ya adquiridos, sino únicamente los actos y contratos que se celebrasen en lo sucesivo, fundándose para ello en que no había existido antes la obligación de inscribir los títulos de propiedad sino en el caso de que hubieran de ser invocados ante los tribunales: á tal punto habían quedado inobservadas las leyes que imponían el deber de inscribir los títulos en el registro, que ni siquiera memoria se tenía de ellas.—Después de sofocada la insurrección de París, de Junio de 1834, la policía ordenó á los médicos que denunciasen á los heridos, á quienes prestaban su asistencia: medida tan contraria á los sentimientos de humanidad y á la naturaleza de la profesión médica, fué, como no podía menos, desobedecida por los médicos y reprobada por la opinión, y el Ministerio hubo de revocarla.—En una circular del Ministerio de Hacienda español (27 de Mayo de 1876) se lee este curioso “Considerando: que el impuesto personal, creado á raíz de 1868, fué rechazado por la mayoría de los contribuyentes, negándose al pago de sus cuotas respectivas...”—Este modo de incumplimiento pasivo y de tácita derogación puede decirse que ha constituido sistema en el período del régimen absoluto: una ley española del siglo pasado dice: “Como quiera que para el buen gobierno y administración de justicia de estos nuestros reinos, se han proveído y promulgado

diversas Leyes y Pragmáticas *cuya observancia ha sido y es muy importante y necesaria, y no la ha tenido como conviene...*” Esto ha sido regla general bajo el citado régimen. La ley se reputaba como *placitum principis*: el príncipe no era porción viva de la nación, ni órgano político suyo: manteníase alejado de ella; no penetraba en las intimidades de su vida; y cerraba los oídos á los clamores que se levantaban del seno de la multitud oprimida y resonaban en las Cortes. El rey y la nación eran dos términos antagónicos que se repelían mutuamente: el rey desoía las reclamaciones de la nación (1): la nación desobedecía los preceptos del rey. A esto se reduce la tan decantada armonía entre la nación y el trono. Como las leyes no salían inmediatamente del fondo de la conciencia nacional, no nacían viables: llevaban el sello de las genialidades, de las preocupaciones, de los caprichos ó de las conveniencias particulares del imperante: no expresaban un estado social, y la sociedad no las podía asimilar. Unas veces pasaban en medio de la indiferencia del público, que las obedecía, pero no las cumplía: otras admitían infinidad de temperamentos, se hacían elásticas en la práctica, dejando abierta la puerta á casi tantas excepciones como casos particulares se presentaban. Uno de los caracteres más originales de la legislación del período monárquico absoluto es: lo numeroso de los edictos y pragmáticas reales que quedaron sin observancia desde el nacer, y el abigarrado sistema de excepciones y dispensas, mediante el cual llegaron algunas á ser recibidas y á in-

(1) Como lo prueba la insistencia con que se reproducen unos mismos capítulos y peticiones en todas las legislaturas, durante un siglo sin interrupción: que se prohibiese á las Iglesias el adquirir bienes; que se corrigiese los abusos de la Inquisición; que los Procuradores no pudiesen recibir mercedes, ni procuraciones los servidores del Rey; que se prohibiese amayorazgar; que no se impusieran pechos sin consentimiento de las Cortes; que el Rey mandase proveer á los capítulos y peticiones que traían los Procuradores de sus ciudades, y no los dejase sin contestar, pues, de lo contrario, quedaban sin remediar muchas necesidades, etc. El Rey daba á todo la llamada por respuesta, ó contestaba evasivamente, ó abiertamente desestimaba lo solicitado, ó accedía á ello y publicaba la ley, pero la dejaba sin cumplir.

corporarse, si bien desfiguradas, en la tradición. Si nos fijamos, por ejemplo, en España, llama la atención la circunstancia de que un mismo rey confirme repetidas veces, en años sucesivos unas mismas leyes, y que sus sucesores sigan confirmándolas; prueba palmaria y concluyente, si otras no hubiese de que tales leyes no eran obedecidas ni guardadas. El particular que quería eludir una ley, sobornaba á los magistrados inferiores encargados de hacerlas cumplir, ó solicitaba una cédula de dispensa. Se publicaba, por ejemplo, una pragmática prohibiendo cortar y talar los montes, pero la hacían inútil los alcaldes de corte, pródigos en despachar dispensas, sin que fuesen parte á impedirlo los procuradores á Cortes, que reclamaban sin cesar, diciendo que eran tantas las cédulas libradas, que en nada impedía la ley que los montes acabaran de destruirse. Mandaba otra ley que se observasen los antiguos ordenamientos sobre exportación de cosas vedadas; pero á seguida expedían infinitas licencias de saca y autorizaciones para introducir contrabandó en el reino, á cambio de cierta cantidad, con lo cual una ley de policía se convertía en arbitrio para el fisco, y en objeto de tráfico para los particulares, que traspasaban las autorizaciones á terceras personas. Quien juzgase del derecho que vivió aquella sociedad por el farrago de pragmáticas que se despacharon, sufriría un solemne desengaño.

2.º Otra forma es lo que podríamos denominar *huelga política, ó administrativa*, ó de otro modo. He aquí un ejemplo tomado de la historia de Roma. Con motivo de las guerras promovidas por Tarquino, que pusieron en grave aprieto á la República, el Senado hubo de suspender las leyes contra los insolventes, á fin de que los plebeyos se resolviesen á tomar las armas: mientras duró la lucha, tuvieron éstos sus campos yermos y abandonados, y les fué forzoso contraer deudas á un interés enorme. Cuando pasó el peligro, el desagradecido patriciado restableció las leyes de la prendación corporal, llevando su rigor y su crueldad hasta el extremo de cargar de cadenas los bra-

zos que acababan de salvar á la República. Este proceder exasperó á la plebe, y la plebe exasperada amenazó con un rompimiento; no quisieron escucharla, y al punto en que se la llamaba nuevamente á la guerra contra los equos, volscos y sabinos, que atacaban la independencia de la patria, exclamó con razón: "Aquí no tenemos patria: dejemos esta ciudad donde somos extranjeros: donde hallemos la libertad, allí estará nuestra patria: *ubi libertas, ibi patria*" y con efecto, retiróse de Roma, y se dispuso á levantar enfrente de ella una nueva ciudad á orillas del Añio, en el monte Aventino. En tan grave aprieto, la nobleza hubo de ceder, perdonó las deudas, y pasó por la creación de una magistratura popular omnipotente, el tribunado. Este sistema de huelga militar y agrícola (retiradas), practicado diversas veces por los plebeyos, sirvió para arrancar sus privilegios á los patricios, cerrados á todo viento de novedad y á todo acomodamiento legítimo.

—Otro ejemplo en más humilde esfera: Hace dos años, el Ayuntamiento de Barcelona insistió en conservar en su presupuesto un tributo suntuario sobre el consumo de gas del alumbrado, que los industriales y comerciantes de aquella ciudad juzgaron no deber aceptar, y entre el Ayuntamiento y los consumidores se entabló una lucha que duró más de medio-año, y cuyo principal instrumento fué la huelga. Todos los establecimientos donde se consumía gas, se cerraban al anochecer, y los de comestibles, farmacias y otros, que no podían cerrarse, se alumbraban con candelas, velones, llumaneras, faroles de papel, bujías, cirios y quinqués de petróleo, dándose de baja en la administración de la sociedad del gas. Las calles, con sólo los mecheros del alumbrado público, parecían oscuras y lúgubres. Los aparatos arrinconados del antiguo sistema de alumbrado resurgieron á nueva vida, y los lampistas trabajaban incesantemente en colocar otros con que sustituir al gas. Apareció un periódico humorístico, con título de *El Velón*, impreso en papel de estraza, y con fecha de 1809. La autoridad fulminó sus rayos contra la prensa diaria, que se

había asociado á la pasiva protesta de los gremios, prohibió arbitrariamente, contra la Constitución y contra las leyes, la venta de periódicos por las calles, y detuvo en la cárcel á los repartidores; pero los comerciantes dieron en envolver los objetos que vendían, en hojas de periódicos, con lo cual resultó doble la tirada de éstos. En algunos teatros se cantaban cantares alusivos en que se ridiculizaba el impuesto, y cuando un concejal trataba de impedirlo, imponiendo multas á los actores, la indignación del público le obligaba á retirarse del edificio. Los teatros que no se habían adherido á la huelga general, y seguían haciendo uso del gas, quedaban desiertos, y otro tanto sucedía con los estancos. Inmenso gentío recibía y vitoreaba en la estación del ferrocarril á los diputados que en las Cortes habían alzado su voz en defensa de los barceloneses, y 178 coches les acompañaban hasta su casa en muda é imponente manifestación. Cuando el Ayuntamiento trató de proceder al embargo de bienes para el cobro del impuesto, los industriales y comerciantes se dispusieron á darse de baja en la matrícula de subsidio, y cerrar sus establecimientos. La empresa del gas amenazaba con dejar á oscuras la ciudad, si pronto no se resolvía el conflicto: sus acciones sufrieron una depreciación considerable. Ante esta protesta unánime de una ciudad sensata é ilustrada, y tan populosa, la prudencia aconsejaba poner pronto remedio al conflicto, ó dimitiendo el Ayuntamiento, ó aboliendo el impopular tributo; pero el Ministerio, ante quien se alzaron los consumidores, desestimó el recurso. No pudo, sin embargo, resistir tanto el Ayuntamiento, que no se aviniese á la supresión del impuesto en el presupuesto del año inmediato, con que los consumidores principiaran por encender sus respectivos mecheros y pagasen la cuota del presupuesto corriente, para que no quedase lesionado el principio de autoridad.

Los casos de más difícil solución son aquellos en que, enfrente de la autoridad, únicamente se encuentra un individuo ó una minoría reducidísima. Ilustraré la doctrina

expuesta con algunos ejemplos comprendidos en esta categoría, y entresacados de la literatura y de la historia.

1.º *Antígone*. Es la figura más noble y más interesante que registran los fastos de la literatura antigua. Es la piedad filial y la piedad fraternal llevadas al grado más heroico. Arrostra la miseria y el destierro por compartir la trágica suerte de su anciano padre y sostenerle en su inmensa desgracia, y desafía las iras del tirano de Tebas y su sentencia de muerte, por rendir los honores fúnebres al cuerpo insepulto de Polínice. Creon ha prohibido bajo pena de muerte inhumar al desdichado hijo de Edipo, pero la tierna y piadosa Antígone menosprecia el decreto y obedece tan sólo las inspiraciones de su corazón y el imperativo de su deber. Un soldado la sorprende en el instante en que está cubriendo de tierra el cadáver de su hermano, y la lleva á presencia de Creon.

"Centinela. La he cogido inflaganti delicto sepultando el cuerpo de Polínice y contraviniendo tu orden..

"Creon. ¿Confiesas ó niegas haber ejecutado el hecho que te imputan?

"Antígone. Sí, lo confieso, no tengo por qué negarlo.

"Creon. Contesta pronto: ¿sabías que yo lo había prohibido?

"Antígone. Sí, lo sabía: ¿cómo había de ignorar tu decreto, siendo, como es, tan público?

"Creon. ¿Y te has atrevido á infringir las leyes?

"Antígone. Es que esas leyes no me las había revelado Júpiter, ni la Justicia que habita con las divinidades infernales, verdaderos autores de las leyes que reinan sobre todos los humanos. No creía que los decretos de un mortal, cual tú eres, fueran de más valor y hubiesen de prevalecer sobre las leyes no escritas de los dioses inmortales. Leyes que no son de hoy ni de ayer, cuyo origen nadie conoce, que nunca han principiado á ser. ¿Debía exponerme á la venganza de los dioses, por temor á las amenazas de un hombre? Al obrar como lo he hecho, sabía que me aguardaba la muerte, pero también, aun cuando tú no lo

hubieras ordenado así, una vez tenía que morir. Considero como una fortuna anticipar la hora; que es la muerte un beneficio para quien como yo ha sido siempre desgraciada. No es, pues, un infortunio para mí la suerte que me reservas; lo hubiera sido, sí, el haber dejado insepulto el cuerpo de mi hermano...”

Los antiguos moralistas y filósofos se fijaron muy particularmente en este pasaje de Sófocles, y no ha pasado desapercibido á los modernos, que lo han utilizado, al igual de aquéllos, para atestiguar la existencia de un derecho natural distinto del derecho positivo, y anterior y superior á él. Así, por ejemplo, Aristóteles asegura que “hay dos clases de leyes, una propia (*ἴδιον*), otra común (*κοινόν*): aquélla, la que se dan á sí propios los particulares, y puede ser escrita y no escrita: la otra tiene su raíz en la Naturaleza, pues común es por naturaleza el sentimiento de lo justo y de lo injusto, y en ello convienen todos, aun cuando no haya mediado comunicación entre ellos ni intervenido pacto. Cuando la Antígone de Sófocles dice que fué justo sepultar á su hermano, aun cuando estuviese prohibido, da á entender que era justo por naturaleza.” Y á seguida copia los inmortales versos arriba traducidos: οὐ γὰρ τι νῦν γε κἀχθές... (1). Müller dice á propósito de este mismo pasaje: “Sófocles se propone principalmente ilustrar esta verdad: que hay algo inviolable y sagrado fuera y por encima del Estado, que el Estado debe respetar; principio que Antígone proclama con una verdad y una grandeza irresistible” (2).

2.º *Mauricio y la legión tebana*. Hallándose el emperador Maximino en Octodurum, dispuso solemnes sacrificios á los dioses. Había entre las legiones una apellidada *tebana*, compuesta de cristianos, en número de 6.666. Al

(1) Rhetor., lib. I, cap XIII. En otro lugar vuelve sobre el mismo tema y ejemplo: “La ley común no varía jamás, porque es natural, pero las leyes escritas mudan, y en esto está fundado aquel pasaje de Sófocles en que Antígone sostiene que, sepultando á su hermano, obró contra la ley de Creon, mas no contra la ley no—escrita”. (*Ibid.*, I, I, cap. xv.)

(2) Otf. Müller, *Historia de la Literatura griega*.

recibir la orden, trató de rehuir su cumplimiento, retirándose hacia Agaurum y negándose á obedecer al emperador que les envió un propio para que regresaran. Entonces dispuso diezmarlos, y su disposición fué ejecutada sin que las víctimas intentaran la más leve resistencia. Terminado este cruento sacrificio, el jefe de la legión, Mauricio, dirigió á sus compañeros este discurso, según Eucherio, obispo de Lyon: "He temido que alguno de vosotros, á pretexto de defenderse (cosa fácil á soldados armados), intentase rechazar esta dichosa muerte. Estaba dispuesto á oponerme á ello, é imitar á Jesu Cristo, que mandó al apóstol volver el acero á su vaina, enseñándonos con esto que la virtud de la confianza cristiana es superior á todas las armas, y que nadie debe oponerse con manos mortales á una empresa inmortal, sino que, por el contrario, debemos terminar la obra principiada, dando perpetuo testimonio de nuestra fe." Otra vez el emperador intimó á la legión que obedeciese la orden de sacrificar, pero la legión á una voz contestó: "Como soldados, César, te pertenecemos y hemos empuñado las armas en defensa de la república romana: jamás hemos faltado en nuestro puesto ni hecho traición á nuestros deberes militares, ni merecido nota de cobardes. También en la ocasión presente obedeceríamos tu mandato si, instruidos en la religión cristiana, no tuviéramos el deber de abominar el culto de los demonios y alejarnos de unos altares siempre manchados de sangre. Sabemos que has resuelto deshonar á los cristianos, haciéndoles cometer sacrilegios ó, diezmándonos, amedrentarnos. No nos busques más, que no nos ocultamos: sábelo de una vez, somos cristianos. En tu poder están nuestros cuerpos, pero careces de toda autoridad sobre nuestras almas, que pertenecen á Cristo su creador."—Entonces, Exuperio, abanderado de la legión, se dirigió á ella en éstos términos: "Hedme aquí, valerosos compañeros de armas, ondear el estandarte de las batallas que hemos reñido por intereses temporales: no estímulo ya vuestro ardor para ese género de guerras; porque con las es-

padas que lleváis al cinto no os abriréis el camino del reino celestial." E inmediatamente envía al emperador el mensaje siguiente: "La desesperación, que suele ser el recurso más eficaz en todos los peligros, no ha armado nuestra diestra contra ti. Ya ves que tenemos las armas en la mano, y sin embargo, no te resistimos, porque preferimos morir inocentes antes que vencer y vivir culpables. Tus verdugos nos hallarán desarmados, porque arrojamos las armas; únicamente nuestro corazón está armado con la fe cristiana."—Después de esto, los legionarios presentaron el cuello y el pecho desnudo á los verdugos, y fueron degollados sin exhalar un grito ni una queja.

3.º *Visconde de Ortes.* A las persecuciones legales contra los hugonotes, habían sucedido en Francia, en los infaustos días de Catalina de Médicis, las persecuciones de la conjuración y el puñal. Se aproximaba el día de San Bartolomé de 1572, escogido por el Rey Carlos IX para exterminar á los protestantes de toda Francia. De París se comunicaron órdenes secretas á los gobernadores de provincias, para que en dicho día degollasen á los hugonotes que residieran en su territorio. Algunos obedecieron la bárbara é inicua orden, y Francia vió teñido su suelo con ríos de sangre inocente: otros, como el conde de Tende, Charny, etc., respondieron á los emisarios de la corte, que respetaban demasiado al rey para creer que procediesen de él órdenes tan bárbaras: el vizconde de Ortes, gobernador de la plaza de Bayona, se negó también á obedecer, envolviendo su negativa en una delicada súplica, que con razón se ha hecho célebre, y que immortalizará su nombre en lo futuro: "Señor: he comunicado la orden de V. M. á estos fieles habitantes y á las tropas de la guarnición; he encontrado en ellos buenos ciudadanos y soldados valientes, pero ningún verdugo. En atención á esto, así ellos como yo suplicamos humildemente á V. M. que tenga á bien emplear nuestros brazos y nuestras vidas en cosas posibles, por difíciles y peligrosas que sean, que en ellas verteremos hasta la última gota de nuestra sangre."—Este suceso ha

sido invocado alguna vez en España, en lo más recio de sus discordias civiles, tan enconadas y sangrientas durante este siglo. Hé aquí un ejemplo:

4.º *Miguel de Córdoba*. Uno de los hechos más monstruosos y de más triste resonancia que han acaecido en el curso de esas luchas, ha sido el fusilamiento de María Griñó, madre del cabecilla Cabrera, ordenado por el comandante general de la provincia de Teruel D. Agustín Nogueras, en 1836, en concepto de represalias por los infinitos crímenes que cometían los partidarios del absolutismo, alzados en armas (1), y para evitar nuevos atentados en lo sucesivo.—“¿Es cierto el aviso que acabo de recibir?” preguntaba el noble D. Miguel de Córdoba, alcalde letrado de Tortosa, al gobernador de la plaza.—“Sí, muy cierto, contestó: aquí está la orden de la Capitania general para la ejecución de esta desgraciada mujer. El día 8 fué invitado á ello por el brigadier Nogueras, y me resistí, porque no me creí facultado para hacer expiar á la madre de Cabrera los hechos de su hijo: ¿Qué haría usted en mi caso, señor alcalde?”—“¿Qué haría? repuso el alcalde con toda la entereza de su carácter. Obedecería antes que la orden del Capitán general, las leyes de España, que permiten á una autoridad suspender ciertas disposiciones, aunque sean emanadas del trono, y acudiría al Gobierno Supremo reclamando contra este atentado. Pondría al margen de la orden la fórmula, *se obedece, pero no se cumple*. Si usted no quiere adoptar este medio legal, recuerde lo que el comandante militar de Bayona contestó al recibir la Real orden para degollar á los protestantes el día de San Bartolomé; y fué decir á su rey Carlos IX que, ni entre sus fieles súbditos ni entre sus leales soldados había encon-

(1) “Todos me cuentan tan mal de mi hijo (decía la infeliz en su prisión), tantas son las vidas que tiene á su cargo, que pido encarecidamente al cielo acepte la mía en holocausto, y cambie sus sentimientos por otros más humanos, no permitiendo Dios termine su carrera en una hora de impenitencia.” “Un momento de arrepentimiento os pido, Señor, para él (añadía la piadosa mujer), cuando deje de existir, y aquí me tenéis sumisa á vuestras órdenes.”

trado verdugos; y tan cruento sacrificio no se consumió. Yo (añadió el alcalde), siguiendo este ejemplo, diría también que, ni entre los pacíficos y honrados habitantes de Tortosa, ni entre las beneméritas tropas de su guarnición, había verdugos para sacrificar á una anciana é inocente mujer, que ignoro haya sido procesada y juzgada, y cuyo único crimen acaso es haber llevado en sus entrañas á Cabrera. Además, nuestrás leyes no son las de Dracon, que hacían responsables á los padres de los hechos de sus hijos." El anciano gobernador calló, y las lágrimas asomaron á sus ojos; pero el alcalde interpretó aquel silencio y aquellas lágrimas como precursoras del tremendo holocausto que se ejecutó cuatro horas después" (1).

5.º *El labrador Juan Pascual*. El principio del derecho de no obedecer ha sido siempre popular en España, según lo demuestran, por una parte, las Constituciones revolucionarias de los siglos XIII y XIV, y por otra, el Romancero. "Se debe obedecer al rey en lo justo y advertirle en lo dañoso" (2): tal era su pensamiento, tantas veces reproducido. Aun en la época en que se impusieron é imperaron sobre toda Europa las doctrinas del absolutismo, se atrevieron nuestros dramáticos á desarrollar el delicado tema de la desobediencia, y lo que es más, el del tiranicidio (3). Un drama de Juan de la Hoz presenta al labrador Juan Pascual, personificación del espíritu de justicia y del buen sentido, conversando con el rey D. Pedro de Castilla, que había penetrado en su morada de incógnito, y reprendiendo con nobles razones su desafortada conducta. El rey se da á conocer, y eleva al franco montañés al cargo de gobernador ó asistente de Sevilla. Llega un día en que el rey le ordena que dé muerte á la inocente Doña Blanca de Borbón, y el justiciero asistente se niega á obedecer, y hace renuncia de su cargo:

(1) Buenaventura de Córdoba, *Biografía de Cabrera*, apud A. Pirala, *Historia de la guerra civil*, t. III, p. 126.

(2) *Romancero general* (Durán), n. 647.

(3) Por ejemplo, Guillén de Castro en su *Amor constante*.

"Juan.—Seis años há ya que os sirvo—de Asistente de Sévilla,
Y así, humilde, gran señor,—os suplico de rodillas
Proveais en otro el cargo—que más atento le sirva.
Y no admire á Vuestra Alteza—jurar que así me despida;
Que si justicia he de hacer—en ocasión tan precisa,
No quedando Blanca absuelta—no es posible hacer justicia.

Rey.—Vive Dios, que haléis de hacerla—sin que esa razon os sirva.

Juan.—No hacer justicia, señor,—¿es modo de hacer justicia?

Rey.—*La ley de vasallo y noble—á obedecer os obliga.*

Juan.—*Eso es cuando la razón—el dictamen justifica.*

Rey.—Obedecerme es servirme.

Juan.—Imposible ya se mira—serviros y obedeceros

En la ocasión referida.

Rey.—¿Por qué?

Juan.—Porque si el serviros—á una injusticia me obliga,
Juro á Dios que es imposible—que en esto obedezca y sirva.

6.º *Catedráticos españoles.* En Febrero de 1875 publicó el Gobierno de España un decreto restableciendo el sistema de textos y programas vigentes antes de 1868, con el objeto de velar por la moral y las sanas doctrinas, y una circular á los Rectores de las Universidades, en que se les prevenía "vigilar con el mayor cuidado para que en los establecimientos que dependen de su autoridad no se enseñe nada contrario al dogma católico ni á la sana moral, procurando que los profesores se atengan estrictamente á la explicación de las asignaturas que les están confiadas, sin extraviar el espíritu dócil de la juventud por sendas que conduzcan á funestos errores sociales... no tolerar por ningún concepto que se explique nada que ataque directa ni indirectamente á la Monarquía constitucional ni al régimen político casi unánimemente proclamado por el país; y proceder sin ningún género de consideración á la formación de expediente, si tuviesen noticia de que alguno no reconocía el régimen establecido ó explicaba contra él."—Multitud de profesores hicieron ver, en respetuosísimas declaraciones los unos, en representaciones duras y casi violentas otros: 1.º, que el decreto y circular en cuestión eran contrarios á la Constitución y á las leyes á la sazón vigentes, y además, atentatorios á la dignidad y á la independencia de juicio que son inherentes á la función social del profesor, porque al imponerle taxativamente un progra-

ma oficial, le hacen descender de la condición de científico á la de repetidor, y su función, de la condición de noble y digno ministerio, á la de oficio mecánico y servil: 2.º, que no podían en conciencia admitir los límites marcados en la circular por la sana moral, el dogma católico, las verdades sociales y la Monarquía constitucional, porque se verían en la necesidad de ir mudando de criterio á medida que mudase la organización política del país ó las opiniones de los Ministros, y de renunciar á sus honradas convicciones sociales y religiosas. Resultado: que de hecho, tanto el decreto como la circular han sido ineficaces, que el Gobierno se ha resignado á derogar tácitamente las citadas disposiciones, toda vez que el mayor número de los manifestantes continúa en sus puestos, y los que guardaron silencio se han abstenido de cumplirlas, explicando sus asignaturas en la forma misma que lo hacían en pleno período revolucionario, y que esto es público y notorio, como que hasta la prensa ha dado cuenta de lecciones en que abiertamente se infringía la circular de 26 de Febrero, y el Gobierno no ha adoptado medida ni providencia alguna contra los catedráticos infractores (1).

Hasta aquí el hecho cae de lleno dentro de la jurisdicción del presente libro: lo demás, para otro lugar y para otra ocasión. Por qué uno de los profesores, la más alta personificación en España, de la virtud y de la sabiduría, fué secuestrado por el Gobierno con circunstancias cuya calificación hay que remitir á la historia, y otros cuatro, la aristocracia intelectual de nuestra patria, fueron deportados ó encerrados en fortalezas; cómo pudo encontrar el Ministerio dóciles instrumentos de su voluntad entre los colegas y jefes académicos de las víctimas, para sus inauditos atropellos; por qué los Consejos votaron la separación de unos catedráticos, y ni siquiera formaron expediente á otros, con ser en éstos más calificada la causa que en

(1) Puede consultarse el importante libro: *Cuestión universitaria. Documentos coleccionados por M. Ruiz de Quevedo*, referentes á los Profesores separados, dimisionarios y suspensos.—Madrid, 1876.

aquéllos; por qué los favorecidos no han rechazado el favor ni se han hecho solidarios del castigo impuesto por una *falta* que ahora resulta que no lo fué; cómo el Gobierno, cómo el Profesorado, sobrellevan con tranquila conciencia esta dualidad de criterio y de conducta que hieren en lo más sagrado el derecho de la humanidad;—cuentas son ajenas por completo á los propósitos de este Ensayo jurídico, y que deben quedar intactas para que las liquide en su día la nación.

32. Facultad de obrar (continuación). *Cooperación de los órganos del Estado.*—Para reconocer fuerza de ley á la costumbre, exige Soto, conforme en esto con casi todos los tratadistas de derecho, la aquiescencia ó el consentimiento tácito (*dissimulatio*) del sumo imperantè (*supremus Praelatus*) en quien resida el poder legislativo, siendo, en opinión suya, ineficaz el de cualquier otro magistrado ó funcionario. “Quando autem dicimus dissimulationem Praelati in causa esse ut consuetudo lex fiat, intelligitur de illo Praelato qui est legislator; nam et si Praetor in urbe vel Praelatus conventus aut provinciae dissimulant legum trasgressiones, ejusmodi consuetudo nunquam vires legis consequitur, quia non est signum voluntatis supremi Praelati, qui est legislator” (1). Dejando para otro tratado el discutir si en ley de razón es obligado, con efecto, el consentimiento del legislador para la validez de la costumbre, observaremos únicamente en este lugar: 1.º, que para hacer ejecutivo y viable el hecho proyectado, se requiere muy frecuentemente el concurso, ora activo, ora pasivo, de los delegados inferiores del poder judicial ó del administrativo: 2.º, que por esto, es condición esencial, para la consumación de tal hecho, y por tanto, para el incumplimiento de la ley ó del decreto, ó para su desuso, ó para el establecimiento de la costumbre, la cooperación de aquellos órganos, ora absteniéndose de obrar en la forma que la ley les ordena, ora contribuyendo activamente al hecho

(1) D. Soto, *De justitia et jure*.

con aquellas solemnidades sin las cuales no pudiera producir sus naturales efectos, y tal vez, ni llegar siquiera á exteriorizarse. Ya hemos visto que, en tiempo del antiguo régimen, las más importantes pragmáticas de los reyes quedaban sin cumplimiento: Mujal investigó detenidamente las causas á que era debido este fenómeno: “¿Cuáles pueden ser, se pregunta, las causas de la inobservancia de las referidas leyes y reales decretos? Dos son, en mi concepto, las principales: es una, la negligencia y omisión de algunos superiores en hacer observar lo que el rey ordena y constituye, y el no ser ellos los primeros en el buen ejemplo que deben á sus súbditos de su obediencia y observancia (1). 2.º La otra consiste en la perniciosa variedad y anchura de opiniones en que unos y otros hallan apoyo para no dar cumplimiento á lo mandado, ó cavilosa y siniestramente interpretarlo” (2).

Prescindiendo, pues, de los poderes legislativo y regulador, afirmaremos en este lugar que basta casi siempre el concurso, y por decirlo así, la complicidad de los órganos inferiores del Estado oficial, para que el hecho, aunque sea contra ley, se perfeccione y consuma, la desobediencia quede legitimada, y mantenido el anterior estado de derecho contra el nuevo que el precepto injusto trataba de hacer prevalecer. Algunos ejemplos harán patente esta aseveración.

Una ley del Fuero Real (8.º, tít. v, lib. III) niega á las mujeres el derecho de ser “cabazaleras de testamento”, esto es, albaceas ó testamentarias: contra tan terminante disposición, un testador hubo de nombrar un día por albacea á

(1) “De las negligencias y omisiones en casi toda clase de personas, de los superiores é inferiores, escribió útil tratado, en latín, Bertoni.” (*Nota de Mujal.*)

(2) “*Tratado de la observancia y obediencia que se debe á las leyes, pragmáticas-sanciones y Reales decretos; y ninguna fuerza en nuestro Estado monárquico de las costumbres que sin consentimiento del príncipe se introducen en contrario, é interpretaciones que se dan por los súbditos, y finalmente, que no depende el valor ó fuerza de la ley del Soberano, de la aceptación de los súbditos, ni éstos tienen libertad para dejar de aceptarla y observarla*”, por D. Juan Antonio Mujal, catedrático de la Universidad de Cervera. Madrid, 1774, pág. 134.

una mujer: es obvio que esta institución no podía ser ejecutiva sino á condición de que el juez desoyese el precepto del legislador y atendiese únicamente á principios de equidad, amparándose en una razón de analogía, ó invocando como precedente algún hecho acaecido con anterioridad y en que no tuvo participación el juez, ó ideando alguna ficción jurídica ó algún otro medio de derecho con que acallar los escrúpulos de su conciencia legal, aparentando dejar incólume la ley, etc. Con esto, pudo ya llevarse á cabo el hecho, y ese hecho sirvió como de troquel para todos los subsiguientes. Así ha nacido una costumbre contra ley, que todavía rige en nuestro tiempo. Pues de igual modo caería en desuso la famosa ley 61 de Toro, si el Tribunal Supremo autorizase con su aquiescencia las renunciaciones ilegales que los interesados hacen constantemente de ella.—Nuestras leyes reconocen á todo hombre el derecho de usar las aguas pluviales como cosa *nullius*, pero no establecen orden alguno de preferencia cuando dos pretenden el uso de la llovada en una misma superficie: sucede repetidas veces que el dueño de un predio superior al de otro predio inferior pretenden utilizar el agua que cae en el primero: rechógela el dueño de él y la opinión se pone de parte suya; pero el segundo le turba en la posesión, apoyándose en el juicio de algunos que estiman su derecho preferente. He aquí un hecho jurídico que el dueño del agua por derecho natural no podía llevar á cumplido efecto, mientras el juez, haciéndose eco de la opinión más acreditada, no inclinó la balanza de la justicia en favor suyo, en virtud de las facultades inherentes á su ministerio. Así ha nacido en España otra costumbre.—La ley Hipotecaria no admite hipoteca legal de los bienes de la mujer en favor del marido, porque está hecha en vista de la legislación civil de Castilla, y según esta legislación, esa hipoteca es innecesaria, y tal vez hasta imposible; pero existe en Aragón un régimen consuetudinario de bienes que hace necesaria algunas veces dicha hipoteca para garantizar al marido ó á los parientes del marido la legítima ó el capital que éste aporta á la

casa de una heredera con quien contrae matrimonio; y con efecto, los contrayentes la establecen en la escritura nupcial: si el Registrador procede de alguna provincia de derecho castellano, y mira la ley Hipotecaria como una especie de Biblia protestante, que no tolera notas, semejante hipoteca no pasa, y el hecho pactado por los cónyuges queda ineficaz: si el Registrador es menos timorato, admite á inscripción la tal hipoteca, interpretando extensivamente la ley, hasta abrazar dentro de sus términos el antiguo *aseguramiento* alto-aragonés, y el hecho se perfecciona.—Pues todavía es más esencial, si cabe, la cooperación activa de los órganos inferiores del poder, en otro orden de hechos sobrado frecuentes: en la división y adjudicación de herencias intestadas. Cuando sobreviene un intestado en familias de escaso patrimonio (únicas en que este caso suele presentarse), los herederos legítimos se encuentran imposibilitados de sufragar los gastos que lleva consigo la tramitación prescrita por las leyes Hipotecaria y de Enjuiciamiento, la protocolización de los autos, el devengo subsiguiente del impuesto de transmisión de bienes, y la inscripción en el Registro; por cuyo motivo, suele decirse en el Alto Aragón que aquellas leyes sirven de garantía á los ricos, pero desamparan á los pobres, y que á causa de su misma rigidez igualitaria, reparten el derecho desigualmente, y lo ponen fuera del alcance de los más débiles, negándoles indirectamente la titulación legal de sus bienes, y consiguientemente, la facultad de asegurarlos. Para obviar este obstáculo, ya que derribarlo no les era posible, los interesados han discurrido un medio ingenioso, que les permita ejecutar aquel acto y ponerlo á la sombra de la ley, sin que en él intervenga Juez, Notario, Registrador ni Liquidador del impuesto, pero que resultaría ineficaz y de imposible realización sin el concurso ó la condescendencia de las autoridades municipales. Esta condescendencia es una condición esencial para que la combinación proyectada pueda convertirse en un hecho, hecho contra ley. Cuando no se reparten los herederos legítimos el patrimonio privada-

mente, y el Ayuntamiento no altera las inscripciones del amillaramiento por el solo dicho de aquéllos, ó por el simple conocimiento que tiene del hecho (informalidad que, según parece, se comete con más frecuencia de lo que pudiera creerse, pudiendo repetirse hoy aún cuanto acerca de este extremo declaraba el Ministro de Hacienda en Orden de 10 de Diciembre de 1869), proceden del siguiente modo: simulan una discordia, y solicitan acto de conciliación; el Juez municipal, de ordinario lego en materias de derecho, manda citar las partes, y se afana por traerlas á términos de avenencia: no tiene que esforzarse mucho para conseguirlo: se entienden, y acuerdan una división de bienes: se hacen constar en el acta los términos de esa división, y el secretario del Ayuntamiento la admite, como si fuese documento público traslativo de dominio é inscrito en el Registro, para inscribir en el amillaramiento los bienes del causante á nombre de los causa-habientes. Luego, cuando tienen necesidad de transmitir alguno de sus inmuebles, instan expediente judicial de posesión, remontando tal vez la adquisición á fecha en que no devengaban las herencias el impuesto de transmisión de bienes (pues sobran doquiera testigos que no titubean ante el perjurio, mayormente cuando se trata de defraudar al Tesoro público); y ya tienen con esto título suficiente para obtener inscripción de posesión, otorgar escritura de compra-venta é inscribirla en el Registro (1).

Cuando en 1870 se promulgó en España una ley de Matrimonio civil, que restituía á la madre de familia, para el caso de faltar el padre, la patria potestad que le habían reconocido los fueros de la Edad Media, la opinión entendió que tal disposición debía tener efecto retroactivo, que no hacía distinción entre las madres que habían enviudado con anterioridad á la ley y á las que enviudaran después de su publicación: pero no bastaba que lo entendiese la opinión; era menester que los notarios aceptasen esa interpretación

(1) *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, cap. v.

del sentido común, á fin de que las madres pudieran otorgar las escrituras y celebrar los contratos á que la autoridad paterna les daba derecho, en representación de sus hijos, sin previa autorización judicial; que los Registradores de la propiedad admitiesen á inscripción tales documentos, y que los Juzgados y Audiencias no les opusieran el veto, cuando algún litigio se suscitase y ventilase en sus estrados. Ahora bien, y esto pone de relieve hasta qué punto es esencial la cooperación de los órganos inferiores del Estado en la ejecución exterior de los hechos de derecho: la mayor parte de los colegios notariales y de los Registros adoptaron el criterio de aplicar la ley de Matrimonio civil indistintamente á todas las madres viudas, así hubiesen adquirido este estado antes ó después de la promulgación de la ley; y de la propia manera, consideraron capaces para contratar sin intervención del padre á los hijos solteros mayores de veinticinco años; pero en los tribunales hubo gran divergencia de opiniones, y mientras que en unas Audiencias se reconocía á las viudas que lo eran desde antes de 1870 la patria potestad y la facultad de contratar libremente en representación de sus hijos, en otras era negada tal investidura, viéndose incapacitadas de ejecutar los mismos actos que otras viudas sin ningún género de trabas ejecutaban: una misma viuda podía ejercer los derechos anejos á la patria potestad en un juzgado, mientras que en otro se la tenía en calidad de simple tutora ó curadora. de un mismo Tribunal,— el Tribunal Supremo,— con intervalo sólo de dos meses, emanaban dos circulares contradictorias, una en que el Fiscal ordenaba á los delegados del ministerio público apelar ó recurrir de cuantas providencias se dictasen por los Juzgados ó Audiencias, conformes con la interpretación extensiva que daba retroactividad en aquel efecto á la ley de Matrimonio civil, y otra en que se les mandaba, por el contrario, aceptar esa doctrina y sostenerla como la recta y genuina, y por consiguiente, desistir de los recursos que hubiesen interpuesto.

Algunas veces, la condescendencia de las autoridades in-

feriores en materia de incumplimiento de las leyes, es una condescendencia criminal; porque fomenta los delitos con la certeza de la impunidad. Tal sucede, por ejemplo, en España, con las leyes penales y procesales que reprimen los juegos de envite y azar, tan ruinosos para las familias y para la moral pública: esas leyes los definen como delito, la sociedad lo anatematiza y reprueba; pero como no le acompaña la infamia ante la opinión como á los demás delitos, depende exclusivamente de las autoridades el que aquellas leyes sean ó no cumplidas, y de hecho, sea por la calidad de los delinquentes, sea por laxitud de conciencia, ó por los emolumentos secretos que tal vez proporciona, ó por indiferencia del público, ó por otras causas, la policía, y sus jefes los gobernadores, se cruzan de brazos, y el Ministerio fiscal no se resuelve á salir de su actitud pasiva y expectante, por más que la Prensa clama contra el escándalo y se constituye en noble delatora del odioso vicio, y en un como Ministerio fiscal adventicio; por más que, como sucede algunas veces, el Ministro de la Gobernación y el Fiscal del Tribunal Supremo de justicia dirijan circulares á sus subordinados recordándoles sus obligaciones en ese respectó. De donde resulta que un delito que con tanta frecuencia se comete, muy rara vez da pie á la instrucción de un proceso, y menos á la imposición de una pena, y que los intereses morales que aquellas gentes garantizan, queden indefensos, no obstante los buenos propósitos de los poderes supremos.

Y esto que sucede con los hechos de la sociedad respecto de los delegados inferiores del Estado oficial, se repite con los hechos de éstos respecto de sus superiores jerárquicos; también es requisito esencial de tales hechos la cooperación activa ó pasiva de éstos. Un ejemplo: Está declarado por el Ministerio de Hacienda de España que los heredamientos universales de Aragón y Cataluña, hechos con motivo ó por razón de matrimonio—en los cuales la transmisión es condicional, pues depende de que el instituyente fallezca antes que el instituído,—devengan el impuesto de derechos

reales y transmisión de bienes, no á la época del otorgamiento, sino á la del fallecimiento, á menos, por supuesto, de que el heredero adquiera desde luego el dominio directo ó útil de los mismos, de modo que pueda disponer de ellos ó del usufructo (1); pero las dificultades con que han tropezado en la aplicación los liquidadores del impuesto, han sugerido en algunas provincias la práctica de liquidarlo y exigirlo al tiempo ya de la institución, contra lo que terminantemente preceptúan las disposiciones citadas: este hecho de los registradores-liquidadores, para causar estado, ha requerido la cooperación de los oficiales letrados, como superiores inmediatos jerárquicos de las oficinas liquidadoras, á quienes compete procurar la debida y exacta gestión del impuesto, y examinar y censurar las operaciones de aquellos funcionarios. Cuando regía el impuesto provisional del 10 por 100 sobre los beneficios ó intereses percibidos por préstamos hipotecarios, estaba mandado que se exigiera por trimestres anticipados sin derecho á devolución (2); mas para facilitar las operaciones, y sobre todo para evitar ocultaciones y fraudes, las administraciones económicas de las provincias dieron en hacer efectivo el impuesto al tiempo de la cancelación: aquí fué menester que autorizase la práctica, y aun cooperase á ella en los casos de apelación, la Dirección general de Contribuciones, á quien incumbe cuidar de que se cumplan y hagan cumplir las disposiciones oficiales referentes al impuesto, uniformar la práctica de la liquidación, etc.—Otro ejemplo, en el orden judicial. La ley 1.^a de Toro (3) establece que, cuando ocurra alguna duda en cuanto á la interpretación y declaración de cualquier ley de Ordenamiento, Fuero ó Partida, recurran al rey para su auténtica interpretación. Observóse durante mucho tiempo, pero no tardó en caer en desuso; con lo cual, y no siendo práctica ni precepto legal

(1) Real orden de 30 de Abril de 1852; R. O. de 18 de Mayo de 1860; Resol. de la Dirección de Contrib. de 7 de Diciembre de 1867.

(2) Art. 32 del Reglamento de 14 de Enero de 1873.

(3) *Nov. Rec.*, ley 3.^a, tít. 11, lib. III.

Fundamentar las sentencias, eran á veces entendidas y aplicadas las leyes en opuesto sentido; esto no obstante, de tal modo se generalizó la costumbre, que quedó sancionado por virtud de ella el principio de que en ningún caso debe abstenerse el juez de fallar, por mucha que sea la obscuridad de las leyes ó muy notada su omisión; cuya doctrina ha pasado á ser ley en los Códigos penal y procesal. Es evidente que los tribunales inferiores no hubieran podido ejecutar ese hecho, ni introducir esa costumbre, ni elevar á categoría de doctrina legal ese principio de derecho natural, á no haber cooperado con su aquiescencia y adhesión los tribunales de apelación.—En el último tercio del siglo pasado dictóse en Hesse-Darmstad una ley, por virtud de la cual, el judío que hubiese tenido trato ilícito con una cristiana, era condenado á muerte: cuando tal caso se presentaba, era deber de conciencia en el juez eludir la ley por medio de una ficción, ó de una distinción de derecho ó de otro modo, pero, además, que el tribunal superior cooperase á la sentencia confirmándola, haciéndose cómplice de la interpretación evasiva del inferior: sólo con esta condición, el primer hecho, teóricamente planteado por un tribunal, pudo salir á luz y causar estado, y servir de precedente al desuso, ó más bien á la inobservancia de tan inicua y brutal disposición.—Y esto que vemos dentro de un mismo poder, entre los órganos inferiores y los superiores, se observa asimismo dentro del Estado oficial entre el poder legislativo y el judicial, entre el legislativo y el regulador, entre el judicial y el ejecutivo. El hecho concebido é instado por las Cortes españolas de los siglos XVI y XVII (que no se legislase sin su acuerdo, que no se exigiesen tributos no votados por ellas, etc.) no pudo llegar nunca á hecho efectivo, porque les faltó la cooperación del poder supremo, que desoía sus legítimos votos. Cuando, en 9 de Febrero de 1875, el Ministerio ejecutivo de España declaró por decreto que surtieran efecto desde su celebración los matrimonios contraídos canónicamente, con desprecio de lo preceptuado en la ley de matrimonio civil, no hubiese

logrado ver realizado su propósito, si los juzgados y tribunales, inspirándose en el ejemplo de los jueces norteamericanos, hubiesen declarado ilegítima la prole nacida de tales uniones meramente canónicas, sin hacer caso de un decreto inconstitucional. Los actos ejecutados por notarios, registradores y juzgados, declaraciones de derechos, testimonios de compra-ventas, inscripciones de escrituras y liquidaciones de impuestos, etc., con el criterio de que la ley de matrimonio civil retrotraía sus efectos á las madres que hubiesen enviudado antes de su publicación, no eran actos perfectos, y quedaban puestos en tela de juicio desde el momento que cinco años después, el Tribunal Supremo de Justicia, soberano regulador de la jurisprudencia, fallaba contra uno de sus actos y se pronunciaba en el fallo contra la retroacción (1).

33. Facultad de obrar (continuación).—*Reivindicación teórica de esta libertad.*—Mientras el propósito injusto de la autoridad no salga de la esfera, por decirlo así, teórica; mientras sus delegados ejecutores hagan caso omiso de ella ó dejen obrar como si no existiera, hemos dicho que la protesta y la revolución serían injustas y contraproducentes, que basta hacer uso del derecho de no obedecer; pero desde el momento en que la autoridad se empeña en hacer ejecutivo su precepto, ó castiga la inacción del que resiste su cumplimiento, ú oprime á la multitud, ó se niega á escuchar sus votos, ó descuida la satisfacción de sus necesidades en cuanto de la acción política ó administrativa dependen, el silencio deja de ser lícito, y la tolerancia pasiva tendría algo más que apariencias de complicidad. No es éste todavía suficiente motivo para remover violentamente la autoridad, por las mismas razones que aduje á propósito del derecho á la desobediencia: la autoridad debe ser rogada y advertida por los múltiples órganos de la opinión: acaso reconozca su error ó su obcecación, y el hecho jurídico pueda realizarse normalmente, sin necesidad de com-

(1) Sentencia de 19 de Junio de 1875.

prometer en una lucha de dudoso éxito los intereses de la paz y de la civilización. Esta medida de prudencia; aconsejada por la sana razón común, lleva además la recomendación de la historia: la humanidad, antes de lanzarse por los rumbos de lo desconocido, apura todos los medios, respeta por instinto la autoridad, repugna el empleo de la fuerza, teme y vacila mucho antes de resolverse á practicar los procedimientos de la violencia: entre el estado de paz y el de revolución, se extiende una larga cadena de estados intermedios, que dan tiempo á la autoridad para apreciar el estado de la opinión y reconocer la serie de lamentables equivocaciones que han engendrado aquel estado de desequilibrio, y le abren caminos para conjurar la tormenta, cediendo, ó transigiendo, ó haciendo renuncia del poder público que ejerce. A ninguna persona medianamente avisada puede cogérle desprevenida una revolución: alegar ignorancia á seguida de uno de esos hechos, sería risible candidez.

Pudiera desarrollar muchos ejemplos en comprobación de esta tesis, como el período preliminar de peticiones y advertencias en diversas formas, y con muchos años de intervalo, que precedió á la insurrección de Flandes contra España en el siglo XVI, y que acabó por la proclamación de independencia de aquel Estado; lo que aconteció antes de que se levantasen en armas los moriscos de la Península contra el soberano español que les obligaba á mudar en un día todo su ser, faltando á las más elementales nociones de la justicia: en la América del Norte, antes de que estallase aquella memorable revolución, en que perdió Inglaterra una vasta colonia y ganó la humanidad una grandiosa democracia; en el prólogo de la Revolución francesa, que tantos males ha atraído sobre la Europa; y viniendo á días más cercanos á los nuestros, y á hechos de menos resonancia, los consejos y representaciones sin cuento, dirigidos en 1877 al presidente de la República francesa, mariscal Mac-Mahon, y en el mismo año y después al rey de España, por todos los partidos legales de oposición,

incluso los más conservadores, para que imprimiesen distintos rumbos á la política, atendiendo al voto ardiente de la opinión y al estado deplorable del país, y haciendo ver en lontananza gravísimos conflictos de orden público si se persistía en los proceder egoístas de la política imperante: si no estalló la revolución en Francia, debido fué á la sensatez y á la paciencia de aquel pueblo, maduro ya para la vida ordenada de la democracia, y á que el Jefe del Estado cedió al cabo en sus resistencias, y reconoció su ineptitud para tan elevada magistratura, la más difícil de todas en un Estado constitucional. Dejando á un lado todos estos ejemplos, me fijaré en dos tan sólo, uno antiguo, la revolución de Flandes en el siglo XVI, y otro á cuyo desarrollo estamos asistiendo, el prólogo de la revolución de Rusia.

Los nobles flamencos escribían con grandes instancias al rey para que separase á Granvela de la gobernación del país, que lo odiaba á muerte, y dejara tan sólo á la princesa Margarita, augurando grandes males si no se hacía: rogábanle una y otra vez que no estableciese la Inquisición, y una vez establecida, que la removiese: acometía el pueblo á los verdugos del Santo Oficio, y arrancaba de sus manos las víctimas, camino ya del sacrificio: la gobernadora opinaba que, con la obstinación del Rey, España perdía irremisiblemente el país: carteles, pasquines y proclamas incendiarias circulaban por todas partes: sucedíanse unas á otras las peticiones: los gobernadores y magistrados de las provincias se negaban á contribuir á la infame quema de heterodoxos: la juventud se confederaba en el famoso compromiso de Breda: los más adictos á España reconocían que el único modo de conjurar la revolución que se venía encima á toda prisa, era abolir la Inquisición y moderar el rigor de los edictos de persecución: trescientos caballeros acudían en representación de las provincias, ante la gobernadora, con un memorial en el mismo sentido; comisionados vinieron al rey con igual pretensión: todo inútil. La tempestad empezó á tomar forma: reuniones po-

pulares de hasta 16.000 personas: procesiones por las calles cantando los salmos de David con la glosa luterana, etcétera; y por último, no lográndose ni aun así el remedio solicitado con tanta persistencia como justicia, invasión de los templos y conventos por bandas de protestantes, saqueos, incendios, sacrilegios, atropellos, vandalismo, todos los horrores que acompañan al estallido de una revolución, por largo tiempo comprimida.

No faltaron las peticiones y advertencias en el prólogo de la revolución francesa, que tantos males ha atraído sobre la Europa. Y nosotros mismos estamos asistiendo al espectáculo de una sociedad tiranizada por una autocracia ciega y corruptora, que pugna por apartar de sus labios el cáliz amargo de la revolución á que el Gobierno insensatamente la empuja con sus torpezas. Proyecta hechos sociales en que exteriorizar los ideales que bullen en su mente, y satisfacer las necesidades que antes no sintió, pero que ahora siente; el temor y la fuerza comprimen esa idea interior y le impiden obrar, y la sociedad pide al supremo depositario del poder que cese en su resistencia, y atienda sus votos, y abra nuevos cauces á la actividad, que no cabe ya en los antiguos, y amenaza desbordarse y envolver en sus propias ruinas al imperio. La sociedad rusa ha experimentado en todo su ser un cambio profundo: con hallarse situada en uno de los extremos más apartados del continente, no ha podido sustraerse al influjo avasallador de la civilización europea. Las reformas trascendentalísimas que introdujo Alejandro II, actualmente reinante, la abolición de la servidumbre, el establecimiento de los zemstvos, el jurado, la difusión de la enseñanza, etc., por lógica necesidad debían traer otras consigo que armonizasen el organismo social de Rusia con el de las demás naciones de Europa, y esto es lo que no acaban de comprender los gobernantes, y por esto resisten con una tenacidad digna de más noble y justa causa. Desde que, en el siglo xv, el pueblo ruso reedificaba por suscripción nacional el palacio de Invierno del emperador, que un incendio había destruí-

do, hasta el año de 1880, en que un partido popular lo vuela por medio de una mina, con propósito de soterrar con la persona del emperador su aborrecida tiranía, media todo un abismo que ningún poder de la tierra es capaz de cegar. La abolición de la servidumbre ha causado dos efectos, principalmente: uno; inocular gérmenes de libertad, que forzosamente debían desarrollarse, en cuarenta millones de súbditos emancipados: otro, empobrecer á una gran parte de la nobleza, la cual se ha visto con esto obligada á dedicarse á las empresas industriales, y en ocasión de experimentar los beneficios de la libertad, y sentir con más violencia las ignominias del absolutismo. Así se explica la súplica dirigida no ha mucho al Czar por la nobleza de Tula, para que convocase un Parlamento nacional, invocando al efecto el ejemplo dado por el fundador de la dinastía de los Romanoff. La creación de los zemtsvos, especie de asambleas provinciales de elección popular, y de las comisiones ejecutivas emanadas de su seno, debía inspirar á la clase media deseos vivos de convertir en políticas sus atribuciones, que hasta el presente son exclusivamente administrativas, y de constituir un Zemtsvo ó Parlamento central que fuese el eco de todas las aspiraciones del pueblo ruso: así ha surgido del seno de estas asambleas un partido numeroso, sensato, cuerdo y nada exagerado, que ve con disgusto la desatentada marcha emprendida por el gobierno, y que anhela ver aceptado un régimen expansivo donde tengan cabida todos los intereses, y voz todas las aspiraciones legítimas. El desarrollo de los estudios superiores sin haberles impreso una dirección práctica que abriese horizontes y un porvenir digno y desahogado á sus cultivadores, y el influjo social y político que se otorga al saber en las naciones regidas por instituciones progresivas, debía producir legiones de descontentos, dispuestos á recibir con aplauso cualquier movimiento revolucionario, y aun á fomentarlo ó á cooperar abiertamente á él. Ahora bien, las aspiraciones sensatas de las clases ilustradas, representadas en los zemtsvos, tan largo tiempo comprimi-

das, han principiado á manifestarse de un modo ósteu- sible, no bien ha terminado la guerra con Turquía, en forma de peticiones dignas y reverentes al Czar, al mismo tiempo que de proclamas y anuncios amenazadores procedentes del partido lanzado francamente en el camino de la revolución. Las medidas represivas, dicen en sustancia los zentsvos al Czar, por mucho que se extremen, no lograrán calmar el ansia de reformas que devora al pueblo ruso las ideas que dan vida á las conspiraciones, y aun á los crímenes, de los revolucionarios, no desaparecerán con medidas que tiendan á extirparlas, sino suprimiendo las condiciones que favorecen su desarrollo; no persiguiendo implacablemente á los individuos que las propalan, porque es inútil, y el puesto de uno que queda vacío, corren al punto otros muchos á disputárselo. El mal está en la ausencia de libertad de comunicación y en la falta de respeto á la ley. La sociedad rusa no encuentra garantías en la ley contra los abusos del poder. Por otra parte, la opinión carece de órganos, porque no se le consienten, con lo cual, ni puede ser conocida, ni irse formando lentamente por procedimientos regulares, ni ser eficaz para refrenar las tendencias anárquicas de una minoría demente. La prensa amordazada, á quien se niega el derecho de criticar libremente las opiniones de las escuelas y partidos, y con más razón los actos del Gobierno, se venga lanzándose por caminos vedados, concitando las pasiones, abandonando el noble palenque de las ideas y del progreso pacífico, y no preocupándose lo más mínimo de despertar el instinto de la conservación, ni de medir el alcance de los peligros que puedan trastornar el orden social. Un pueblo tan valiente, y que tantos sacrificios ha hecho por el bienestar público, viene á ser instrumento mudo de la autoridad: se le prohíbe pensar y manifestar su opinión sobre aquello que más le interesa: forma una excepción lamentable en el concierto de las naciones europeas, con ser tan capaz como éstas de civilización y de progreso, y mucho más que aquellas á quienes acaban de emancipar por la fuerza de las armas.

Piden que se les reconozca el derecho de disponer de su porvenir, inherente á la humana naturaleza, y apelan á la generosidad del Czar para que les conceda á ellos la libertad que le han debido los búlgaros.—Estas razonadas y modestas peticiones de los zemstvos fueron heridas con el anatema imperial, y su circulación prohibida en todo el imperio: las hubo que ni llegar siquiera á su destino les fué posible: ¡triste sino el de la monarquía! Europa conoce las peticiones, y no las conoce el Czar. Tan desatentada conducta debía producir, como era natural, la exacerbación del espíritu nihilista y demoledor; y de la guerra á muerte que las sociedades secretas tienen declarada á todo lo existente. De cuando en cuando, llega á manos del Czar una proclama en que se le amenaza de muerte si no hace entrega de la autoridad despótica que ejerce, en una Asamblea constituida por sufragio universal, y se le promete dejarlo en paz y perdonarle los agravios que ha inferido al pueblo, si le restituye los derechos que le tiene usurpados. Recrudécense las persecuciones: á poco circula la noticia de un atentado contra la vida del Czar. Otra vez sale á luz el programa de reformas políticas reclamadas por el partido revolucionario nihilista: libertad de cultos, de reunión y de imprenta, sufragio universal, Asamblea constituyente, selfgovernment, autonomía provincial, supresión del pasaporte, etc.: caen nuevas víctimas de una y otra parte: inténtase nuevo golpe contra la familia imperial; y de este modo, yendo por un lado el Estado oficial, y por otro la sociedad, se caldean los ánimos, y se fragua el rayo que ha de estallar el día no lejano de una revolución apocalíptica. Suplicios, ejecuciones sangrientas y deportaciones á Siberia, no ya de obreros fanatizados, sino de gentes ilustradas, por una parte; sociedades secretas y asesinatos políticos, por otra: tales son los medios perversos con que se desarrolla esa lucha fratricida por la existencia del derecho, en que, de un lado, se amontonan obstáculos para que no salga á luz el hecho jurídico que ha terminado su gestación interior, y de otro, se pugna vale-

rosamente, con las fuerzas que presta la desesperación, por removerlos. Puede decirse sin metáfora que la Rusia encierra en su seno dos gobiernos: uno, el despótico del Czar, que obra á la luz del día, con todo el prestigio y la fuerza que acompañan á la tradición: otro, el revolucionario, oculto y terrible, que posee una prensa para su propaganda, gaceta oficial, comité ejecutivo, especie de tribunal de sangre que condena, brazos que ejecutan, presupuesto, agentes que hieren en la sombra, proclamas que penetran por modo misterioso en los cuarteles, en las oficinas, en las habitaciones del emperador, terrible poder, que engancha sus soldados en las Universidades, en el clero, en el ejército, en las fábricas, en el cuerpo de policía, en la servidumbre misma del emperador, y que á altos dignatarios del imperio los obliga con sus terribles amenazas á dimitir sus cargos oficiales. La masa del pueblo no pertenece á la secta, pero no persigue á los afiliados, y antes bien los oculta ó los ayuda á escapar. Tratándose de una lucha tan desigual y de una raza tan joven, tan soñadora, y tan virgen de tradiciones liberales, como la raza rusa, sus reivindicaciones debían revestir formas originales, distintas de las de los pueblos latinos: De ahí esos atentados horribles, que aventajan en lo audaz y en lo gigantesco á cuanto ha presenciado la historia hasta el presente día; esas monstruosas palingenesias; esos ideales caóticos de desmoronamiento y renovación universal, que recuerdan las teogonías indias; esa lucha sorda é implacable contra el poder supremo del Estado, que promete cesar tan pronto como éste quiera pronunciar un *fiat* salvador, y que reviste á las veces una grandiosidad verdaderamente épica.—Para que nada falte, á las reverentes exposiciones de los zemtsvos y á los manifiestos amenazadores del nihilismo, se unen los advertimientos imparciales y desinteresados de la prensa europea, sin excluir la más conservadora, sobre todo, de la inglesa y austriaca, que no ven otro camino viable para calmar la agitación de aquel hervidero de odios y pasiones, y poner fin á los crímenes políticos de los nihilis-

tas, que la concesión de las libertades tan justamente reclamadas por los rusos. "La política de Gortschakoff é Ignatieff, dicen á coro, no sanará los males del imperio: el pueblo, obligado á callar, acude á la conjuración, y esto hace al gobierno de los nihilistas más poderoso y temible que la misma sección tercera de la Cancillería imperial: el despotismo ha depravado los caracteres y corrompido las nociones acerca del valor moral de los medios: ó el Czar cede, ó estallará la revolución más formidable que ha visto Europa: liberalícese, permita el acceso de las clases medias á la gestión de los negocios públicos, y entonces se hará patente cuán deleznable base tiene, y cuán escaso poder, el nihilismo; que si hoy se presenta tan temible, es porque las clases ilustradas, á quienes no se da participación en el poder, ven con indiferencia esa lucha que no se dirige contra ellas, sino contra el enemigo de su libertad natural y de su dignidad" (1).

(1) Los hechos han venido á confirmar estas razonables previsiones. Maravilla el cambio operado en Rusia, en obra de meses, por la sola virtud de la fe en el porvenir que ha sabido inspirarle un hombre. La caída de Gurko y la dictadura de Loris Melikoff, notado de tendencias liberales, y los rumores de que proyectaba, de acuerdo con el heredero de la Corona, reformas trascendentales en las instituciones del imperio, limitación de las atribuciones de la policía, descentralización administrativa, libertad de imprenta, representación nacional, etc.; la tolerancia del dictador, su despego hacia la vieja policía, su tendencia á suavizar el rigor de las disposiciones vigentes, el haber renunciado al régimen de la arbitrariedad y del terror, la amplitud dada á la Comisión Ejecutiva, constituida de hecho en una especie de Cámara representativa ó de Estados generales, han abierto el pecho á la esperanza y calmado instantáneamente la fiebre de los descontentos, que causaba aquella temerosa agitación de principios de año, y han sido bastantes para que el nihilismo haya enmudecido como si ya no existiera. Hace dos meses, en Marzo último, el pánico había llegado á su colmo, señaladamente en las clases conservadoras, que veían próxima una catástrofe, y pedían la supresión de la primera enseñanza y de la enseñanza superior, la deportación en grande escala y la ejecución sumaria de los sospechosos: reinaba ese silencio precursor de las grandes tempestades: el Czar había intentado abdicar la Corona, en vista de que le era hostil ó al menos indiferente, una gran parte de sus súbditos: no salía de su Palacio sino rodeado de una nube de cosacos: las gentes se dispersaban azoradas, no bien se divisaba á lo lejos la escolta imperial: el acercarse al Czar era considerado como un acto de valor: el miedo había alejado de la Corte á la nobleza, y hasta á los altos dignatarios: la soledad invadía la residencia del Emperador.

He descrito el estado de inquietud y de tirantez que media entre la reivindicación teórica y la reivindicación práctica de la libertad de obrar, y que debe servir de nuncio y avisador al poder que no supo prevenirlo á tiempo. Adelantemos un paso más en este largo proceso del hecho jurídico, que nos va dando á conocer la elaboración interna de la costumbre, cuya génesis exterior estudiaremos en breve.

34. Facultad de obrar (continuación).—*Reivindicación práctica de la libertad*.—A la petición sucede la protesta: la protesta es la primera voz de la revolución; y la revolución es la fuerza puesta al servicio del derecho enfrente de la fuerza puesta al servicio de la injusticia. El Derecho es objeto de sí mismo: la revolución es una de las formas que reviste el “derecho que tiene á defenderse el Derecho” contra toda agresión exterior y contra toda causa morbosa que amenace interiormente su existencia. Como el hombre no es señor del derecho, sino súbdito suyo, no puede renunciarlo, que sería renunciar á alguno de sus fines esenciales ó á alguno de los fines de la sociedad. Cuando el poder oficial no acierta á interpretar las necesidades y los deseos de la multitud, ó equivoca su misión, ó se desvía de los procedimientos que le son propios, deja de ser un poder justo, se despoja de su carácter de órgano del derecho, pierde su razón de ser, ó lo que vale igual, su ser *jurídico*, y el Estado queda sin servidor en aquella esfera, con un órgano inactivo, ó acaso perturbador de la función á cuyo servicio estaba adscrito: hay una cantidad negativa de más y una positiva de menos. Así como la ley no es tal porque se promulga, sino porque se cumple, un individuo no es tanto órgano del Estado por razón de la investidura, cuanto por el recto ejercicio de la función que le ha sido encomendada. El Estado que padece las rigurosas consecuencias de esa situación anormal, las resiste pasivamente cuanto le es posible, por temor de mayores males, é insta al poder á que ceda; pero al fin, se hace obligado negar prácticamente aquella negación y res-

tablecer en su punto la vida perturbada ó suspendida del derecho. Si se trata de alguno de los poderes sustantivos, el jefe del Estado es el órgano social á quien compete, ora ejecutar, ora promover y dirigir la remoción y renovación del órgano, ó simplemente suspender la acción y eficacia de alguna de sus manifestaciones. Pero si el infractor ó el perturbador del derecho es el mismo Jefe del Estado, no hay otro medio que su espontánea abdicación, ó si se resiste, la remoción violenta y revolucionaria. La revolución no puede ir nunca contra los poderes sustantivos, legislativo, ejecutivo, judicial, sino contra el poder regulador (Jefe del Estado), á quien compete armonizarlos con la opinión y las necesidades de la sociedad. Siendo uno de los términos de la relación el pueblo, no le es posible á éste establecer directamente el otro término; sólo puede renovar aquella suprema magistratura que no funciona ó que funciona mal, retirar sus poderes al individuo que la desempeña, y delegarlos en otra que demuestre mejores condiciones de aptitud ó de sana y recta voluntad, para que él restablezca el equilibrio perdido, poniéndose como árbitro y mediador en el punto de confluencia de los dos Estados general y oficial que, según hemos visto, integran el aspecto jurídico de la sociedad (§ 14).

Es, pues, la revolución una forma de derecho, pero forma contingente y accidental, lo mismo que la pena. Por desgracia, históricamente, suelen acompañarla hechos inicuos, desbordamientos de cólera, tanto más terribles, cuanto más violenta fué y más duradera la opresión, atropellos, desórdenes y crímenes, todos los males anejos á las épocas de turbación y desasosiego. Por esto, el poder debe conjurar, no la revolución, sino la necesidad de la revolución. Y esta necesidad se conjura, no amordazando á la opinión ni cerrando el paso á las reformas jurídicas, que valdría tanto como aprisionar los desatados vientos, sino prestando atento oído á los clamores de la opinión, dejando expedito el camino á todo género de ideales, para que, si son vivideros, puedan posesionarse de todos los espíritus, y en

el instante oportuno hacer su entrada triunfal en el mundo de la realidad. A la evolución lenta de las ideas, se contraponen la revolución violenta y asoladora de la fuerza bruta: la revolución perpetua, pero incruenta, de la vida, previene la revolución condensada en un minuto, que puede comprometer los intereses más sagradas de la humanidad y aniquilar la obra de los siglos: diluyendo la revolución entre todos los minutos del tiempo, se evita que estalle de una vez y ponga en acción los reprobados procedimientos de la guerra. El legislador progresivo y reformista hace imposible al revolucionario, como la punta metálica lanzada á las nubes hace imposible el estallido del rayo, impidiendo que se acumule la electricidad. Podría compararse á este propósito el modo como progresan los pueblos latinos y sajones: aquéllos, de un modo desigual y á saltos, por descargas alternadas de fuerza viva y retrocesos violentos, haciendo y deshaciendo muchas veces un mismo camino: los segundos, por una emisión constante de vida, según una ley prevista, regular y ordenada, sin saltos, sin retrocesos, sin sorpresas diríase un joven y un anciano que emprenden juntos la ascensión de una montaña, la montaña del progreso: el joven quiere ganar la cumbre á la carrera, y mofándose del tardo paso de su compañero de viaje, no tarda en perderlo de vista; pero ya antes de llegar á la mitad de la cuesta, principia á desfallecer, agótanse sus fuerzas, abrevia su paso, y por último se tiende jadeante en medio del camino; mientras que el anciano, con su paso moderado, pero firme, seguro é igual, semejante al ritmo acompasado con que ejecuta sus obras la Naturaleza, llega, al caer de la tarde, al término ansiado del viaje que el impaciente joven sólo de lejos puede contemplar (1).

Como mi propósito no es tratar aquí de la revolución sino incidentalmente, haré caso omiso de las opiniones de:

(1) He desarrollado el concepto de la Revolución, como una derivación natural del concepto del Estado y del Poder, en la *Vida del Derecho*, § 34.

los autores (más explícitos en este particular que en lo tocante al derecho de no obedecer) (I), y me limitaré á hacer una indicación general sobre las opiniones del pueblo español en materia de revolución, por ser doctrina jurídica que dimana de la misma fuente que el derecho popular ó consuetudinario, y estar estrechamente emparentada con él. Esas opiniones constan: 1.º En la epopeya popular española (romancero y poemas cíclicos): 2.º En las constituciones políticas dictadas por los concejos y la nobleza (cartas de hermandad, compromisos y privilegios generales).—Considerando los héroes de la epopeya popular como encarnación viva del pueblo que los ha creado, habremos de confesar que uno de los dogmas de derecho público en que más unánime y constante se ha mostrado el pueblo, es el carácter de mero funcionario que corresponde al rey; la obligación en que está de subordinar su voluntad al derecho eterno y á la ley positiva, y la facultad que al pueblo asiste para destronarlo cuando falta á este deber sagrado. No tenemos sino recordar la Jura de Santa Gadea, que ha inspirado todo un ciclo de romances, donde el Cid se ostenta enfrente del rey como augusta personificación de la justicia (Rom. Duran, número 809 y ss.). Siempre que aquellos héroes hallaron imposible conciliar la lealtad feudal debida al superior jerárquico con el respeto debido á la justicia, se pusieron resueltamente al lado de ésta: para escudar el derecho eterno, inmanente en la conciencia, contra la tiranía amparada por la ley, y prestar una sanción eficaz á los fallos de la opinión pública, erigieron en ley y en costumbre el derecho de insurrección. De aquí la simbólica historia de los padres de Bernaldo y del Campeador. Uno y otro caudillo se revuelven airados contra el rey, y le amenazan de muerte: aquél, porque lo retiene en prisión y reclama su libertad; éste, porque teme que se lo cautive traídoramente,

(2) He bosquejado una historia de estas doctrinas en *La Vida del derecho*, § 35.

y se dispone á llevar su rebelión hasta el tiranicidio: “si sus ofensas vengaste,—desde agora, rey, te informo,—que *he de vengar mis ofensas,—que no con reyes me ahorro*” (R. 659); “*non vos pueden desir traidores por vos al rey matar... que más traidor serya el rey si á mi padre matasse*” (poema “Rodrigo”, vv. 395, ss.) Por esto piden los nobles al rey Alfonso II que revoque la donación del reino hecha á Carlo Magno, y resista la invasión de los franceses por medio de la fuerza: “*si no, echarlo han del reino —y pondrán otro en su cabo*” (R. 641), palabras que reproducen las de la antigua Gesta que ha dejado huellas de su rima en la Crónica General: “si non, que le echarian del reino é que ellos catarían otro señor”.—Por ésto, cuando el Cid pide al rey que convoque á Cortes (ó mejor dicho, la Corte) para juzgar á los infantes de Carrión, intimá á los suyos en esta forma: “non perdamos el respeto—al rey, que *no es de razón,—juzgando bien y derecho*” (R. 869).—Por esto, establece como doctrina de sentido natural la mujer del Cid que “*rey que no hace justicia,—no debía de reinar; non debía de ser rey—quien fallece en la justicia*” (RR. 733, 736), anticipándose á la traducción en sentido etimológico que Ayala hizo de una conocida fórmula del Fuero Juzgo: *el nombre de rey—de bien regir descende* (Rimado, 238) (1).—Por esto, profesan el principio de que “*rey que no guarda fe—bien es que lo desamparen*” (R. 110).—Por esto, el Conde D. Julian hace esta declaración en el Romancero “*tambien debe castigarse en la tierra la maldad de los reyes*” (R. 592), doctrina admitida por Juan I en las Cortes de Segovia de 1386: que *D. Pedro mereció por sus obras ser depuesto, así como lo fué*; y extremada en el drama “El amor constante”, que es como el poema apologético del tiranicidio,

(1) Y un catecismo político-moral de la India, traducido al castellano en el siglo XIII: “El Rey que hace su reino siervo de la justicia, él debe ser Rey; y el Rey que hace su reinado señor de la ley, es el reinado tempestad para él. Si el Rey no es justo, no es Rey, sino forzador y robador... (*Poridad de poridades.*)”

debido á la osada pluma de Guillem de Castro, empapado en el espíritu del Romancero popular.—Por esto, al referir el destronamiento de D. Alfonso el Sabio, *mandóse ar por sentencia—no ser él para reinar*, enuncia los motivos de agravio, como encontrándolos bastantes para justificar aquel acto de rebeldía: prodigalidad, adulteración de la moneda, relevación del vasallaje al rey de Portugal (RR. 950, 951).—Por esto califica de *concierto muy justo* á la Concordia de Medina del Campo, en la cual se consignaba á favor de los magnates el derecho de insurrección como legítimo en casos concretos (R. 1022).—Por esto se rebela Bernaldo del Carpio contra Alfonso II, promoviendo una guerra civil que atemoriza al reino (RR. 635, 637, 656, etc.).—En todo lo cual, trasciende el mismo concepto que de la monarquía formulaban, teorizando, las Cortes de Ocaña, cuando decían: que el reinar no es honor, sino empleo ú *oficio*, y oficio, de gran fatiga y responsabilidad: el rey es un empleado, un *mercenario*, que recibe por su trabajo una *soldada*, y viene obligado por *contrato tácito* á regir bien y conforme á justicia (Cortes de Ocaña, 1469).—Por esto también, cuando el Rey, en el cerco de Zamora, destierra á Mio Cid, cumple como ciudadano leal sus obligaciones, acatando la orden inicua del soberano; mas como hombre, exige su arrepentimiento y sus disculpas, y sólo después que los vasallos que componen su corte señorial han juzgado bastante esa reparación del derecho individual hollado en su persona, acepta de nuevo la gracia del rey arrepentido: “el Cid se había aconsejado—con los suyos que tenía,—si haría lo que el rey manda: su parecer les pedía.—*Que se vuelva al rey*, dijeron, *pues su disculpa le envía*” (R. 771).—Por esto, cuando el rey Alfonso lo condena una vez al ostracismo, sea por miedo de perder la corona (*causa timoris*, que dice el cantar latino), sea por el resentimiento que le produjo lo de Santa Gadea, sea consecuencia de malfetrías ó traiciones, obedece el decreto, saliendo de Castilla dentro del noveno día, porque las leyes autorizaban al rey para desaforar á cualquier

ra de sus vasallos; mas como legislador prudente y precavido, cuando el rey lo llama del destierro para que venga la cruel alevosía del moro Almotade ó Albofalac, alcaide de Rueda, pone precio á su aceptación y logra restablecer el imperio de la justicia y colocar las leyes á cubierto de la arbitrariedad, á que el rey se mostraba tan inclinado, desechando su *perdón* y desoyendo su llamamiento, "si el rey no le prometia—de dar á los fijosdalgo un plazo de treinta días—para salir de la tierra, si algún crimen cometían,—y que fasta ser oídos, jamás los desterraría,—nin quebrantaría los fueros que sus vasallos tenían,—nin menos que los pechase más de lo que convenia,—y *que si lo tal ficiese, contra él alzarse podían*.—Todo lo prometè el rey... (R. 833).—No era posible que la legislación se sustrajese por completo al influjo de una idea que había echado tan hondas raíces en el corazón de nobles y pecheros, favorecida por las revueltas políticas que desde el siglo XI no cesaron de afligir á Castilla, y en que tanto padeció la autoridad real. No aludo al derecho de resistir por la fuerza los abusos del poder, que en algunos decretos se establece, como en uno de las Cortes de Valladolid de 1420 "que la tal ciudad o villa o logar, que asi fuese enajenada contra el tenor e forma de lo susodicho, *que pueda resistyr e resista sin pena alguna de fecho e de derecho a la tal alienación*, non embargantes cualesquier cartas e mandamientos e previllejos que yo aya dado o diere en contrario... e non embargantes las leyes que dizen que las cartas dadas contra ley ó fuero o derecho deben seer obedecidas e non conplidas... Refiérome más concretamente al derecho de insurrección. Con efecto, ya desde el siglo XIII principió á traducirse en precepto constitucional el derecho de insurrección. En 1282, los nobles y el Estado llano formaron alianza ó hermandad contra el rey D. Alfonso el Sabio y sus oficiales, que menoscababan los privilegios y las libertades del reino; y á fin de evitar que D. Sancho, cabeza de la insurrección, á quien constituían en soberano efectivo, reprodujese aquellos mismos agravios que les habían puesto las armas en la mano, redactaron una carta, que hubo

de aceptar D. Sancho, en la cual se reconocía, entre otros: 1.º, al reino en general, el *derecho de insurrección contra los desafueros no remediados del monarca*: 2.º, á los concejos, el *derecho de suspender las providencias desafortunadas de los oficiales del rey, y de juzgar á éstos y á los alcaldes reales, castigarlos y hasta matarlos*, siempre que, con orden del rey y sin juicio previo, matasen á algún hermano, ó presentasen Real orden para disolver la hermandad. Rota la coalición, los concejos formaron por su cuenta nuevas hermandades en 1295 y 1296, trasladando á sus cartas los mismos capítulos que figuraban en la anterior (1). También en el privilegio de la Unión, que los nobles de Aragón, confederados contra Alfonso III, redactaron y el rey suscribió en 1287, se escribió el derecho de alzarse contra el rey cuando cometiese desafuero en daño de alguno de los confederados, y de deponerle, desterrarle y sustituirle con otro, si castigáse á cualquiera de ellos sin sentencia del Justicia y consejo de los ricos-hombres. Siglo y medio más tarde, la Concordia de Medina del Campo, especie de constitución política, reservaba á la nobleza y al alto clero el derecho de resistir al rey ó de alzarse contra él en caso de desafuero. Tan corriente era esta doctrina, que obispos y párrocos proclamaban muy alto desde el púlpito el principio de la soberanía popular y el derecho de los súbditos á destronar á los reyes injustos y prevaricadores. Y que no quedó en estado de opinión esta doctrina, lo demuestran la deposición de Alfonso X en las Cortes de Valladolid y el simbólico suplicio de Enrique IV en Olmedo. Más extraño es que resurgiese en pleno siglo xvii, y que las Cortes de Portugal, al proclamar rey á Juan IV (1640), hicieran constar "que el poder de los reyes emana originariamente de la nación, y que á ésta compete decidir las cuestiones sobre sucesión, velar por el cumplimiento de las leyes, y hasta

(1) Puede consultarse, la "Carta de Hermandad, de los Concejos de Castilla para defender sus fueros y oponerse á los daños, fueros y agravios que les hiciesen", de 1295, inserta como apéndice en la *Crónica de Fernando IV*, edición Benavides, 1860, t. II, p. 3.

negarse á la obediencia, cuando el rey, por su modo de gobernar, se hace indigno y tirano” Eó de las doctrinas sobre el poder y la soberanía que de tanto favor gozaban por aquel tiempo en Europa, y que, extremadas en otros países, fueron causa de algunos regicidios.

Realmente, el problema del derecho de insurrección no tiene nada de arduo cuando se contempla desde el punto de vista de la sociedad, mientras se trata de hechos sociales, cuyo agente es una colectividad relativamente numerosa: los más de los autores reconocen ese derecho sin la menor reserva. Pero, ¿y el individuo? Cuando el precepto injusto se dirige á un individuo solo ó á una escasa minoría, ó cuando un solo individuo siente herido su derecho y padece las consecuencias de la tiranía, y el tirano desoye sus protestas ó sus ruegos, ó le inflige un castigo por su desobediencia y le obliga á ejecutar el hecho, ¿qué conducta aconseja la razón? ¿Está obligado á someterse? ¿Tiene derecho á rebelarse?

Por lo pronto, repárese que el derecho en las sociedades no es un agregado de derechos particulares y relativos, propios de cada individuo, sino una totalidad simple é indivisa, y por consiguiente, que no puede darse el caso de una transgresión jurídica que afecte á un individuo ó á varios, pero no á todos. La cuestión, por tanto, se reduce á saber si la colectividad se hace solidaria de la protesta individual, y sale á la defensa del individuo que directamente recibió el agravio, ó si, por el contrario, sufre la injuria que se le infiere en la persona de uno de sus miembros, abandonándolo indefenso á las iras salvajes del poder, y haciendo juntamente cobarde abdicación de su derecho en aras de la fuerza. En el primer caso, no hay dificultad alguna: la sociedad ó la corporación procede con unidad de miras: se siente herida en cabeza de la víctima, y la arranca violentamente de manos del verdugo, ó se adhiere á su protesta y arrostra sus consecuencias, para que el triunfo ó el sufrimiento sean comunes, como lo fué la ofensa. Me explicaré con algunos ejemplos. En cierta ocasión, mandó Cé-

tar echar del Senado á Catón, porque se obstinaba en hablar todo el día: al punto los senadores se levantaron en masa como un solo hombre, y se dirigieron camino de la cárcel á donde era llevado el orador: este rasgo obligó al soberbio cónsul á revocar su acuerdo y á dejar á Catón en libertad (A. Gelio, libro IV, c. 10). Hace pocos años, cierto catedrático, que había protestado contra un decreto inicuo, fué arrancado violentamente del hogar y del lecho, donde se hallaba enfermo, y desterrado al más lejano confín del territorio por un gobierno embriagado con el triunfo que le dió la fuerza, y poseído de la demencia del suicidio: si todos los catedráticos hubiesen sentido en su pecho el estímulo de la dignidad en igual grado que los senadores romanos, es seguro que al hecho criminal del poder habría seguido inmediatamente el arrepentimiento y la reparación. Durante las guerras de Flandes con España, sucedió un día que habiendo condenado el Tribunal de la Inquisición á Cristóbal Fabricio á la última pena por causa de religión, al punto que era llevado á la hoguera, el pueblo, irritado, arremetió á pedradas á verdugos y á testigos: otro día, el Senado de Brujas arrebató á los verdugos del Santo Oficio un protestante, condenado también al suplicio de la hoguera, encarceló á los ministriles, y elevó á la Gobernadora amargas quejas contra el inquisidor. No menos característica es la excarcelación de Antonio Pérez por el pueblo de Zaragoza. Era política de los aragoneses proteger á los que se amparaban á sus fueros, juzgando muy atinadamente que estaba interesada la libertad del reino en que éste hiciese propias las ofensas recibidas por cualquiera que las invocase, fuese regnícola ó extranjero. No bien se divulgó la voz de que el célebre ex ministro de Felipe II había sido extraído, por orden de éste, de la cárcel de la Manifestación, y trasladado á la del Santo Oficio, con desprecio del fuero político de Aragón, amotinóse el pueblo al grito de ¡Viva la libertad! delante de la cárcel, amenazó á los inquisidores con quemarlós vivos si no les era restituído el preso, y aunque al principio intentaron aquéllos re-

sistir, hubieron de avenirse á hacer entrega de él al Justicia, quien lo depositó en la cárcel foral de los Manifestados, en medio de los gritos de júbilo de la multitud, que estaba gozosa por haber desagaviado de esta manera á la justicia. La insurrección quedó con esto sólo apaciguada. Cuatro meses después insistió nuevamente la Inquisición que le seguía un proceso por delitos contra la fe, en trasladarlo á la Aljafería, para lo cual había expedido el rey orden terminante: el pueblo, que veía en esto una nueva violación de sus fueros, y que tenía verlo sometido á cuestión de tormento (género de prueba no admitida en aquel Estado), y llevado á Castilla, se amotinó segunda vez, acometió al virrey y á los señores y arcabuceros que le acompañaban, y no contento ya con impedir la extradición, derribó las puertas de la cárcel al grito de ¡Vivan los fueros! y dejó en libertad al preso, el cual pudo salvar la frontera y ponerse en cobro en Francia.—Ya antes de esto, corría con aplauso en boca del vulgo una historia juglaresca que, andando el tiempo, hubo de inspirar á Guillen de Castro su poema dramático en elogio del tiranicidio. Azarque de Ocaña es llevado al cadalso por traidor al rey, pero, realmente, por celos que éste le tiene, y para gozar más á sus anchas del bien que le ha arrebatado. Cerca ya del patíbulo,

¡Viva Azarque! grita el vulgo,—¡Muera el Rey y Celindaja!
 Y fué tan grande el ruido,—que dió el eco en el alcázar.
 Celindaja dijo al rey:—“Del pueblo indignado aplaca
 La insolencia, no permitas—que á ti vuelvan sus armas.”
 Porfía el rey en que muera:—la popular furia mata
 A los guardas, libra al preso,—y á quien le ofende amenza;
 Celindaja y el rey huyen...

(Rom. n. 200.)

Era ideal de Sólon que todos los ciudadanos se hicieran solidarios de los agravios que se infiriese á uno de ellos, y se arrojasen á vengarlos. Han transcurrido veinticinco siglos, y todavía presencia á menudo la historia el espectáculo de un individuo aislado en medio de la sociedad indiferente á sus quejas ó á sus sufrimientos, víctima de los abusos del poder, y solo enfrente de él para reprobarnos

y resistirlos. En tan desesperada situación, no le quedan al individuo muchos caminos que escoger: 1.º, ó se resigna á padecer persecución por la justicia, aceptando pacientemente las consecuencias de la falta de contemporaneidad y de equilibrio entre su vida y la vida de su pueblo, á que él no puede poner remedio: 2.º, ó se despoja de la cualidad de súbdito de aquella autoridad injusta, alejándose del territorio en que ejerce su despótica jurisdicción: 3.º, ó adopta una actitud hostil y declara la guerra á tal autoridad, y acaso á la sociedad que la sostiene ó que la sufre. —Lo primero es lo más ordinario, y no he de enumerar las causas, que son bien obvias.—El segundo medio se hallaba regulado minuciosamente en el derecho feudal: todo hidalgo ó rico-home podía desnaturarse ó desnaturalizarse del rey por voluntad propia, esto es, apartarse de él y renunciar al vasallaje, declarando las causas por que lo hacía, y acogerse á otro señorío. En algunos países, hasta podía hacer la guerra al rey. En nuestra historia de los siglos medios, en nuestros códigos feudales y en crónicas y romances populares, desempeña un papel importante el derecho de desnaturamiento, así como el opuesto de desaforar á sus vasallos (especie de ostracismo), que competía al rey. En épocas de grande agitación política, este medio se practica en grande escala, sin necesidad de que lo consignent como un derecho, de una manera expresa, las legislaciones. Recuérdese las emigraciones de españoles en el período de violenta reacción que siguió al restablecimiento del gobierno absoluto en 1823, y las de polacos y rusos, que en nuestros días se derraman por toda Europa, huyendo del régimen de terror que impera en su patria. Parte por el profundo malestar que se sentía en Alemania, á consecuencia de las disensiones sociales y religiosas de 1848, parte por las trabas legales que dificultan el matrimonio á ciertas clases, parte por los privilegios gremiales, no extinguidos aún en absoluto, que embarazan algún tanto el ejercicio de la industria, muchos labradores alemanes, hastiados de la civilización europea—*europamühe*,—decidieron abandonar

el viejo continente y trasladarse á América, donde creían poder disfrutar de libertad y de sosiego. A principios de siglo, muchos ciudadanos de Wurtemberg, perseguidos porque se negaban á servir en el ejército y á enviar sus hijos á las escuelas dirigidas por el clero, decidieron emigrar á América, donde forman la sociedad comunista de los "separatistas" En períodos de crisis y de disolución universal este grave mal toma caracteres crónicos: así, en los últimos días del imperio romano, cuando los individuos se vieron desamparados, sin familia, sin municipio, sin patria, arrebatada la propiedad por los exactores, reducidos á la afrentosa condición del colonato, flagelados por los amos ó por los esclavos que los administraban, perseguidos por causa de su fe, véaseles alejarse de la sociedad, ávidos de paz ó sedientos de venganza, cuáles á la Tebaida, donde se hacían anacoretas, ahuyentados por los rigores de Diocleciano, ó arrastrados por la desesperación de la vida y las esperanzas de ultratumba; cuáles á las montañas, desde donde caían como manadas de hienas, con nombre de bagaudas, sobre los propietarios, que devoraban en una orgía perpetua la sustancia de sus latifundios; cuáles á las selvas vírgenes de la Germania, para estimular á los bárbaros á la conquista, incitándoles con la perspectiva de los palacios, de las campiñas y de las bodegas romanas. En los tiempos modernos, es ejemplar clásico el de los puritanos del Reino Unido, en el siglo xvii. Los cuales, oprimidos por la vela en aquel célebre esquife de poético nombre, *May Flower*, abordan las playas inhospitalarias de la América Septentrional, entran en tratos con los salvajes, y en la soledad de las selvas echan los cimientos de una sociedad nueva, y redactan las bases de un nuevo derecho.

El tercer medio, que consiste en defenderse contra la represión práctica del poder, ó en oponer la fuerza á la fuerza, no sería menos justo ni menos obligado en el individuo que en la sociedad, porque á nadie autoriza la conciencia para desamparar los fines de la humana naturaleza

localizados en su persona, renunciando su derecho, ni es éste inferior y subordinado al derecho de la sociedad; pero prácticamente, lo hace imposible la falta de medios proporcionados á la magnitud del obstáculo que se trata de remover, ó de la fuerza que se trata de contrarrestar. Podrá resolverse el individuo á obrar contra el poder, á insurreccionarse, pero será una resolución puramente teórica, pues al menor amago de ejecución, dará consigo en el cadalso. La ruda protesta del padre de Virginia contra los decenviros hubiese sido estéril, y su autor pagado con la vida su inaudita hazaña, á no haberse adherido á ella los plebeyos: triunfó Galba de Nerón, porque se puso á la cabeza de la humanidad y se asociaron á sus propósitos las legiones de la Galia: ¿de qué hubiese servido la declaración de guerra que hizo el heroico Empecinado, él solo, contra Napoleón, si España no le secundara? Si la sociedad desampara al individuo en su lucha contra el poder, sucumbe sin remedio. No hablemos del uso criminal ó injusto de la fuerza: los actos de los bagaudas, nunca vencidos por el imperio, más que actos de insurrección, eran actos de bandolerismo. el tiranicidio, que el fervor religioso puso tan en boga hace dos ó tres siglos, y que en nuestro tiempo inspira á los fanáticos de la libertad, y mueve su brazo, cargado de odio, contra los jefes de los Estados, es un medio criminal que ningún fin, por sagrado que sea, justifica.—La lucha del individuo contra la autoridad suprema, degenera forzosamente en inicua guerra contra los súbditos, y cuando no, contra los ministros inferiores del poder; con lo cual, viene á recaer sobre inocentes una pena para la cual no hicieron ningún mérito. En la época del régimen absoluto, la musa épica del pueblo español (que en los siglos medios había cantado la libertad y la revolución en ilustres y augustas personalidades, como Bernaldo, el Cid, Fernán González, en pugna siempre con tiranos), envilecida, rebajada, estragado el gusto con la sabia opresión del absolutismo teocrático, pidió sus héroes al patíbulo, buscó la libertad en el crimen; no quería dejar impune aquella inmensa in-

justicia que informaba el absolutismo, pero no atreviéndose ya con el rey, acometía á los últimos delegados de su autoridad: los romances vulgares presentaban de un lado el poder arbitrario y opresor del monarca, representado por alcaldes y alguaciles, y de otra, contrabandistas, facinerosos y asesinos, hombres arriesgados que desafiaban ese mismo poder, haciendo alarde de una independencia salvaje y de una individualidad brutal, y menospreciando toda ley, así divina como humana; y no hay que decir que, entre estos dos términos, el vulgo se ponía cordialmente de parte del segundo, y satisfacía su pervertido instinto de justicia y de libertad, representando á los enemigos del poder como vencedores y á los ministros de la justicia como vencidos.

Después de todo, nada tiene esto de extraño, cuando vemos enbelesado al ilustre Ihering delante de la figura de Miguel Kohlhaas. Se leerá con gusto su interesante relato y las reflexiones con que lo ilustra. "Esta figura de Shylock, dice, me trae á la memoria otra no menos histórica ni menos poética, la de Miguel Kohlhaas, que Enrique de Kleist ha representado con una verdad fascinadora en la novela que lleva este nombre. Shylock se retira anonadado, agotadas sus fuerzas, y se somete sin resistir al fallo del Juez. No así Miguel Kohlhaas. Cuando ha agotado todos los medios de hacer valer su derecho, tan indignamente hollado, cuando un acto culpable de justicia ejecutado por la Cámara del príncipe le ha cerrado todo camino legal, y la autoridad, en su más alto representante, el soberano, ha adoptado definitivamente el partido de la injusticia, la amargura que le causa tal ultraje lo pone fuera de sí y le hace exclamar: "Vale más ser perro que ser hombre y verse pisoteado y escupido" y tomando una resolución desesperada: "El que me niega la protección de las leyes, me confina al desierto con los salvajes, y pone en mi mano el arma que debe defenderme." Arranca á la justicia venal la espada manchada que lleva ceñida, y de tal modo la esgrime, que difunde el espanto y el terror por todo el país, y su acción es tal, que aquel Estado carcomido se estremece hasta sus

cimientos, y el príncipe mismo tiémbla en su trono. Sin embargo, no le anima un sentimiento salvaje de venganza, no se hace bandolero y asesino como Carlos Moor, que quería “hacer resonar en la Naturaleza entera el grito de rebelión, para llevar al combate contra la raza de las hienas, al aire, á la tierra, al mar,” y que declara la guerra á toda la humanidad, porque ha sido ofendido en su sentimiento de justicia; antes por el contrario, obra bajo el influjo de esta idea moral: “que es deber suyo para con el mundo consagrar todas sus fuerzas á recabar una satisfacción, y á poner á sus conciudadanos á cubierto de injusticias semejantes á la que á él le aflige. A esta idea lo sacrifica todo, el bienestar de su familia, su fama, sus bienes, su sangre, su vida. No destruye por destruir; se propone un fin, vengarse del culpable y de cuantos hacen causa común con él. Y cuando entrevé la esperanza de obtener justicia, depone voluntariamente las armas; pero, como si hubiera sido elegido para enseñarnos con su ejemplo hasta qué profundidades de ignominia descendían en aquel tiempo la ilegalidad y el rebajamiento de caracteres, el salvaconducto que se le había expedido, es violado, se revoca el indulto, y termina su vida en el lugar donde se ejecutaba á los delincuentes. Sin embargo, antes de morir le hacen justicia, y la idea de que no ha combatido en vano, de que ha restablecido en su fiel la balanza de la justicia y mantenido su dignidad humana, infunde alientos á su espíritu para afrontar los horrores de la muerte, y reconciliado consigo mismo, con el mundo, con Dios, se entrega resuelto y animoso al verdugo.—¿Qué reflexiones no debe sugerirnos este drama legal? Ofrécenos un hombre honrado, escrupulosamente amigo del derecho, lleno de amor hacia su familia, de sentimientos religiosos, que se convierte en un Atila y entra á sangre y fuego los lugares donde su enemigo se ha refugiado. ¿De dónde procede esta transformación? Pues nace precisamente de esas mismas cualidades donde encuentra aquella grandeza moral que lo hace tan superior á todos sus enemigos, los cuales, sin embargo, acaban por

triunfar; nace de su alto r speto por el derecho, de la creencia en su santidad, de la fuerza de acci3n que posee su sentimiento legal, que es de todo sano y justo. Lo que hay de profundamente conmovedor en la suerte tan trágica de este hombre, es la circunstancia de que se conviertan en su daño y conspiren contra él las mismas cualidades que constituyen la nobleza de su carácter y lo hacen superior   los demás, á saber: este sentimiento ideal y fervoroso del derecho, ese sacrificio heroico y absoluto por la defensa de una idea, en contacto con un siglo corrompido y miserable en que la arrogancia de los nobles y de los potentados s3lo era igualada por la venalidad y la cobardía de los jueces. Los crímenes que ha cometido recaen con doble y con triple peso sobre el príncipe y sobre sus funcionarios y sus jueces que lo han expulsado violentamente de las vías legales... No tiene la autoridad judicial que ha violado el derecho, acusador más implacable y contundente que esa figura sombr a, perpetua delatora del hombre á quien una lesi3n del sentimiento legal ha hecho delincuente: es su misma sombra te nida de sangre. El que ha sido víctima de una justicia parcial y corrompida, se encuentra arrojado fuera de las vías de la legalidad, se erige en vengador y ejecutor de su derecho, y no es extraño que llevando su acci3n más allá del fin que se propuso, se declare enemigo jurado de la sociedad, y sea facineroso y homicida. Si su naturaleza es noble y moral como la de Miguel Kohlhaas, podrá protegerle contra semejantes extravíos; pero en todo caso se hará criminal, y sufriendo la pena inherente   sus culpas, será mártir de su sentimiento de la justicia. Dicen que la sangre de los mártires no es estéril, y acaso ha sucedido esto con él: acaso sus manes suplicantes han sido poderosos para hacer imposible durante mucho tiempo una opresi3n de derecho igual   aquella de que había sido víctima" (1).

(1) *El combate por el derecho*, p. 35 y ss.

35. Unión material efectiva del fin y los medios.—*Formas de esta unión, ó sea, del hecho. Directa ó lógica. Indirecta ó tropológica.*—*Simbólica y poesía del derecho.*—Planteados ya los términos del hecho jurídico, puesta en movimiento la actividad ejecutiva y en libre comunicación el Espíritu con la Naturaleza, la proyección exterior del hecho elaborado interiormente obedece á las mismas leyes que rigen toda manifestación espiritual. La significación sustancial del hecho cumplido, la funda exclusivamente la necesidad racional que mediante el propio hecho se satisface, y estriba toda entera, por tanto, en la aplicación efectiva de los medios al fin. Pero la forma de esa aplicación y la del hecho resultante, en manera alguna es esencial, puesto que puede revestir formas diversas: puede ser *directa*, lógica, elemental, y puede ser *indirecta*, simbólica, derivada. Si la relación de libre condicionalidad que entraña el hecho proyectado se establece y hace visible de un modo inmediato, simple, originario, el hecho efectivo resultante—ó lo que vale igual, el signo ó esquema del hecho interior,—será propio, natural, pudiera decirse prosaico, y la vida del derecho se habrá movido en una esfera puramente lógica: si, por el contrario, la relación se individualiza y expresa de un modo mediato, figurado, trasladando por razones de analogía ú otras el sentido primitivo del signo ó esquema, hay giro, rodeo, tropo, y aquella manifestación jurídica lleva, por tanto, adheridos elementos de belleza que imprimen á la vida del derecho cualidades y excelencias de vida poética.

Desde luego, y en cierto modo, la palabra y el hecho, en su significación primitiva y directa, son ya de suyo verdadero producto artístico, porque nos representan plásticamente en la fantasía la idea, estado ó relación significada en ellos; que es ésta una condición esencial de todas las manifestaciones del espíritu en el mundo de la Naturaleza. Pero esos mismos principios, estados y situaciones del espíritu pueden expresarse indirectamente, mediante otras

palabras y otros hechos que tengan con ellos una relación distinta de la lógica y natural, una relación derivada, topológica, tomando por símbolos objetos y actos que por alguna razón de semejanza, de antítesis, de subordinación, de continuidad ó de paralelismo, puedan referirse á aquello concebido que se trata de significar. Así, el "hecho" lógico y directo de *cultivar un hombre una extensión determinada de terreno* y utilizar sus frutos con exclusión de todo otro, nos representa el principio de una cierta relación ideal exteriorizada entre aquel hombre que encauza y hace fecundas con su labor las fuerzas naturales, y aquel suelo que, merced á esta cooperación inteligente, crea de sí productos útiles para las necesidades humanas; pero representación es más plástica, más de bulto, cuando se significa ese hecho por medio de símbolos, en Roma por una *lanza*, imagen de la fuerza é instrumento primero de ocupación ó de defensa; en la Península por una *rama*, imagen real de la tierra, sustentando los vegetales que el hombre beneficia, y en Alemania, por el rincón que ocupa la *cuna* de un niño y poyo donde se sienta la hermana que lo mece. *El hecho de abstenerse aquel hombre voluntariamente de trabajar y utilizar su propiedad*, para que otro se subrogue en lugar suyo á cambio de cierta remuneración ó servicio, nos representa el principio de la contratación, en que dos ó más personas se conciertan para efectuar un trueque de cosas útiles; pero es más plástica la representación indirecta, interviniendo los mismos símbolos que expresaban el hecho de su existencia, la *lanza* clavada delante del tribunal de los centumvros (*sub-hasta*), la *rama* del árbol agitada por los porteros durante la enajenación, y entregada al mejor postor por vía de tradición (*remate*): recuérdese también el símbolo de la *balanza*, y en general la primitiva forma simbólica del contrato de compra-venta por derecho romano, y su aplicación á la emancipación.—El hecho de *unirse por mutuo acuerdo varón y mujer como en uno solo*, para comunicarse todo su ser, auxiliarse mutuamente, vivir juntos y en absoluta intimi-

dad, nos representa la idea de una sociedad jurídica, constituida para complemento de los individuos que la componen y nacimiento de otros nuevos, sobre bases esenciales, fundamentalmente radicadas en Dios é inmediatamente en la conciencia, y mediando circunstancias de simpatía, concierto de genialidades, y otras; pero la forma de la unión puede ser simbólica, los desposados pueden declarar su voluntad de hacer vida común, soportar las mismas penalidades y disfrutar los mismos goces y consuelos, mediante símbolos, como en Roma, dándoles á comer una torta de cebada, *far*, consagrada por el Pontífice (*confarreatio*), ó colocándoles al cuello una coyunda ó yugo (*conjugium*).— El hecho de adoptar como hijo una persona á otra que le es extraña por la sangre, declarando pura y simplemente esa su voluntad en presencia del juez, y aceptando la persona adoptada, es lógico ó directo; pero puede materializarse la relación, imitando el hecho natural á que venía á sustituir, como entre los ascendientes de la gente española sucedía: la mujer del adoptante simulaba un parto, y el hijo adoptivo salía de entre las ropas del lecho como si fuese un recién nacido; desde aquel instante, las personas que habían intervenido en este drama jurídico, quedaban unidas por lazos tan fuertes como los de consanguinidad.

En edades de razón, como la nuestra, las relaciones de derecho se expresan, no por mediación de otras relaciones accesorias, sino directamente, en cuanto es esto posible, en hechos puros, diáfanos, sustantivos, prosaicos, correspondientes á lo que en el entendimiento y en el lenguaje son los predicados categóricos sublimados por la metafísica; pero en la infancia de los pueblos, el hombre piensa con imágenes, y el lenguaje de los hechos, signo visible del pensamiento, debe ser necesariamente figurado: las nociones intelectuales se hacían naturaleza, tomaban carne: los hombres eran poetas de nacimiento: los conceptos y las relaciones jurídicas se adjetivaban mediante signos y representaciones sensibles, que hacían del derecho positivo, ya una imagen corpórea, escultórica, casi palpable, ora una

acción dramática, ó una expresiva pantomima. En este sistema, unas veces se reproduce la realidad por vía de imitación en una acción mímica: otras veces, la encarna en el propio órgano ú objeto natural sobre que recae la relación jurídica, ó que sirve de intermediario entre el espíritu individual y el mundo exterior, ó en otro objeto ó fenómeno que ofrezca algún parecido con la relación espiritual que se trata de significar: otras veces, combina éstos dos modos alegóricamente. De esta suerte, la génesis del derecho camina de tropo en tropo, y el derecho vigente se reduce á una serie de metáforas vivas, de sinécdoques parlantés, de representaciones figuradas, de jeroglíficos dramáticos que hablan al sentido. Así ha podido afirmarse con verdad que el derecho romano fué en sus principios un poema serio, una Iliada jurídica, un drama colosal, representado en el hogar y en el foro, dividido en innumerables actos (*actus legitimi*) expresivos de la vida civil, el nacimiento, la adopción, el matrimonio, la transmisión de la propiedad, la reivindicación, la herencia, el proceso criminal, con argumento complicadísimo, personificaciones simbólicas, fórmulas sacramentales y enredos y lances sin fin.

Fácil es comprender con esto, que en la vida jurídica podrán ofrecerse, por una parte, tantos esquemas figurativos como conceptos y modalidades particulares abrace dentro de sí el tropo, no existiendo limitación alguna aparente en la relación que, como acabamos de ver, guarda la poesía con el derecho; y por otra, que los objetos, cualidades, actitudes, etc., que pueden servir de material esquemático en ellos, són tantas como contiene el mundo de la Naturaleza y como puede fantasear con su inagotable actividad creadora el Espíritu. El cielo, la tierra, el aire, el agua, la luz, el fuego, los árboles, los frutos, las pajas, los animales, en el simbolismo *naturalista*: las manos, los pies, las orejas, los labios, la nariz, el cabello, la barba, los órganos todos del cuerpo, en la simbólica *antropomórfica*: la ficción de estar muerto uno que vive ó vivo un difunto, nacido un *nonnato*, presente un ausente, etc., en la relación *social*:

tales son, entre otros, los conceptos que puede utilizar y ha utilizado el hombre en clase de signos y símbolos para la manifestación artística del derecho. El anillo significaba la alianza; la vara, la autoridad; la torta comida en común, el matrimonio; el fuego, la casa; el terrón, el campo; la estípula, el contrato; la rama, la tradición; los cabellos, la libertad; el pie, tomaba posesión; la oreja daba testimonio.—Los seres y fenómenos de la Naturaleza y de la sociedad, fueron la materia primera que sirvió para crear el lenguaje simbólico-jurídico; pero esa materia podía ordenarse de uno ú otro modo. Expresión de lo animado por lo inanimado, de lo concreto por lo abstracto, de una cualidad por otra semejante, de un hecho por otro hecho—(esto es, la *Metáfora*);—de la especie por el género, la materia por la obra, la parte por el todo, lo determinado por lo indeterminado y viceversa,—(esto es, la *Sinédoque*),—la causa por el efecto, lo accidental por lo esencial, el continente por lo contenido, lo físico por lo espiritual, el signo por la cosa significada, etc.—(esto es, la *Metonimia*),—y acaso también la *Metalepsis*: tales son las categorías tropológicas y simbólicas fundamentales según las que puede ordenarse y disponerse la materia primera de aquellos objetos, seres, órganos y ficciones, una vez que se ha sustituido su significado primordial por otro distinto, infundiéndoles un espíritu y haciéndoles vivir una segunda vida.

Pero los hechos, estados ó relaciones jurídicas interiores, no se traducen siempre en hechos reales, tangibles, concretos: á veces toman como signo exterior la palabra, el lenguaje común, oral ó escrito. La expresión se espiritualiza, haciéndose hablada. Y como la expresión hablada es, en último análisis, una traducción ó imagen refleja de la expresión real, del lenguaje de los hechos, es de razón que se reproduzca aquí la misma distinción de formas que hemos hallado en el hecho, directas é indirectas. Las primeras dicen el derecho por medio de expresiones que, primordialmente, no significan otra cosa en la acepción vulgar: hacen presentes al entendimiento los conceptos y las relaciones

jurídicas desnudas, algunas veces pudiera decirse que incorpóreas. Las segundas expresan el sentimiento de lo justo por medio de imágenes y figuras, retóricamente: como las ideas se despiertan en la humanidad mediante la contemplación de sus manifestaciones en el mundo exterior sensible, al tratar de expresar aquéllas, les asigna los mismos nombres que había dado á éstas. Cada representación material ó tropológica de un principio jurídico, tuvo una traducción correspondiente en el lenguaje. A cada hecho metafórico, correspondió un vocablo ó una locución también metafórica. Así el mundo intelectual se tintura del mundo visible y corpóreo, y el vocabulario, antes que un sistema de categorías, es un conjunto de tropos. La lengua está formada de imágenes: es una pintura continuada. Y el derecho hablado viene á ser como un espejo donde se refleja el derecho actuado ó figurado por medio de una acción ó de una pantomima. *Manumittir* fué sinónimo de “conceder la libertad” estipulación y *remate* significaron “contrato”; *conjugium* y *confarreatio* valieron tanto como “constitución de la familia”; *entregar* ó *tomar la vara* quería decir “dar ó tomar posesión de un oficio de república con autoridad”; un labrador de behetría no podía enajenar todo su solar á *fumo muerto*, esto es, en su totalidad, disolviéndose la familia, extinguiéndose el fuego del hogar; *rey*, significó al principio pastor; *gobierno*, la dirección de un buque; y á este tenor, pecunia, peculio, emancipación, mandato, predio, *exfestucatio*, patria potestad, etc.—Al lado de este primer grado de idealización, que podríamos decir léxica, vanse allegando y condensando otros muchos elementos poéticos aliteración y tautología, separados ó unidos en tautologías aliteradas; expresiones figuradas y epítetos pintorescos; imágenes bellísimas y alegorías; y, por último, el metro y la rima. Así, por ejemplo, hemos hecho mención de un símbolo primitivo de adopción que consistía en simular un parto: pues ese símbolo encontró eco en el Refranero, y se dijo en un dístico: *Entrarásle por la manga,—saldrá por el cabezón*. En este otro adagio: *Cos-*

tumbre malā, quebrarle las piernas, se personifica una noción moral. Las costumbres jurídicas de los antiguos turdetanos de la Bética, estaban contenidas en extensos cantares métricos, obra de poetas gnómicos desconocidos: lo mismo se ha observado en los orígenes de todos los pueblos arjos, en la India, en Atenas, en Creta, en Lacedemonia, en Roma, en las Galias y en Bretaña. Los críticos se han afanado por descubrir los elementos poéticos que avaloran esas legislaciones, y las leyes que gobiernan la manifestación simbólica y estética del derecho en la historia (1).

En conclusión, tenemos que la manifestación indirecta del derecho, la caracterizan: 1.º, la *forma simbólica*: 2.º, el *lenguaje rítmico*. El tropo es el elemento común á entrambos, allá dramático, real, gesticulado; aquí fónico, figurado por medio de la palabra, hablado. El lenguaje poético de la jurisprudencia, es una emanación de los símbolos jurídicos que le preceden, una como traducción de ellos con su mismo carácter material personifica los conceptos generales jurídicos, ó materializa los actos que se cumplen tan sólo en el fuero interior de la conciencia: las palabras, en él, no están tomadas en su sentido usual ni tienen la sig-

(1) Puede consultarse:

Sobre la poesía en el Derecho: Vico, *Scienza nuova*; Grimm, *Von der Poesie in Rechts*; Dümge, *Symbolik der germ. Völker in einiger Rechtsgewohn*; Ryscher, *Symbolik der germanischen Rechts*; Creuzer, *Symbolika*; Michelet, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*; Chassan, *Essai sur la symbolique du droit, et poesie du droit primitif*; Altesserra, *De fictionibus juris*; T. Braga, *Poesia do direito*; Fustel de Coulanges, *La cité antique*; Pictet, *Les Aryas*, etc.

Sobre el derecho en la poesía: Schlinder, *Meditationes et observationes juridicae ad Persii satiras*; Platner, *Notiones juris et justitiae ex Homeri et Hesiodi carminibus explicatae*; Benech, *Etudes sur les classiques latins, appliqués au droit civil romain*; Henriot, *Les poetes juristes*; Moeurs *juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poetes latins*; F. Forlani, *La lotta per il diritto, variazioni filosofico-giuridiche sopra il Mercante di Venezia e altri drammi di Shakspeare*; V. Lomonaco, *Dante jurisconsulto* (Rendiconto dell tornate e dei lavori dell Academia di Scienze Morali e Politiche, Nápoles, 1869); Ortolan, *La penalidad del Infierno del Dante*, trad. españ. y notas de J. Vicente y Caravantes; A. Martín Gamero, *Jurispericia de Cervantes*, etc.

nificación que en la vida común les atribuimos: son tipos esquemáticos indirectos, figuraciones plásticas, unas falsas, verdaderas otras, que dan cuerpo, relieve, colorido, concreción, en suma, á la idea percibida, ó mejor dicho, á relaciones y aspectos parciales de la idea, y la hacen más accesible al sentido, merced á las semejanzas que cree descubrir entre ella y la que aparece determinadamente declarada por el tenor literal del signo. En la *simbólica*, el derecho es ritual, va adherido al símbolo; el símbolo se hace una cosa misma con la idea significada en él; símbolo é idea se identifican en el pensamiento, y la representación dramática en que consiste el símbolo, es esencial, inalterable, sagrada. Más tarde, la *fórmula* hace el símbolo hablado; es una mera alusión al símbolo; el símbolo es accidental; sin embargo, todavía, en caso de duda, su carácter ritual reaparece: *si virgula cadit, causa cadit*. En pos de la fórmula, la *ficción* jurídica lo hace más independiente aún del elemento material, dilatando la letra por equidad, fingiendo que abraza relaciones realmente extrañas á él, ó que quiere decir lo que no estuvo en la mente de aquellos que lo estatuyeron: el derecho, inmóvil en su letra, se moviliza en sus aplicaciones por medio de hipótesis. Pierde su rigidez y se hace lógico, humano y progresivo, en manos de los primeros jurisconsultos que anuncian los primeros albores de la filosofía del derecho. El derecho va perdiendo colorido y haciéndose diáfano: deja la poesía de lo indirecto, y adopta como traje propio la prosa de las categorías.

C.—*Acción y reacción entre la realización interior y la exterior.*

36. Recíproco influjo del hecho y su plan.—

El hecho externo es la manifestación visible y el signo material de una resolución de la voluntad: debe existir, por tanto, concordancia plena entre esta resolución y aquel hecho. Sin embargo, cabe contradicción entre la resolución de la voluntad y sus manifestaciones exteriores, entre

otras causas, porque la voluntad no haya sido suficientemente ilustrada por el conocimiento. Puede en tal caso suceder:—1.º, que el hecho sea de tal naturaleza, que se ejecute de una vez, en un instante, sin posible rectificación, por aquello de que *quod factum est, infectum fieri non potest*:—2.º, que el hecho se ejecute en una sucesión de momentos, y consienta tanteo, esbozo ó bosquejo preliminar, ó bien, que se obre de una vez, pero sin que sus resultados sean fatales, y pueda anularse, rectificarse y reproducirse con la misma prontitud. No es de mi incumbencia discutir los efectos que el derecho atribuye á los actos no acompañados de voluntad, su invalidación, ó los remedios y excepciones que dispone para prevenir ó para reparar las consecuencias que de ella emanen; las pruebas de que se vale para cerciorarse de la existencia efectiva del error, de que la intención del agente no fué la que revela el hecho, de que tiene éste un sentido diferente del que en los casos ordinarios se le atribuye; casos de error esencial y no esencial, y de error unilateral y bilateral; modo de graduar la imputabilidad y la responsabilidad en los casos de negligencia, insensatez, simulación, violencia vencible, intervención de dolo, etc. En estas materias, es maestro Savigny. Aquí nos ocuparemos únicamente de la relación que existe entre la técnica del hecho y su composición interior.

Al tratar de dar existencia objetiva al hecho, puede tropezar el agente con dos géneros de dificultades: 1.º, obstáculos exteriores, que la Naturaleza opone á la manifestación de la voluntad, ó lo que es igual, á la realización del plan concebido: 2.º, obstáculos interiores, que opone á la verdad y á la justicia de la resolución un conocimiento defectuoso. La traza ó imagen del hecho se encuentra acabada en la fantasía; pero ¡cuán difícil es proyectar un calco de ella sobre el lienzo de la realidad! Como toda forma interior, creada fuera del influjo de la accidentalidad (natural ó histórica), reviste caracteres de indecisión y vaguedad, es extraña á todo lo que sea pormenor, y no os-

tenta aquella individualidad que resplandece en las formas exteriores, y de que sólo la ejecución puede dotarle. Nueva dificultad que hace arduo el apoderarse del plan para encarnarlo exteriormente. Es cierto que, ya al tiempo de trazarlo, ó lo que es lo mismo, al ejecutar el hecho subjetivo, han debido tenerse presentes esas dificultades que, ora la materia, ora la objetividad histórica, oponen al desenvolvimiento de la individualidad y á los impulsos que les comunica el espíritu; pero sólo la experiencia de la medida exacta de ellas, permite apreciarlas en toda su extensión y enseña á dominarlas ó á vencerlas. No es el derecho positivo algo invisible por su naturaleza, de que el hecho exterior, las costumbres ó los actos individuales sean mero signo donde se reconoce su existencia: el elemento exterior es esencial é integrante, tiene sustantividad, no es elemento meramente expresivo de lo interior. Acontece en esto lo mismo que en el bello arte. Schleiermacher diferencia la obra ética de la estética diciendo que ésta es toda interior, immanente, y aquélla no: el arte, dice, es una actividad que se encierra toda entera en la creación del producto bello en la fantasía; la manifestación exterior es un accesorio mecánico, ajeno á la Estética: no hay más obra artística que la concebida y figurada interiormente. En realidad, esta afirmación de Schleiermacher es verdadera, si se entiende únicamente del arte interior ó subjetivo, pero hemos de considerar: 1.º, que hay más arte que el arte interior: 2.º, que la ejecución exterior reinfluye sobre la concepción de las formas internas, haciéndolas más determinadas, más ricas, más vivas, y por consiguiente, más perceptibles. Podemos sentar, pues, como conclusión, que, en el arte objetivo, la obra exterior es una como continuación y complemento necesario de la interior. Añadamos ahora que no es una mera continuación, sino en cierto modo, hasta un precedente. Explicaré esto que ha de parecer una paradoja.

Hemos visto que todo propósito lleva envuelto un plan de conducta embrionario y simplicísimo, que ese plan se

va desarrollando y haciéndose más claro cada vez, á medida que adelanta el proceso de la deliberación, y que terminada ésta, se adopta uno definitivo. Ahora bien, este plan sólo es definitivo relativamente, en cuanto pone punto final al trabajo de composición interior y sirve de punto inicial y de partida á la ejecución exterior; pero con respecto á la ejecución misma, es plan provisional, pues en tanto dura aquélla, se mantiene éste en un estado de continua reelaboración; pudiendo decirse con verdad que el hecho interior y el exterior, ó de otro modo, el hecho subjetivo y el objetivo, acaban en un mismo punto. Así como el agente va vivificando el plan concebido y creado interiormente, así como va desplegando su contenido y objetivándolo, lo contempla fuera de sí, dotado ya de una individualidad de que antes carecía, recíbelo por los órganos del sentido como algo extraño á él, siendo por esto la impresión mucho más viva, y más clara la percepción, que cuando el hecho no había salido del período de gestación interior. El ciclo psicofísico del hecho se completa, y la visión del objeto es, por decirlo así, doble. Gracias á esto, al mismo compás que se va exteriorizando el plan, ó lo que es igual, el hecho subjetivo, informado en la fantasía, se reinforma en ella, y el sujeto agente, dueño con esto de dos imágenes, la del hecho tal como primeramente lo concibió y la del hecho tal como en la ejecución resulta, compara una con otra, y por efecto de esta comparación completa el plan en sus pormenores, lo perfecciona, lo desarrolla, lo retoca y enmienda, acaso lo rehace, é imprime nueva dirección á la actividad ejecutiva. En la ejecución se hacen patentes las imperfecciones ó las deficiencias del plan: acaso el conocimiento no ilustró en el grado debido á la voluntad acerca de la causa determinante del acto, ó de la materia de la relación, ó del fin que se interesa en ella, ó de las cualidades ó de la proporción de los medios con que cuenta hacerla efectiva, ó de la unión de los medios con el fin; y no advierte la incongruencia del plan con el propósito, hasta que encuentra en el hecho que no corresponde el

resultado de su obra á lo que de ella esperaba. Tal vez había entendido que la necesidad jurídica era de ésta ó la otra naturaleza, y requería tales ó cuales medios, ó que tales medios le eran homogéneos; mas, al aplicarlos, encuentra que la necesidad no queda satisfecha, que acaso en vez de aquietarse, se agrava é irrita más y más, y tiene que apresurarse á revisar el plan, y á mudarlo, ó á introducir alteraciones más ó menos profundas en el adoptado desde un principio. De este modo, el hecho interior y el exterior mantienen entre sí un comercio incesante y recíproco, sirviéndoles de instrumento y de intermediario la especulación y la experiencia.

Y he aquí una nueva prueba de la necesidad de que cuando el plan está dado por el Estado oficial en una ley, decreto ó reglamento, ó por el Estado social en una costumbre, no lo reciba pasivamente el individuo que ha de ejecutarlo, sino que se lo asimile en todos sus términos, adquiera convencimiento de él, penetre en sus razones, lo interprete, reproduzca todo el proceso intelectual por cuya virtud se engendró la regla: sin eso, se correrá el peligro de que se truequen ó no se comprendan bien los términos, resulte contraída una relación ilícita, que el Estado no pueda reconocer, y sea forzoso principiar de nuevo; ó por el contrario, que se cumplan mecánicamente, á poder de rutina, ó por hábitos de servil obediencia, leyes ó costumbres que debieran caer en desuso ó ser inobservadas.

37. Prudencia obligada en la formación y propaganda de planes sociales. —De la doctrina precedente se deducen importantes consecuencias de aplicación inmediata para la vida. Me haré cargo de una sola: la relativa al período de preparación de los hechos sociales.

Al ocuparnos del agente del hecho jurídico (§ 14), hemos visto que, no existiendo relación de continuidad y de solidaridad necesaria entre los individuos dentro del Cuerpo social, como entre las deutero-células dentro del cuerpo humano, las necesidades jurídicas no se manifiestan á la vez

en toda la sociedad, sino que se localizan en tales ó cuales de sus miembros, y como cada uno de éstos es una persona sustantiva de derecho, y posee una actividad propia, distinta y desligada de la de los demás, puede satisfacer por sí aquellas necesidades sin que el Cuerpo social entero se ponga en movimiento para tomar parte en el hecho, y aun sin que se aperciba de él. Hemos añadido que esta circunstancia favorece el progreso de dos modos: 1.º, introduciendo la división del trabajo en la elaboración del derecho positivo: 2.º, constituyéndose cada individuo en órgano de experiencia para todos los demás. Pero existe otro orden de hechos exclusivamente sociales, para cuya realización no basta la actividad de un individuo, ni siquiera la de una pluralidad de individuos que no sea mayoría, sino que es indispensable la voluntad concertada del todo social, considerado como una unidad (§ 29).—Ahora bien; como es fácil comprender, las consecuencias del error que pueda padecerse en la formación del plan, tienen muy distinto alcance según se trate de unos ó de otros: en el primer género de hechos, esas consecuencias no afectan sino al individuo agente: en el segundo, trascienden á toda la sociedad. Y he aquí por qué son más esenciales en éstos que en aquéllos la circunspección y la prudencia que deben presidir á toda resolución de la voluntad; y cuán profundamente yerran los que opinan que, para regir las relaciones de la vida pública, son suficientes las condiciones generales de capacidad exigidas en las relaciones de la vida privada. El arrebató y la impaciencia de una hora, la falta de arte de un hombre, la irreflexión ó la ineptitud de una asamblea, deciden á veces de la suerte de un pueblo, y si no suspende su vida para siempre, la tuerce ó la retrasa para mucho tiempo: la historia está llena de tales enseñanzas; y por esto, los políticos serios, que no ejercen inconscientemente su augusto ministerio, no asumen la representación del pueblo ni se aventuran á obrar á nombre de él, sino penetrados de un temor saludable, ni le trazan nuevos derroteros para estimularle á que se lance por ellos ciegamente, sino que se limitan á despertar en él la conciencia de su necesidad.

Cuando un ideal ha de traducirse inmediatamente en hechos sociales, el propagandista y el político no tienen derecho á equivocarse. Deben educarse en la historia pasada, no en la que ellos mismos hayan de hacer: deben llegar á la vida pública con todo el caudal de experiencia necesario para gobernar, sin aguardar á adquirirla en tanteos y ensayos cuyas quiebras paga la sociedad. La humanidad no debe estar principiando su vida en cada generación y en cada individuo, eterno Sísifo, para quien sea lección perdida la experiencia de lo pasado. Precipítese quienquiera y ensaye sin la debida preparación, en asuntos de interés exclusivo suyo: en el propio pecado llevará envuelta la penitencia; pero á nadie le es lícito tratar la humanidad como si fuese dúctil barro, capaz de adoptar en un día una forma y otra diversa al día siguiente. No se olvide que hay en política muchas falsas vocaciones ó muchas vocaciones que parecen verdaderas, pero que van acompañadas de ineptitud. La ineptitud no es, ciertamente, pecado, pero sí la contumacia del que se empeña en ejercer una función social para la cual no está destinado por su naturaleza. Consulte y pese sus fuerzas cada cual, que son en esto muchos los llamados y pocos los escogidos: la humanidad tiene derecho á que se estudien y conozcan á sí mismos los que se brindan espontáneamente á servirla, y á pedir estrecha cuenta á aquellos que no adquirieron la verdad *à priori*, en la escuela de su razón y en las enseñanzas de la historia, sino *à posteriori*, en los desengaños y escarmientos de la realidad. Trae el hecho político consecuencias imborrables de gran trascendencia en que están comprometidos los intereses de un siglo, de un pueblo ó de una civilización: y esto impone á los que aspiran á regir en una ú otra esfera la sociedad, un grado de circunspección y de mesura muy superior al que suele ponerse en los asuntos ordinarios de la vida: el hecho social no admite boceto ni retoques sino muy rara vez, y por esto su plan debe ser prudentísimo, elaborado en frío, propagado con lentitud, llevado á la práctica por procedimientos conservadores. Sin esto, no es tan sólo la vida actual lo que padece: se compromete la suerte futura de la

idea defendida, porque al primer fracaso se desacredita en el público concepto, y sus mismos adeptos llegan á mirarla con recelo, si tal vez no se revuelven airados contra ella. Así como la idea más perversa, con la corona del martirio se reviste de sublimidad y se atrae las simpatías de todos, la idea más levantada, con la experiencia prematura de la realidad, suele caer en el ridículo y merecer el oprobio de los que sólo juzgan de las cosas por el éxito y estiman indignidad el vencimiento. La lógica de la historia es inexorable: un exceso de acción engendra por necesidad un exceso de reacción: á Bessieres, republicano en 1820, forzosamente debía corresponder Bessieres absolutista en 1823. La palabra caldeada del visionario, henchida de fe y de pasión, pero desnuda de concimiento y de arte, se transforma, en una primera evolución, en el salvaje grito de guerra del faccioso ó del demagogo, para quien la voluntad social es un factor inerte que no entra en sus cálculos; y cierra su ciclo en la confesión general del fanático, desalentado ya y arrepentido, cuando no en la defección del traidor que se vende al enemigo, entregando el ídolo por un puñado de plata. En pos de los políticos ideólogos, en pos de los tribunos sentimentales y líricos, que mécen al pueblo en una ilusión, y lo fascinan con los resplandores fantásticos de un ideal novelesco, vienen los sectarios fanáticos acaudillando legiones de incendiarios, empeñados en destruir todo lo existente, para levantar sobre sus ruinas una creación nueva, y que después de haber esparcido la desolación y el espanto, convencidos por el argumento material de la derrota, reniegan de su pasado, y lanzan el anatema de su condenación sobre aquello que antes habían venerado como sagrado dogma: así, en pos de Castelar y de Aparici, que fundan los partidos federal y legitimista, Barcia y Boet, que después de haber arrojado al pueblo á una lucha de hermanos contra la patria y contra la civilización, pretenderán descargar su conciencia, diciendo al país en un manifiesto: "La república federal es un sueño: he tocado la fruta, y me he persuadido de que está verde." "Don Carlos es un mentecato en las formas y un malvado en el fondo, que explota la po-

lítica para su exclusivo medro y placer personal: he consagrado mis esfuerzos al servicio de una causa cuyo triunfo con razón habían dado por imposible otros más competentes y menos confiados."

Mírense en este espejo esos pobres políticos que se contentan con que la posteridad escriba en un sepulcro el epitafio que las náyades de la Hesperia grabaron en la losa que cubría el abrasado cuerpo de Faeton: "Aquí yace Phaethon, conductor del carro de su padre, el cual, si es cierto que no supo gobernar, al menos fué víctima de una noble audacia.

No basta la buena voluntad para comprometer á las sociedades por derroteros desconocidos. Podrán salvar las intenciones en el cielo, pero no salvan en la tierra. La buena voluntad justifica, si acaso, al utopista que no abandona un momento la serena región de las ideas, que sacrifica á ellas su bienestar y su vida, pero la suya sola; que se consagra á la propaganda de ideales inofensivos, por más que carezcan de base objetiva en la razón ó en la historia, y nazcan condenados á irremisible muerte. La posteridad los compadece, pero no los maldice. Lulio, el filósofo mallorquín, ya viejo, confiesa con amargura que ha trabajado treinta años persiguiendo una utopía, ciertamente generosa, sin haber obtenido de sus esfuerzos el más pequeño fruto, porque erró el camino: Botta, el historiador italiano, muere arrepentido de haber esterilizado su vida, consagrándola á la defensa de un absurdo social; el jesuíta Curci se arrepiente de haber amantado durante medio siglo el monstruo del ultramontanismo intransigente, y reñido por él formidables batallas en libros, en periódicos y en púlpitos, y no bien comprende las transformaciones que ha sufrido el mundo, llora su estéril pasado, y consagra lo que le resta de vida á reparar el daño que ha causado á la Iglesia y á la civilización, combatiendo su propia obra. Pero si tales hombres son, en mayor ó menor grado, acreedores á que la posteridad les perdone ó los compadezca y respete su memoria, no pueden aspirar á igual favor esos otros soñadores fanáticos que sueñan con el puñal en la mano, lanzando de los ojos relámpagos de una cólera

infinita, y con el apetito vertiginoso de la realidad en el pecho; ó esas soberbias personalidades, dioses de la tierra por derecho de nacimiento, para quienes no existe otro derecho que su voluntad, ni más fin en el universo que el regalo de su vida y la grandeza de su nombre, ó que hacen de la tierra lupanar de sus vicios y teatro de sus ambiciones y de sus sueños. Nunca los execrará bastante la humanidad. Después que Luis XIV hubo corrompido el sentido moral de la Francia, extremado hasta la locura el poder personal, hecho de la nación su bestia de carga, preparado los horrores de la revolución, y puesto la primera piedra del cadalso donde había de rodar la cabeza de Luis XVI, viene á recomendar á su hijo, desde el lecho de muerte, que haga lo que él ha tenido la desgracia de no hacer. Alcalá Galiano, desoyendo los consejos de la más vulgar prudencia, inflama con su encendida palabra á las muchedumbres en la Fontana, se revuelve con todo el furor de una democracia inexperta y fanática contra los padres de la primera Constitución, amontona combustibles, y los arroja imprevisor en el hirviente cráter de las pasiones populares, despierta concupiscentes apetitos en unos, atiza insensatos odios en otros, crea continuamente obstáculos al desenvolvimiento regular y pausado del régimen representativo, y contribuye de este modo más eficazmente que el rey con sus monstruosas é inconcebibles felonías y que la Europa con sus legiones, á la caída de la libertad en España; y todo para que años después viniese á reconocer su error en sus Conferencias del Ateneo, cuando sus insensatas predicaciones habían producido sus legítimos frutos. Mr. Detroyat, digno representante de borbónicos é imperialistas, rompe descaradamente con la legalidad, con la opinión y con el derecho, provoca el casi golpe de Estado de 16 de Mayo (1877), y lleva á la nación al borde de su ruina, de la cual sólo por un milagro de paciencia y de firmeza se salva; y pocos días más tarde, se presenta ante el mundo penitente y contrito en *L'Estafette*, confesando su error y arrepintiéndose de haber aconsejado la loca política de resistencia. ¿Es esto serio? ¿No hay pre-

visión en el mundo? ¿Son de todo punto inútiles las enseñanzas de la historia? ¿Son dignos de consideración y de respeto, pueden llamarse con justicia políticos, los que de tal modo juegan con el porvenir y la suerte de los pueblos, y hacen de la humanidad materia vil de sus experimentos, y rigen su vida pública, no por el severo dictado de la razón, sino por las primeras impresiones? ¿Por ventura, se devuelve la vida, con medicina de arrepentimiento, á los que por su causa la perdieron, ó se repara los daños causados á la humanidad, los martirios padecidos, los bienes de la civilización menoscabados ó arruinados, el porvenir envuelto en nubes de dudas y de escepticismo? ¿No hay sino plegar las velas cuando ya ha sobrevenido el naufragio?

El primer deber del político y del propagandista, es un respeto profundo, casi idolátrico, á la sociedad: edúquela, no la cohiba; influya en su conocimiento, no directamente en su obra; es crimen y demencia querer obligarla á caminar al paso veloz que la fiebre de novedades le sugiera, y si es cierto que tiene á menudo razón el individuo para condenar lo existente y proponer reformas, no la tiene menos la sociedad en no querer aceptarlas sino al mismo compás con que se van eclipsando los antiguos ideales y pudriéndose sus raíces. Así se evitarán el castigo y la vergüenza de tener que condenar un día todo su pasado. Los que pretenden cosechar frutos fuera de sazón, no tardan en tocar el desengaño, y entonces, perdida toda fe en el porvenir, desorientados, sin brújula ni norte, se precipitan en el opuesto vicio, y llegan á maldecir al pueblo que no pudo seguirles, como maldijo Jesús á la higuera porque no le daba el fruto que le había pedido en invierno. Hubieran interrogado á la razón, y la razón les hubiese aconsejado cultivar el árbol y aguardar la época de la madurez, no exponiéndose de este modo á una decepción merecida y á una maldición injusta.

Por otra parte, los ensayos prematuros vienen á resultar estériles, porque las ideas son incoercibles, no se violentan,

y nada se adelanta con impacientarse. No por madrugar mucho, amanece el sol antes de su hora. Cuando la idea nueva ha echado raíces en la conciencia de la sociedad, una débil palanca basta para remover el viejo edificio de lo pasado, y un día la historia registra la fundación casi repentina de una grandiosa democracia: testigo, la revolución de los Estados-Unidos; pero cuando la idea vive todavía en estado de nebulosa, sólo condensada en un círculo breve de individuos, numerosas palancas colosales, y las fuerzas combinadas de una legión de titanes políticos, no logran erigir sino democracias entecas, verdadero parto de los montes, y en pos de ellas un gran despotismo, como Francia á mediados de siglo, ó una gran decepción, como Rusia en sus comienzos. La fe no es una potencia que haga veces de tiempo: baste, enhorabuena, como quiere Cristo, la fe del creyente para que la montaña de propio motu se arroje en el mar y la higuera produzca frutos en invierno; pero no basta la fe del sectario para que un pueblo se transfigure de repente y se abraze á la primera bandera que á una secta se le antoje tremolar un día, sin que antes se haya tomado el trabajo de derribar en su corazón los altares de los viejos ídolos. No dando tiempo á la idea para condensarse, el día que se la quiere revestir con las formas de lo real, interrumpida en su lento trabajo de gestación, estalla como una gota de cristal fundido, ó se disipa en el espacio como el vapor escapado de la caldera á quien no se ha dado tiempo para pasar por el largo y tortuoso conducto del serpentín.

CAPITULO CUARTO

EL HECHO CONSUETUDINARIO

A.—*Cuándo es consuetudinario el hecho jurídico.*

Hasta aquí hemos analizado el hecho jurídico en sus elementos constitutivos y en su producción, independientemente de que sea ó no esquema material ó signo visible de una regla consuetudinaria de derecho. Ha llegado el momento de preguntar: ¿es consuetudinario todo hecho jurídico por sólo su carácter de tal, ó añade á esta cualidad alguna otra que diferencie el género en dos opuestas variedades, hechos jurídicos consuetudinarios y hechos jurídicos no consuetudinarios? Este problema muestra una doble faz, correspondiente á la doble esfera en que, según vimos, realiza su vida el derecho: Estado individual y Estado social. La sustantividad de entrambos aspectos del problema, nació de la posibilidad de que un hecho sea consuetudinario en la esfera individual y no lo sea en la social, y viceversa.

38. Hecho consuetudinario individual —Cuando decimos: “si la noble acción que acaba de ejecutar F. se hace en él costumbre, está salvado”, entendemos un

hecho que puede ser consuetudinario, pero que por sí solo no lo es; que encierra en sí esa característica en estado latente, pero que su manifestación está pendiente de alguna condición ajena á él. Cuando añadimos: "F. ha obrado tal acto en la forma que acostumbra", queremos dar á entender que se ha atemperado al tipo ó modelo de otros actos de la misma naturaleza que le han precedido en la vida del mismo sujeto. Investigando la razón de esta diferencia, observaremos que todo hecho jurídico ejecutado libremente por una persona individual, corresponde exactamente á un estado suyo de derecho, esto es, á una manifestación concreta de su esencia jurídica: si no fuese así, semejante hecho no obedecería á fin alguno racional, no satisfaría ninguna verdadera necesidad, no sería hecho jurídico. Sabemos ya que la vida es una, sucesiva, continua, rítmica: se hace efectiva en serie de estados temporales, que se suceden unos á otros sin interrupción, que fluyen incesantemente del fondo inagotable de nuestra esencia, como río de un manantial perenne: la actividad libre del sujeto tiene que responder á esa serie de estados ó de situaciones con otra paralela de hechos—(pues precisamente en esto consiste la vivificación de la esencia, ó sea el vivir, y sin eso no se viviera):—esos hechos han de hallarse entre sí en idéntica relación y proporción que aquellos estados. Si los estados son, unos respecto de otros, progresivos, si están encadenados por una relación de evolución, el agente ha de tener en cuenta esa progresión, para adecuar y proporcionar á ella los medios. Por el contrario, todo orden ó grupo de estados homogéneos requiere otra serie de actos también homogéneos, por ser una misma la necesidad sentida y unos mismos, consiguientemente, los medios con que ha de acudir á satisfacerlas: de suerte que todos ellos tendrán una misma naturaleza, revestirán una misma forma, y cada uno será como la reproducción y el tipo de los demás: visto el plan del primero, visto el plan de todos. Habrá que considerar, por tanto, en estos hechos, dos elementos: uno transitorio, expresivo

de una relación de derecho, que pasa con el estado individual que hubo de exigirlo; otro permanente, que expresa una relación de relaciones, ó sea la ley de homología de cada hecho con los demás de la serie. Ahora bien; esto que tienen de común y de permanente todos esos hechos, ese plan uniforme que ha presidido á su formación, es la regla consuetudinaria, es la costumbre. En todos los estados se transparenta una común esencia, la esencia del ser jurídico producida ó puesta de una vez en una concreción infinitamente finita: en todos los hechos responsivos de aquellos estados, resplandece un mismo plan, que es como la esencia ideal común, como el principio eterno que les ha dado nacimiento. Conclusión: los hechos jurídicos que corresponden á estados y relaciones accidentales de la vida, no son consuetudinarios: únicamente lo son los hechos que responden á estados ó situaciones que subsisten, en todo ó en parte, durante un tiempo mayor ó menor. Cada uno de esos hechos, considerado aisladamente, es meramente jurídico; en relación á los demás afines de la serie, es además consuetudinario. Un acto excepcional de derecho, que no expresa un modo ordinario de obrar, es jurídico, pero no consuetudinario.

Cuando un individuo siente por primera vez la necesidad de obrar en determinado sentido, ó se encuentra colocado frente á un determinado estado de derecho que lo solicita á la acción, reflexiona, delibera, hace su composición de lugar, se propone un plan, lo medita, lo corrige, y últimamente lo pone por obra. Cuando aquella necesidad se reproduce, ó sobreviene otra vez ese mismo estado, todo ese trabajo de elaboración interior lo omite de ordinario, porque juzgando aquel plan, que ya tiene experimentado una vez, el mejor posible, lo acepta sin discusión, y lo adapta á todos los hechos subsiguientes de la misma índole. A lo más, con lo que le ha enseñado la experiencia de los primeros hechos, retoca el plan primitivo, hasta que á poco, y dándolo por inmejorable, deja de atender á él. El plan se hace definitivo, se inmoviliza. Por esto obser-

vamos en los individuos normas fijas de conducta, que nos permiten adivinar cómo obrarán en determinadas circunstancias, con sólo conocer el modo como obraron en ocasiones semejantes. Por esto llama Cicerón *consuetudo mea* á la que tenía de no ocultar al público nada de cuanto pensaba y temía acerca de la república (1), y César al modo que tenía de dirigir las legiones (2). Por esto pueden articularse, y por decirlo así, codificarse las costumbres jurídicas de un individuo: Blázquez escribió un tratado de Política ó "*Perfecta razón de estado, deducida de los hechos de Fernando el Católico*" (3). Por esto llama Plinio *lex mea* á la costumbre que tenía de cumplir escrupulosamente la voluntad de los difuntos, aunque estuviera exento de ello por la ley del Estado (4). He aquí, con referencia al mismo ilustre jurisconsulto, un ejemplo de costumbre individual:—"Me han llenado de tristeza las enfermedades de mis esclavos y la muerte de algunos de ellos en la flor de su edad. Tengo dos motivos de consuelo, demasiado pequeños para tan gran dolor, pero que, al fin, no dejan de ser consuelos. Uno, el placer que he sentido declarándolos libres, porque me parece que, en cierto modo, no he perdido demasiado pronto á aquellos á quienes he perdido libres. Otro, el permiso que á los mismos siervos concedo para que hagan una especie de testamento, que yo observo y cumplo tan religiosamente como si fuese legal. Ellos disponen y ruegan lo que tienen por conveniente, y yo ejecuto, sin vacilar, su voluntad, como si fuese un precepto. Distribuyen entre sus camaradas lo que poseen; donan, dejan legados á quien quieren, siempre que sea á persona de la casa, porque la casa es como la república y

(1) "Sin consuetudinem meam, quam in republica semper habui, tenuero; id est, si libere quae sentiam, de republica dixeró..." (J Phillip., c. II).

(2) "Consuetudine sua Caesar, legiones expeditas ducebat..." (Caes., *De bell. gal. comm.*, II, 19).

(3) Impresa en Méjico, 1646.

(4) Plinio, *Epíst.* 16, lib. II.

la patria de los esclavos (1). Sin embargo, aunque esta conducta me alivia algún tanto, la misma humanidad que me la inspira me quebranta y abate...”

Según esto, podemos sentar como regla que, en igualdad de circunstancias, el hecho anterior ha de reputarse que da ley á los que le subsiguen, y no anduvo acertado Gregorio López al negar carácter jurídico á la costumbre individual (2). Siempre que se suscite dudas acerca de alguna relación jurídica, ó sobre el significado de un acto, y el agente no pueda declarar cuál fué su voluntad, ó su declaración haya de presumirse interesada é ineficaz, será de razón consultar los hechos obrados con anterioridad por aquel mismo sujeto en circunstancias idénticas, á fin de atenderse á lo que de ese examen resulte, sin precipitarse, como suele hacerse, á invocar el uso de la tierra, que es decir, á interpretar el acto litigioso por los hechos y la voluntad de los demás. Se trata sencillamente de despejar una incógnita: qué se propuso determinadamente el autor de aquella relación, que dejó sin expresar su voluntad, ó que la expresó de un modo confuso, vago, incoherente y ocasionado á conjeturas y varias interpretaciones; y es lógica presunción atribuir una misma voluntad al agente en todos aquellos actos que ejecutó bajo el influjo de unas mismas circunstancias; que se inspiraron en una razón común de derecho; y es una operación legítima reconstruir el acto obscuro ó incompleto, infundiéndole el mismo sople de voluntad que dió vida á los primeros. Este criterio es aplicable lo mismo á los actos unilaterales que á los sinalagmáticos. Ya el Digesto estableció como regla general de interpretación que: *potius id quod actum quam id quod dictum sit, sequendum* (lib. XVIII, tít. 1, ley 6).

(1) “Dividunt, donant, relinquunt, dumtaxat intra domum, nam servis respublica quaedam et quasi civitas domus est” (Plin., 76, lib. VIII).

(2) “Consuetudo enim privati vel patris familias jus non inducit, licet attendatur interdum ad declarandum intentionem suam in verbis vel factis à se prolatis vel gestis” (Glosa ad leg. I, tít. I, Partida 1.ª)

El Código de Comercio español admite también como regla para interpretar los contratos, "los hechos de las partes subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se disputa" (artículo 249); y en idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia civil: "Cuando ocurran dudas sobre la inteligencia de un contrato, por los términos breves ó confusos en que se redactó la escritura relativa á él, nada puede explicar mejor su objeto, condiciones y límites, que los actos inmediatos y posteriores de los mismos otorgantes, referentes á lo convenido" (1).

Y si se admite en clase de criterio los hechos subsiguientes, ¿por qué no también los anteriores á la celebración del contrato? Si dos personas han pactado varias veces sobre una misma materia y en condiciones semejantes, ¿por qué no se habrían de admitir las cláusulas de uno ú otro contrato, y los hechos en que se tradujeran, como medio de esclarecer el sentido dudoso de los demás? Una serie de estipulaciones congruentes ó iguales entre dos ó más personas, constituye una especie de costumbre individual, que debe prevalecer sobre la costumbre local ó general: hállanse unas respecto de otras en la misma relación que entre sí las cláusulas de un contrato, y según la regla universalmente admitida, las cláusulas de un contrato deben interpretarse unas por otras, sirviendo las averdadas y consentidas de explicación á las dudosas, y atribuyéndose á cada una en particular el sentido que resulte de su totalidad: "para la interpretación de las cláusulas oscuras ó dudosas, deben apreciarse en primer término las indicaciones ó referencias que en el documento en que se consigne el contrato, ó en otro cualquiera, se hicieren sobre el punto que motiva la duda" (2).

(1) Sentencia del Trib. Sup. de Just., 6 Julio 1868.

(2) Sentencia del Trib. Sup. de Just., 18 Sept. 1863.

39. Hecho consuetudinario social. Posiciones de un hecho con respecto al estado jurídico de la sociedad: 1.^a *Contrario*: 2. *Indiferente*.—

En el párrafo anterior, hemos definido el hecho jurídico consuetudinario de un individuo en relación al individuo mismo; pero como, según hemos manifestado, el individuo es órgano permanente y necesario de la vida colectiva (§ 14), sus hechos han de tener forzosamente un valor y una significación con respecto á la sociedad en cuyo seno han sido producidos. Tres formas fundamentales puede afectar la relación entre el hecho de un individuo y el espíritu de la sociedad: 1.º Puede ser hecho jurídico, y sin embargo, *opuesto* diametralmente á lo que la sociedad siente, quiere y practica: 2.º Puede serle *indiferente*, esto es, extraño á los usos ó á las prácticas admitidas, pero no repugnante al sentimiento general: 3.º Puede ser *conforme* de toda conformidad con el estado jurídico de la sociedad, coincidir plenamente con el sentido dominante en la generalidad de los miembros que la componen. Discutamos con separación estos diversos aspectos relativos del hecho.

Ya dijimos que la vida consiste en un perpetuo “venir á ser” de los seres vivientes: lo que permanece inmutable y rígido, lo que no realiza esencia, lo que no se desenvuelve y progresa, existe, pero no vive: lo que cesa de mudar, decimos que ha muerto. Esta propiedad de mudar reviste una forma que á toda hora llevamos en los labios: el *tiempo*. No es el tiempo una forma vacía de pensamiento, pero tampoco algo sustantivo y por sí, que pueda causar efectos, como en multitud de frases usuales se da á entender, hablando en figura (1), sino una forma real de los seres en cuanto mudan, como ellos eterna, y por tanto, uno de los factores que integran el concepto complejo de

(1) El tiempo todo lo amansa.—Para verdades el tiempo.—El tiempo destruye las obras de los hombres.— El tiempo, inventor de usanzas.—El tiempo da remedio donde falta el consejo, etc.

la vida. No pensamos el tiempo sino donde hay seres, esencia, actividad, mudanza, sucesión de estados, vida. Ahora bien; siendo el tiempo una forma de la esencia en cuanto muda y viene á ser, en cuanto se manifiesta en estados—(que por esto se dicen temporales),—es evidente que sólo en razón de esos estados, ó lo que es igual, de la esencia informada en los hechos que á ella responden, podremos apreciarlo: el tiempo producido está en razón directa de la cantidad de esencia vivificada ó hecha positiva: á mayor desenvolvimiento del ser viviente, corresponde también un tiempo mayor. Derívanse de este concepto importantes consecuencias:

1.º El tiempo no es una realidad homogénea, única, igual para todos los seres: no teniendo más fundamento que la mutabilidad de los organismos, y siendo éstos sustantivos, desenvolviéndose en una serie de mudanzas propia é individual,—cada uno de ellos producirá un tiempo individual también, distinto del de los demás, y por tanto, no se podrá, en todo rigor, medir la vida y el tiempo de un organismo por el tiempo de otro, á causa de ser entrambos relativos, ó de lo contrario, resultarán aparentes anomalías y paradojas. Así, por ejemplo, apreciando la duración de la vida de los cereales con relación al tiempo de la vida terrestre, decimos que son plantas anuales; sin embargo, según los climas y las variedades, esas plantas cierran el ciclo de su vida en 3, 6, 9 ó 12 meses y si se les corta el tallo en su primera edad, antes de florecer y granar, se hacen bisanuales. Así también, un hombre causa más hechos ó hechos más intensos, realiza más esencia, produce más tiempo, vive más en una hora de la tierra, que otros, y aun que él mismo, en años enteros: por esto dice muy bien el tratado bíblico de la Sabiduría: *consummatus in brevi, explevit tempora multa*; en uno de los poemas nacionales de los españoles, Fernán González aplica esa misma doctrina, diciendo: *no cuento yo mi vida por años ni por días, más por buenas haciendas é por cavallerías*:—el pueblo en sus proverbios lo proclamó á toda hora: vé

hum día do discreto e nao toda a vida do, nescio: *as obras, e naô a duraçaô, saô a medida certa da vida humana* (refranes portugueses): cabeza cana y seso por venir: hay muchos que llegan á viejos sin haber sido jóvenes, ó sin haber vivido un día: F. no sabe vivir, ó es un hombre muy muerto, ó ha vivido menos que N. (refranes y locuciones castellanas); y en todo siglo se ha reconocido que no está el vivir en contar estaciones y revoluciones solares, sino en desarrollar y cultivar su espíritu, en aprender y discurrir verdades, en practicar virtudes, en adoctrinar gentes, en acumular progresos, en ser órgano y representante de la humanidad. Muchos acabaron la vida antes de empezar á vivir, dice Séneca: el hombre que más ha vivido, no es el que ha contado más años, sino el que más ha sentido la vida, dice Rôuseau; vida buena, vida es, non es vida la mala vida, dice D. Juan Manuel en el Libro de Petronio: aunque su cuerpo perezca, el sabio nunca perece; el ignorante está muerto aun antes de que lo entierren (cantar arábigo-español); etc.

2.º En la relación de unos á otros seres, el tiempo de cada uno podrá concordar con el de sus congéneres, pero también podrá discordar de él en proporción mayor ó menor, á causa de ser propiedad absoluta de cada individuo y producto de su actividad, no dependiente de ninguna condición ajena á él; así, por ejemplo, en la relación del tiempo interior de cada hombre con el tiempo de la sociedad en cuyo seno vive, lo mismo puede precederle como rezagarse, y por esto decimos en ocasiones de tal sujeto que ha nacido antes de tiempo, de tal confesión política que se ha quedado tres siglos atrás, etc. La simultaneidad y concordancia de vida, y consiguientemente de tiempo, de dos ó más seres, recibe el nombre de *contemporaneidad*; y la contemporaneidad puede ser absoluta, de todas las propiedades esenciales constitutivas del ser racional, y relativa, de una ó algunas de ellas; de la religión; del derecho, de la ciencia, etc.—En los seres de razón, al menos, la contemporaneidad es primeramente cualidad interior, de

cada cuerpo con cada espíritu, y de unas con otras propiedades ó esencias: no siempre el espíritu y el cuerpo son *contemporáneos*; con frecuencia, en un cuerpo joven, débil ó enfermizo, alienta un espíritu maduro y robusto, y viceversa, á un espíritu infantil, obtuso, imbécil ó poco desarrollado, acompaña en ocasiones un cuerpo vigoroso y bien conformado; algunas veces, un alma muerta ó inerte va unida á un cuerpo que rebosa vida, y viceversa. No es esta la única desarmonía entre esas dos esencias totales del ser racional, nacida del cruce y choque de unas con otras energías en el universo: el caso de un espíritu varonil en un cuerpo femenino, y viceversa, es muy común: y no es raro el espectáculo de un alma dotada de aptitudes distintas de las del cuerpo, ó con un temperamento que no corresponde al temperamento corporal.—La contemporaneidad es luego cualidad relativa de cada hombre con los demás, en círculos naturales más ó menos extensos, en la familia, en la ciudad, en la nación, etc., ó bien en agrupaciones de otra índole, sectas, partidos, iglesias, escuelas, ligas, etc.: mediante ella, puede ponerse en comunicación cada sujeto individual con los demás, comprenderlos y hacerse entender de ellos, hablar un mismo lenguaje, mantener un comercio incesante de ideas y de sentimientos, y colaborar en la obra de la civilización: por virtud de ella, puede formarse un espíritu común, y constituirse y subsistir las personas sociales, que de otro modo serían totalmente imposibles.

La falta de concierto en alguna de estas relaciones exteriores del hombre con la humanidad, constituye la *extemporaneidad*, y en ella se engendran los hechos *contrarios* y los hechos *indiferentes* de que voy á ocuparme. Su posibilidad radica en la naturaleza misma de los seres racionales.

Ya en el § 14 he anticipado el hecho de no existir en la sociedad deutero-células: todos los individuos que la componen son células primordiales, centros de vida independiente, organismos completos y acabados, estados sus-

tantivos de derecho; no existe entre ellos relación de solidaridad necesaria, como entre las células constitutivas del cuerpo humano. La actividad de cada uno, si bien se engrana con la del todo, es discontinua respecto de ella y puede funcionar independientemente; y por esto, no se manifiestan en todos á la vez las necesidades jurídicas; los unos se desarrollan en sentido distinto de los otros, ó más rápidamente que ellos: en todo tiempo aparecen individualidades que se adelantan á sus coetáneos en concebir un nuevo ideal, ó en sentir el aguijón de la necesidad que ese ideal trae consigo, y en querer llevarlo á la práctica. No siendo las sociedades entidades abstractas y de artificio, sino organismos vivos y reales, es ley indeclinable que los individuos que las componen coincidan en su manera de pensar, de sentir, de querer, de obrar, que sus deseos sean comunes, idénticos sus ideales, congruentes sus actos, uniforme su vida, simultáneos y concordantes sus progresos, sus desfallecimientos, sus entusiasmos, sus caídas y sus retrocesos; y la experiencia enseña que esta ley de razón se cumple, con efecto, en la vida, y porque se cumple, tienen las colectividades historia, carácter, tradiciones, ideales, porvenir, espíritu comui, personalidad. Pero, por otra parte, esta personalidad no es tal, que absorba y anule la propia de los individuos: no se opone á que cada cual represente la naturaleza humana á su modo, en una forma peculiarísima, ni á que determinados sujetos desentonen y perturben la uniformidad de la vida colectiva: la ley de la variedad se armoniza perfectamente con la ley de la unidad: mal pudiera ser la sociedad un lecho de Procasto, cuando hasta en los campos de mies se advierten desigualdades de crecimiento. Las desafinaciones individuales son contadas en número, ó al menos, poco notadas por su intensidad, en épocas normales de la vida de la sociedad; pero en períodos de crisis y de transición, adquieren tal cuerpo y consistencia y son tan numerosas esas disonancias, que la armonía que reinaba en el período antecedente se desvanece cuando todavía no se vislumbra la que ha

de dominar en el inmediato período: disuélvese toda unidad; ábrense abismos profundísimos entre los diversos miembros del todo social; aférranse éstos por rutina á las instituciones moribundas ó á los ideales extintos ya en la conciencia; abominan aquéllos de todo lo existente, y se abrazan con delirio al ideal nuevo, todavía no bien definido; pugnan esotros por conciliar la tradición que patrocinan los unos con las reformas que demandan los otros, en síntesis orgánicas ó en empíricos sincretismos; y la individualidad, eterna mártir de las ideas progresivas, afañándose por ejercer su noble misión de institutora de la humanidad y anunciar á las gentes la buena nueva, impone á su conducta nuevas leyes en pugna con la tradición, hiere con sus doctrinas ó con sus hechos el sentimiento público, y el público ofendido levanta formidable protesta, se declara en abierta hostilidad y, tal vez, se arroja á vengar el agravio con la muerte. Esto, en los albores del período de transición: pasan siglos, y la situación se invierte por completo: la sociedad se ha convertido á las nuevas ideas, y obra de conformidad con ellas; pero tan desigual y vario es el desenvolvimiento de los individuos, que cuando ya la crisis ha terminado y se inaugura una nueva era, todavía cuenta partidarios la idea vieja, unánimemente rechazada por la sociedad. Tal vez entonces, los perseguidos de la víspera se convierten ahora en perseguidores, no menos crueles que aquéllos. Según esto, lo mismo podrá ser contrario un hecho por prematuro que por anacrónico. Añadamos que, con relación al derecho natural, el hecho puede ser justo ó injusto, y tener ó no tener razón la sociedad en mostrársele hostil.

El hijo de familia que en el siglo I de la República romana se hubiese rebelado contra su padre, pretendiendo negarle el derecho de vida ó muerte que sobre él tenía, hubiera incurrido en las iras del pueblo: en los días de Séneca, por el contrario, el pueblo perseguía á aquel cruel senador que había condenado á muerte á su hijo en su tribunal doméstico y ejecutado la sentencia. He aquí un hecho

contrario al sentimiento de lo justo que informaba el estado jurídico de aquella sociedad. En los primeros siglos del imperio romano, la creencia en los dioses de la mitología greco-latina estaba profundamente arraigada en el alma de la sociedad y la sociedad no podía sufrir en calma que se hiciese público alarde de despreciarlos, y tal vez, ni siquiera que existiese quien secretamente los aborreciese y execrase: de aquí las persecuciones contra los cristianos, tenidos en la sociedad romana por ateos y por enemigos del género humano:—en los últimos siglos, por el contrario, la fe en las antiguas deidades habíase extinguido, la religión de Cristo se había entronizado en casi todas las conciencias, y no podía tolerar la sociedad cristiana que al lado suyo continuase arrastrando su lenta agonía la vieja creencia, con sus templos, sus dogmas, sus rentas, sus sacerdotes, sus sacrificios, y algunos fieles que habían podido resistir en los pagos al influjo de las novedades religiosas importadas del Oriente; y juzgando la tolerancia ofensa grave contra Dios y contra sí misma, se oponía abiertamente al hecho, y perseguía á los sacerdotes de Júpiter y á las vestales, derribaba sus imágenes, se apoderaba de sus templos, y hacía numerosos mártires entre los gentiles. Nuevos ejemplos de hechos opuestos al sentimiento público y repugnados por la generalidad.—El siguiente caso pondrá más de bulto el carácter y la naturaleza de este género de hechos.

El senador Poncio Meropio Paulino, discípulo de Ausonio, y hombre muy considerado en la sociedad romana por su talento, por su elocuencia y por su nacimiento, se resolvió á abandonar el paganismo y abrazar la fe cristiana, á consecuencia de su trato con San Ambrosio y algunos otros obispos. Este hecho reunía todas las condiciones apetecibles de legitimidad, no sólo á los ojos del derecho natural, sino también conforme á las leyes del imperio que, al reconocer existencia oficial al cristianismo, habían proclamado la libertad de cultos. Pero era contrario al sentimiento religioso de la sociedad, principalmente del patri-

ciado y de las gentes de riqueza ó de talento. "Cuando no pudo quedar á los paganos duda alguna acerca de ésta deserción, prorumpieron en invectivas contra Paulino, calificando su acción de *indignum facinus*. Se acarreó el odio de sus parientes y amigos, adictos á los intereses de la antigua religión: la *procax et maledica lingua gentilium* como decía San Jerónimo, se empleó en su descrédito: todos se alejaron de su lado, sus clientes, sus libertos; hasta sus esclavos consideraron roto todo vínculo con él... Su mismo hermano le abandonó, y las gentes mundanas *ladraban* contra él, profiriendo palabras profanas é insensatas, y tachando de locura su piedad. Así, porque un senador ilustre por tantos títulos se había conformado con el voto de los emperadores, con las leyes de la república y con los impulsos de su conciencia, se encontraba de repente aislado en medio de aquella sociedad romana donde los nudos de familia y de clase ligaban á los ciudadanos en relaciones tan estrechas y tan difíciles de romperse. Ochenta años después de la conversión de Constantino, la de un senador era capaz todavía de disgustar á tal extremo á los paganos, y de dar gran golpe en una ciudad como Roma" (1).

Este género de actos se opone diametralmente á los que hemos denominado *concordantes*: son *anticonsuetudinarios*. Existe otro género de hechos jurídicos individuales, que tienen de común con ellos el no estar dentro de las prácticas y estilos sociales, el no obedecer á las tendencias prácticamente demostradas de la generalidad, pero que difieren de ellos porque la sociedad no los repugna, y antes bien, admite acaso su posibilidad como una de las bases de su constitución interna. Estos hechos, con respecto al estado social, son *indiferentes*. Así, por ejemplo, en Inglaterra, donde la libertad de conciencia no es un principio meramente escrito en las leyes, sino una realidad y una

(1) Beugnot, apud C. Cantú, *Hist. univ.*, trad. españ. de Fernández Cuesta.

práctica viviente, con raíces en todas las conciencias, el hecho de abandonar un lord las creencias de sus mayores para engrosar las filas del catolicismo ó del racionalismo, no pone en conmoción la sociedad inglesa, ni causa los terribles efectos que en Roma hemos visto con motivo de la deserción del senador Paulino. En Aragón, el hecho de dividir un padre sus bienes entre sus hijos por partes iguales, ó de pactar los cónyuges el régimen dotal sin viudedad foral, aunque hecho excepcional y en contradicción con los usos más queridos y respetados de la tierra, es también un hecho *indiferente*, porque allí la libertad civil no es una palabra vana; sino una verdad encarnada en el espíritu del pueblo: no sucedería lo mismo en Castilla si, autorizándole la ley para ello, un padre instituyese á uno de los hijos heredero universal de sus bienes, dotando á los demás en una cantidad mucho menor que lo que representaba el patrominio legado al hijo preferido por el instituyente. Plinio autorizaba á sus esclavos para hacer testamento, y aun les otorgaba la libertad por espíritu de filantropía, á pesar de que no entraban en el espíritu de la colectividad tales sentimientos. Los hechos de este género serán tal vez consuetudinarios respecto del individuo que los ejecuta, pero no lo son con respecto á la sociedad: por consiguiente, carecen de fuerza de obligar, no pueden producir la menor eficacia como precedente de otros: "es verdad, dice Heffter, que los tratados públicos—(esto es, los hechos particulares)—sirven para construir un sistema de jurisprudencia internacional, pero se ha de proceder con mucho tiento y circunspección en el uso de esta fuente." Si alguno de los principios del derecho de gentes consignados en el tratado de Westfalia, se hubiera escrito en cualquiera de los tratados celebrados en el siglo xv ó en el xvi, cuando imperaba la política de Maquiavelo, no hubiese prosperado, hubiera sido un hecho indiferente, porque no respondía á los sentimientos de la época, y nadie lo hubiese invocado como precedente. Supongamos que, á raíz de la institución del pretor urbano, un hijo de familia eman-

cipado, sublevándose ante la idea de que los bienes de su padre recaigan en agnados lejanos, ó en gentiles, ocupa por propia autoridad aquellos bienes, que el pretor le sostiene en la posesión, que los agnados ó los gentiles, sea desinterés, sea convicción, sea por evitarse los sinsabores y las molestias de un litigio, desisten de su derecho, dejando disfrutar en paz al atrevido hijo el patrimonio de sus antepasados: este hecho no será consuetudinario, porque se informa en sentimientos puramente individuales, porque no expresa la convicción de la colectividad; los particulares no lo invocarán como precedente, y por el contrario, se acogerán el derecho de las Doce Tablas; el pretor no será reelegido al año siguiente, por haber sido infiel al espíritu nacional, ó por no haber sabido interpretarlo; y el que le suceda, no trasladará á su edicto la fracasada reforma de su antecesor. Pero tráigase á los días de Cicerón, en que el derecho gentilicio está ya hondamente quebrantado, y ese hecho será consuetudinario, y en él se apoyarán los litigantes para hacer prevalecer el principio de la familia natural sobre el principio de la familia civil.—A las veces, los espíritus, de tal modo son refractarios al principio en que se inspira el hecho, que después de haber sido proyectado y admitido solemnemente, no llega á perfeccionarse, ni mucho menos, por tanto, á adquirir valor de consuetudinario. Citaré dos ejemplos. Uno versa sobre los bien conocidos foros de Galicia: los señores directos solían hacer constar en las cartas forales ó escrituras de constitución, como condición expresa y terminante, la prohibición de sub-aforar y de dividir las tierras á foro; los foreros no vacilaban en suscribir esta cláusula; y sin embargo, se han sub-aforado y dividido las tierras acensuadas con esa condición, á ciencia y paciencia de los señores, y con la aquiescencia de los tribunales, que no han anulado tales contratos. Una cláusula del tratado de París de 30 de Marzo de 1856 preceptuaba que, siempre que entre la Sublime Puerta y una ó más potencias signatarias surgiese alguna desavenencia que pusiera en peligro sus buenas

relaciones, antes de recurrir al uso de la fuerza, pusieran á las demás en términos de poder evitarlo con una amistosa y pacífica mediación: después de esto, ha estallado una formidable guerra entre Rusia y Turquía, y nadie se ha acordado de aquel pacto, ni ha intentado hacer valer el recurso prevenido para evitar el terrible conflicto.

40. Hecho consuetudinario social. Posiciones de un hecho con respecto al estado jurídico de la sociedad (continuación): 3.^a *Concordante*.—He definido la “contemporaneidad” como una relación de concordancia ó de congruencia entre el tiempo individual del agente de un hecho y el de los demás individuos que componen el círculo social á que pertenece. Siendo común el sentimiento en que se ha inspirado el hecho y la necesidad que viene á satisfacer, el hecho mismo en su principio ha de ser común también: la sociedad ha de mirarlo como interpretación auténtica de lo que siente y piensa en orden á la satisfacción de aquella necesidad: todo otro hecho que no sea ése, estará en oposición con su pensamiento y lo desaprobará, ó le será indiferente y no prevalecerá en lo futuro: juzgando que sólo ése es el conforme á la justicia y á la moralidad, formará mala opinión de las personas que obren de un modo distinto, y parte por convicción propia, parte por la presión ejercida por la colectividad, se moverán todos á obrar en la misma forma que el primero, y el hecho y la regla se habrán confundido en íntimo abrazo, serán una cosa misma; *el hecho será consuetudinario*. En tal estado la conciencia social, los individuos no acuden ya reflexivamente á su razón personal en busca del principio más apropiado á su situación: ese principio lo tienen ya definido prácticamente; se ha encarnado en un cuerpo material y sensible, que es el hecho de los demás, y se limitan á observarlo y asimilárselo, á fin de copiarlo: alentando un espíritu común en todos, y siendo ese mismo espíritu el que informa el hecho, hallándose identificados todos con el orden jurídico que tal hecho representa, engranando per-

fectamente con él su pensamiento, le dan *sin pensarlo* valor de dogma positivo, y no conciben que sea posible hallar otro mejor. Así, en el Alto Aragón, donde la familia se rige por costumbres que no han sido escritas todavía (por lo cual se ven obligados á escribirlas en las escrituras nupciales, pues de lo contrario, se aplicaría la ley supletoria del Fuero), al discutir las bases del contrato de matrimonio, se toma como punto de partida y como modelo las capitulaciones matrimoniales de los padres de los contrayentes, y cuando en los "ajustes" no quieren descender al pormenor, confían la redacción al notario, imponiéndole por todo criterio la forma en que celebraron su convenio, obrante en el protocolo, sus convecinos A ó B.

Cuando sobreviene por vez primera este estado de congruencia ó de contemporaneidad entre el espíritu de los individuos y el de la sociedad, prodúcense fenómenos opuestos á los que en el párrafo anterior hemos descrito. Los mismos hechos que la sociedad había mirado antes indiferentemente, los acoge ahora con entusiasmo y se afana por imitarlos. Los contratos aislados, celebrados en el siglo VI de la República en aquella forma mixta de arrendamiento y de compra-venta que hermanaba el interés del propietario, deseoso de conservar el título de dueño, con el del colono, que exigía la posesión perpetua en garantía de los desembolsos necesarios para poner las tierras en cultivo, fueron hechos meramente individuales; no se generalizaron, porque el estado social no les era propicio; pero en tiempo del imperio, cuando había particulares que poseían provincias enteras, y el fisco y los municipios señoreaban extensos territorios incultos, restos del "ager publicus", ó fruto de confiscaciones criminales, hubieron de pensar algunos en aquella forma nueva de contrato, y no tardó en obtener el favor universal, y en ser una de las instituciones más comunes del imperio, y Zenón hubo de adicionar la antigua lista de contratos consensuales con el enfiteusis: es que *habían cambiado los tiempos*: la sociedad era ya otra. Antes de las guerras púnicas, no hubiese prosperado,

ni mucho menos se hubiese generalizado, el hecho, tan común después, de burlar las viudas la vigilancia del tutor legítimo ó testamentario, por medio de una venta fingida y de un testafierro con nombre de tutor fiduciario: la severidad de las costumbres y el respeto idolátrico al derecho tradicional no lo hubieran consentido: andando el tiempo, quebrantado el molde de las Doce Tablas por la acción lenta y suave del edicto, desencadenada la licencia, pudo ya el hecho causar estado y ser acogido con aplauso, hacerse costumbre. Hace siglos se fundó en Cosuenda (Aragón) una *Unión* de labradores, especie de sociedad cooperativa y de socorros mutuos: un hecho de tanta trascendencia como éste, pasó, sin embargo, desapercibido, quedó recluso á los estrechos límites de la localidad donde se había producido, porque no respondía á las ideas ni á los hábitos de su tiempo, y carecía por tanto de virtud para despertar la atención de la sociedad: la sociedad cooperativa de Rochdale (Inglaterra) se ha constituido en un tiempo en que el modo de ser y de pensar de las clases obreras favorecía su desarrollo, en que el sentimiento de su necesidad era general: el pueblo vió objetivado en ese hecho su pensamiento, y tomándolo como tipo, lo reprodujo y multiplicó, llenando la Europa de instituciones cooperativas. Cuando el hecho se produce *en su tiempo*, con oportunidad, hácese el punto universal sin esfuerzo alguno; parece como que no ha menester impulso de fuera que lo determine, que alguna *insita vis* lo mueve y provoca sin que el agente tenga casi noticia de que se está elaborando: Raimundo Lulio trabajó por llevar á cabo una cruzada más que San Bernardo, y consiguió menos: la razón de la diferencia está en el distinto siglo en que vivieron. Cuando predicó la cruzada el papa Silvestre, era demasiado pronto: cuando la predicó Lulio, era demasiado tarde: en tiempo de Urbano II, las condiciones de la sociedad eran propicias á aquel intento, y recibió con favor la predicación, y siguió entusiasmada á sus iniciadores al lejano Oriente. Los fenicios doblaron el cabo de Buena Esperan-

za, los normandos arribaron al continente americano; pero cuando ocurrieron esos hechos, no había alcanzado todavía la Europa su plenitud de vida para exteriorizarse y difundirse, sus medios de comunicación eran todavía muy imperfectos, y sus hábitos se oponían á las exploraciones y á la colonización en países lejanos: aquellos hechos *vinieron antes de tiempo*, y por esto no causaron estado, y cayeron en el más completo olvido. Cuando llegó el momento oportuno, españoles y portugueses se lanzaron á porfía en pos del primer descubridor, y nuevas leyes, nuevas instituciones y nuevas sociedades surgieron como por encanto de aquel primer hecho fecundísimo. El siguiente ejemplo pondrá más de bulto la forma y los efectos de la contemporaneidad. Con motivo de la elección de 75 senadores, hecha en Francia en 1878, los partidos conservadores, legitimistas, imperialistas y orleanistas hubieron de formar una coalición para tomar parte en las elecciones, y pensaron dirigir un manifiesto al país: encargóse su redacción á un ex-Ministro conservador: formuló éste su proyecto, y remitió copias de él á sus colegas. Cada uno de éstos enmendó, tachó y añadió el proyecto para que expresara lo que á juicio suyo debía expresar. Cuando las copias del proyecto volvieron á manos del primitivo redactor, halló que no le habían dejado íntegra ni una sola frase, y que las enmiendas de unos disonaban de tal modo de las de otros, que le era imposible conciliarlas, y fué preciso desistir de su publicación. ¿Qué faltaba aquí? Unidad de miras, espíritu común, contemporaneidad. Sabido es lo que sucede en semejantes casos, cuando la contemporaneidad existe: un individuo redacta el proyecto de manifiesto, y los demás lo acogen unánimes como expresión fiel de su pensamiento, y lo suscriben sin retocarlo: al declarar aquel individuo sus deseos y sus sentimientos personales, ha declarado juntamente los sentimientos de todos, porque coincidían entre sí: todos han hablado por una boca, como dice el refrán portugués.

Esto nos pondrá en camino de comprender lo que po-

dríamos llamar el alumbramiento de la regla consuetudinaria, cuya gestación nos es ya conocida.

Tratando de explicar el ilustre Savigny cómo se engendra el derecho positivo ó derecho del pueblo (de que es mero signo, á su juicio, la costumbre jurídica), da á su pensamiento una forma tan vaga como la que los estéticos cuando discurren sobre el nacimiento y génesis de la poesía popular. "No ha de pensarse, dice, que los diversos individuos de que aquel pueblo se compone, hayan creado el derecho arbitrariamente, pues aun cuando no es del todo imposible que estas voluntades individuales produjesen un mismo derecho, es mas verosímil que hubieran creado multitud de derechos diferentes. El derecho positivo *sale de ese espíritu general* que anima á todos los miembros de una nación: la unidad del derecho se revela necesariamente á su conciencia y no es producto de la casualidad. El derecho que vive en la conciencia del pueblo, no es un compuesto de reglas abstractas: es percibido en la realidad de su conjunto, y la regla, bajo su forma lógica, *aparece* cuando se hace sentir su necesidad: se separa entonces de ese conjunto y se traduce en una forma artificial. Tanto las lenguas como el derecho, ofrecen en su existencia una serie de transformaciones no interrumpidas, las cuales proceden del mismo principio que su origen; están sometidas á la misma necesidad y son igualmente independientes del acaso y de las voluntades individuales. Estos desenvolvimientos continuos siguen una marcha regular, obedecen á un encadenamiento de circunstancias invariables, cada una de las cuales se liga de una manera especial con las diversas manifestaciones del espíritu en cuyo seno se origina el derecho. En la infancia de los pueblos es cuando este elemento obra con más fuerza y libertad, pues entonces, el lazo que une á la nación es más estrecho, más generalmente sentido, y la diversidad de los desarrollos individuales no obscurece la conciencia de este sentimiento. El derecho consuetudinario *se produce* por la comunidad de las convicciones, no por la voluntad de los in-

dividuos: los actos de éstos no hacen sino manifestar esa comunidad de ideas. La expresión "derecho consuetudinario" puede dar margen á una multitud de inducciones falsas. Puede suponerse que en su origen fué abandonada, como cosa indiferente, una cuestión de derecho, al arbitrio ó á la casualidad, y que, volviéndose á presentar el mismo caso, en lugar de buscar una solución nueva, se halló más fácil adoptar la primera, é introducida esta práctica, pareció cada día más natural: esta solución, adoptada por la misma razón que podría haberlo sido la contraria, vino á ser regla de derecho al cabo de cierto tiempo, y he aquí cómo el derecho ha sido engendrado por la costumbre.—Pero examinada la verdadera base de todo derecho positivo, encontramos un orden de consecuencias y de principios enteramente diversos. La base del derecho positivo tiene su existencia y su realidad en la conciencia general del pueblo. Y esta conciencia, invisible por naturaleza, ¿dónde la reconocemos? En los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Una série de actos uniformes acusa un origen común, la esencia del pueblo, lo más contrario precisamente á todo lo que sea arbitrariedad y acaso" (1). Preocupado Savigny con hacer resaltar el carácter objetivo y, por decirlo así, impersonal de la costumbre, no ha querido penetrar en el pormenor del proceso biológico por cuya virtud se engendran y nacen las costumbres. El derecho positivo brota de ese espíritu común que anima á todos los miembros de una colectividad; pero ¿cómo brota? La regla aparece cuando se hace sentir su necesidad; pero ¿cómo aparece? Este era el problema, y mientras no se le encuentre solución, se carecerá de base cierta para construir un cuerpo de doctrina acerca de la costumbre; y cuanto se diga sobre su validez y sobre su sanción, serán afirmaciones en el aire, repetidas rutinariamente de unos, en

(1) Savigny, *ob. cit.*, §§ 7-19

otros autores, desde la edad de oro de la jurisprudencia romana hasta nuestros días.

Nosotros sabemos ya que aquella afirmación de Savigny: que “el pueblo es el sujeto activo y personal del derecho positivo”, en su tenor literal y lógico, no es exacta: que el sujeto activo, directo, inmediato, personal, es siempre el individuo, en su calidad de órgano y representante de la colectividad (§ 14). Las necesidades ó los estados propios del ser colectivo, se manifiestan por medio de hechos individuales. Cuando éstos son consuetudinarios, el principio jurídico en que se inspiran, el plan ideal á que obedecen, es la regla positiva consuetudinaria. Y los hechos de los individuos son consuetudinarios cuando á su cualidad de *jurídicos*, agregán esta otra: la *contemporaneidad*, cuando su agente puede decir con verdad que lleva la voz del todo social; cuando el todo reconoce esa representación, adhiriéndose á su manera de obrar; cuando, á juicio de la mayoría, ha interpretado bien el principio eterno del derecho en aquella particular relación. Pero ¿cómo se manifiesta esa convicción general, esa comunidad de sentimientos, en los hechos individuales? De una de estas maneras: 1.º Unas veces se procede por vía de *asimilación*, de imitación, de prohijamiento: existe un primer hecho ejecutado por un individuo: los demás, hallándolo justo, debido ó ventajoso, y conforme á su deseo ó al imperativo de su conciencia, se asimilan el plan que en tal hecho se transparenta, y lo ejecutan ellos á su vez, lo copian, lo ponen en vigor, cuando se proponen contraer aquella misma relación ó se ven obligados á contraerla: 2.º Otras veces, se procede por hechos *simultáneos* y *originales*, aislados, independientes unos de otros: sin previo acuerdo, sin que exista comunicación entre unos y otros agentes, el hecho se produce en varios lugares á la vez: la acción se localiza en diversos puntos del cuerpo social simultáneamente; la iniciativa parte de diversos sujetos á un mismo tiempo. Siendo común é idéntica la naturaleza esencial en todos los hombres, y produciéndose la vida de las colectividades

á qué pertenecen bajo ley de unidad, nada tienen de extraño tales coincidencias, que algunas veces desorientan al historiador, haciéndole sospechar imaginarios préstamos é importaciones de leyes y de instituciones sociales. También los desenvolvimientos científicos pueden decirse obra de las colectividades, pero también la diferenciación de ellas en órganos es á las veces múltiple: también en la historia de esos descubrimientos se observa el fenómeno de la simultaneidad, según pueden atestiguarlo, entre otros muchos, el de la circulación de la sangre, del cálculo infinitesimal, la fotografía, el planeta Neptuno; etc.: 3.º La acción combinada de uno y otro procedimiento: el hecho se produce en diversos lugares aisladamente: en derredor de ellos, como de otros tantos centros, se difunde y propaga, por vía de asimilación, la forma ó regla de obrar á que tal hecho obedece, y se producen, por consecuencia de esto, otras tantas variantes de una misma costumbre. Al ponerse en contacto, se comunican unas á otras lo que les falta para completarse, y tal vez se fusionan en una sola, síntesis de todas, ó luchan por sobreponerse y prevalecer, hasta que una de ellas, la más fiel al principio ideal que les sirvió de común madre, la más congruente al estado social que se tradujo en ellas, suplanta á todas las demás y se posesiona de sus respectivas áreas, haciéndose regla general.—Añadamos que, en la historia de las instituciones jurídicas, ha tenido más parte el procedimiento de la imitación que el otro; ha sido más frecuente el caso de un centro de creación único que el de centros de creación múltiples. Hoy mismo lo estamos presenciando, aun respecto de aquellas ramas del derecho cuyas instituciones tienen por área de difusión toda la tierra: la *comitas gentium*, la Iglesia cristiana ó el mundo mercantil.

El prohijamiento de los hechos de derecho internacional es muy ordinario: el tratado convenido entre dos ó tres potencias, aunque á ellas obliga únicamente, es consultado y tomado por modelo, como dice Martens, por las demás naciones, cuando tienen que celebrar tratados sobre maté-

rias afines á las que fueron objeto de aquél: es común que unas potencias se adhieran á lo que otras han ejecutado, sea de una manera expresa y anunciándolo á las demás, sea tácitamente, obrando de conformidad con aquel hecho: principalmente las prácticas admitidas entre grandes potencias, son adoptadas ó imitadas con facilidad por las del segundo y tercer orden. A causa de esta concordancia sustancial, puede formarse una especie de compilación de reglas generales de derecho internacional, extrayendo lo que hay de común en los diversos tratados convenidos por las naciones europeas y americanas. Si el tratado implica una ventaja ó un derecho concedido por una nación á otra, las demás aspiran á obtener igual beneficio, é invocan aquel primer hecho en apoyo de su pretensión: así, el precedente del tratado de 1855 entre el Japón y los Estados-Unidos de América, fué decisivo para las demás naciones; no podía negar el Japón á éstos lo que había otorgado á aquella, y menos siéndole reclamado en igual persuasiva forma. Obsérvase esto mismo frecuentemente, con ocasión de los tratados de comercio. Otras veces, no es ya un simple tratado, sino todo un estado social de una nación ó de un municipio, lo que sirve de hecho típico é ideal á los demás municipios ó naciones que se encuentran en circunstancias parecidas, ó sea en relación de contemporaneidad: Esparta fué ideal para Atenas, Venecia para Florencia, las behetrías castellanas para Sahagún: el Fuero de Cuenca fué aceptado por varias ciudades: de Navarra y Castilla enviaban otras comisionados á estudiar las costumbres de las montañas de Jaca, para introducirlas en sus fueros respectivos: los contratos de arrendamiento de ganados de Berry, Bourbonnais y Nivernais, se tradujeron en reglas generales en las Coutumes de esas comarcas, el uso las extendió á otras provincias, y hoy figuran como derecho general en el Código civil de Francia, en el de Italia y otros varios: el régimen político de Inglaterra fué ideal para Francia, y lo ha sido para los demás pueblos del continente, así como han ido colocándose en igualdad de

circunstancias y sintiendo las mismas necesidades que lo habían informado; á principios del siglo pasado no se hubieran movido á imitarlo, porque vivían en condiciones diferentes que Inglaterra, pensaban de distinto modo, *realizaban otro tiempo*.—A la misma ley de la contemporaneidad ha estado sujeta la producción de hechos y usos de derecho canónicos: unas veces nacían simultáneamente en dos ó más lugares, sin que previamente se hubiesen puesto de acuerdo sus autores: otras, por el contrario, surgían en un país, y de él se comunicaban á otros por adopción: cuando un primer hecho ejecutado por un individuo, á causa de haber interpretado con fidelidad el sentimiento jurídico-religioso del clero ó del pueblo cristiano en una ó en varias localidades, venía á causar estado, el sínodo ó el concilio de provincia le daba cabida en sus colecciones, hacíase familiar, los misioneros y legados lo llevaban á otras regiones, y los concilios de otras provincias lo aceptaban para suplir el vacío de sus cánones, ó para regular un punto de derecho que no habían previsto ó que tenían por imperfecto. Tal sucedió, por ejemplo, en los concilios particulares de Oriente: tal en Occidente con la materia de diezmos, del concilio de Macón, y con la de exenciones del de Lérida.

Los comerciantes forman una vasta comunidad, cuyo gobierno es invisible, pero que se dilata por todo el globo: alguna vez ha llegado á tomar forma y cuerpo definidos, verbigracia, en la confederación mercantil conocida en la historia con el nombre de *Liga ansática*; pero lo común es su carácter inorgánico, la invisibilidad de su representación. Ahora bien; la historia de ese derecho nos ofrece ejemplos en abundancia de lo que hemos denominado asimilación ó prolijamiento de hechos jurídicos. A medida que el comercio se desarrolla, y la confianza nace, y las necesidades aumentan, y las relaciones se multiplican, el mercader deja de ir á negociar personalmente su mercancía, y lo reemplaza el porteador: el porteador se trueca á poco en factor, y andando el tiempo, el factor viene á ser

comisionista; y al lado del simple mercader nace la sociedad mercantil, y al lado del factor el corredor, y al lado del comisionista el banquero, y más tarde el banco de depósito, y no mucho después, en virtud de una transformación de los billetes de éste, el banco de emisión. Todas estas instituciones, antes de ser ley, han sido costumbre: antes de ser costumbre, han sido hecho. El primer banco que se creó en Italia, seguramente no tuvo en cuenta la ley económica á que esta desconocida institución obedecía, ni su base científica, ni menos si la combinación de sus partes constitutivas, sus disposiciones orgánicas y sus reglas sancionadoras podrían adquirir un carácter general, y la institución aclimatarse en otros lugares: atendieron únicamente sus fundadores á satisfacer una necesidad apremiantísima sentida por ellos y por los demás mercaderes de su ciudad; pero como la necesidad no era local, sino que se sentía con igual fuerza en las demás ciudades, no bien tuvieron noticia de aquel primer hecho, hicieronse solidarios de él y por imitación fundaron sobre las mismas bases otros muchos bancos, y la institución se hizo costumbre, y pasaron siglos antes de que la ciencia se apoderase del principio que la informaba, y de que el Estado elevase sus prácticas á categoría de ley y de código. Las obligaciones del factor y del comisionista, la responsabilidad del librador y de los endosantes y el derecho de girar resaca, el contrato de seguros, las disposiciones relativas á sociedades anónimas, á su administración, liquidación, disolución y quiebra, clasificación de los socios y responsabilidad de cada uno según su clase, todo esto que hoy hallamos estatuido en las legislaciones europeas, fué simple hecho en un principio, hizo su primera aparición en contratos verbales ó escritos, casi siempre sin la debida sanción por parte del derecho civil, de cuyas reglas comunes se separaba, y sin otra fuerza, por lo común, que la que le daban las buenas relaciones y la confianza que reinaba entre los mercaderes, ó los tribunales voluntariamente constituídos por ellos: esas condiciones, pactadas al principio por unos

pocos; yinieron luego á ser imitadas por los demás, que las transcribían á sus contratos, ó las suponían implícitamente en ellos; hasta que, andando el tiempo, lograron introducir, por el camino del privilegio, esas novedades jurídicas, creación original de los mercaderes de la Edad Media ó modificación de la legislación romana. Los mercaderes de la antigüedad sintieron ya la necesidad de poner á cubierto su fortuna de los accidentes del transporte marítimo, que á tantos sumían en la ruina: no era posible construir naves insumergibles é inzozobrables, y á nadie se le ocurría otro medio, aunque menos eficaz, bastante llenar el objeto apetecido. Un día, un mercader, más avisado que los otros, idea una combinación de derecho que resuelve á perfección el conflicto: ha observado durante un período largo de tiempo la diferencia entre el número de buques que salen del puerto y el de los que regresan, ó sea, la proporción de los naufragios: ha calculado la parte que correspondería á cada uno en la pérdida, si se hicieran solidarios de ella todos los armadores: se ha penetrado del principio en que se inspira el *foenus nauticum*: ha bosquejado el plan de un contrato de seguros: propónelo á otros comerciantes, discuten la cuota, conciertan la garantía del seguro y la forma del reintegro: el plan queda terminado; el autor de la iniciativa constituido en asegurador, y el hecho al poco tiempo consumado y perfecto. Apercíbense de él otros mercaderes, reconocen sus ventajas, y se apresuran á imitarlo, copiando sus condiciones más esenciales, las cuales se convierten así en reglas consuetudinarias, que regirán tácitamente por costumbre cuando no hayan pactado otras los contrayentes.—Como es fácil comprender, la universalidad del comercio, la mayor frecuencia é intensidad de las comunicaciones entre los comerciantes de diversos países, favorece, por esto, el progreso del derecho mercantil, porque hace colaborar en él á mayor número de inteligencias: por eso se advierte tan á menudo que los progresos se inician en el derecho ma-

ítimo, y que tardan algún tiempo en propagarse al comercio terrestre.

La contemporaneidad tiene por elementos los mismos del hecho: la necesidad y los medios, el sentimiento de aquélla y el conocimiento y posesión de éstos. Si alguno de estos elementos falta, la contemporaneidad no existe ó es ineficaz.

B.—*Cuándo el hecho consuetudinario induce costumbre.*

41. Generación de la costumbre social. Teoría de la unidad del hecho consuetudinario. Efectos y eficacia del precedente.—La costumbre, hemos dicho, es el elemento permanente que hay en los hechos consuetudinarios, el plan común á todos los hechos de un mismo género, la regla constante y uniforme que ha presidido á su ejecución: es como el hecho consuetudinario mismo, pero idealizado, abstraído lo individual. Hemos visto que todo hecho consuetudinario ha de ser jurídico, pero que no todo hecho jurídico es consuetudinario. Ahora se presenta naturalmente esta cuestión: ¿inducen costumbre todos los hechos consuetudinarios indistintamente, ó únicamente gozan este privilegio á partir del segundo en la serie, quedando excluido de él y revistiendo un carácter particular, distinto de los demás, el primero? ¿Tiene cada uno de esos hechos valor sustantivo y por sí, como signo perfecto de la costumbre; ó requiere la costumbre un signo plural, ó de otro modo, existe únicamente á condición de que exista pluralidad de hechos?

Para resolver este problema, analicemos sucintamente el modo cómo funciona el individuo en concepto de órgano adventicio de la sociedad, cuando se halla con ella en relación perfecta de contemporaneidad.

Al punto que en el seno del pueblo surge y se hace sentir una necesidad jurídica (cuando aún no se han determinado por ley ni por costumbre la calidad y la proporción de los medios con que esa necesidad ha de satisfacerse),—pó-

nense en acción las energías plásticas que se hallaban como en tensión y ocultas en las entrañas de la sociedad, y elaboran y exteriorizan en el mudo lenguaje de los hechos una regla positiva, congruente con los principios eternos de justicia, en la cual encuentran los individuos trazado el plan que ha de seguir su actividad para alcanzar el fin propuesto en aquel primer caso concreto y en los demás de igual índole que en lo sucesivo se vayan ofreciendo. Pero sabemos ya (§ 14) que la sociedad no obra nunca directamente, sino *mediatamente* siempre, esto es, mediante órganos más ó menos compuestos, que en último término se resuelven en personas individuales. Tal vez bajo el influjo de una necesidad apremiante en este ó aquel orden de la vida, se halla como poseída de una obsesión moral que no acierta á expresar, arde en deseos de objetivar aquel sentimiento que interiormente le aguijonea, de encarnar en una forma sensible y corpórea aquel ideal que le enamora y atrae, de contemplar exteriorizada y cumplida aquella finalidad que ha salido de su estado potencial y descendido á la fantasía, donde obra como una fuerza viva, solicitando de un modo irresistible á la acción, y se encuentra imposibilitada, sin medios, sin plan, para ejecutarlo. Falta que todo ese material amorfo sea labrado por mano de individualidades determinadas, que ese sentimiento colectivo, vago, indefinido, nebuloso, se condense en un solo hombre, y que este hombre, poseído del espíritu de la multitud, exprese lo que aquélla ha concebido y no puede expresar. La sociedad no conoce ni puede conocer otro régimen de vida que el régimen representativo. Pero ¿cómo se designa el representante? En estas esferas íntimas de la vida colectiva, la representación es espontánea é inconsciente: no va precedida de sufragio; el sufragio viene después del hecho, y se emite siempre tácitamente, siguiendo los miembros de la comunidad las huellas de su representante. Sucede: 1.º, que aquella necesidad social no se manifiesta simultáneamente, ni obra con igual apremio, en todos los individuos que componen la colectividad: 2.º, que aquellos que la sienten

a un mismo tiempo, no se hallan dotados del grado de capacidad intelectual y de habilidad técnica que son necesarias para desentrañar en el mundo infinito del accidente la idea esencial que palpita en el fondo de aquella necesidad, y elegir entre la rica muchedumbre de formas posibles la más adecuada para expresar la relación de libre condicionalidad que ha de satisfacerla;—que son los hombres, en el vasto organismo de la sociedad, lo mismo que las células en el cuerpo humano; iguales todas en potencia, pero diferentes por razón del lugar que ocupan en la interior constitución del ser, y por el grado de su desarrollo actual. Obrase, pues, una *selección espontánea* entre cuantos sintieron primeramente el vivo acicate de la necesidad, y aquel que se reconoce mejor dotado por su posición y por sus aptitudes personales, por su vocación, por su espíritu observador, por su habilidad técnica para informar lo pensado y sentido y, en una palabra, por sus facultades creadoras, analiza definitivamente los términos de la necesidad y del fin á que corresponde, escoge los medios adecuados á su peculiar naturaleza, los proporciona al grado de su potencialidad, diseña en su fantasía la traza del procedimiento que debe seguir para ejecutar la prestación, y venido ya en todas sus partes el ideal de aquella relación con las circunstancias del medio social, proyecta el plan al exterior, consume el *hecho*. Entonces vienen á sancionarlo los votos de la multitud. Si la regla mostrada ó enseñada (*in-signita*) en aquel hecho es única para el género de relación que hubo de provocarlo, los individuos que se encuentren en circunstancias parecidas, dominados por aquel mismo sentimiento ó bajo el influjo de aquella misma necesidad, no tendrán ya que ponerse en contacto directo con los principios de razón, al efecto de inquirir y ordenar originalmente el plan y la regla para satisfacerla, sino que, por una especie de instinto y de necesidad interna, tomarán aquel hecho por norma y criterio positivo de acción, y por él regirán su vida en aquel orden de relaciones. Los que no sientan la necesidad, reconocerán que, puestos en igual

caso, hubiesen obrado de una manera idéntica: "parece que han adivinado mi pensamiento", dirán: ó bien, "eso es lo que yo quería hacer, y no acababa de ocurrírseme"; y sentirán acaso cierta deléctación interior por ver realizado fuera de sí aquello que llevaban dentro, pero que no acertaban á expresar. Si la razón ha inspirado el hecho, será éste el más conveniente para aquella situación, y como la razón es común á todos, es obvio que cuantos vengan á encontrarse en esa misma situación, obrarán en aquella misma forma. Sin que por esto debamos entender que porque un hombre imite los actos de otro, subyuga su voluntad á la voluntad ajena; antes bien, uno y otro se subordinan á la humana razón, de la cual fué aquél primer órgano é intérprete: en idéntica forma que él, hubiese obrado cualquier otro que le hubiera precedido. Algunos han conceptualizado la costumbre como una convención tácita, pero en tal caso únicamente obligaría á los que hubieran prestado su asentimiento, y todos sabemos que no es así; la soberanía no está en la nuda voluntad, sino en el derecho mismo, anterior y superior á ella; y si tal norma de conducta constituye un imperativo de la razón, nadie puede sustraerse á su imperio; siendo indiferente que su manifestación temporal resida en un hecho solo, porque todo otro modo de obrar que se aparte de ése, será inconveniente y contrario á justicia.

Así, el hecho obrado por un individuo es juntamente hecho social: no porque al ejecutarlo se haya hecho abstracción del espíritu individual, sino porque éste ha coincidido con el espíritu de la comunidad. El hombre que se constituye en órgano adventicio de la sociedad, parece como si sintiera en su ser individual la conciencia del género, y se moviese á obrar por una secreta vocación de su destino; pero es una pura apariencia. Ese hombre obra, intencionalmente, como individuo; inconscientemente, como género. La originalidad nativa que expresa en aquel acto, lo coloca por un instante á la cabeza de su pueblo, pero ni ha buscado antes ni conoce después ese resultado. No sacrifica su

individualidad en aras del todo social, como suele decirse con error notorio: para ser gente, para ser tribu, para ser nación, no tiene que dejar de ser individuo. Hay en su hecho dos elementos, que no es lícito confundir: uno, por decirlo así, teórico, lo común, lo universal, la relación ideal entre el medio y la necesidad, el plan, la regla en él informada, que los demás prohijarán; y otro práctico, individual, una de las infinitas especificaciones posibles de ese plan, uno de los infinitos casos aritméticos comprendidos dentro de aquella fórmula algebraica. Este es expresión de la individualidad del agente en aquel momento del tiempo, y es privativo suyo, inefable, comunicable; el primero, por el contrario, es propiedad universal, forma parte integrante de todas las conciencias, y no lo da él, lo descubre tan sólo: por esto lo reclaman como propio ó se lo proponen como modelo. Existía cierta manera de continuidad entre su espíritu y el espíritu de los demás miembros de la comunidad: vivían un mismo tiempo: por esto ha podido manifestarse por ministerio suyo el pensamiento social, y por esto en lo sucesivo obrará como él la sociedad. Si esa contemporaneidad faltase, la costumbre sería ilegítima; y he aquí la razón que ha movido á los legisladores á exigir un cierto número de hechos en calidad de prueba, para cerciorarse mejor de que el primero estaba realmente dentro de las convicciones y exigencias de la conciencia social. Hallábase la idea disuelta en el espíritu colectivo, como una sal en el seno de un líquido: el primer hecho es el primer cristal que fija el tipo á que ha de sujetarse la cristalización del todo. De aquí nace un efecto que pudiéramos decir de óptica espiritual, que á no pocos ha engañado, y que confirma la precedente doctrina: la regla que se engendra en hechos consuetudinarios ostenta un sello de objetividad tal, que le da apariencias de obra impersonal, y ha hecho creer á algunos que era obra directa de todo el pueblo: *ea quae quae vulgo recepta sunt*, dice muy discretamente Quintiliano, *hoc ipso quod incertum auctorem habent, velut*

omnium fiunt (1). El individuo es el autor de la novedad: pero si la sociedad no la apadrinase, sería un capricho ó una excentricidad, pasaría como un fuego de artificio, no causaría estado. El individuo obra el hecho, pero no depende de él que tenga ó no tenga carácter consuetudinario: el plan de ese hecho se hace costumbre á condición de que el pueblo lo sancione con su aprobación, reconozca en él el sello del genio nacional y con sus propios hechos lo consolide. Acontece en la creación de costumbres jurídicas lo mismo que en la creación de nuevas formas léxicas y gramaticales: “el individuo, en tanto que individuo, es impotente, y los efectos que parece producir, dependen de leyes no sujetas á su voluntad, y de la cooperación de todos aquellos que forman con él una sola clase, un solo cuerpo ó un conjunto orgánico” (2): “los incrementos y las mudanzas introducidas en la lengua por un individuo, si no son aceptadas y conservadas por la comunidad, mueren con él: por otra parte, si el individuo traspasara demasiado el límite de los hábitos recibidos, se haría ininteligible, y esto sería suficiente para circunscribir su actividad; pero este valladar es inútil, porque en último análisis, el individuo vive bajo el imperio de los mismos hábitos que sus conciudadanos, y poco más ó menos obra como ellos: no siente más que ellos inclinación á desentenderse de las formas habituales del discurso y discurrir modos singulares y extraños de expresión” (3).

Tráigamos ahora á la memoria una división que hicimos del derecho con respecto al objeto (§ III). Analizándolo en la razón, descubrimos en él dos géneros de relaciones: 1.°, unas que abrazan la naturaleza humana en su concepto absoluto, en su unidad, en su existencia, en su libertad, en lo permanente y esencial de ella, en aquello que la constituye y sin lo cual dejaría irremisiblemente de ser, y que, por lo tanto, se encuentra en todo ser racional, independien-

(1) *De instit. orat.*, lib. V, cap. II.

(2) Max Müller, *Nuevas lecciones sobre la ciencia del lenguaje*, 1.^o edic. 2.^o

(3) Withney, *La Vida del lenguaje*, cap. VIII.

temente de toda condición de espacio ó de tiempo: 2. , otras que afectan á la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable, como individualidad, en eso que constituye el *carácter*, y por decirlo así la *constitución interna*, y que en cada instante es otro y diferente, porque depende de un número infinito de condiciones infinitamente, variables, nacidas de la herencia, de la educación, de la edad, del grado de desenvolvimiento del espíritu, del equilibrio de sus facultades psíquicas, de sus antecedentes, de sus aptitudes, etcétera. Añadimos entonces que, con respecto al primer género de relaciones, siendo la finalidad inmutable, por lógica necesidad debe ser una misma siempre la forma de realización y ha de dictarla la razón *à priori*; con respecto al segundo orden de relaciones, siendo individual la relación,—la satisfacción de la necesidad, ó sea, el cumplimiento del fin, ha de admitir diversidad de formas ó modos, y únicamente la personalidad á quien directamente interesa ha de poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más le convenga en cada caso. Las primeras constituyen el derecho absoluto, necesario, obligatorio: las segundas, el derecho voluntario, libre ó hipotético.

Aplicando ahora á la primera de estas dos categorías de derecho la triple distinción que hicimos del derecho individual con relación al estado jurídico de la sociedad (§ 39), hallamos lo primero que no son posibles hechos *indiferentes* de derecho *necesario*: las relaciones que de él dependen no puede abandonarlas la sociedad á la libre voluntad de los particulares, y pone su cumplimiento bajo la garantía de una sanción penal. Por consecuencia de esto, los actos individuales, ó son *contrarios* á la convicción común de la sociedad, en cuyo caso los persigue y castiga, y cuando no, los considera nulos y de ningún valor, y entonces no hay que hablar de costumbre, ó concuerdan plenamente con el sentir común de la sociedad, en cuyo caso dicho se está que son consuetudinarios. Pero, según tuvimos ocasión de ver, el derecho necesario no es inmutable: de una á otra edad cambia, desarrollándose al compás que se desarrollan las

facultades de la persona social y que mudan las condiciones en que vive. En aquel momento crítico, se producirá necesariamente un hecho á la vez *contrario* y *concordante*: contrario á lo que la sociedad practicaba antes del cambio: concordante con lo que la sociedad siente y está dispuesta á practicar después de él. Ese hecho es la primera manifestación exterior del nuevo espíritu que alienta en el todo social, la primera voz con que la sociedad anuncia su cambio de estado por boca de uno de sus órganos adventicios. Si la sociedad tiene ocasión de dar su aprobación al hecho y declararse solidaria de él de un modo ostensible (v. gr., en el jurado, en los meetings, peticiones, etc.), no titubeará en hacerlo: si tal ocasión no se presenta, su adhesión será callada y lenta, copiando los individuos aquel primer hecho en sus ulteriores relaciones. Es de toda evidencia que ese hecho tradujo á la perfección el ser y estado jurídico de la sociedad: en el plan que presidió á su formación, logró apoderarse el agente del principio jurídico positivo que á tal estado correspondía, pues de lo contrario, la sociedad se guardaría de adoptarlo, y antes por el contrario, lo repugnaría y desaprobaba. Por consiguiente, en aquel primer hecho está entera la regla consuetudinaria, y no hay necesidad de aguardar á que le sucedan otros hechos para reconocer su legitimidad é inducir la existencia de la costumbre. Invalidar el primer hecho, equivaldría á negar la existencia de la costumbre como fuente de derecho positivo; el argumento que algunos escolásticos oponían á la validez de la costumbre (1), es irreprochable, y no pueden contestarlo los que juzgan necesaria una pluralidad de actos semejantes para que nazca la costumbre: “*Ex multiplicatis malis nullum conflare potest bonum; imo malum, agere incipit, male facit; ergo similibus acerbatis actibus, quo multiplicatius, eo pejus; qui autem primo contra legem nihil boni confici potest: lex autem cum regula sit nostra-*

(1) Según Santo Tomás, reproducido por D. Soto, lib. I, q. VII, artículo II, *De justitia et jure*.

rum actionum, egregium bonum est: nulla ergo consuetudo egregium niigrare in legis naturam potest." Si el primer hecho es injusto, no puede ser justo el segundo, ejecutado en igualdad de circunstancias; y si se pretendiese el absurdo de que el primero era injusto y justo el segundo, resultaría que: ó el primero, por contrario al derecho, era de todo punto ineficaz, en cuyo caso el segundo sería primero, y la costumbre tendría en todo caso su origen en un hecho único, ó se reconocía eficacia al primero, á pesar de ser injusto, en cuyo caso la costumbre nacería de dos hechos, uno justo y otro injusto, y por consiguiente heterogéneos, lo cual es absurdo; ó se considera que el primero, con ser lícito y punible cuando era solo, se convalida, se transforma en justo y bueno cuando viene otro á acompañarle, lo cual es más absurdo todavía. Si un solo hecho no puede inducir costumbre, si para ser recibido en clase de consuetudinario ha de haber sido precedido de otro, resultará: el primer hecho, declarado nulo por los tribunales, porque no tiene precedente: el segundo, nulo también, porque además de ser contrario á la ley, tiene precedente en contrario: la ley en cuestión, fortalecida por la práctica de los tribunales; la costumbre, de formación imposible, porque nunca habrá precedente, salvo: 1.º, si los interesados directamente en que la ley se cumpla, no reclaman contra la infracción por ignorancia, ó por descuido ó por cualquier otra causa, y la infracción causa estado contra la ley, y se subroga en lugar suyo: —2.º, si por negligencia de los tribunales pasan inadvertidos dos ó más hechos contrarios á una ley, y se supone que sólo con eso han prescrito los efectos que quiso atribuirle el legislador. Así como la ficción moviliza la ley para hacerla progresiva, el derecho consuetudinario tomaría la forma de ficción, á fin de crear por sorpresa una ley nueva al lado de la antigua, simulando que es la misma. ¿Pero puede depender la vida del derecho del engaño y del disimulo? Si tales hipótesis pudieran prevalecer, tendrían razón aquellos que, fieles á la lógica de su principio, han considerado *el error como necesariamente ligado al origen del derecho con-*

suetudinario (1). Pero ¿puede ser nunca el error fundamento de nada en el derecho? Lo que en un principio es vicioso, ¿puede convalidarlo el trascurso de tiempo y la repetición de actos? ¿Es admisible la sorpresa como fuente de derecho y como instrumento de prescripción de reglas jurídicas?—Semejante dédalo de confusiones y de supuestos monstruosos sólo se sálva reconociendo que es justo el primer hecho; y entonces no podrá menos de confesarse que su justicia, en cuanto relativa—(relativa al *tiempo* de la sociedad, á su estado ó situación jurídica en aquella relación)—dimana de la conformidad existente entre el espíritu del individuo que lo ejecutó y el espíritu de la sociedad: al traducirse á sí propio en aquel hecho, ha traducido juntamente con él á la sociedad: ese hecho es á la vez individual y social: individual, en cuanto expresa un estado peculiarísimo del sujeto agente: social, en lo que tiene de permanente, en su plan ideal, en la regla á que este plan obedece y que expresa un estado general de la sociedad. Por consiguiente, él solo se basta para inducir costumbre: ¿qué cualidades ni qué firmeza le añadirá otro hecho? Si fuese cierta y legítima la teoría individualista, si el derecho tuviese su fundamento en la voluntad, habría razón para exigir un número de hechos tal, que en ellos manifestase de un modo expreso su voluntad la mayoría de los individuos que han contraído aquella relación; pero para exigir dos ó tres hechos taxativamente, no hay razón en esa escuela ni en ninguna otra. Semejantes tasas son de todo punto arbitrarias. No es la costumbre á modo de una recta moral, que requiera cuando menos dos puntos para determinarse: aquí el punto y la línea coinciden en toda su extensión: en cada punto (*hecho*) está la línea (*regla consuetudinaria*) entera. Ni son los hechos á modo de testigos, cuyo testimonio envuelva nulidad mientras no sean dos á dar fe de la costumbre, sino documentos vivos que hacen prueba plena

(1) Hübner, *Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner*, p. 164; Schweitzer, *De desuetudine*, p. 78 (citados por Savigny, *ob. cit.*, § 29) y otros.

y llevan aparejada ejecución. Sea el siguiente ejemplo. Según la Partida VI, tít. VI, ley 5.^a el inventario de la herencia de un difunto, cuando á beneficio de tal la acepta un heredero, debe ser hecho por escribano público y con presencia de todos los interesados en la herencia: “e si por aventura alguno de aquellos que han de aver las demandas fuese en otra parte ó fuese en el lugar e non quisiere venir quando le llaniaren, entonces débese fazer tal escrito (el inventario) *ante tres testigos* que sean homes de buena fama, e atales que conozcan a los herederos. Ahora bien; esto no se ha cumplido nunca: siempre se han creído suficientes dos testigos, que es el número exigido por regla general en los instrumentos públicos. ¿Se podría reconvenir de nulidad un inventario en que hubieran intervenido sólo dos testigos? Según el propio Código de las Partidas, que reconoce validez á la costumbre, no; pero si hoy es válido: ¿qué razón hay para que fuera nulo la vez primera que se infringió el precepto? Si para el primer hecho no bastaron dos testigos, y por esto se le despojó de cuantos efectos legales hubieran podido corresponderle, ¿como pudieron bastar en el tercer hecho? ¿Qué virtud le añade la circunstancia de haber mediado entre ellos un segundo hecho? ¿No repugna á la conciencia eso de juzgar por criterios distintos, actos de un mismo género producidos en igualdad de circunstancias?

Vengamos ahora al hecho de derecho voluntario.

Así como en el anterior sólo eran posibles hechos “contrarios” y hechos “concordantes”; en manera alguna “indiferentes”, aquí son imposibles los “contrarios” porque la ley oficial no obliga, es de voluntaria aceptación, tiene carácter meramente supletorio: los hechos de derecho voluntario; ó son concordantes, ó son indiferentes. En esta esfera de derecho, el Estado superior reconoce á los individuos la facultad de regir por sí sus relaciones particulares: cada cual obra en la forma que tiene por más conveniente. Que á la generalidad ha de parecer conveniente una misma forma; que en la mayor parte de los casos han de coincidir y encon-

trarse los individuos, no obstante esa libertad de acción, se hace patente con sólo considerar que faltaría coherencia social, que no existirían entidades sociales, si los individuos que las componen no estuvieran animados de un espíritu común. En el seno de ellas, dijimos, se determinan corrientes, direcciones y modos uniformes de acción; que expresan la convicción común y el sentimiento dominante en la generalidad, y que se traducen, por lo común, en reglas consuetudinarias: esas reglas, ó ese sentido general de la justicia, son elevados por la sociedad á categoría de ley oficial supletoria, á fin de prevenir la indeterminación que afectaría á muchas relaciones individuales, por la negligencia de los sujetos interesados en ellas, ó para evitar á éstos el inútil trabajo de estatuir de nuevo en cada caso las reglas que deben regirlo: siendo esa la forma habitual que tienen de obrar todos ó casi todos los miembros de la comunidad, cuando uno no ha hecho uso de su derecho de iniciativa, imprimiendo una forma original á esta ó á aquella relación por él contraída, se presume con entera lógica que, al contraerla, su espíritu coincidía con el espíritu común de la sociedad, que su voluntad fué ajustarse al modo ordinario de obrar de la mayoría de sus miembros, y si la contrajo sin voluntad, que hubiese querido lo que quiere la mayoría de las personas que viven en circunstancias idénticas, á haber tenido ocasión de pronunciarse. Mientras la sociedad mantenga el mismo espíritu que informa la ley supletoria los hechos indiferentes, desviados de esa norma común, serán excepcionales y poco frecuentes: así como se vaya rompiendo el acuerdo y disolviéndose la unidad de miras que animaba al todo social, esos hechos excepcionales irán siendo menos raros, y por tanto, menos indiferentes, y en ellos se irá dibujando una nueva tendencia, opuesta á la que, por tradición, viene dominando en la sociedad: andando el tiempo, y acrecentándose progresivamente la proporción de los hechos excepcionales, llega un momento en que el número de éstos se equilibra con el de los que todavía se conforman á la regla tradicional: en aquel momento crítico, el ca-

rácter de indiferencia ha dejado de ser privativo de los hechos inspirados en el nuevo espíritu: la sociedad no tiene preferencia por el nuevo ni por el viejo: el uno ha ido perdiendo en la pública estimación, el otro en la desestima pública, y se han aproximado; entrambos son para la sociedad igualmente apreciados ó igualmente indiferentes: la mitad de sus miembros estará por éste, la otra mitad por aquél: los disidentes pasarán tanto como los ortodoxos; y la relación de derecho en cuestión estará, como si dijéramos empatada, en el fiel de la balanza, en un equilibrio *indiferente*. Pero la tendencia nueva sigue desenvolviéndose, obediente al impulso inicial, y la tendencia antigua retrocediendo en la misma proporción, desalojada por aquélla: el *primer hecho* realizado á partir de ese instante crítico, decide el éxito de la lucha: en él ha pronunciado la sociedad su voluntad definitiva: el espíritu que ese hecho informa está ya en mayoría, porque tiene á su favor la mitad más uno de los hechos que se producen en el seno de la sociedad: el equilibrio se ha hecho estable: por consiguiente, ese primer hecho es representante más genuino del espíritu colectivo que todos sus contrarios, y expresa mejor que ellos las convicciones jurídicas de la comunidad. El preanterior, informado en el mismo espíritu, *aún era indiferente*, pero él es ya concordante (consuetudinario), y lo serán cuantos le subsigan imitándolo. Relación inversa con respecto á la otra tendencia de la sociedad: el último hecho producido según el espíritu tradicional, antes del instante crítico, *aún era concordante* y consuetudinario: el que ha sucedido á ése, pasado el punto crítico, es ya indiferente, y lo serán todos los del mismo género que vengan detrás, y que irán, á no dudarlo, decreciendo en número, así como vaya autorizándose la nueva costumbre en mayor número de personas. A partir de aquel primer hecho consuetudinario, la regla supletoria ha perdido toda su fuerza, porque ha quedado, como si dijéramos, en minoría, porque le falta la adhesión de la sociedad, única base en que se sostenía, porque la sociedad, representada por la mayoría de sus miem-

bros, ha mudadó de opinión; y en lugar suyo debe subrogarse, en calidad de supletoria, la nueva regla significada en aquel primer hecho y en todos los demás hechos afines á él. También aquí, pues, la costumbre está toda entera en un solo hecho, se manifiesta en el primer hecho concordante en que se traduce la opinión y el sentimiento jurídico de la comunidad. Si los hechos indiferentes pudieran ser contrarios, diríamos que, para inducir costumbre en el derecho voluntario, eran menester la mitad más uno de los hechos producidos, en orden á aquella relación, en el seno de la sociedad: pero como los hechos son siempre voluntarios, lo mismo cuando se ajustan al tenor de la ley oficial que cuando se apartan de ella, los hechos contrarios son imposibles: los hechos que se desvíen de la regla general, serán meramente indiferentes, y cuando llega el momento de la transición entre la indiferencia y la concordancia, ese momento se señala en un solo hecho, porque los que le han precedido eran todavía indiferentes.

Tenemos, pues, en conclusión, que todo hecho consuetudinario envuelve una costumbre, no así como quiera, en estado latente, sino plenamente manifiesta, y para inducirla, un solo hecho concordante basta, sea de derecho necesario, sea de derecho voluntario. Acaso se dirá que si esto puede ser cierto en el caso de la contemporaneidad por vía de asimilación ó prohijamiento, no así cuando la contemporaneidad se manifiesta por vía de simultaneidad ó de coincidencia (§ 40). Este reparo carece absolutamente de valor, el principio se cumple lo mismo en el uno que en el otro caso: esos hechos homogéneos producidos simultáneamente, sin previo acuerdo, ó en distintos tiempos, pero aisladamente,—sin que el autor de los unos tuviese noticia de los otros,—no constituyen serie, no están concatenados entre sí por una relación causal ni menos cronológica: cada uno de ellos es primero; si uno cualquiera fuese injusto, lo serían de igual modo los demás, y no tendrían más fuerza todos juntos que uno de ellos por sí solo; que por esto (muy lógicamente, dado el principio de la plura-

lidad de actos para inducir costumbre), decía Bártholo que no basta que se ejecuten muchos actos á un mismo tiempo, sino que es menester que vayan los unos en pos de los otros, formando serie cronológica (1). No es que la costumbre se manifieste una vez en el conjunto de todos esos hechos, sino que ha germinado á un mismo tiempo en diversos lugares: que para exteriorizarla, se ha diferenciado el cuerpo social en distintos puntos de su periferia. Y he aquí por qué su identidad es sólo sustancial, no absoluta y en toda relación: distingüenla, de ordinario, matices diversos más ó menos pronunciados, que hacen que cada uno de esos hechos originarios ó algunos de ellos inicien una *variante* de la costumbre.

Desgraciadamente, la validez del acto único como signo para inducir costumbre, no está admitida en la ciencia ni en los códigos, según tendremos ocasión de demostrar en breve. Algunos canonistas opinaron que “quando tota civitas vel communitas operatur contra statutum a se editum *unum actum contrarium sufficere ad revocandum statutum*, quia ibi, per unum actum significatur sufficienter voluntas statuentis de revocando statuto, cum sit idem qui contra illam operatur, quod secus est respectu legis principis” (2); cuya idea, con ser tan incompleta, y referirse á las leyes políticas y administrativas más bien que á las civiles, no ha prevalecido. Martens, á cuyo juicio, la repetición por un Estado cualquiera de unos mismos actos, durante siglos, no le obliga para lo venidero, pero sí autoriza á presumir que, en casos futuros y semejantes, obrará de un modo idéntico á como ha obrado hasta aquí, si no declara lo contrario, cree que *una presunción de ese género puede nacer hasta de un solo acto*; pero aparte la noción imperfec-

(1) In leg. *de quibus*, ff. *de legibus*.

(2) Ita docet Abbas in cap. *ad Audentiam*, de cleric. non resid, cum J. Andrea ex cap. *pro illorum*, de prebend. et cap. *cum accessissent*, de constit., ubi alii notant. (Suárez, *Tractatus de legibus*, lib. VII, capítulo XVIII). Et Panormitanus censet sufficere unum actum contrarium, quia per illum satis indicat populus nolle consuetudinem introducere” (Ibid., cap. VIII.)

tísima de la costumbre que esta doctrina envuelve, limita, al parecer, la eficacia del acto único á lugares muy secundarios del derecho de gentes, pues pone como ejemplo el caso en que se hubiese dado libremente una vez á un príncipe los títulos de Majestad, Rey, etc. Sin embargo, á pesar de todas las negaciones de la ciencia, la experiencia ha obligado á reconocer en el hecho único una fuerza tal, que casi se confunde con la costumbre. El egregio Soto, mantenedor acérrimo del principio de la pluralidad de actos, recomienda, sin embargo, muy discretamente que se procure evitar á todo trance una primera transgresión del derecho, ó la introducción de una novedad peligrosa por una sola vez, porque en pos de ese primer hecho querrán precipitarse otros y otros, y no tardarán en cobrar fuerza de costumbre: así (añade) tuvieron origen las más de las prestaciones feudales (1). Muy experimentado tenían esto las Cortes castellanas y aragonesas: sabían que en agrietándose ó aportillándose por un lado el alcázar de sus libertades, se atropellarían por allí unos tras otros atentados sin cuento, que darían con él en tierra, y porque sabían esto, cuando ejecutaban ó consentían algún hecho opuesto á las prerrogativas de la nación, tenían cuidado de declarar que tal hecho no estableciera jurisprudencia para lo sucesivo ni se invocara como precedente, que era un hecho excepcional y lo desautorizaban para lo venidero, despojándolo así reflexivamente del carácter de consuetudinario. Cuando á principios del siglo xv, Juan II se atrevió á cobrar el impuesto en cantidad superior á la que habían votado las Cortes, con el objeto de armar una flota contra los ingleses, los procuradores de las ciudades reclamaron respetuosa,

(1) "Quapropter admonere hic non praeteribo quantum creetur periculi dum in aliqua Republica semel aut bis quidpiam permittitur. Enimvero ad id persuadendum quod novum petitur in causam adducitur, quod unus actus nihil nocere potest: postea vero similitudine illius alter persuadetur, ac subinde consuetudo vires nanciscitur. Idem existit periculum inter viros potentes. Ut si semel vasalli urbanitatis ac benevolentiae gratia, domino ac patrono suo munuscula obtulerint, statim urbanitas in consuetudinem rapitur, et gratia in jus debitum" (*De justit. et jure*, lib. I, quaest. VII, art. II).

pero enérgicamente, diciendo que “sentian e sienten muy grant agravio al presente; e muy grant escándalo e temor en sus corazones, de lo que adelante se podría seguir, por les ser quebrantada la costumbre...” y piden para lo venidero que por caso alguno que acaezca, menor, igual ó mayor que el que motivó el desafuero, se derrame pechos sin que antes hayan sido otorgados por los procuradores de las ciudades y villas; “e que si de otra guisa acaesciese de se fazer por rrazon alguna; que desde agora la vuestra sennoria avrá por bien. que por tal manera non se pagase nin oviese efecto” (Cortes de 1420); en lo cual hubo de venir el Rey.

No hay, con efecto, nada más contagioso ni más indestructible que un precedente: es el primer argumento que los partidos triunfantes oponen á las objeciones y á los ataques de sus adversarios: es la primera *razón* que invocan los que tienen que recabar algo del poder, y el más fuerte asidero de todo hombre, y aun de toda entidad social que necesita cohonestar un hecho, ó regular su conducta para lo venidero, ó mover la conducta de los demás en el sentido que á fines particulares suyos interesa. En las relaciones del derecho de gentes, una nación aspira á ser tratada por otra del modo que ésta trata á las más favorecidas; pues esto mismo ha de decirse de los individuos: donde hay una misma razón de derecho, debe aplicarse una misma disposición legal; por esto se generalizan con tanta rapidez y se hacen derecho común los privilegios: por esto, también, cuando un gobierno accede á la petición de una persona ó adopta una resolución en un expediente particular, extiende su eficacia á todos los demás casos análogos. El fuero de extranjería que, en el siglo XVII, concedió España á los súbditos ingleses, espontáneamente, primero, y poco después en un tratado, hubo de extenderlo la práctica á los naturales de otras muchas naciones; escribióse después esa costumbre en multitud de tratados con diversas potencias, y por último, se hizo ley internacional de carácter general, independientemente de todo pacto y aplicable á todos los extran-

jeros sin distinción, fuesen domiciliados ó transeúntes. El reglamento de la Academia Española establece que los elegidos para académicos de número tomen posesión en junta pública en el término de seis meses, pasados los cuales sin hacerlo se les prevendrá que si no se presentasen dentro de los cuatro siguientes, de nuevo se declarará vacante la plaza y se procederá á otra elección; pero una vez se tuvo benevolencia con un electo, y este hecho único sentó jurisprudencia para lo sucesivo, y bastó para establecer costumbre contra ley, porque no había razón para tratar á los demás con mayor rigor. Cuando en 1877 estalló la guerra entre Rusia y Turquía, el nuevo sistema de defensa de los puertos por medio de torpedos, sobre el cual no había tenido ocasión de pronunciarse el derecho internacional marítimo, hizo necesario adoptar ciertas precauciones, para evitar, por una parte, que los buques neutrales, al entrar en los puertos defendidos y atravesar la línea de defensa, sufriesen menoscabo, y por otra, que el enemigo se enterase de los puntos en que habían sido colocados aquellos aparatos: el gobierno ruso circuló algunas disposiciones fijando las condiciones y formalidades con que se permitiría la entrada y salida de embarcaciones mercantes y cruceros de guerra en el puerto de Odesa, golfo de Sebastopol, estrecho de Kretch, etc.:—á no dudar, este primer hecho establece jurisprudencia para lo futuro: en las guerras que ocurran en lo sucesivo, las naciones beligerantes no tendrán ya que discurrir la forma como han de satisfacer esa necesidad, se limitarán á reproducir aquel primer hecho, y ninguna nación podrá oponerse, después de haber reconocido tácitamente la justicia y la oportunidad de aquel precedente. Este mismo fenómeno estamos presenciando en estos momentos, con motivo del sordo movimiento social que fermenta en Irlanda, al grito de “ley agraria” en atención á la miseria de las poblaciones irlandesas y al modo de constitución de la propiedad territorial en aquella isla, piden al gobierno que haga una expropiación forzosa del suelo, indemnizando su valor, á fin de repartirlo en suertes peque-

ñas entre los colonos, y para justificar su pretensión, citan un precedente, la isla del Príncipe Eduardo, dependiente del Canadá, á cuyos propietarios expropió por un decreto el gobierno á causa de la miseria que afligía á los labradores. Aun en los hechos más insignificantes de la vida se observa ese mismo respeto al precedente; cuando se inicia una suscripción, por ejemplo, los primeros que la encabezan calculan la suma con que deben contribuir; habida consideración á sus medios de fortuna y á la importancia del fin ú objeto á que se destina la colecta: los suscriptores que siguen á éstos no calculan ya nada: se limitan á observar la cifra con que figuran los demás de su clase, y esa es la que adoptan: los primeros han dado el tono á los demás; les han impuesto, por decirlo así, un pie forzado.

De un modo oficial, en ningún pueblo de la tierra se halla hoy reconocido el valor consuetudinario del hecho único como en Inglaterra: el organismo excepcional y raro de su legislación produce algo semejante á lo que es vivo *desideratum* de la filosofía del derecho. La llamada *Common law* ó derecho común, no se halla escrita, sino que reside en estado latente en la conciencia del pueblo, para irse manifestando á medida que lo requieran las necesidades de la vida diaria: esa manifestación la hace el pueblo en sus hechos, y la sancionan en sus sentencias los jueces, infalibles intérpretes de la conciencia popular: la primera sentencia, á pesar de que no reviste carácter de ley, sirve no obstante, como prueba de que existe la disposición á que se refiere, y se hace, por esto, obligatoria para todos los tribunales en casos análogos: cuando se presenta un hecho nuevo, sin precedente conocido en los tribunales (lo cual quiere decir que no había ocurrido hasta entonces la necesidad que lo ha provocado), como la *Common law* se supone siempre que es completa, el juez estatuye acerca de ella, inspirándose en el sentimiento jurídico de la colectividad, y su fallo, con ser único, sirve ya de precedente, como si dijéramos, de ley para el porvenir. De aquí la importancia que tienen las compilaciones metódicas de sentencias (*reports*), hechas por jurisconsul-

tos ilustrados, las cuales constituyen la doctrina general del derecho inglés. De este modo, toda nueva necesidad de que hace su aparición en la vida; todo nuevo progreso que se cumple en las ideas, encuentra un eco en lo que podríamos denominar derecho pretorio ú honorario, y en él se perpetúa con carácter de generalidad.—En los Estados-Unidos, ya queda dicho que tiene el precedente judicial eficacia negativa poderosísima con respecto á las disposiciones que no se conforman con la Constitución: se supone que ésta constituye un poder superior al de las leyes; y que obliga á los legisladores lo mismo que á los demás ciudadanos, y los jueces pueden fundar en ella sus fallos con preferencia á toda otra ley ó decreto: cuando un ciudadano desobedece ó infringe una ley que el juez considera inconstitucional, lo absuelve; si invoca esa misma ley, se niega á aplicarla, y aquel primer hecho sirve de lección á todos aquellos que tienen que agitar ante los tribunales asuntos de la misma índole: “á los interesados á quienes tal ley ha perjudicado, se les advierte con eso que existe un medio de sustraerse á la obligación de obedecerla; se multiplican los litigios, y la ley cae en la impotencia: entonces sucede una de estas dos cosas: ó el pueblo varía su Constitución, ó la legislatura revoca su ley” (1).

En España está ocurriendo en estos momentos algo parecido. Autorizado por una ley votada en Cortes (30 Diciembre 1878), encargó el Ministerio á la Comisión de Códigos, y publicó luego, una “Compilación de las disposiciones vigentes sobre Enjuiciamiento criminal”; pero la Comisión no se dió por contenta con sólo compilar, y estableció en muchos casos doctrina nueva y contraria á la que consagraban las leyes procesales: esto, y los innumerables defectos, errores y contradicciones de la obra, hicieron que fuese duramente combatida por la prensa: últimamente ya, el Tribunal Supremo se negó á obedecer uno de sus artículos, y lo declaró nulo é ineficaz, fundándose para ello en que

(1) Tocqueville, *De la Democracia en América*, lib. I, cap. VI.

se había cometido una extralimitación de atribuciones, en que la citada ley autorizó la publicación de la Compilación solamente para *refundir* las disposiciones vigentes que se relacionan con el procedimiento criminal, y en que el artículo en cuestión de la Compilación (944) era contrario á lo que disponía la ley de Enjuiciamiento de 1872. En este hecho único, iba envuelta una regla consuetudinaria ó de jurisprudencia que echaba por tierra toda la Compilación, porque declarando que solamente le reconocería fuerza legal en la parte que se ajustase á los límites de la autorización concedida por las Cortes, habiéndose alterado en ella la mayor parte de las disposiciones anteriormente vigentes en materia de Enjuiciamiento, y siendo el Tribunal Supremo regulador y maestro universal de la interpretación judicial, abría camino á los tribunales inferiores y á los juzgados para dejar incumplimentada en los más de los casos las disposiciones de la Compilación: por esto, el Gobierno, viendo muerta su obra, ha reconocido su error, y sin aguardar á que recaiga un segundo fallo contrario á ella, se ha resuelto á retirarla, prometiendo á las Cortes presentar una proposición para que suspendan sus efectos legales (1). Otro ejemplo. Por el mes de Marzo de 1859 ocurrió un conflicto de derecho de tal naturaleza, que puso al Tribunal Supremo en la alternativa de causar á sabiendas perjuicios irreparables á un tercero (los pobres de Carmona) interesado en un testamento, y que no había tenido intervención ni representación en el litigio, ó infringir la absurda ley que limita sus atribuciones, en los recursos de casación en el fondo, á declarar si la ejecutoria de una Audiencia es ó no contraria á la ley ó doctrina que se citó oportunamente: optó por lo segundo, amparóse en una presunción,—ó en otros términos, en una ficción del género de las que han

(1) No se ha cumplido esa promesa al pie de la letra, pero se ha hecho algo equivalente, en el momento en que se imprimen estas líneas: decretar una extensa lista de rectificaciones y enmiendas, adiciones y supresiones, y una nueva edición de la *Compilación* rectificada en esa forma.

acreditado el Pretor y la Court of equity (1), y dejó á salvo el derecho del particular: claro está que en ese hecho único, en esa única sentencia, se contiene un precedente obligatorio, un estilo de jurisprudencia, una regla honoraria. Acaso se me dispute esto, que, sin embargo, no puede ser más obvio. Nadie pondrá en duda que cuando el Tribunal Supremo haya pronunciado diversos fallos en ese sentido, habrá establecido una práctica ó doctrina de jurisprudencia, ó más claro y sin ambages, una costumbre contra ley: el segundo hecho ha dado mayor fuerza al primero, pero fortalecer y consolidar no es constituir: la razón á que obedece la sentencia, ¿es menor en el primero que en el segundo? ¿Tienen menos razón los litigantes del primer caso, en que no hay precedente todavía, que los del segundo, en que ya lo hay? No se hará nunca cómplice la ciencia de las doctrinas sustentadas por el propio Tribunal: 1.º, que “la jurisprudencia, por su misma naturaleza, supone reiteradas resoluciones de idéntica especie” (2):—2.º, que “la práctica ó jurisprudencia de una sola localidad ó tribunal no forma jurisprudencia”, “no es bastante por sí á constituir la doctrina legal cuya infracción cita la Ley de Enjuiciamiento como mérito para producir la casación” (3). Y sin embargo, se ha desestimado un recurso interpuesto contra la sentencia de un tribunal de Cuba, entre otras razones, porque “se había procedido con arreglo á la práctica y doctrina legal recibida en los tribunales de Ultramar” (4). Es decir, que la práctica de un tribunal es ineficaz para los que litiguen en otro; válida, la de dos ó más. Pero pudiera suceder que una Audiencia introdujese tal doctrina nue-

(1) “Considerando que, aunque la ley de Enjuiciamiento haya limitado las atribuciones de este Tribunal Supremo..., no es posible suponer que haya querido colocarle en la ineludible alternativa de fallar contra derecho ó de causar á sabiendas un perjuicio irreparable á quien no ha litigado ni ha sido llamado á juicio, alternativa peligrosa y notoriamente injusta...” (Sentencia de 28 de Marzo de 1859.)

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 30 de Junio de 1866.

(3) *Ibid.*; y Sent. de 21 de Junio de 1864.

(4) Sent. de 2 de Octubre de 1861.

va, que significara un progreso, y que, respondiendo al sentimiento de las demás Audiencias, la aceptaran voluntariamente, si les fuese conocida, como ha debido suceder en Ultramar con respecto á la práctica aludida, por virtud de la cual, una vez desestimada la demanda ejecutiva en virtud de oposición del ejecutado, se sigue el pleito por la vía ordinaria en los mismos autos, recibéndolos desde luego á prueba, sin necesidad de entablar nueva demanda ni de emplazar otra vez al demandado.

En resumen: la doctrina del hecho único tiene aplicación lo mismo á la costumbre del Estado oficial que á la del Estado social ó común (1).

Acaso se dirá que si un solo hecho basta, está por demás la regla positiva: en la misma forma que obró el primero, especificando directamente en sus actos el derecho natural,

(1) La doctrina de la unicidad del hecho consuetudinario ha sido clara y resueltamente establecida por F. Giner en sus anotaciones críticas á la *Enciclopedia* de Ahrens. Dice éste: "Procede la costumbre inmediatamente, no de la voluntad ni de la conciencia del pueblo, sino de actos voluntarios de determinados individuos, que establecen como derecho para ellos ciertas reglas: proponiéndose que valgan en general para ulteriores relaciones semejantes. Repitiendo tales actos, é imitando otros individuos, en fuerza de igual necesidad, la conducta de los primeros, se convierten en *costumbre, hábito.*" Y nota Giner: "Si *inmediatamente* quiere decir que el pueblo, como ninguna personalidad social, no obra sensiblemente, sino por medio de sus miembros, la observación parece insuficientemente motivada; si, por el contrario, se pretende con esta palabra dar á entender que la costumbre nace primeramente en el individuo y se eleva desde él gradualmente, por la repetición, á uso social, y adquiere el rango de regla jurídica, la afirmación resulta, por lo menos, incompleta. El individuo, *como tal*, esto es, como persona independiente y sustantiva, *jamás* tiene el poder de establecer reglas para la comunidad, y un número infinito de individuos ó de actos repetidos no tendrían mayor fuerza tampoco. El individuo, en estos casos, obra en representación del todo social, de que es miembro, al cual únicamente pertenece aquélla función, y de cuya conciencia é *intento* (no de la pura repetición) recibe su fuerza la regla consuetudinaria, según reconoce también el autor en las palabras: "proponiéndose que valgan para ulteriores relaciones semejantes." Por esto puede á veces un solo precedente "hacer ley", ó sea, "servir de regla", como acontece en ocasiones en los Tribunales. (*Enciclopedia jurídica, ó Exposición orgánica de la Ciencia del Derecho y el Estado*, por E. Ahrens, versión directa del alemán, aumentada con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor, por F. Giner, G. de Azcárate y A. González de Linares": 1878, t. I, p. 113.)

podrán obrar los demás, sin que tengan necesidad de atenerse á ley ni á costumbre de ningún género. Però ha de tenerse en cuenta: —1.º, la desigual capacidad intelectual que adorna á los diversos miembros de una comunidad: los mejor dotados en este respecto encuentran la norma de conducta correspondiente á un determinado orden de relaciones jurídicas con más facilidad que aquellos cuyas facultades creadoras están menos desarrolladas, y con sus hechos les muestran prácticamente el camino que deben seguir para lograr sus fines y satisfacer sus necesidades, y tal vez les facilitan los medios que por sí no alcanzarían nunca: —2.º, la necesidad de obrar con más rapidez de lo que consiente el lento y penoso trabajo de la reflexión, y con más seguridad que la que puede fundarse en una primera resolución no bien meditada ni probada en la piedra de toque de la experiencia: trae esto consigo la exigencia de que se divida el trabajo jurídico entre los hombres, y de que cada uno aproveche la experiencia de los demás: la regla que los más expertos han fijado en sus hechos, sirve á la generalidad de disciplina y de enseñanza, les evita el largo y delicado proceso que hemos estudiado, para elaborar interiormente el hecho, bastándoles el más llano de la adaptación, y les ofrece un guía seguro con que librarse de yerros y tropiezos, en que fácilmente pudieran caer:—3.º, la posibilidad de una omisión por parte del interesado en una relación jurídica, y la posibilidad de una perturbación ó de una transgresión; lo cual lleva consigo la necesidad de que exista un criterio positivo universal, regla supletoria en el primer caso, reparadora en el segundo.— Esta observación, lo mismo se aplica á los hechos de derecho natural que á los hechos de derecho positivo (§ 1). Ya hemos visto que, para cumplir una ley, lo primero que necesita hacer el sujeto es penetrar el pensamiento del legislador, interpretarlo, alzar el velo de la letra en que hubo de figurarlo. El primer hecho que ha sido consecuencia de ese trabajo reflexivo de asimilación, interpretación y adaptación de la ley, puede decirse que se subroga en lugar de la ley misma, y que es-

tablece regla para todos los que le siguen. La razón es obvia. El hecho es un signo, como lo es también la expresión fonética ó fonográfica del legislador, pero mucho más claro que ésta, porque la acción está en relación más directa con el pensamiento que el lenguaje; y siendo más claro, es también más accesible al vulgo de las inteligencias. Si ese primer hecho está en el sentido de la ley, tal como puede ser entendida y aceptada por la comunidad, y el poder judicial no encuentra que sea necesario rectificarlo, los demás ciudadanos, para cumplir la ley, no principiarán interpretándola, sino que aceptarán la interpretación que les es dada en aquel hecho primero. Así la ley se hace costumbre (unas veces, conforme de todo en todo con el pensamiento del legislador, y otras, ampliándolo ó restringiéndolo) por el mismo procedimiento con que se engendran las costumbres originales, emanadas directamente del derecho natural.

Por lo demás, dicho se está que entre la costumbre de derecho necesario y la costumbre de derecho voluntario, existe la misma diferencia que entre los respectivos derechos informados en ellas: la primera, al punto de producida, se hace obligatoria: la segunda continúa siendo facultativa, y su régimen, cuando más, puramente supletorio. Allá, la regla desusada queda prohibida; aquí, la regla que deja de ser supletoria, pueden ponerla en vigor los individuos en sus relaciones particulares.

CAPITULO QUINTO

EL HECHO HABITUAL

42. La pluralidad de actos: ley psico-física de Weber: el hábito.—El capítulo antecedente nos ha dado esta conclusión: la costumbre, como regla positiva de derecho, tiene existencia y eficacia plena desde el instante que se ejecuta un solo hecho consuetudinario: es contrario á los principios eternos de justicia hacer depender el reconocimiento oficial de aquella regla, de que se haya manifestado en una pluralidad de actos. Pero ¿quiere decir esto que la pluralidad de actos sea de todo punto indiferente é ineficaz, que no cause efecto alguno, en la génesis de la costumbre y en la vida?

Para resolver este nuevo aspecto del problema, nos bastará recordar: 1.º Que el hábito es una forma necesaria de la actividad del ser racional, y un instrumento por cuya virtud se forma la tradición, se acumula el progreso, arraiga la ley, y la vida se hace más fácil y menos penosa

§ 23): 2.º Que el hábito se engendra, unas veces, de la repetición de un cierto número de impresiones, estados, actos ó movimientos homogéneos; otras veces, de la per-

manencia ó continuidad de una misma impresión, acto ó estado, durante un cierto espacio de tiempo. Estos dos modos de generación del hábito, sustancialmente son idénticos; diferenciándose únicamente en que, allá, cada uno de los momentos de la serie constituye un acto independiente de los demás, y separado de ellos por una interrupción ó intermitencia; al paso que aquí, la serie es de tracto continuo, sin suspensión ni cesación de momento á momento. Pero ¿en virtud de qué, esta continuidad ó esta repetición de las impresiones exteriores, ó de los impulsos del alma, ó de los actos, los hace habituales? Ya en el § 20 hemos definido el hábito desde el punto de vista del aparato neuropsíquico; hemos explicado cómo se inician y se consolidan en él *líneas de vibración y de reacción*, correspondientes á otros tantos *hábitos* de naturaleza predominantemente corpórea ó espiritual; y cómo, mediante esto, descende á ser automático lo que en un principio fuera consciente y reflexivo. Insistamos nuevamente sobre este punto, que es fundamental en la teoría del hábito.

El origen y la naturaleza de éste se explica por la relación cuantitativa existente entre la excitación y la sensación. Los pacientes y delicados análisis que en estos últimos años han llevado á cabo Weber, Fechner, Helmholtz, Wundt, Delboeuf, Hering y otros, han producido, entre otras, estas conclusiones: 1.^a *Todo incremento de la excitación* (ó sea, de la intensidad con que obra sobre nosotros el proceso natural que la determina, temperatura, sonido, luz, color, presión, etc.) *lleva consigo un aumento correspondiente en la sensación*:—2.^a La proporción entre uno y otro aumento no es igual: *la sensación crece más lentamente que la excitación: para que la sensación aumente en progresión aritmética* (1, 2, 3, 4, 5...), *la excitación ha de aumentar en progresión geométrica* (1, 2, 4, 8, etc.; ó 1, 3, 9, 27, etc.); ó de otro modo: *la sensación es proporcional al logaritmo de la excitación*: tal es la llamada ley de Weber, cuyo enunciado modifica Delboeuf, tomando en cuenta, además de la excitación exterior, la interior fisiológica:

—3. Toda *sensación que corresponda á una excitación permanente é igual, se va debilitando gradual y progresivamente*, y he aquí uno de los efectos principales del hábito, que en breve hemos de examinar.—El enunciado de estas leyes supone que el órgano corporal correspondiente se halla en estado normal de salud y de capacidad funcional, y no extenuado por la fatiga; y además, que la intensidad de la excitación no es demasiado débil, porque entonces se hace imperceptible y la sensación no se produce, ni demasiado fuerte, porque entonces el órgano periférico receptor se destruye ó se enerva y paraliza por más ó menos tiempo, y la sensación tampoco se produce, ó es una sensación dolorosa. La acción normal de los órganos receptores se ejerce entre un límite máximo y otro mínimo, y solamente dentro de ellos tienen jurisdicción aquellas leyes.

De las tres, la más interesante á nuestro propósito es la última, que se ha llamado de la *degradación* de la sensación. Solicitado el sujeto por una excitación externa ó interna, tiene que hacer un esfuerzo, vencer la resistencia que le opone el equilibrio estable de la sustancia nerviosa, interpretar la sensación, discernir la causa que la ha provocado y la necesidad que en ella se manifiesta, deliberar acerca del modo cómo debe contestarla ó satisfacerla, y por último, ejecutar el acto resuelto ó acordado. Consumado el acto, el organismo regresa á su anterior estado de equilibrio, pero no ciertamente sin dejar un rastro: las moléculas nerviosas que vibraron á influjo de aquella excitación, y que mediante esa vibración la propagaron hasta los centros, cesan de vibrar, pero conservando una aptitud especial para reanudar su movimiento vibratorio tan pronto como la afecte de nuevo la misma impresión. Si las impresiones son tan ligeras, tan poco intensas; ó el intervalo que media entre ellas es tan largo, que el sistema nervioso se desacostumbra de ellas con el desuso, y la memoria las da al olvido, la línea de vibración se renueva y se borra casi por completo á cada nuevo hecho, y cada nuevo hecho es, por decirlo así, primero: la resistencia es siempre la misma, el hábito no se produce.

Pero si la impresión es muy intensa ó muy prolongada, ó se repite con intermitencias de corta duración, la disposición molecular adoptada en el momento del desequilibrio causado por el paso de la impresión, se hace permanente (1), connatural, se sustituye en lugar del anterior estado de equilibrio, y no opone, por tanto, tan grande resistencia como el principio: el desequilibrio de antes será el equilibrio de ahora y viceversa: *altera natura consuetudo*, que decían los romanos: τὸ δὲ πολλάκις φύσιν ποιεῖ, que decían los griegos y repitió Aristóteles: el alma podrá ya descansar de aquel trabajo de interpretación de la sensación, de debate interior y de impulso á los músculos: el acto se ejecutará casi automáticamente. Siendo una misma la excitación de la necesidad en todos los casos, la impresión, de una á otra, es menos intensa, la sensación se degrada, y la cantidad de energía consumida es cada vez menor: la intencionalidad, la reflexión, el esfuerzo, decrecerán proporcionalmente al número ó al tiempo de su duración. La línea de vibración, al iniciarse, es como un *órgano nervioso adventicio*, cuya función se contrae á aquel género de impresión y de sensación que la determinó; si la impresión y la sensación se repiten, si la línea vibratoria se ejercita durante algún tiempo, se consolida, se transforma en *órgano permanente*, resultando: 1.º Que el objeto causante de la excitación es mejor comprendido, y el acto responsivo ejecutado con más perfección, por lo que dijimos al hablar del agente del hecho jurídico (§ 14): 2.º Que el sujeto no necesita hallarse presente todo él, en la unidad é integridad de todo su

(1) Así se explica el concepto que da del hábito Salmerón: "Como cada interior determinación del tiempo es propia y sustantiva en su límite, según lo es el tiempo uno y todo; y como en la continuidad mantiene cada tiempo determinado su propio lugar en la serie y *hace estado* en ella, resulta de aquí: 1.º, que cada tiempo particular tiende en su duración á hacerse permanente, determinandó en el yo, como ser temporal histórico, una cierta predisposición á mantener el mismo estado: en esto consiste precisamente el *hábito*, y de aquí nace lo que se llama la tradición, que conserva un estado temporal cumplido, como *ley* de los ulteriores... (*Principios analíticos de la doctrina del tiempo*, apud *Revista de la Universidad de Madrid*, Mayo de 1873.)

ser, para recibir la impresión y ejecutar el hecho, porque le representa ese órgano invisible que se ha formado en el interior de la masa nerviosa por la acción de los procesos naturales exteriores ó del trabajo interior del espíritu. A cada una de esas líneas de vibración, á cada una de esas diferenciaciones permanentes de la masa nerviosa, á cada una de esas vías interiores que abren y recorren las impresiones y las impulsiones, corresponde un hábito. Y así como el alma, considerada en su realidad histórica, es la resultante de todos los hábitos adquiridos y de todas las predisposiciones heredadas de los antepasados,—el aparato neuropsíquico es, paralelamente, una trama ó tejido de líneas vibratorias, cuáles efectivas, cuáles latentes, que no excluyen, por muchas que sean, la posibilidad de infinitas otras.

No es, pues, el hábito un agente, una fuerza, una potencia, como á veces decimos en figura; no es un principio de acción, como entendía Thomas Reid, ni menos una causa productora de derecho, como pretende el moderno positivismo: es una forma ó un estado de la actividad racional psico-física, la actividad habitual es la *actividad organizada, mecanizada*, educada por el conocimiento, encauzada por la voluntad en una cierta dirección, diferenciada ó especificada para un orden determinado de sentimientos, de pensamientos, de resoluciones ó de actos, y que sigue obrando conforme al impulso recibido aun mucho tiempo después que ha cesado éste. No es que un acto tenga la extraña virtud de engendrar otro de la misma naturaleza, que la razón de ser de los actos de una serie enlazada resida en los que le anteceden, como pensaba, Lemoine: la razón de ser es común á todos, y reside en aquella esencia, en aquella finalidad en que se inspiran y que en ellos se va exteriorizando é informando: los actos no difieren en nada unos de otros: la diferencia está en la actividad ejecutiva que los causa, la cual se va adaptando á ellos y sintiendo cada vez menos el esfuerzo necesario para ejecutarlos (1). El

(1) "No sólo la multiplicidad y la debilidad, sino además, la repetición y la costumbre, son causa de que se oscurezcan y aun se borren

hábito no es el motor, sino el volante de la máquina que, en la sucesión de sus giros, almacena fuerza, y adquiere una predisposición ó una tendencia á seguir girando, y girando en el mismo sentido. Se produce una especie de equilibrio entre el sistema nervioso y el objeto excitante, y el acto se ejecuta como por sí mismo, sin el menor esfuerzo de la voluntad.

Ya se comprenderá con esto que el hábito no es un término fijo y absoluto, sino que oscila entre una máxima y una mínima, que su formación es gradual y ha de dividirse en edades. Entre el primer momento de la serie, cuando el sujeto se halla todavía en la plenitud de su libertad, y aquel otro momento en que la actividad alcanza su máximo de habitualidad y de automatismo, y se impone al sujeto con fuerza casi irresistible, se extiende una escala de términos medios, en cada uno de los cuales se da á conocer el hábito con un grado superior de desarrollo: allá, el hábito se engendra de los hechos: aquí, parece que los hechos son determinados y engendrados por el hábito. *El hábito es inversamente proporcional á la sensación, y por tanto, la progresión de aquél es directamente proporcional á la degradación de ésta.* La rapidez de esta degradación, ó lo que es igual, de la intensidad y fijeza de la línea de vibración, depende de una multitud de causas, á saber: intensidad de la sensación; número de veces que la sensación se repite; tiempo que permanece y obra cada una; duración de los intervalos que separan unas de otras. Todavía hay que tener en cuenta la predisposición ó preparación en que pueda encontrarse el sujeto para aquel orden de impresiones, y el auxilio

los fenómenos en el seno de la conciencia. Nada despierta más vivamente la conciencia ni imprime en nosotros una huella más profunda que los esfuerzos y los movimientos voluntarios. Sin embargo, al cabo de un tiempo más ó menos largo, por efecto tan sólo de la repetición y de la costumbre, llegan á perder su carácter saliente, y acaban por cumplirse por sí mismos y sin que nosotros mismos lo sepamos. Una serie de degradaciones sucesivas de la voluntad y de la conciencia los convierte en una especie de instinto que viene de nosotros. Esto es manifiesto en cada arte, en cada profesión, ó más bien, en el ejercicio general y ordinario de nuestra actividad. (Bouillier, *El principio vital*, cap. 22.)

que pueda llegar á éstas de otras afines recibidas al mismo tiempo.

43. Funciones del hábito en la génesis y desarrollo de la costumbre, y en la vida.—Un hecho consuetudinario, hemos dicho, lleva en sí toda la costumbre; pero, á menudo, la necesidad jurídica en cuya atención ha sido ejecutado, ofrece multitud de aspectos, según las circunstancias de cada sujeto individual ó de cada entidad colectiva; y como el primer hecho únicamente atiende á uno de esos aspectos de la necesidad, la costumbre iniciada en él se desarrolla con los hechos sucesivos que cultivan los demás aspectos, se hace más general y comprensiva, abraza el principio ideal de aquella relación en un número mayor de matices y de individualizaciones temporales. Por otra parte, como la ejecución del hecho nos da el conocimiento experimental del plan, ó lo que es lo mismo, de la regla, nos permite completarlo ó rectificarlo para lo sucesivo, aun respecto de aquella modalidad particular de la relación que se ha hecho patente en el primer hecho; con lo cual, la costumbre se concreta y define más y más. Por esto, algunas instituciones de derecho, transformadas al contacto de las nuevas necesidades que el comercio traía consigo, se han desdoblado, mostrando nuevos aspectos antes no conocidos, y se han mejorado considerablemente por efecto de la experiencia que daba á los mercaderes la constante reproducción de un mismo orden de hechos, y de las mayores facilidades que les procuraba su carácter de órganos especiales de ese fin social.

La segunda función del hábito es hacer más fácil, más rápida y más segura la ejecución de los hechos jurídicos. Aquí es donde ejerce de un modo más ostensible su bienhechora influencia. Los primeros hechos nos familiarizan con la impresión que los ha provocado, con el juicio que siguió á la impresión y con los movimientos que fueron efecto de ese juicio; no necesitamos ya calcular la magnitud y energía del esfuerzo que ha de desplegar para ven-

cer las resistencias que se oponen al movimiento proyectado, ni la dirección en que hemos de aplicarlo, porque lo sabemos ya por las reflexiones que precedieron á los movimientos anteriores y por la experiencia que en ellos adquirimos: ni nos preocupamos de si el resultado corresponderá á nuestro deseo, porque nos anticipamos á él, en virtud del principio axiomático, innato en el alma racional, de que causas iguales producen efectos iguales: ni siquiera para resolvernos á obrar necesitamos casi invertir una parte de nuestra atención y de nuestra actividad psíquica, porque en la vida común, como ha dicho muy bien Horwitz (1), “la mayor parte de nuestras resoluciones están dictadas de antemano por la costumbre.” “La vida de los hombres, dice Tarrasa, sería imposible, si todos sus actos, aun los más insignificantes, hubieran de ser deliberados, esto es, medidos y pesados antes de ser practicados; semejante deliberación sólo es necesaria en muy pocos casos: en la generalidad de los otros, basta el hábito del individuo y la costumbre del pueblo en que se vive, para seguir una costumbre ordenada y conveniente: esto permite reposar á nuestra libertad, que jamás se ejercita sino á expensas de una gran parte de nuestra energía, y que ejerza su imperio el hábito en nombre de aquella libertad. Los usos y las costumbres tienen, por esto, una importancia extraordinaria, no sólo como medio para conocer y estudiar á los hombres y á las naciones, sino también como regla de conducta, cuya verdad abona la experiencia de lo pasado” (2). Las voliciones que determinaron los primeros actos, se constituyen, merced al hábito, en una como fuerza constante, que sigue determinando todos los actos posteriores que convergen al mismo fin. La primera impresión recibida principia á abrir el surco, ó huella que después se va ahondando con los sucesivos, hasta convertirse en ancho cauce por donde fluye reposadamente la vida, casi sin que nadie la impulse, por movimiento propio. Por esto, la pedagogía contemporánea

(1) Vid. *Revista Europea*, de Madrid, Mayo de 1876.

(2) *Estudios de Derecho civil de España*, 1866, p. 104.

pone todo su empeño en dirigir los primeros años del niño, que deciden casi siempre del carácter y de la futura suerte del hombre; por esto, dice Santo Tomás que á los malos se les debe constreñir y obligar al bien, para que poco á poco contraigan el hábito de él, y vengan á hacer voluntariamente lo que al principio ejecutaban por la fuerza. Hecho hábito el bien en la primera edad, más por el influjo mecánico del ejemplo ó por la coacción moral que por efecto de la propia reflexión, puede decirse que está asegurado su imperio para siempre, y será ya difícil que naufraguen los principios morales cuando en la edad madura vengan á ponerlos en litigio los conflictos y asperezas de la realidad. Parece el hábito como aquellas máquinas en cuyo complicado rodaje ha mecanizado el artifice su voluntad é impreso su plan en caracteres de hierro: la máquina no cesa ya de funcionar aunque se ausente el artifice que la ideó, ó le retire el concurso de su voluntad. Al obrar el sujeto, ha conquistado sobre lo desconocido ó *nullius* un sentimiento, una verdad ó un producto, pero, además, ha perfeccionado su aptitud para aquel orden de realidad, ha adquirido un poder para repetir la misma acción, para sentir, pensar ú obrar del mismo modo, y descubrir nuevas verdades ó fabricar nuevos productos con menos esfuerzo, al principio, y después casi sin esfuerzo alguno. Así, el hábito viene á ser una forma de capitalización de lo pasado. Todo tránsito de algo desde la potencia al acto, deja en pos de sí dos cosas: una sustancial, lo *hecho*, lo producido, la obra, la esencia que ha sido traída al tiempo y cobrado ser é individualidad permanente; otra referentē á la actividad, un aumento ó un desarrollo de la *facultad* de reproducir aquella misma obra, de sentir, pensar, recordar, idear planes y ejecutarlos. Esta facilidad que nace del hábito, es como un producto más que se da por añadidura sobre los que la humanidad obtiene intencionalmente del ejercicio de su actividad y va depositando en la historia, descubrimientos científicos, obras de arte, instituciones jurídicas, sentimientos morales, sistemas de filosofía, capitales económicos, et-

cétera. Mediante ella, somete á su imperio el porvenir, lo prevé, se anticipa á él y le traza reglas. Precisamente en esto se fundan: 1.º El aprendizaje de los oficios y de las profesiones: 2.º La división del trabajo que, según vimos, tiene en derecho las mismas aplicaciones que en las demás esferas de la vida.

Mediante el hábito, se forma la tradición, se hermanan el pasado y el porvenir en el presente, y discurre la vida en serie enlazada, sin saltos bruscos y sin interrupción. Si cada hecho fuese independiente de los demás; si la realidad se fuera extinguiendo al compás de su advenimiento á la vida y nada quedase de ella; si la evolución del ser no fuera seguida de una involución, y el presente no estuviese lleno del pasado ni el porvenir fuese una consecuencia de los gérmenes depositados por él, la vida principiaría cada vez de nuevo, el individuo sería siempre niño, la humanidad no saldría nunca de su edad primitiva, viviría siempre en la infancia. Pero, gracias al hábito, todo hecho presente es una resultante del pasado y una iniciación para el porvenir. Las ocasiones de obrar se precipitan unas á otras en acelerado ritmo, y no consienten que nos detengamos á reflexionar sobre lo que más conviene hacer en cada una; basta referir la ocasión, no bien se presenta, á sus semejantes del pasado, para que el sujeto se ponga inmediatamente á obrar como había obrado en aquella sazón, sin calcular las consecuencias, pero seguro del resultado. Así aprovechamos la experiencia personal y nos apropiamos la ajena, aprendiendo en nuestros hechos pasados y en los hechos de los demás, sin necesidad de que esforcemos nuestra reflexión ni de que corramos el riesgo de un yerro ó de una caída desastrosa.—Por lo demás, dicho se está que esa asimilación de los hábitos sociales por el individuo tiene que ser forzosamente, en mayor ó menor grado, reflexiva, pues supone por parte de éste una interpretación de su contenido (§ 28). Esto mismo sucede aún con muchos de los hábitos específicos (instintos): no excusan éstos de un aprendizaje más ó menos largo, según las especies, y sólo con

el transcurso del tiempo se hacen hábito individual y automático: por esto se aclimatan y adoptan otras costumbres con más facilidad los animales jóvenes que los ya entrados en años.

Es también el hábito instrumento poderoso de progreso jurídico, así en el individuo como en la sociedad (§ 23). Mecanizada y hecha casi del todo inconsciente la ejecución de los actos, así como las sensaciones que los promueven, la conciencia queda libre y como en reserva para consagrarse á afinar y perfeccionar la percepción de éstas y la satisfacción de las necesidades que en ellas se revelan, ó á cumplir otros fines que antes había tenido que desatender. “Así como un acto se va haciendo menos penoso y exigiendo un esfuerzo menor para ser repetido, el excedente de actividad que resulta y el aumento adquirido mediante el ejercicio, quedan en cierto modo disponibles para nuevos y superiores esfuerzos” (1). “Pero si el hábito es una necesidad benéfica y saludable, que nos permite progresar,—en otro concepto, lejos de ser instrumento de progreso, degenera en obstáculo que se opone al ejercicio y al desarrollo de nuestras facultades y al progreso general, porque tiende á aprisionar y á petrificar en formas determinadas el pensamiento y el espíritu del pueblo ó del individuo: los hábitos se hacen institución, y luego la multitud se opone á su reforma” (2). Es preciso, con efecto, distinguir el hábito progresivo de la ciega rutina. Hablando en todo rigor, el obrar del ser racional no llega nunca á ser del todo inconsciente y automático: ni aun en la plenitud de su desarrollo, es el hábito una tendencia ciega de la actividad: en absoluto, nunca abandona la voluntad su papel de directora y de reguladora de los actos humanos; de lo contrario, seríamos irresponsables de casi todo cuanto ejecutamos en la vida. Acontece á las veces, sin embargo, que el sujeto abandona una parte demasiado grande de su libertad al imperio del

(1) A. Lemoine, *L'habitude et l'instinct*, 1.^a parte, cap. V.

(2) *Introd. alla fil. della Hist.*, lezioni de A. Vera raccolte de Raf. Mariano: Firenze, 1869, cap. II, 4.

hábito, y sigue obedeciendo al impulso inicial de la tradición aun mucho tiempo después que ha cesado su razón de ser, ejecutando actos que en otro tiempo tuvieron su objeto,—la satisfacción de una necesidad,—pero que ahora no lo tienen porque la necesidad ha desaparecido ó se ha transformado, porque ya no le favorece la opinión. En vez de consagrar la actividad que el hábito le deja libre, á satisfacer nuevas necesidades, á perseguir nuevos fines y nuevos ideales, á realizar nuevos progresos, la mantiene en la inercia, dejándose dominar de la pereza, con lo cual se atrofia progresivamente; y de esa inactividad, de esa atrofia de la reflexión, que no del hábito en sí, se engendra y nace la rutina. Cuando el hábito individual se hace rutinario, se asemeja sobremanera al instinto específico: clava la rueda del tiempo, inmoviliza la vida, no hay en ella presente ni futuro: se vive en el pasado, ó mejor dicho, no se vive, se vegeta. Difícilmente se citaría un ejemplo más característico de rutina que el de las emigraciones anuales de los Kirghises en la región del Oxus, emigraciones absurdas que no reconocen otro fundamento que el de ser una costumbre recibida de los antepasados: la respuesta que dieron á Mac-Gahan, cuando les aconsejaba la vida sedentaria: “nuestros padres nunca hicieron eso; ¿por qué habíamos de obrar nosotros de distinta manera que ellos?” (1) es la suprema razón de la rutina. El régimen de bienes de la legislación romana, en cuya virtud las mujeres casadas no tenían parte en los bienes adquiridos durante el matrimonio, ha quedado en pie en Córdoba hasta el siglo XVIII, desafiando el precepto terminante del Fuero Juzgo, que, al tiempo de su reconquista, le había sido dado por fuero municipal, y el influjo de los fueros castellanos y de la ley de Partida, que perfeccionaban el sistema de gananciales: tenía por contrarios el espíritu y las tendencias jurídicas de la sociedad española, pero le favorecía la rutina, y seguía rigien-

(1) *Campaigning on the Oxus*, p. 50, apud Hearn, *The aryan household*; p. 388 y 389.

do cuando Carlos IV abolió por decreto “esa supuesta ley, costumbre ó estilo que ha gobernado hasta ahora en la ciudad de Córdoba.” Con razón dice el adagio popular: costumbre buena ó costumbre mala, el villano quiere que vala.” ¿Por qué hacéis eso? Pór que siempre se ha hecho así, contesta la rutina.—Para precaver tan grave peligro, es preciso no dejarse dominar nunca por el hábito: servir-se de él como el marino se sirve del viento para impulsar la nave, sin soltar de la mano el gobernalle, que es la reflexión, manteniendo perpetuamente subordinado el hábito á la conciencia, sin que un instante se sustraiga á su inspección, de manera que el individuo se halle constantemente en disposición de regular, moderar, dirigir, y hasta contener ó transformár el movimiento, de romper el viejo molde en que iba vaciándose la vida, y de adoptar formas más en consonancia con los progresos realizados en ella. La razón debe mandar al hábito, y no el hábito á la razón: el hábito por excelencia consiste en saber vencer todos los hábitos contraídos cuando lo ordena la razón. Lo opuesto del hábito es la reflexión, y ella debe servirle de contrapeso para que no se precipite por la suave y cómoda pendiente de la rutina: cuando queremos modificar un hábito ó imprimirle una dirección distinta de la que traía de atrás, nos valemos por todo instrumento de la reflexión (§ 22): cuando queremos extirpar un hábito, principiamos también por despertar la reflexión, á fin de borrar y destruir la inconsciencia donde tal hábito nutre su raíz. La reflexión no debe abdicar nunca sus derechos, ni el hábito debe nunca emanciparse de ella; de lo contrario, se petrifica en los opresores moldes de la rutina, y lejos de servir al progreso, ahoga sus gérmenes, causando una verdadera asfixia. El hábito sirve poderosamente la causa del progreso, pero á condición de que sea móvil, flexible, orgánico, vivo.

Una última función del hábito, en que no hemos de detenernos por ser materia de otro tratado, consiste en hacer más fácil y cierta la prueba de la costumbre, ó sea del carácter consuetudinario de los actos jurídicos; por esto han creído

los legisladores y los publicistas deber exigir una pluralidad de ellos para reconocer existencia oficial á la costumbre. Es obvio que cuanto más frecuente y general sea el obrar en un determinado sentido, que cuanto mayor sea el número de hechos uniformes que hayan ocurrido, tanto menos podrá dudarse de la existencia de una voluntad social, de un espíritu colectivo, de una convicción común, que se ha manifestado prácticamente por órgano de varios individuos.

FIN