

PRÓLOGO

DE LA TRADUCCION ESPAÑOLA.

Sólo la voluntad puede dar al derecho lo que constituye su esencia, la realidad.

Por eminentes que sean las cualidades intelectuales de un pueblo, si la fuerza moral, la energía, la perseverancia le faltan, en ese pueblo jamás podrá prosperar el derecho.

(*Ihering.—Espíritu del Derecho romano*, t. I, §. 24.)

El opúsculo, á cuya traduccion española sirven de prólogo estas páginas, seria siempre digno de ocupar la atencion de los lectores por su mérito intrínseco, por el nombre ilustre del autor; pero entre nosotros, hoy más que nunca, es oportuna su lectura porque puede servir de acicate á los ánimos decaidos y corregir muchas perniciosas aberraciones de la voluntad y

de la inteligencia. Es de tal manera esta obra, que sus lecciones son útiles á todos, y pueden entenderlas y aprovecharlas lo mismo los que por filósofos y jurisconsultos se tengan, ó lo sean, que la mayoría de los lectores que por ser agena á los estudios técnicos del Derecho propenderá á juzgarse incapaz de utilizar esta doctrina. Sin hacer lo que tantos otros que al vulgarizar la ciencia la profanan y adulteran, Ihering, seguro de sí mismo, expone originales y profundas reflexiones científicas, de forma que cualquier inteligencia medianamente educada puede acompañarle en todos sus luminosos raciocinios. Merced á esta ventaja, cabe utilizar como libro de propaganda éste, cuyo contenido se refiere á cuestiones que en la actualidad interesan á los políticos como á los juriscónsultos, á los filósofos como al pueblo. No importa, ó mejor, conviene que la forma de *La lucha por el derecho* sea, naturalmente, muy distinta de la que se acostumbra á usar, sobre todo en Francia y en España, cuando se quiere que un *folleto* ocupe la atención pública; ageno Ihering á las luchas de los

partidos y preocupado como artista del derecho con los intereses de éste en cuanto ciencia, nada hay en su importante escrito que desdiga de la serenidad y prudencia propias de los trabajos científicos; mas no por eso deja de servir, y servir mejor, al intento de contrariar corrientes de influencia morbosa que, por desgracia, dominan en muchas de las inteligencias llamadas á procurar el progreso efectivo de la libertad y del derecho. Cualesquiera que sean las opiniones de Ihering en punto á la política actual, y á pesar de ciertas tendencias con exceso conservadoras que á veces ha manifestado, *La lucha por el derecho* es en rigor, sabiendo leer entre líneas, y aun sin eso, una obra de consecuencias *revolucionarias*, dando á este adjetivo el sentido ménos alarmante posible. Aunque el autor aplica los principios, que con valornoble establece, á la esfera del derecho privado, no oculta que análogas consideraciones pueden convenir á otras materias jurídicas, siendo lo esencial los principios mismos. Sin violentar la doctrina de este trabajo meritísimo, sin pretender mez-

clar sus puras y elevadas disquisiciones con elementos de la actualidad política en que vivimos, se puede, y creo conveniente, apuntar las relaciones de subordinacion y coordinacion que existen entre las verdades dilucidadas por Ihering y otras cuyo conocimiento juzgo de suma importancia y oportunidad en nuestro tiempo y en nuestro pueblo.

Nuestros partidos liberales, que con justo título se tienen por representantes de las modernas teorías y aplicaciones del derecho, suelen pecar por dos conceptos en estos desgraciados dias que alcanzamos: pecan por la manera abstracta de entender la idea jurídica y las distintas instituciones capitales del derecho, defecto que es ya antiguo; y, de algunos años á esta parte, pecan tambien por la debilidad tris-tísima con que se dejan llevar á esos sofismas enervantes de la inércia y del marasmo, inventados por los cobardes y por los perezosos: sofismas que se conocen con nombres más ó ménos huecos, más ó ménos bárbaros; sofismas que toman su apariencia de argumentos de donde pueden,

ora de las ciencias naturales, y hablan entonces de *evolucion*; ora de mal interpretados positivismos y experimentalismos, y entonces hablan de lo posible, de lo oportuno, de lo práctico, de lo histórico. Y existe una íntima relacion entre una y otra enfermedad de nuestro espíritu liberal, y por esto, si del mal primero, del *formalismo*, que se puede decir, ya casi todos hace tiempo están contagiados, no será extraño que la nueva laceria, el *posibilismo* que se llama, ó *quietismo* que podria llamarse, lleguen á padecerla aquellos liberales que hoy no la conocen por fortuna.

Es evidente que un mal se engendra de otro: poco importa que los apóstoles de la pasividad política, del indiferentismo disfrazado de hipócritas apariencias de misticismo político se digan inspirados por la ciencia, por la moderna idea, por los adelantos de los estudios históricos y naturales; de todo esto toman el color, pero en calidad de enfermedad el quietismo (que tambien podria decirse *jobismo* ya que tanto agradan los nombres nuevos), se de-

riva necesariamente de la influencia formalista que por vicio secular padece el concepto del derecho más vulgarizado.

Cuando el derecho es ageno en realidad á la vida del pueblo, en cuanto puede serlo, esto es, en cuanto de él no tiene conciencia clara, ni con decidida voluntad, como vocacion especial, lo procura; cuando el derecho se cultiva principalmente en su idea, segun representacion subjetiva de cada cual ó de colectividades, sean escuelas ó partidos, y sin atencion á la unidad y solidaridad de sus distintas esferas é instituciones; cuando el derecho es para los unos una metafísica en cuya existencia se cree con esa fé vaga y nunca muy eficaz con que se cree en lo indeterminado ideal; cuando el derecho no se nos representa como realidad inmediata que llena toda la vida y que se gana en lucha perenne con la injusticia, como el pan de cada dia en la guerra del trabajo, ¿qué mucho que caiga el espíritu liberal en esa atonía que hoy se le predica como único remedio para los males que por la ausencia del derecho se padecen? Para consolarnos de la ausencia de

una abstraccion, basta con otra abstraccion.

Por medio de una teoría vana se le dice al pueblo que debe esperar el reinado del derecho: *Natura non facit saltum*; la antigua revolucion se ha sustituido en nuestro dogma con la modernísima evolucion; todo se desarrolla por evolucion, los animales, las plantas, la vida de la sociedad, todo: querer cambiar este proceso de las cosas es absurdo, es una rebelion contra las leyes de la naturaleza; el derecho, como todo, vá por sus pasos contados; es inútil que el hombre se afane, no tendrá más derecho que el correspondiente al estado de desarrollo social en que vive, y este desarrollo, este progreso, depende de leyes universales, ajenas á la voluntad humana; depende del determinismo universal; como no se puede alterar el curso de las estaciones, es imposible cambiar el orden de los Gobiernos; cualquier tentativa es vana y perjudicial; lo que se hace en este sentido es perturbacion accidental cuyo efecto una accion violenta se encarga de deshacer, y el curso natural vuelve á restablecerse y nada se adelanta, ni en un dia, por la impa-

ciencia irracional de los hombres. No se negará que este es el lenguaje que se emplea, y no siempre con tales apariencias de lógica, para disuadirnos de toda pretension revolucionaria. Pues bien; semejante teoría, de aplicación para la conducta, se funda en el concepto falso por abstracto y deficiente del derecho, y por consiguiente de las leyes de su vida.

Dígase lo que se quiera del gran progreso de nuestros tiempos en la vida jurídica, el derecho no ha llegado á ser comprendido y sentido en su unidad, ni ménos practicado con conciencia de la solidaridad necesaria y sistemática de sus distintas esferas é instituciones; á más de esto, desconócese en realidad la influencia de este fin de la vida en todos los otros; aunque en los libros de Filosofía del Derecho y en las Enciclopedias jurídicas se habla de esta influencia, los pueblos no la sienten tal como es, y así la justicia se defiende con tibieza, como algo abstracto, á la manera de los dogmas religiosos. Por tal ó cual derecho concreto, histórico, si se combate y se vierte sangre generosa, se llega al heroismo; unos

aquí defienden su independencia, otros allí una carta otorgada, otros fueros antiguos, otros una tabla de derechos.

Pero todo eso no prueba más que en la sociedad existe, por fortuna, la fuerza necesaria para conseguir una digna vida jurídica; que no es el miedo el que detiene á los pueblos, sino la ignorancia de lo que el derecho es en realidad, la falta del sentido comun jurídico en su unidad y en su totalidad. El mismo Ihering nos vá á poner ejemplos de estas defensas parciales del derecho, defensas que podríamos llamar empíricas, porque se motivan en hechos aislados en que cada cual solo lucha contra la injusticia que inmediatamente le hiere en aquellos intereses que él con atencion y vocacion especial cultiva; nos hablará del aldeano para quien el derecho de la propiedad lo es todo, que no siente siquiera el dolor de su dignidad vulnerada, mientras la más pequeña injusticia, suya ó ajena, en el derecho de bienes la juzga tan grave que por ella sacrifica reposo, fortuna, todo hasta lograr reparacion, sin que le extrañe igual conduc-

ta en los demás: nos hablará del militar en quien se observa un sentimiento jurídico contrario, siendo para él las ofensas al honor las más graves. Este distinto sentido del derecho en cada profesion tiene, sí, algo de lo absoluto del derecho, pues la injusticia cada cual en el punto en que la ve, la ve como absoluta, no siendo cuestion de tanto y cuanto, de utilidad subjetivamente apreciada, sino como necesitada de reparacion cueste lo que cueste; mas no por esto el sentido jurídico deja de ser parcial, relativo, en cuanto nace, no de la conciencia del derecho, en sí primero y para toda la vida, sino de la ocasion, del hecho mismo de la injusticia hiriendo en el talon de Aquiles, en la parte sensible y vulnerable, que en cada cual varía segun el rumbo que dá á su actividad. Y en nuestro tiempo no tenemos otro modo de *sentir el derecho*, condicion necesaria para que la voluntad se mueva á *quererlo*, como no se cuente el frio sentimiento que en unos pocos, los hombres de estudio, pueda engendrar el cultivo intelectual de una filosofia del derecho casi toda abstracta, subjetiva, fabrica-

da *á priori* y fundada las más de las veces en sistemas metafísicos ya creados, sin atención al derecho, y que, desde la altura ideal en que se les imagina, dictan sus leyes á esa pobre filosofía jurídica (1). La cual, de esta suerte, en todo yerra, porque los principios los toma de sistemas extra-

(1) Son notables en este punto las observaciones que nuestro autor apunta en su *Espíritu del Derecho romano*, t. III, §. 42, y t. IV, §. 69. Allí se explica la deficiencia con que los que son *filósofos* y no son *jurisconsultos* tratan los problemas jurídicos, el por qué de sus abstracciones en los principios, y el por qué de la pobreza de sus detalles al llegar á la parte especial de las distintas instituciones jurídicas: suelen seguir, sin que se exceptúe el mismo Kant, con ciega fé en este punto las huellas del Derecho romano, y todo su trabajo, añade Ihering, se reduce á buscar razones filosóficas para explicar en *principio* instituciones de derecho, relaciones y clasificaciones que fueron así por motivos históricos.—Respecto del vicioso estudio de la filosofía del derecho partiendo de principios metafísicos ya indagados fuera de la filosofía del derecho mismo, eran luminosas las explicaciones del ilustre Giner de los Rios en su cátedra de la Central. Hoy el Gobierno español ha sancionado el error tradicional que hace imposible una filosofía del derecho digna de un jurisconsulto, decretando que para cursar esta asignatura se necesita haber aprobado dos cursos de Metafísica en la facultad de Filosofía y Letras.

ños á su esencia; y en la variedad de los tratados especiales se guía ciegamente por instituciones históricas de las que nada sabe, y á las que pretende dar carácter de necesidad filosófica sin más que aplicarles el sonoro nombre de «derecho natural.» El sentimiento del derecho que en tan pobre fuente se bebe poca energía puede inspirar, y aunque valiese más esa fuente y en los sábios hubiera la conciencia del derecho real, en toda su trascendencia, con unidad y con perfecto conocimiento de la importancia de sus relaciones, todo esto sería muy poco al fin de que se trata: mientras los pueblos por condiciones de su naturaleza y de propio esfuerzo no estén apoderados de esa conciencia del derecho, según se exige para su eficacia, casi nada se podrá conseguir en el progreso de la justicia: habrá entretanto generosas aspiraciones, lucha de parcial eficacia, algún adelanto en la doctrina, pero esto sólo.;

¡Qué mucho que cuando tal sucede, tomen incremento las predicciones de los *dilletantis* de la democracia, de los partidarios del *por ahora*, como decia el inol-

vidable Fígaro que adivinó muchas cosas, y entre ellas el *posibilismo*!

Nótese esa táctica de los enemigos de la libertad y de la justicia social que consiste en apartar á los pueblos de la causa generosa de la democracia, haciéndoles ver que vierten su sangre por vagas teorías inaplicables, infecundas, en todo caso ajenas á los intereses reales de su vida. ¡Cómo saben lo que hacen! ¡Cómo saben que fácilmente se quiebra una fé que se alimenta de abstracciones! ¡Cómo saben que una intuición poderosa dice al jornalero, al aldeano, al pueblo entero: «tu derecho es algo más que todo eso que te ofrecen; no te satisfagas con gozar esas garantías de ciudadano sábio y perfecto que te regalan como bien supremo!» Así se ve tanta decepcion en los dias de prueba y á lo largo de los años de desgracia. Por una parte llama al pueblo la voz del interés del dia que explota el materialismo conservador.—Trabaja, le dice, en tu oficio; ese es tu deber, esa tu conveniencia: *¿qué pan te traerian los derechos?* piensa en tí, piensa en tus hijos, y yo haré, como calles, como olvides tus aspiraciones,

1.

obras públicas en que trabajos, talleres nacionales; yo haré que prospere la riqueza; eso es lo positivo; no pienses en aventuras. Y por otra parte, otra voz, para el pueblo más seductora, le dice: «deja la política y todo propósito ideal; quimeras son esas que no entiendes, inventadas por los que te explotan; el mundo es de la fuerza y la fuerza es tuya; hartos has sufrido, hartos has trabajado para que gocen los demás; levántate, sublévate, proclama que te ha llegado la hora del poder, es decir, de gozar los bienes terrenos, porque sí, porque puedes, *quia nominor leo*. Esto es lo práctico, lo positivo; lo demás, engaño, farsa, retóricas que no entiendes.» Y además de estas voces que le llenan el espíritu de dudas y le atormentan y añaden peso enorme de fatiga al peso de las fatigas diarias, oye el pueblo la voz de la pereza más suave, más artera: «El día del derecho llegará, el progreso es necesario, pero es lento, vendrá por sí, tú no te alteres, la paz es la mayor riqueza, todo esfuerzo es inútil, descansa y espera.» Y como lo que espera el pueblo de ese derecho que le anuncian, según lo

entienden los que lo anuncian y el pueblo mismo á fuerza de oírles, no es nada que satisfaga esos instintos que quieren halagar á su manera el materialismo conservador y el materialismo de los demagogos, sino ventajas en su mayor parte ideales, que el pobre pueblo no entiende bien, la inercia le domina y van conquistando su ánimo los apóstoles de la política estática, de la pereza hábil, que quieren ganar la partida esperando el santo advenimiento de una deidad fantástica, de una señora de sus pensamientos á quien llaman la libertad y que tienen en no se sabe qué Toboso.

Todo lo dicho hasta aquí se redujera á vana declamacion si no se hiciese ver la legitimidad de la lucha por el derecho, la necesidad del esfuerzo enérgico y constante y hasta del sacrificio, para conquistar el reino de la justicia que no se viene á la mano por sí sólo. En este punto la demostracion de Ihering es convincente y completa, y no quiero atreverme á desflorar asunto que tan magistralmente van á ver

tratado los lectores: la argumentacion del ilustre romanista contra las teorías de Savigny es poderosa, concluyente. Pero juzgo oportunas ciertas aclaraciones que salen al paso á una objecion que pudiera hacerse fundándola en el concepto mismo del derecho.—Y no es esto sólo lo que me propongo; tambien queda dicho que por culpa de la concepcion abstracta del derecho, de la ausencia de su sentido profundo y total, faltaba hoy la energia eficaz que puede hacer efectivo el imperio de la justicia y dar á un pueblo, á una civilizacion títulos suficientes para que se reconozca su especial vocacion á la vida jurídica: tambien esto necesita demostracion, que procuraré exponer, dilucidado que sea el primer punto.

Ya habla Ihering de la antinomia aparente de la lucha y el derecho, y como verá el lector, la resuelve sin dificultad, segun los términos en que la expone: mas la objecion fundada en hallar contradictorios los conceptos relacionados, puede renovarse en otra forma, y hacer gran fuerza en los que miran el derecho como una

relacion puramente espiritual, tan ageno á la materialidad de los objetos á que se refiere como la moralidad misma.

Por cierto que este concepto no predomina, yéndose las más de las teorías por el lado de la abstraccion, pero sin abandonar cierto grosero materialismo que esclaviza al derecho y lo deja para siempre en infecunda servidumbre clavado al terruño de la fatalidad natural á que es extraño. Pero aquíno se debe tomar en cuenta, para que sea noble y sincera la argumentacion, el concepto defectuoso, tocado de materialismo, que no podria objetar á nuestra afirmacion nada más que lo que Ihering tan fácilmente desbarata; se debe tomar en cuenta el concepto del derecho, segun el cual, para que éste se cumpla, es exigido en todo caso que la voluntad de un sér libre y con conciencia preste las condiciones que de él dependen como medio para el fin racional de los séres capaces de finalidad jurídica (1). Pues bien, se dirá; si para todo derecho se exige la libre voluntad, el

(1) Que son todos. La finalidad jurídica se niega por los más á la naturaleza; el mismo Ihering limita el

obsequio voluntario de la condicion por parte de un sugeto que, siempre que no se trate del derecho inmanente, es ageno al poder de coaccion, pues sabido es que á la voluntad no se la obliga por medios coercitivos, ¿para qué la lucha? La lucha será ineficaz. Si para que exista el derecho basta que se preste la condicion, sea como sea, por coaccion ó sin ella, concorra ó no la buena intencion del obligado, entonces sí se comprende la lucha, la fuerza; servirán la fuerza y la lucha para hacer efectiva la prestacion del medio que cumple al fin. Pero yo declaro que el derecho, para mí, no es eso; si no concurre la intencion del sugeto, del obligado, su buena voluntad libremente prestada, el derecho, *por su parte*, no se cumple; tan injusto es despues como antes de la prestacion. Esto mismo confiesa el sentido comun, que no llama varon justo al que por miedo ó con engaño cumple el mandato de la ley. ¿Cómo entonces se resuelve la antinomia? ¿Cómo se con-

derecho al que hay entre hombres; pero como este punto—en sí de importancia—es indiferente en la cuestion actual, prescíndese de defenderle ahora.

cilia ese concepto del derecho puramente espiritual que sólo por razon del *medio* toca á veces, no siempre, en la naturaleza, en lo exterior y coercible, con el otro término de esta relacion, la lucha, que supone coaccion, esfuerzo exterior efectivo? ¿Es que se trata de una lucha metafórica que ha de limitarse á los esfuerzos de elocuencia que por medio de la persuasion pueden traer al obligado á prestar voluntariamente lo que debe? Tampoco es esto; se trata de una lucha efectiva, real, demasiado material, por desgracia, muchas veces. Parece, se dirá, que el que así escribe se complace en hacer insoluble la contradiccion que se le presenta. No hay tal cosa: con una distincion que no es sutileza, pero que exige un espíritu libre de ciertas preocupaciones muy comunes, se explica todo satisfactoriamente. Y ojalá tuviera yo el arte de dar á mis palabras la claridad y precision con que fácilmente se concibe lo que de fijo voy á expresar sin gracia y en locucion premiosa.

Es cierto que el derecho no debe mirarse como se suele, del lado del ser para

quien es en cada caso, sino en la relacion del sugeto obligado al ser de los fines: ese que llama Ihering con palabra impropia en mi opinion humilde, *derecho subjetivo*, y al que algunos podrán haber creído que venia refiriéndome en todo lo dicho, no es sino la consideracion parcial de un término de los que entran en la relacion. Mas, por lo mismo que el derecho está en la relacion, no en el fin á que se atiende ni en el ser de ese fin; no en el ser de la prestacion ó sugeto obligado ni en el medio, ó sea la materia de la prestacion, es fácil comprender que siendo el mismo el ser para quien es el derecho, y la misma la materia ó el medio (que suele dar el nombre al derecho) puede ocurrir que sin cumplirse el derecho de que se trate en la relacion al ser obligado, la prestacion del mismo medio se cumpla en lo que y como toque cumplirla á otro sugeto; de modo que el objeto, lo que vulgarmente se entiende por el derecho, el *derecho subjetivo* de Ihering, quede realizado, y sin embargo no lo esté en la primer relacion, la que suponiamos con un primer sugeto que vo-

luntariamente no presta la condicion, aunque la presta. Para los poco acostumbrados á estas palabras: medio, fin, sugeto, prestacion, etc., etc., en el sentido riguroso que aquí tienen, servirá de aclaracion un ejemplo. Todo esclavo tiene derecho á la libertad, el dueño tiene obligacion de dársela, pero voluntariamente no se la concede; interviene la ley, y á pesar de los esfuerzos del que comete la injusticia, para mantenerla, el Estado restablece el derecho, libra al esclavo. Aquí se trata siempre de la misma materia, del mismo medio: del derecho de libertad que decimos todos; la libertad se consigue, y en el lenguaje corriente, se dice que el derecho se ha realizado; pero en el concepto del derecho que doy por bueno y en cuya virtud se opone la objecion que combato, hay que distinguir: el derecho de la relacion primera no está cumplido, el dueño á quien la ley obliga á manumitir, como no lo hace voluntariamente no deja de ser injusto, no cumple con el derecho; pero el Estado que en el momento en que tuvo conciencia de la injusticia y poder para deshacerla, estaba

obligado, respecto del esclavo, á procurar-le la libertad por el medio coercitivo, el Estado en esta *otra* relacion de derecho ha cumplido: y en este respecto, aun en el sentido más extricto, se puede decir que el derecho se ha realizado. Ha habido dos relaciones distintas en que el medio y el ser del fin han sido el mismo, y el ser de la prestacion ha cambiado; la obligacion del primero era la manumision voluntaria, la del segundo la voluntaria intervencion coercitiva para conseguir, fuera como fuera, la libertad del esclavo. Como el derecho se define generalmente, aunque con error, en consideracion al ser para quien es, y como la materia de ese derecho ó medio es el que suele darle nombre, de aquí que se dá en el lenguaje usual el derecho por realizado, cuando sólo lo está en una relacion. Veamos, en este mismo ejemplo, deshecha la antinomia: los pueblos han luchado con esfuerzo generoso y eficaz por la libertad de los esclavos; acordémonos aunque sólo sea de la tremenda guerra de los Estados-Unidos; los esclavistas se oponian con todas sus fuerzas á esta

justa reparacion; es claro que de su voluntad nada podia esperarse, mas no por esto dejaba de ser eficaz la lucha, porque habia sugetos de derecho que podian dar la libertad contra la decision contraria de los dueños; y para que los obligados en este sentido hicieran los esfuerzos necesarios para la consecucion de aquel fin, la libertad, servia la lucha por el derecho, que no es otra cosa que la lucha por que el sugeto, en lo que de él depende, preste la condicion del fin que se procura. Si los esclavos hubieran conseguido su libertad fortuitamente, sin intervencion de voluntad alguna, por la muerte de los dueños, v. gr., nadie diria que habian conquistado el derecho de libertad. De este, como de otro fin cualquiera, no se habla como de derecho, sino en cuanto suponemos la existencia de sugetos jurídicos, de cuya libre actividad depende el fin en cuanto pueden perturbarle ó no prestar la condicion necesaria para que se cumpla y á la que están obligados. No, no hay contradiccion alguna; lucha por el derecho el labrador que defiende su tierra contra el que pretende arrancarle su pose-

sion; lucha por el derecho, porque si no puede conseguir que voluntariamente ceje en su empeño su adversario, consigue que el Estado intervenga y preste su condicion para el derecho que defiende, la coaccion, que sanciona en último caso la declaracion esplicita, á que tambien el Estado está obligado, de los títulos legítimos con que posee el propietario. Busquemos otro ejemplo en el mismo derecho económico: desde la misera condicion en que existia el trabajo en la antigüedad, cuando era vil y siervo, hasta la situacion presente en que disputa ya al capital el predominio en la distribucion del producto, aspirando á llevar á las leyes la sancion de sus pretensiones, hay distancia inmensa que supone una larga historia de combates en pró del derecho; ¿cómo y entre quién fué esta lucha? En cada caso particular, ciertamente que el capital no habrá cedido voluntariamente, pero aquí la lucha consistia en ir obligando al Estado á interponer su fuerza; muchas veces, ni el Estado, ni el que gozaba el privilegio de explotar al trabajador, habrán cedido de buen grado; pero entonces la

lucha por el derecho ya no estaba en vencer esta oposicion; aquí era la lucha por el hecho; el derecho estaba en los mismos que se emancipaban, que tenían la obligacion, despues de adquirida la conciencia de la injusticia que sufrían, de combatir hasta el sacrificio por el *hecho* de la emancipacion del trabajo. Esto era luchar por el derecho: unir las fuerzas, propagar la conviccion de la justicia que asistia al trabajo, barrenar con esfuerzos constantes el privilegio que contrarrestaba sus legítimas pretensiones.

Y aquí apuntamos ya algo respecto de lo que llama Ihering la lucha por el *derecho objetivo*. Copiemos sus palabras: «El derecho encierra un doble sentido; el sentido *objetivo* que nos presenta el conjunto de los principios de derecho en vigor, el orden legal de la vida; el sentido subjetivo que es, por decirlo así, el precipitado de la regla abstracta en el derecho concreto de la persona.»

Pues bien, la lucha por el derecho tiene tambien este palenque inmenso de la regla positiva jurídica, la cual no es sólo

la ley promulgada por un poder público, sino tambien la costumbre y aún más, el sentido general predominante, el sentimiento del derecho y las ideas recibidas por la generalidad como adecuadas á lo justo. Aquí hay ocasion de luchar contra el poder, contra la ignorancia, contra el vicio y muchas veces contra el crimen. En este punto la objecion que antes combatíamos ya no seria pertinente, porque no se trata del derecho propiamente dicho, sino de esa acepcion traslativa en que se emplea la palabra para significar la regla de derecho. En este aspecto de la cuestion que es en el que ménos insiste Ihering, que trata especialmente de lo que llama derecho subjetivo, en la esfera del privado, es donde está la fuerza de la argumentacion contra el *quietismo* jurídico que combatimos. Las ilusiones de la escuela histórica que ha creado una cosmogonia particular para el mundo jurídico, las deshace nuestro escritor, segun ya indicamos, con raciocinio poderoso al atacar las teorías de Savigny y de Puchta; pero aquí conviene insistir en este aspecto de la lu-

cha por el derecho, porque la negacion de modernas escuelas ya jurídicas ya políticas, se refiere á este punto especialmente.

A partir del concepto de un derecho natural-ideal que existe en la conciencia como arquetipo creado de una vez y para siempre por la razon misma, *ab eterno*, (concepto cuya generacion histórica nos indica con gran perspicacia el insigne escritor inglés Sumner Maine) (1), se ha llegado á desconocer el proceso biológico de la regla jurídica, dando al *devenir*, ó como quiera llamarse, una preponderancia tal en la formacion histórica de las instituciones jurídicas, que poco ó nada se deja en esta creacion á la iniciativa humana y al trabajo penoso de pueblos y legisladores. Y precisamente la antigua escuela histórica que parecia llamada á deshacer estos errores, al combatir los excesos de la idealidad del filosofismo, dió nuevo incremento á la aberracion con sus teorías del derecho nacional en que se defiende una especie de generacion espontánea del

(1) El Derecho antiguo, cap. III.

derecho. Con tal doctrina es imposible creer en la eficacia y necesidad de la lucha por la regla jurídica, y toda política activa, real, en el sentido de medir fuerzas con fuerzas para lograr el triunfo, queda en absoluto condenada, y queda condenado el espíritu, que se llamará aventurero, de la reforma científica del derecho; y el jurisconsulto será como el inglés, gran fanático de la tradición (1), no como el romano, atrevido y reformista (2).

Pero el derecho como regla, el derecho *objetivo* segun le llaman Ihering y tantos

(1) En el citado libro de Sumner Maine se demuestra que por medio de lo que él llama "ficción de derecho" también la jurisprudencia inglesa se ve obligada á una actividad jurídica que en vano pretende ocultar sus positivas reformas. V. c. II.

(2) No se tiene hoy por exacta la característica que se daba para distinguir á los sabinianos y proculeyanos. Espíritus reformistas hubo en uno y otro bando: y el derecho pretorio es en rigor la obra de los jurisconsultos. Véase sobre uno y otro punto á Mainz, curso de D. R., 4.^a edición, t. 1. Introducción histórica. Extrañará el que se deje guiar por lugares comunes admitidos sin reflexión, que se atribuya al jurisconsulto romano el carácter de reformista: pero toda la historia del *derecho extricto* y su transformación demuestra lo que dejo afirmado. Era el romano sábiamente reformista.

otros autores, no nace ni vive como dice esa abstraccion histórica, que más parece un cuento fantástico que una historia: es obra humana, es producto de las generaciones y ante todo producto de su energía, de su sangre, se puede decir, refiriéndose á gran parte de la historia conocida. Primero el derecho se conquista en la conciencia, aunque á veces es simultánea la idea de un derecho con la decision de conseguirle, de establecerle, merced á la fuerza de la necesidad, que sirvió de *sugestion* al pensamiento y de aguijon á la voluntad.

Mas no comienzan los pueblos formando ideal plan de toda una constitucion y sus partes, sino de modo empírico, como vemos que aun hoy cada cual defiende su derecho; la necesidad es la que revela el derecho, que se muestra aislado, querido por el interés inmediato, de realidad jurídica innegable, pero sin relacion á otras instituciones análogas ni á hechos análogos, sin relacion ninguna; así nacen las *Temistes*, ó sean las sentencias, primitiva forma del derecho griego, como advierte Sumner Maine; estas manifestaciones pri-

marías del derecho no son leyes, son juicios; el legislador en ellos no se funda en antecedentes ni en leyes establecidas ni en costumbres conservadas, las *Temistes* son las sentencias aisladas que para cada caso dictan un fallo, como por inspiración divina, fundándose, en realidad, en lo que su criterio indica al juez, al sacerdote. «Zeos, dice Grote en su *Historia de Grecia*, no es un legislador, es un juez (1).» La costumbre, en la que se quería ver el origen del derecho en ella ingénito, uno con ella, (huyendo de este modo una clara explicación de los orígenes); la costumbre es posterior, es la acumulación lenta de esas *Temistes* ó sentencias, pero no inconsciente y dictada al pueblo por voz secreta de su propio carácter nacional.—Nuestro autor, en su obra monumental, *El Espíritu del Derecho Romano*, coincide con este sentir de Sumner Maine respecto á los orígenes de las instituciones jurídicas, hasta el punto de dar al derecho procesal (en cuanto puede aplicársele este nombre tratando de aquellos

(1) Sumner Maine.—Obra citada, cap. I

tiempos) una importancia suma como fuente de derecho, importancia que desconocen los demás romanistas en su mayor parte. El derecho (1) vá apareciendo con la ocasion, afirma Ihering; el trabajo de los primeros jurisconsultos, aquellos que no por ser hoy ménos apreciados y conocidos dejan de haber sido los principales autores de aquel derecho (2), consistia principalmente en descubrir las relaciones jurídicas, su enlace y division en la práctica, en la vida del derecho, en los casos reales concretos; por eso es imposible estudiar con fruto la historia jurídica de Roma, especialmente en la época del derecho extricto, sin atender muy principalmente al procedimiento, para cuyas necesidades se crearon tantos ingeniosos medios que fueron determinando el adelanto de aquel derecho que habia de llegar á llamarse, si no con propiedad, con justo entusiasmo, *la razon escrita*. ¿Y qué demuestra todo esto? Que el derecho como ley del Estado y

(1) Recuérdese que en el concepto explicado, el derecho aquí es la regla del derecho.

(2) *Esp. del D. R.*, t. II, §. 26 y t. IV, §. 60.

como convicción del pueblo, y como costumbre y como obra artística de la jurisprudencia, es obra del trabajo humano, y obra que exige esfuerzos y lucha constante con muchos obstáculos de distinto género. Porque no es sólo la lucha con la ignorancia, con la inexperience, lo que hay que considerar; tambien se lucha con los intereses que el derecho necesita contrariar; pues no se trata de un álgebra jurídica cuyos términos son por su materia indiferentes; el derecho camina como el carro de la deidad Índica, sobre las entrañas de la víctima que es necesario sacrificar; camina sobre las injusticias de la tierra que son para los tiranos, para los explotadores del género humano, como sus entrañas. El cincel del legislador ó del jurisconsulto trabaja en la carne viva; todo derecho que se logra mata algo que debe morir, pero que alguien defiende hasta el último aliento: el que vive de lo injusto. Hé aquí ya la necesidad tristísima de luchar á veces hasta verter sangre: hé aquí cómo no eran metafóricos los combates de que se hablaba. ¿Y qué nos ofrece la historia pragmá-

tica que acompaña á la historia del derecho, sino el espectáculo, casi siempre sangriento, de esa lucha que ha de sancionar los pasos de la ley? ¡Y aún es ménos triste el cuadro cuando de un lado, al ménos, combate el derecho! ¡En cuántas guerras de las que registra la historia no se ve más que el choque de dos injusticias!

Y cuando así es el mundo, la realidad, para bien ó para mal, ¡se predica la inacción, el marasmo, el sufrimiento! ¡se predica la paz á toda costa, aunque enerve, aunque destruya el carácter, aunque favorezca á la injusticia, fortificando su reinado!—¿Qué nuevo fanatismo es este que se propaga? En estos pueblos europeos que conquistaron lo poco que gozan de la vida de la libertad y del derecho con jigantescos esfuerzos y supremos dolores, se viene á predicar el *nirvana* político; y no en nombre del pesimismo, que eso fuera más lógico, sino en nombre de un optimismo superficial, excesivo, abstracto, absurdo, optimismo que es materialista al negar á la accion humana una influencia capaz de destruir los efectos del determinismo na-

tural en la obra del espíritu, y que por otro lado es cándidamente providencialista y casi idólatra, al esperar de lo alto una misteriosa y salvadora fuerza invisible que ha de ir realizando el ideal de la justicia, en cada momento, según su grado, por un proceso invariable, pero seguro, ageno á la voluntad del hombre. ¿Qué diría, si todo esto oyese, aquella plebe romana que nació sin derecho y llegó á dictar leyes al mundo; que en su propia ciudad nada podía al principio, nada era y llegó á llenar los anales de su historia con sus cónsules, sus censores, sus pretores, sus tribunos y sus pontífices? ¡Oh! No fué ciertamente un *posibilismo* lo que inventó la plebe romana para vencer á la nobleza, para dejar ejemplo eterno que imitar á la *plebe* de todos los pueblos futuros.

En muchos libros, buenos algunos, se habla con entusiasmo de la especial vocación de nuestro siglo (y en general de la época moderna) al derecho, á cuyo fin se dice se consagran las más vivas

fuerzas de la sociedad. Esta creencia, muy generalizada, contradice lo que arriba queda afirmado. ¿Pero es cierta esa vocacion? En el derecho público, en cuanto derecho de las relaciones entre los poderes y de éstos con el individuo, no cabe duda que existe gran actividad en nuestros días; pero no es lo eficaz que podria, si fuese presidida por más claro conocimiento de toda la vida jurídica, cuyo concepto en unidad y cuyo sentimiento faltan en absoluto ó son muy deficientes.

Cierto que en el derecho político se han hecho grandes conquistas, pero ha sido sobre el dominio de la tiranía, del privilegio odioso; se ha derrocado el poder absoluto, en unas partes por completo, en otras por medio de transacciones, de garantías mútuas, para las que se ha inventado el sistema monárquico-constitucional que deja subsistente no escasa porcion del poder personal arbitrario (1); pero este trabajo de destruccion, si es de gran precio,

(1) Se dice que un rey constitucional puede poco: el hecho de ser incompatible con una democracia real demuestra lo contrario. La iniciativa que tiene en la elec-

no nos ha dado un derecho público que sea real garantía de la libertad, ni que preste las condiciones necesarias para el cumplimiento de nuestros fines, ni mucho ménos que esté en sábia, eficaz relacion con todo el derecho, en su unidad primero, y en su rica variedad tambien. Nada de esto tenemos; y de aquí que los espíritus que se llaman *positivos* se hayan apartado de las luchas políticas desengañados de su provecho. El poder arbitrario no se puede sufrir, se destruye, y esto es mucho; pero se equivocan los que crean que con esto basta para que el derecho tenga en la vida la saludable influencia á que está llamado. Y sin embargo, hay partidos políticos liberales que no ofrecen otra cosa; derechos individuales, (es decir, las condiciones absolutamente necesarias para que se pueda hablar siquiera de un Estado y de un derecho público) libertad para todas las actividades cuya concurrencia social por nadie ha de ser regulada, y además de

cion de ministros responsables, es un poder muy grande, manejado por mano hábil y voluntad poderosa: la inviolabilidad es la sancion de ese poder de iniciativa.

esto *descentralizacion administrativa*. Esta sólo frase, descentralizacion administrativa, usada sinceramente, demuestra lo que digo: que nuestros adelantos políticos poco han hecho en pró del derecho en sí, pues hémonos quedado en las divisiones abstractas; y mientras nos creemos soberanos, merced á ciertas señales exteriores, somos esclavos como siempre en aquellas relaciones de derecho que más de cerca tocan á la realidad de la existencia. ¡Cuánto se habla de positivismo y realismo en nuestro tiempo! ¡Y que no se acuerde nadie del positivismo jurídico, que consistiría en arrojar las cáscaras y quedarse con las nueces! Se divide el derecho en político y administrativo y en público y privado; y esto que es muy bueno para que los estudiantes aprendan mejor, es de consecuencias deplorables en la realidad de la vida, porque se toma la division escolástica en un sentido que no debe tener. También el alma se divide en más ó ménos facultades, segun los distintos autores, y sin embargo, vivimos bien ajenos de obrar segun esas divisiones. El derecho adminis-

trativo es tan político como el político mismo; si como subdivision interior de éste se puede admitir la distincion, no impide esto que sea absurda esa separacion de su esencia que supone el proclamar legitima la descentralizacion administrativa, mientras se considera abominable la política, que se decora con nombres tenebrosos y de historia tristísima. Nace este error, como otros muchos, de que reina la abstraccion del derecho escolástico, en vez de vencer el sentido del derecho real.

Tiene razon Ihering; fáltale al derecho moderno la *publicidad* y *plasticidad* (1) del Derecho romano antiguo, y por esta causa se le confunde con otros elementos de la vida; en nuestros negocios continuamente se trata de relaciones jurídicas sin que lo sospechemos siquiera, y padecemos males que tienen remedio jurídico, sin que busquemos tal remedio, y toleramos daños que por el derecho podian repararse, sin que busquemos semejante reparacion. Sólo en el que se llama por antonomasia dere-

(1) Obra citada, t. II, §. 27.

cho político (1) hay cierta publicidad, engañosa en gran parte, pues lo principal del derecho público suele ser secreto, ó por lo ménos quedar entre pocos. Pero en las demás esferas jurídicas apenas si el pueblo se forma vaga idea de lo que pasa. El derecho se ha hecho demasiado escolástico y demasiado curialesco para que se pueda soñar en una vida jurídica popular de real y eficaz efectividad. Conviene copiar algunas palabras del autor de este opúsculo, que con profundidad y gracia dice sobre este asunto: «Esta invisibilidad de los movimientos y de las operaciones del derecho actual, esta naturaleza no-plástica que le caracteriza, se extiende al derecho del procedimiento. Recientes reformas han dado otro aspecto exterior, es verdad, al procedimiento criminal, pero aún há poco no tenía, como el civil, más existencia que la del papel. Comenzando y concluyendo sobre el papel, ni uno ni otro ofrecían momento alguno dramático, ni se manifestaban más que en sus consecuencias. Se po-

(1) Pues hay mucho más *derecho político* del que así se considera y se cuida como tal.

dria dar como emblema á la justicia una pluma en vez de una espada, porque las plumas le son tan necesarias como á los pájaros. Pero á diferencia de éstos, su rapidez está en razon inversa de las plumas que emplea (1).»

Esta falta del elemento *dramático* en nuestra vida jurídica, nace de que el derecho no llega á ser asimilado por el ciudadano actual, á formar parte de su carácter, á correr en los glóbulos de su sangre. Muchas veces está interesado seriamente nuestro derecho y no lo conocemos, no sentimos el dolor de una injusticia que positivamente se nos hace (2). Véase en

(1) Obra citada, loc. cit. en una nota.

(2) Sirva un ejemplo vulgar, casi cómico, y sin embargo de gran enseñanza. No sólo cuando el gobierno se encarga de nombrar alcaldes para los pueblos, sino cuando éstos los eligen, suele recaer el cargo en personas que lo deben á una influencia extraña á los intereses jurídicos de que se trata. Las alcaldadas vienen enseguida y nadie se escandaliza, y nadie recuerda que la eleccion no fué hecha con la prevision necesaria para evitar las alcaldadas. Y sin embargo, un *alcalde* puede ser un tirano; medidas draconianas, de que ya no hay memoria en los anales de los imperios, las repiten todavia muchos señores alcaldes.

nuestro pueblo cuán fácilmente pasan, apenas sin protesta, los mayores atentados jurídicos en el orden económico; cómo un ministro de Hacienda, á pretesto de que se trata de un tecnicismo rentístico que no todos entienden, y á pretesto de que tiene un sistema, corta y raja en la Hacienda pública, es decir, en la hacienda de todos, y causa molestias irritantes en la cobranza, y falta ó deja que los subalternos falten á todos los derechos posibles, inclusive los *derechos individuales*, y emprende arbitrios ruinosos, y compromete el porvenir de la riqueza, y todo sin que aparentemente falte ni *á la Constitución ni á las leyes orgánicas*.

Busquemos otro ejemplo y otra prueba en las relaciones del derecho privado y del derecho público. ¿Cómo se hacen hoy las leyes llamadas civiles? No se trata ahora de la legitimidad de la fuente de que emanan, aunque mucho se podría decir, ni tampoco de los sistemas en uso para legislar en estas materias, aunque de esto podría decirse mucho más todavía (1); sino

(1) Reparemos sólo lo que sucede con nuestro célebre

de la influencia del pueblo en la formacion de esas leyes, influencia en rigor nula en nuestro tiempo y en estos paises. Pasma pensar la facilidad con que unas Córtes pueden, sin más que querer, transformar, para bien ó para mal, leyes que atañen á los más caros intereses de la familia y de la propiedad, y todo el derecho civil en suma: la facultad constitucional no les falta, y como el voto de los electores es cosa tan ajena á toda prevision de las consecuencias que puede traer al derecho el resultado de los sufragios, puede encontrarse el país con que unas Cámaras que él no

proyecto de Código civil. Hay una comision de muy pocos señores abogados, residentes en Madrid todos, ó casi todos, por no asegurar lo que no sé de cierto, la cual presentará en su dia un proyecto de legislacion general en materias de derecho civil, conforme á un sistema preferido por esos pocos señores de Madrid: las Córtes discutirán ese proyecto, como se discuten los presupuestos y la ley Hipotecaria, y hasta el Código penal, y hasta la Constitucion de 1876, es decir, sin discusion; y se aprobará el proyecto con ligerísimas modificaciones, originadas por luchas de intereses; y España, al fin, tendrá su Código de Napoleon correspondiente. Y nadie se quejará, ni los abogados más liberales. Esta es la vocacion al derecho de nuestro tiempo.

eligió en efecto, pero que consintió que eligieran unos cuantos, transforman su derecho, tocan á lo más querido y sagrado; y al descuido, como quiera, derogan y subrogan leyes y aprueban otras, sin que en rigor sea esto obra más que de unos pocos señores abogados, y á veces leguleyos, que han tomado á pechos el honor de ser miembros de la comision. Otras veces es un ministro que tiene iniciativa, y que ha leído ó no ha leído muchos libros franceses, italianos, ingleses ó alemanes,—no importa mucho el punto de su erudicion;—este ministro todo lo encuentra mal y deshace lo hecho y suele equivocarse, y sin embargo, en el Parlamento su obra, su meditatísima obra, pasa por buena, y todos la votan, y los que no, es porque están ocupados con los intereses del dia, con la política corriente: pero la ley pasa; y resulta que todos los casados del país están mal casados, ó muchos al ménos, ó que la reforma estudiada con despacio respecto de la redencion de foros, es una medida comunista, y se echa abajo; ó por último, que es necesario organizar el derecho

y traerlo todo á colacion para que unos pocos señores escriban un Código que sirva para todos, aun para aquellos para quienes en realidad no sirve. ¡Tejer y destejer constante! y todo sin que el país se dé cuenta de nada hasta que uno á uno los ciudadanos van sintiendo en su dia las consecuencias desastrosas de aquellas leyes ó decretos, pero cuando ya es tarde, cuando la protesta de cada cual seria inútil rebeldía. ¡La ley y el decreto! otro ejemplo que demuestra que vivimos de apariencias y que el fondo del derecho se nos escapa. El decreto es algo ménos solemne que la ley, porque no crea derecho en materia grave, sino que procura la recta aplicacion de las decisiones de leyes dadas; por eso el decreto es del poder ejecutivo: division sábia, explicacion satisfactoria... y despues sucede que los decretos importan más que la ley, porque segun sean la facilitan ó dificultan, la anulan ó adulteran; y como de ellos depende la aplicacion—que no es parte de la ley—suelen importarle al país más los decretos que las leyes; pero si en éstas no toma

gran parte en aquellos no toma ninguna. ¡Los decretos! Aún no se sabe hasta qué punto podría hacer daño un gobernante, sin salir de la Constitución, y solo publicando decretos; y eso que tanto saben los pueblos, por experiencia, de esta materia.

La policía, los delegados, las comisiones, son tentáculos del poder de cuya legitimidad no se permitirá dudar ningún hombre que no quiera merecer el apodo de anarquista. Pues imagine el lector la suma de molestias, arbitrariedades, atentados á la seguridad del ciudadano que compone la historia de la policía, de los delegados y de las comisiones. En manos de estos dioses menores del Estado se encuentra casi siempre á todas horas el derecho de cada vecino, y sin embargo, los mismos que declaman contra la tiranía de arriba, contra el déspota que fulmina decretos desde la capital, sufren las mil y mil trabas injustas, las mil y mil impertinencias con que la ignorancia y la malicia de las *autoridades locales* sin piedad los flagelan.

Aquila non capit muscas.

En todas, en todas las esferas del derecho se puede buscar abundantes pruebas de que la vida moderna ha reivindicado el derecho formal, y éste en parte exígua, pero sin haber intentado siquiera librarse de muchas injusticias que padece, porque no ve *como derecho* lo que es de derecho, y juzga molestias necesarias y azares de la suerte, lo que un pueblo que tuviese conciencia perspicaz de la realidad jurídica procuraria remediar luchando por el derecho. Haré caso omiso, porque no es posible otra cosa, de infinidad de relaciones que nos convidan con la claridad convincente de su ejemplo; voy á detenerme sólo en la consideracion del derecho de lo que llamaré, para servirme de palabra muy usual, la autonomía. Es este aspecto del derecho importantísimo tanto por su valor intrínseco, cuanto porque no podria escogerse señal más clara de la ausencia de la vocacion jurídica que el abandono en que yace por parte de pueblos y legisladores esta garantía capital, principalísima de todo derecho cierto, real, digno de tal nombre. Por otra parte la consagracion

de la autonomía es el único medio para despertar ese sentimiento y esa voluntad que pueden avezar á los pueblos á la lucha por el derecho y al racional aprovechamiento de la victoria.

La teoría del contrato social es, como explicacion hipotética de los orígenes de la sociedad, la más inverosímil de cuantas se han ideado, (dentro de la ciencia se entiende, pues en la leyenda parasidiaca hay mayor inverosimilitud); pero hoy se reconoce, pasado ya el prurito de reaccion contra la doctrina de Rousseau que tanto influyó en Europa, que fué de grande utilidad para la conquista de la libertad individual semejante hipótesis que imaginaba en los principios de la vida humana un estado de independecia natural en el que el hombre gozaba, sin merma impuesta por el Estado, de todas sus facultades originales, sin trabas y sin límites. Muy fácil ha sido á la arqueología jurídica demostrar que todos los restos que, sirviendo de indicios, hablan de tan remotos tiempos dicen á una lo contrario de lo que supone el con-

trato social (1), que la vida humana comenzó siendo colectiva, sin que hubieran podido subsistir los hombres de otro modo en aquellos terribles tiempos de lucha constante con la naturaleza. Pero otra cosa es proclamar como de derecho natural la teoría del origen familiar de las sociedades. Así nacieron, es verdad; puede decirse que está demostrado que del derecho patriarcal se vino al derecho público, propiamente dicho; que los primeros pueblos no fueron más que naturales agregaciones de distintas familias bajo el poder de sus respectivos jefes ó patriarcas, familias probablemente unidas por lejanos lazos de parentesco, que tenían en cuenta al unirse la comunidad presumible, si no averiguada, del origen. Pero este origen histórico, que puede decirse pertenece á la *historia natural* del hombre, obra más de la sujeción de las circunstancias naturales que de la libre elección, no obliga á considerar como contraria á derecho la formación de sociedades adultas

(1) Véanse, entre otros muchos autores, Foustel de Coulange *La cité antique*.—Pepere. *Storia del diritto*.—Azcárate. *Historia del derecho de propiedad*.

en que el contrato, mejor, el pacto, son la base, el fundamento histórico del Estado. Y en efecto, así ha sucedido y así se han formado pueblos tan poderosos como Roma, que segun observacion profunda del autor de este opúsculo, debe en gran parte su eminente espíritu jurídico y su poderoso carácter á ser producto de la union artificial de tres pueblos (1); y así se han formado en nuestros tiempos los Estados-Unidos, de cuya prosperidad no cabe duda. Sin embargo, si el pacto puede ser base de la creacion de un Estado, no se entiende que el derecho nace en aquella sociedad con el pacto, error que con Rousseau compartieron muchos, y que aun hoy no es seguro no padezcan algunos de los defensores del pacto. El célebre pensador de las Antinomias, génio fecundo en robustas creaciones, brillante con exceso, si cabe exceso en el brillar, apasionado ergotista, si hacia falta, amigo de la antítesis y aun de la paradoja, tambien recurrió al pacto olvidando tambien que el derecho

(1) *Espíritu del D. R.*, t. I, §. 24.

es anterior necesariamente á todos los pactos posibles, y que la fuerza jurídica de toda convencion nace siempre de derechos pre-existentes, no siendo el pacto más, al cabo, que la determinacion de las relaciones de derecho que existen entre las partes que convienen ó contratan, en la forma y hasta el límite que libremente escogen: de modo que jamás el pacto *creará* derecho, siempre lo determinará; ni jamás determinará todo el derecho posible entre los contratantes, pues la determinacion es limitacion, y en la finitud necesaria de todo pacto no cabe la infinidad posible del derecho. Aunque el ilustre sábio y estadista, Pi y Margall (1), procura demostrar que los errores de la doctrina de Rousseau no pueden atribuirse á la de Proudhon, es lo cierto que en el punto que trato lo mismo peca el *Principio federativo* que el *Contrato social*. Proudhon, buscando antinomias en todo, vió una entre la autoridad y la libertad (2); y como ingenioso medio

(1) Traduccion española del libro de Proudhon sobre el *Principio federativo*, notas.

(2) Algun jóven escritor español sigue este desastroso

de reducir sus efectos, ya que no de resolver la antinomia, discurrió menguar el poder de la autoridad disolviéndola, reduciéndola en una division casi atómica, para lo cual le servia el pacto de la federacion. Y este origen tiene entre nosotros el partido que busca á toda costa la autonomía, como única garantia cierta del derecho. Para los más, en efecto, el individuo es dueño de todo su derecho, de toda relacion jurídica; cada obligacion que con los extraños establece es como algo de su libertad que pierde; el Estado, como otro cualquier contratante, no tiene, respecto del individuo, más derechos que los convenidos; si las necesidades de la vida piden otra concesion, otra disminucion de la libertad individual, sea, pero mediante modificacion del contrato, para que conste que aquella nueva prerogativa del Estado fué convenida, y que sólo hasta el punto determinado alcanza. En fin, que el caudal del derecho está en el individuo, y de este caudal *gasta* en sus relaciones con el Esta-

camino de ver antinomias, donde hay que procurar unidad: dar la autoridad á la libertad es lo que se necesita.

do sólo aquello que es preciso para tener garantidas las seguridades que el Estado le ofrece. Así entienden muchos de los que la proclaman la autonomía, y entendiéndola así, preciso es confesar que se hace imposible toda sociedad jurídica.

Vá por delante esta ligera exposicion crítica, que de otro modo seria extemporánea, porque me importa que no se confunda lo que aquí se llama el derecho de la autonomía, cuyo valor queda ensalzado con las doctrinas corrientes con que por culpa del nombre podría confundirse.

La gran equivocacion de ese autonomismo de que dejo hecho mérito, consiste en no ver más autonomía que la individual, cayendo así en muchos de los errores lamentables del individualismo anticuado que ya todos combaten, sin notar que existe contradiccion entre ciertas saludables tendencias de esas que se llaman *socialistas* (para asustar á los conservadores que en esto son unos niños) y esa autonomía individual exclusiva. No, la autonomía, no dice, en general, más que esto: ley de sí mismo, es decir, poder jurídico

en cada persona del derecho propio; no dice que esa persona sea individual, se refiere á toda persona jurídica que pueda tener su *Estado*. Así el individuo podrá decir con justicia: mi Estado soy yo... pero tambien lo puede decir el *Estado*. En la autonomía individual como única de derecho, como única no creada, necesaria, se ve el pacto social ó la autonomía artificiosa y falsa de Proudhon: sólo reconociendo en cada *Estado* su autonomía, esto es, en cada persona de derecho su estado, se puede fundar en justicia esta doctrina del derecho autonómico, sin que en nada se lastime el derecho individual. Lo mismo que se quiere defender con el autonomismo individual, á saber, la accion propia de cada cual en toda relacion de derecho en que el individuo tome parte, obligando ú obligado, se defiende sosteniendo la autonomía de los otros Estados,—el municipal, el provincial, el nacional, etc., etc., (1), porque

(1) Estas otras personas del derecho son tan reales como el individuo y tan necesarias como él, y no está él ménos realmente en ellas que en sí mismo; siempre, se entiende, que el estado legítimo de esas otras personas

todo derecho en estas esferas es derecho del individuo tambien, no como individuo, sino como miembro de ese Estado superior; y en la última realidad del derecho, al que se encuentra en todos estos Estados es al hombre. Así, procurar la autonomía nacional, la autonomía provincial, la autonomía municipal, no es trabajar ménos por la realidad del derecho, que si se atiende á la integridad de los derechos del individuo en su propio Estado.—En España existe un numeroso partido cuyo ideal político característico es la autonomía provincial; á éstos se les llama ahora federales, por motivos transitorios, relacionados con lo que dejo dicho acerca de la procedencia de las teorías que defienden muchos de estos autonomistas; en Francia el partido federal se caracteriza por la aspiracion á

sea el que rija. ¡Pero cuántas veces el individuo *tampoco está en sí*, y no rige como propio dueño de sus acciones sus relaciones jurídicas! En cuanto al nombre y los límites materiales de esas personas mayores de derecho, dependen de la variable determinacion histórica. El municipio, con este ú otro nombre, se determina con más constante igualdad, por razones fáciles de comprender.

la autonomía del municipio; pero ni unos ni otros entienden que trabajan sino en pró de la autonomía en todos sus grados, y por el individuo como por el municipio y la Nación. Todo desequilibrio en esta materia es absorbente ó disolvente; si á la autonomía individual se sacrifican las demás, hay anarquía; si predomina la municipal, la Nación se disuelve y el individuo no padece ménos, es tiranizado por un *tirano* local como podria serlo por un emperador del Sacro Imperio ó de todas las Rusias; si la autonomía nacional es la que ante todo se procura con menoscabo de los círculos interiores, hay absorcion, hay centralismo: y tal es la situacion de la mayor parte de las Naciones (1).

Así entendida la autonomía, nombre de que segun queda dicho me sirvo porque es de los usuales el que más se acerca al concepto de que trato, se comprende que en ella se vea la piedra de toque de todos

(1) Este predominio de la autonomía nacional, supone, sin embargo, que en el poder de la Nación interviene el legítimo Estado; cuando no, existe la absorcion, el centralismo, pero no la autonomía nacional.

los derechos, y que el estudio de su situación actual nos sirva para notar si en efecto se acertaba al decir que el derecho no es hoy vivido en su unidad con clara comprensión y sentido de toda su eficacia posible. Pues bien; ¿en qué Naciones está reconocida la existencia real y necesaria de esas personas de derecho? Conteste por mí la *descentralizacion administrativa* que nos ofrecen muchos liberales como satisfaccion suma á las reclamaciones de la autonomía. Y no se crea que en los mismos países en que existe la *federacion* supone ésta que queda bajo garantía segura el derecho autonómico; empieza por no estarlo el derecho individual en la federacion austro-húngara ni en la federacion de los Estados-Unidos, donde existen ciertas leyes contradictorias que citan con regocijo los escritores ultramontanos; y es porque la federacion puede ser un medio, entre otros (1), para asegurar la autonomía de cada círculo jurídico de Estado propio,

(1) Entre otros; esto es lo que muchos se niegan á entender.

pero es un medio que puede ser ineficaz tambien como los otros.

Pero aún más triste (y mejor prueba de lo que afirmo) que la ausencia de leyes que den al derecho de la autonomía todo lo que en justicia le pertenece, mucho más triste es la ausencia del sentido jurídico de la autonomía en los pueblos; casi nadie se queja, en estos países sobre todo, de la especie de *escamoteo* del derecho propio, que con habilidad dudosa pero con desfachatez admirable, nos dan en espectáculo continuo los poderes constitucionales que equilibrados bien ó mal entre sí, conspiran con perfecta armonía al fin de hacer ilusoria la llamada soberanía popular. Es el pueblo un soberano *in partibus infidelium*. Y sin embargo, partidos liberales enteros, que ofrecen mil bienandanzas, ni siquiera como golosina de derecho ofrecen un remedio para impedir este juego en que el pueblo sale perdiendo siempre. Y es que esos partidos liberales y todo, no sienten la necesidad de convertir en real esa soberanía tan decantada, para creer en la cual se necesita una fé no ménos ciega que para

creer en la eficacia de las relaciones que la Iglesia mantiene con el cielo. Si con sufragios se gana la gloria, con sufragios se conquista esa soberanía. No hay más sino que no está demostrado ni lo uno ni lo otro.

Lo primero que se le hace al pueblo con su soberanía es ponérsela donde no la vea; como *voto*, el ciudadano es tan soberano como cualquiera otro; pero como hombre, ni siquiera es dueño de sí mismo (1). Y aquí vuelvo á recordar el predominio de la abstraccion que caracteriza el concepto del derecho en nuestros dias; si en el procedimiento civil el derecho se vá en papel y pluma, en el derecho público el procedimiento no es más *plástico* ni ménos invisible; toda la soberanía se reduce á una papeleta en que el ciudadano escribe el nombre de un representante. Lo diré ya, esa soberanía, ese derecho del individuo á intervenir en la accion del Estado y de todos los Estados interiores, es de imposible realizacion mientras exista la

(1) Como se ve, en lo que voy diciendo no puede haber alusion á España; aquí la soberanía nacional ni siquiera tiene voto.

centralizacion politica, que se funda en un concepto abstracto de la Nacion y despues simboliza á ésta en un como prototipo de ciudad: la capital. Olvidase por completo la relacion del derecho al espacio, y que ésta exige que se discurra el medio de que cada cual, si ha de ser autónomo y soberano, lo sea ante todo donde su derecho tiene las más inmediatas necesidades, en el espacio en que vive, en su casa y en su pueblo. Faltando este primer momento de la soberanía, lo demás se hace vana abstraccion que jamás dará á los pueblos la verdadera nocion del derecho y el sentido de su importancia: es, sí, preciso que el ciudadano intervenga directamente alli donde directamente puede intervenir en la accion del derecho público, y es, además, preciso que tenga medios para llevar su concurso á la obra de la transformacion del derecho privado, á fin de que la historia de éste le dé al cabo un carácter original (1), en cuanto diga claramente ser pro-

(1) No se trata de defender la teoría más sentimental que otra cosa, de la variedad pintoresca, estética de los *derechos nacionales*: cuando esta variedad sea natural

ducto de la energía nacional, obra de la voluntad del pueblo; sin que importe que revista ó no un color local, pues no se opone esto que se pide á la tendencia de universalidad que vá adquiriendo el derecho, como todo.

Se ha pensado muy poco en esta relacion del espacio y el derecho (1), y por eso muchos partidarios sinceros de la libertad y de la vida jurídica real y total de los

producto de la historia, respétese; pero no hay por qué procurarla, contrariando por *gusto de artista* la tendencia del derecho á ser semejante en todos los países civilizados. Lo que se sostiene es que ese derecho, semejante ó diferente, debe ser obra propia de cada pueblo, creado al paso de su propia historia. Roma hizo todo su derecho para sí, nació todo él de la médula de su vida y de su enérgica y reflexiva voluntad y conciencia; y sin embargo, el derecho romano llegó á ser el *derecho comun*, casi el único por mucho tiempo en Europa.

(1) Bellísimos pasajes de profunda verdad se leen en la obra del ilustre Pi y Margall, *Las Nacionalidades*, acerca de este punto. Es recomendable sobre todo aquel en que se habla al sentimiento haciendo ver el amor singular que se profesa á la *pátria local*, al *pueblo*, amor que es ideal y material, que no necesita esfuerzos de abstraccion para ser. En este libro notable se apuntan muchos de los fundamentos reales de derecho que existen como argumentos en pró del sistema autonómico.

pueblos, exponen doctrinas deficientes para el cumplimiento de este ideal. No cabe duda que los medios son de difícil estudio, que la habilidad jurídica tiene mucho que hacer para acertar con el modo de hacer efectivas las distintas autonomías, sin que en cada una falte la intervencion de los subordinados, que al fin son su esencia; en este prólogo, aunque se pudiera, no seria oportuno tratar este punto con más detenimiento; pero lo que importa es notar que difícil ó no, no hay otro medio de dar realidad, unidad, calor natural á la vida del derecho, que el de hacer respetar esta relacion del espacio, no buscando el imposible de que el ciudadano sea autónomo de cierto, teniendo su poder simbolizado en una abstraccion representativa y los más caros intereses sin la garantía del propio poder de derecho, sin defensa en justicia. Ya lo hemos visto brevemente, aunque se dejan sin tratar muchos puntos: la vida jurídica actual, carece de ese fondo de eficaz energía que sólo engendra el sentimiento fuerte y constante del derecho, el cual sólo aparece allí donde la justicia es una reali-

1....

dad que todo lo llena, que llega á todos los actos como debe, y en todo muestra su saludable influencia. Ni en la forma del derecho, ni en las relaciones de sus instituciones, ni en el contenido de éstas, tal como hoy existen, se ve indicio del trabajo enérgico de un pueblo que tiene la vocacion del derecho; en la falta de *irritabilidad* al contacto de tanta y tanta injusticia como pasa sin ser sentida, hay nueva prueba de que ese esfuerzo, de que tanto se jactan algunos escritores, hecho por nuestra época en pró del derecho público, es muy poca cosa en comparacion de lo que racionalmente debemos ambicionar.

Siganse las tendencias de libros como LA LUCHA POR EL DERECHO, combátase la política y las doctrinas del fatalismo pere-zoso y enervante (1), y algo se habrá andado en el camino del renacimiento del Derecho.

(1) En estas censuras, leales, francas del *oportunismo*, no aludo á personas determinadas, ni ménos trato de molestar á quien por profesar sinceramente tales doctrinas merece el mayor respeto.

Y bien podría llamarse renacimiento esa era feliz, si apareciese; porque ya la historia nos habla de un pueblo en que el derecho, con toda su realidad y eficacia, tal como entonces podia ser, se cultivó como vocacion especial en todas las condiciones que en el rápido análisis que antecede echábamos de ménos.

Sí, fué Roma; el pueblo que antes de conquistar el mundo, lucha por hacerse dueño de sí mismo. Ihering indaga las causas que hicieron de Roma la Nacion del derecho; encuentra como principal característico el egoismo; un egoismo noble, porque no es el torpe egoismo individual; un egoismo que en rigor no lo es, sino el sentimiento de la propia dignidad y de la justicia que se le debe, sentimiento que despues se extiende á toda la pátria, y llega á hacer del derecho del Estado una religion. Pero ¿cómo habia nacido ese Estado? Habia sido producto de la voluntad, de la intencion y del trabajo, de la lucha por el derecho; el pueblo romano fué resultado de las transacciones á que tres pueblos vecinos, pero no hermanos, tuvieron que avenirse

para poder conllevar su vida llena de azares y peligros; allí empezó la convencion (el derecho) siendo algo reflexivo, impuesto por la necesidad: Hegel mismo reconoce en los orígenes de Roma este carácter de convencion y de lucha que tanto influyó en su vocacion definitiva: la necesidad le dió la lucha por tarea, la lucha la hizo aguerrida, le dió fuerza; con la fuerza le vino la energía de la voluntad, con ésta el génio creador del derecho.

El derecho público no nació en Roma de abstracciones, sino que fué una extension natural del derecho privado; la guerra obligó á formar el ejército, la institucion militar creó el Estado político, que no era más que la reunion de las *gentes in proximitate*; de los *castra* nacieron los *comitia*; y el Estado, que empezó siendo las *gentes* armadas para la guerra, subsistió en la paz, se hizo Estado civil, pero sin que perdiese jamás ni su rigor de milicia disciplinada, ni los vestigios de su origen familiar y gentilicio. Así, nunca desapareció en aquel derecho público el sentido de la realidad que en su fondo debe existir; siempre

se creyó en la solidaridad de los intereses, de los derechos, sin recurrir á teorías abstractas y poéticas de patriotismo; se supo por la tradicion y por experiencia, que todos eran del Estado y el Estado de todos... de todos los que hubieran asistido á su creacion paulatina, ó en adelante conquistaran este derecho de ciudadanía con todas sus prerogativas. Los plebeyos lo conquistaron. Y como allí todo habia nacido de la misma realidad, de la carne viva de las *gentes*, derecho público y derecho privado, la plebe en sus conquistas sucesivas, modelo eterno de valor, arte y constancia, no aspiraba á derechos ó garantías del orden político tan sólo, sino que atendia al propio tiempo al derecho privado; se hacia el plebeyo tribuno, censor, cónsul, pontífice, pero además pedia el *connubium* con los patricios, queria la igualdad en el derecho familiar como en el derecho de los honores. Todos sabemos la eficacia de aquellos procedimientos de la plebe romana; tenian conciencia de su valer, de que eran necesarios en Roma, y tenian conciencia de la importancia de lo que pedian,

porque allí el derecho se miraba como lo que es, como una condicion indispensable para la felicidad que cabe alcanzar en esta vida. Si hoy el derecho parece al vulgo algo que está en el papel sellado, para el plebeyo de Roma el derecho era algo con que se hacia el pan, tan necesario como la harina. Eran allí las luchas jurídicas guerras de vecindad, tan feroces y sangrientas á veces como éstas suelen serlo; pero habia la ventaja de que el romano sabia siempre bien lo que le importaba el defender su causa: esta conciencia de su valer le daba mucho aliento para combatir por ella. Un dia se reclamaba tierra que labrar, otro el perdon de deudas contraidas por bien de la República, otro una dignidad, un oficio público, otro un código de leyes para todos iguales; y ora venia abajo la monarquía por un ataque al honor de un solo romano, ora caia el poder dictatorial de los decenviros sólo por vengar el ultraje de Virginia.—Entendian aquellos hombres su derecho porque lo *tenian en casa*, porque Roma, el Estado, empezaba y acababa en Roma. Se luchaba por la *ciu-*

dad como hoy se lucha por la propia vida y por el hogar; el derecho no estaba en los libros ni en las tablas del edicto tan sólo; andaba por las calles, al aire libre, se movía, se le veía ir y venir de la consulta al foro, estaba en el mercado y en los comicios... El rumor que á lo lejos se oía al llegar á Roma, era la voz del derecho, era la *estipulatio*, era el testamento en los comicios, era la fórmula solemne de la *mancipatio*, coro magestuoso, era el monólogo de la *in jure cessio*, era el elegante hablar del sábio *prudens*, conciso y severo, era la gárrula retórica del hábil y fogoso *orator*. Pero el rumor crecía, el tribuno arengaba á los suyos, estallaba la tempestad, el estrépito se hacía horrisono, la plebe se marchaba; no se oía su justa pretension y se iba... se iba para volver con la justicia. ¡Y tambien aquellos ruidos formidables del motin y de la revolucion eran la voz del derecho!

LEOPOLDO ALAS.

Enero de 1881.
