

APENDICE

P R O L O G O

DE LA

PRIMERA TRADUCCION ESPAÑOLA (1)

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. — "Espiritu del Derecho Romano", t. I, § 24).

El opúsculo, a cuya traducción española sirven de prólogo estas páginas, sería siempre digno de ocupar la atención 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 a los ánimos decaídos y co-

(1) El gran escritor asturiano Leopoldo Alas (Clarín), no fué sólo el gran novelista, el crítico literario, el maestro distinguido de una generación estudiosa; era también un estudioso del derecho, alerta a toda idea y a toda innovación que pudiese captar en el mundo con vistas a levantar a España de

rregir muchas perniciosas aberraciones de la voluntad y de la inteligencia. Es de tal manera esta obra, que sus lecciones son útiles a todos, y pueden entenderlas y aprovecharlas lo mismo los que por filósofos y jurisconsultos se tengan, o lo sean, que la mayoría de los lectores, que por ser ajena a los estudios técnicos del Derecho propenderá a 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 a esta ventaja, cabe utilizar como libro de propaganda éste, cuyo contenido se refiere a cuestiones que en la actualidad interesan a los políticos como a los jurisconsultos, a los filósofos como al pueblo. No importa, o mejor, conviene que la forma de LA LUCHA POR EL DERECHO sea, naturalmente, muy distinta de la que se acostumbra a usar, sobre todo en Fran-

su postración, antes todavía de la generación del 98, en buena parte su heredera. Una de sus lecturas favoritas fué Ihering, el autor del *GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS*. Un día recibió de Adolfo Posada un opúsculo del gran jurisconsulto alemán, *DER KAMPF UM'S RECHT*. Le impresionó de tal modo que pidió a Posada que lo tradujese en castellano, y por su parte se comprometió a escribir un prólogo. Así apareció la primera edición castellana de *LA LUCHA POR EL DERECHO*, en 1881. El prólogo fué escrito de un tirón en Oviedo y don Francisco Giner de los Ríos, profesor de filosofía del derecho de la universidad de Madrid, juzgó ese trabajo como uno de los de más intensa profundidad y de más substancia en la literatura filosófico-jurídica española.

cia y en España, cuando se quiere que un FOLLETO ocupe la atención pública; ajeno Ihering a 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 a procurar el progreso efectivo de la libertad y del derecho. Cualesquiera que sean las opiniones de Ihering en punto a la política actual, y a pesar de ciertas tendencias con exceso conservadoras que a 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 a este adjetivo el sentido menos alarmante posible. Aunque el autor aplica los principios, que con valor noble establece, a la esfera del derecho privado, no oculta que análogas consideraciones pueden convenir a otras materias jurídicas, siendo lo esencial los principios mismos. Sin violentar la doctrina de este trabajo meritisimo, sin pretender mezclar sus puras y elevadas disquisiciones con elementos de la actualidad política en que vivimos, se puede, y creo conveniente, apuntar las relaciones de subordinación 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 días 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 a esta parte, pecan también por la debilidad tristísima con que se dejan llevar a esos sofismas enervantes de la inercia y del marasmo, inventados por los cobardes y por los perezosos: sofismas que se conocen con nombres más o menos huecos, más o menos bárbaros; sofismas que toman su apariencia de argumentos de donde pueden, ora de las ciencias naturales, y hablan entonces de EVOLUCIÓN; 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 relación 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, o QUIETISMO que podría llamarse, lleguen a 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 también podría decirse JOBISMO, ya que tanto agradan los nombres nuevos), se deriva necesariamente de la influencia formalista que por vicio secular padece el concepto del derecho más vulgarizado.

Cuando el derecho es ajeno en realidad a la vida del pueblo, en cuanto puede serlo, esto es, en cuanto de él no tiene conciencia clara, ni con decidida voluntad, como vocación especial, lo procura; cuando el derecho se cultiva principalmente en su idea, según representación subjetiva de cada cual o de colectividades, sean escuelas o partidos, y sin atención a la unidad y solidaridad de sus distintas esferas e instituciones; cuando el derecho es para los unos una metafísica en cuya existencia se cree con esa fe 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 día 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 abstracción, basta con otra abstracción.

Por medio de una teoría vana se le dice al pueblo que debe esperar el reinado del derecho: NATURA NON FACIT SALTUM, la antigua revolución se ha sustituido en nuestro dogma con la modernísima evolución; todo se desarrolla por evolución: los ani-

males, las plantas, la vida de la sociedad, todo; querer cambiar este proceso de las cosas es absurdo, es una rebelión contra las leyes de la naturaleza; el derecho, como todo, va 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 a 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 perturbación accidental, cuyo efecto una acción violenta se encarga de deshacer, y el curso natural vuelve a restablecerse y nada se adelanta, ni en un día, por la impaciencia irracional de los hombres. No se negará que éste es el lenguaje que se emplea, y no siempre con tales apariencias de lógica, para disuadirnos de toda pretensión 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.

Digase lo que se quiera del gran progreso de nuestros tiempos en la vida jurídica, el derecho no ha llegado a ser comprendido y sentido en su unidad, ni menos practicado con conciencia de la solidaridad necesaria y sistemática de sus distintas esferas e instituciones; a 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, a la manera de los dogmas religiosos. Por tal o cual derecho concreto, histórico, si se combate y se vierte sangre generosa, se llega al heroísmo; 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 a los pueblos, sino la ignorancia de lo que el derecho es en realidad, la falta del sentido común jurídico en su unidad y en su totalidad. El mismo Ihering nos va a poner ejemplos de estas defensas parciales del derecho, defensas que podríamos llamar empíricas, porque se motivan en hechos aislados en que cada cual sólo lucha contra la injusticia que inmediatamente le hiere en aquellos intereses que él con atención y vocación 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 o ajena, en el derecho de bienes la juzga tan grave, que por ella sacrifica reposo, fortuna, todo, hasta lograr reparación, sin que le extrañe igual conducta 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 ca-

da profesión 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 cuestión de tanto y cuanto, de utilidad subjetivamente apreciada, sino como necesitada de reparación 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 ocasión, del hecho mismo de la injusticia hiriendo en el talón de Aquiles, en la parte sensible y vulnerable, que en cada cual varía según el rumbo que da a su actividad. Y en nuestro tiempo no tenemos otro modo de SENTIR EL DERECHO, condición necesaria para que la voluntad se mueva a QUERERLO, como no se cuente el frío sentimiento que en unos pocos, los hombres de estudio, pueda engendrar el cultivo intelectual de una filosofía del derecho casi toda abstracta, subjetiva, fabricada A 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 a esa pobre filosofía jurídica (1). La cual, de esta suerte, en todo yerra, por-

(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 a la parte especial de las distintas instituciones jurídicas: suelen seguir, sin que se exceptúe el mismo Kant, con ciega fe en

que los principios los toma de sistemas extraños a su esencia; y en la variedad de los tratados especiales se guía ciegamente por instituciones históricas de las que nada sabe, y a las que pretende dar carácter de necesidad filosófica sin más que aplicarles el sonoro nombre de "derecho natural". El sentimiento de derecho que en tan pobre fuente se bebe, poca energía puede inspirar; y aunque valiese más esa fuente y en los sabios 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 in-

cremento las predicaciones de los DILETTANTI de la este punto las huellas del Derecho romano, y todo su trabajo —añade Ihering— se reduce a 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 Ríos 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 juriconsulto, decretando que para cursar esta asignatura se necesita haber aprobado dos cursos de Metafísica en la Facultad de Filosofía y Letras.

democracia, de los partidarios del POR AHORA, como decía el inolvidable Figaro, 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 a los pueblos de la causa generosa de la democracia, haciéndoles ver que vierten su sangre por vagas teorías inaplicables, infecundas, en todo caso ajenas a los intereses reales de su vida. ¡Cómo saben lo que hacen!. ¡Cómo saben que fácilmente se quiebra una fe 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 sabio y perfecto que te regalan como bien supremo!" Así se ve tanta decepción en los días de prueba y a lo largo de los años de desgracia. Por una parte llama al pueblo la voz del interés del día que explota el materialismo conservador. "Trabaja —le dice— en tu oficio; ese es tu deber, esa tu conveniencia: ¿QUÉ PAN TE TRAERÍAN LOS DERECHOS? Piensa en ti, piensa en tus hijos, y yo haré, como calles, como olvides tus aspiraciones, obras públicas en que trabajes, 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; harto has sufrido, harto has trabajado pa-

ra 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 a fuerza de oírles, no es nada que satisfaga esos instintos que quieren halagar a 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 pensamiento a quien llaman libertad y que tienen en no se sabe qué Toboso. . . .



Todo lo dicho hasta aquí se redujera a vana declamación 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 a la mano por sí solo. En este punto la demostración de Ihering es convincente y completa, y no quiero atreverme a desflorar asunto que tan magistralmente van a ver tratado los lectores: la argumentación del ilustre romanista contra las teorías de Savigny es poderosa, concluyente. Pero juzgo oportunas ciertas aclaraciones que salen al paso a una objeción que pudiera hacerse fundándola en el concepto mismo del derecho.—Y no es esto sólo lo que me propongo; también queda dicho que por culpa de la concepción abstracta del derecho, de la ausencia de su sentido profundo y total, faltaba hoy la energía eficaz que puede hacer efectivo el imperio de la justicia y dar a un pueblo, a una civilización títulos suficientes para que se reconozca su especial vocación a la vida jurídica: también esto necesita demostración, 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, según los términos en que la expone: mas la objeción fundada en hallar contradictorios los conceptos relacionados, puede renovarse en otra forma, y hacer gran fuerza en los que miran el derecho como una relación puramente espiritual, tan ajeno a la materialidad de los objetos a 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 abstracción, 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 a que es extraño. Pero aquí no se debe tomar en cuenta, para que sea noble y sincera la argumentación, el concepto defectuoso, tocado de materialismo, que no podría objetar a nuestra afirmación nada más que lo que Ihering tan fácilmente desbarata; se debe tomar en cuenta el concepto del derecho, según el cual, para que éste se cumpla, es exigido en todo caso que la voluntad de un ser libre y con conciencia preste las condiciones que de él dependen como medio para el fin racional de los seres capaces de finalidad jurídica ⁽¹⁾. Pues bien: se dirá si para todo derecho se exige la libre voluntad, el obsequio voluntario de la condición por parte de un sujeto que, siempre que no se trate del derecho inmanente, es ajeno al poder de coacción, pues sabido es que a 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 condición, sea como sea, por coacción o sin ella, concurra o no la buena intención del obligado, entonces sí se comprende la

(1) Que son todos. La finalidad jurídica se niega por los más a la naturaleza; el mismo Ihering limita el derecho al que hay entre los hombres; pero como este punto —en sí de importancia— es indiferente en la cuestión actual, prescínlese de defenderle ahora.

lucha, la fuerza; servirán la fuerza y la lucha para hacer efectiva la prestación del medio que cumple al fin. Pero yo declaro que el derecho, para mí, no es eso; si no concurre la intención del sujeto, del obligado, su buena voluntad libremente prestada, el derecho, POR SU PARTE, no se cumple; tan injusto es después como antes de la prestación. Esto mismo confiesa el sentido común, que no llama varón justo al que por miedo o con engaño cumple el mandato de la ley. ¿Cómo, entonces, se resuelve la antinomia? ¿Cómo se concilia ese concepto del derecho puramente espiritual que sólo por razón del MEDIO toca a veces, no siempre, en la naturaleza, en lo exterior y coercible, con el otro término de esta relación, la lucha, que supone coacción, esfuerzo exterior efectivo? ¿Es que se trata de una lucha metafórica que ha de limitarse a los esfuerzos de elocuencia que por medio de la persuasión pueden traer al obligado a 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 contradicción que se le presenta. No hay tal cosa: con una distinción 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 a mis palabras la claridad y precisión con que fácilmente se concibe lo que de fijo voy a expresar sin gracia y en locución 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 relación del sujeto obligado al ser de los fines: ese que llama Ihering con palabra impropia en mi opinión humilde, DERECHO SUBJETIVO, y al que algunos podrán haber creído que venía refiriéndome en todo lo dicho, no es sino la consideración parcial de un término de los que entran en la relación. Mas por lo mismo que el derecho está en la relación, no en el fin a que se atiende ni en el ser de ese fin; no en el ser de la prestación o sujeto obligado ni en el medio, o sea la materia de la prestación, es fácil comprender que siendo el mismo el ser para quien es el derecho, y la misma la materia o el medio (que suele dar el nombre al derecho), puede ocurrir que sin cumplirse el derecho de que se trate en la relación al ser obligado, la prestación del mismo medio se cumpla en lo que y como toque cumplirla a otro sujeto; 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 relación, la que suponíamos con un primer sujeto que voluntariamente no presta la condición, aunque la presta. Para los pocos acostumbrados a estas palabras: medio, fin, sujeto, prestación, etc., etc., en el sentido riguroso que aquí tienen, servirá de aclaración un ejemplo. Todo esclavo tiene derecho a la libertad, el dueño tiene obligación de dársela, pero voluntariamente no se la concede; interviene la ley, y a pesar de los esfuerzos del que comete la injusticia, para mantener-

la, 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 objeción que combato, hay que distinguir: el derecho de la relación primera no está cumplido; el dueño a quien la ley obliga a 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, a procurarle la libertad por el medio coercitivo, el Estado en esta OTRA relación de derecho ha cumplido; y en este respecto, aun en el sentido más estricto, 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 prestación ha cambiado; la obligación del primero era la manumisión voluntaria; la del segundo, la voluntaria intervención coercitiva para conseguir, fuera como fuera, la libertad del esclavo. Como el derecho se define generalmente, aunque con error, en consideración al ser para quien es, y como la materia de ese derecho o medio es el que suele darle nombre, de aquí que se da en el lenguaje usual el derecho por realizado, cuando sólo lo está en una relación. Veamos, en este mismo ejemplo, desecha 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 oponían con todas sus fuerzas a esta justa reparación; es claro que de su voluntad nada podía esperarse, mas no por esto dejaba de ser eficaz la lucha, porque había sujetos de derecho que podían dar la libertad contra la decisión contraria de los dueños; y para que los obligados en este sentido hicieran los esfuerzos necesarios para la consecución de aquel fin, la libertad, servía la lucha por el derecho, que no es otra cosa que la lucha por que el sujeto, en lo que de él depende, preste la condición del fin que se procura. Si los esclavos hubieran conseguido su libertad fortuitamente, sin intervención de voluntad alguna, por la muerte de los dueños, v. gr., nadie diría que habían conquistado el derecho de libertad. De éste, como de otro fin cualquiera, no se habla como de derecho, sino en cuanto suponemos la existencia de sujetos jurídicos, de cuya libre actividad depende el fin en cuanto pueden perturbarle o no prestar la condición necesaria para que se cumpla y a la que están obligados. No, no hay contradicción alguna; lucha por el derecho el labrador que defiende su tierra contra el que pretende arrancarle su posesión; lucha por el derecho, porque si no puede conseguir que voluntariamente cese en su empeño su adversario, consigue que el Estado intervenga y preste su condición para el derecho que defiende, la coacción, que sanciona en último caso la declaración explícita, a que también

el Estado está obligado, de los títulos legítimos con que posee el propietario. Busquemos otro ejemplo en el mismo derecho económico: desde la mísera condición en que existía el trabajo en la antigüedad, cuando era vil y siervo, hasta la situación presente en que disputa ya al capital el predominio en la distribución del producto, aspirando a llevar a las leyes la sanción de sus pretensiones, hay distancia inmensa que supone una larga historia de combates en pro 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 consistía en ir obligando al Estado a 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 oposición; aquí era la lucha por el hecho; el derecho estaba en los mismos que se emancipaban, que tenían la obligación, después de adquirida la conciencia de la injusticia que sufrían, de combatir hasta el sacrificio por el HECHO de la emancipación del trabajo. Esto era luchar por el derecho: unir las fuerzas, propagar la convicción de la justicia que asistía 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 también este palenque inmenso de la regla positiva jurídica, la cual no es sólo la ley promulgada por un poder público, sino también la costumbre y aún más, el sentido general predominante, el sentimiento del derecho y las ideas recibidas por la generalidad como adecuadas a lo justo. Aquí hay ocasión de luchar contra el poder, contra la ignorancia, contra el vicio y muchas veces contra el crimen. En este punto la objeción que antes combatíamos ya no sería pertinente, porque no se trata del derecho propiamente dicho, sino de esa acepción traslativa en que se emplea la palabra para significar la regla de derecho. En este aspecto de la cuestión, que es en el que menos insiste Ihering, que trata especialmente de lo que llama derecho subjetivo, en la esfera del privado, es donde está la fuerza de la argumentación contra el QUIETISMO jurídico que combatimos. Las ilusiones de la escuela histórica que ha creado una cosmogonía particular para el mundo jurídico, las deshace nuestro escritor, según ya indicamos, con raciocinio poderoso al atacar las teorías de Savigny y de Puchta; pero aquí conviene insistir en este aspecto de la lucha por el derecho, porque la negación de modernas escuelas ya jurídicas, ya políticas, se refiere a 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 razón misma AB ETERNO (concepto cuya generación histórica nos indica con gran perspicacia el insigne escritor inglés Sumner Maine) (1), se ha llegado a desconocer el proceso biológico de la regla jurídica, dando al DEVENIR, o como quiera llamarse, una preponderancia tal en la formación histórica de las instituciones jurídicas, que poco o nada se deja en esta creación a la iniciativa humana y al trabajo penoso de pueblos y legisladores. Y precisamente la antigua escuela histórica que parecía llamada a deshacer estos errores, al combatir los excesos de la idealidad del filosofismo, dió nuevo incremento a la aberración con sus teorías del derecho nacional en que se defiende una especie de generación espontánea del 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 (2), no co-

(1) "El derecho antiguo", cap. III.

(2) 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 a una actividad jurídica que en vano pretende ocultar sus positivas reformas. V. c. II.

mo el romano, atrevido y reformista ⁽¹⁾.

Pero el derecho como regla, el derecho OBJETIVO, según le llaman Ihering y tantos otros autores, no nace ni vive como dice esa abstracción 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 a gran parte de la historia conocida. Primero el derecho se conquista en la conciencia, aunque a veces es simultánea la idea de un derecho con la decisión de conseguirle, de establecerle, merced a la fuerza de la necesidad, que sirvió de SUGESTIÓN al pensamiento y de aguijón a la voluntad.

Mas no comienzan los pueblos formando ideal plan de toda una constitución 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 relación a otras instituciones análogas ni a hechos análogos, sin relación ninguna; así nacen

(1) No se tiene hoy por exacta la característica que se daba para distinguir a los sabinianos y proculeyanos. Espíritus reformistas hubo en uno y otro de los jurisconsultos. Véase sobre uno y otro punto a Mainz, "Curso de D. R.", 4ª edición, t. I. 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 estricto" y su transformación demuestra lo que dejo afirmado. Era el romano sabiamente reformista.

las TEMISTES, o sean las sentencias, primitiva forma del derecho griego, como advierte Sumner Maine; estas manifestaciones primarias 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 o 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 a los orígenes de las instituciones jurídicas, hasta el punto de dar al derecho procesal (en cuanto puede aplicársele este nombre tratando de aquellos tiempos) una importancia suma como fuente de derecho, importancia que desconocen los demás romanistas en su mayor parte. El derecho (2) va apareciendo con la ocasión, afir-

(1) Sumner Maine. Obra citada, cap. I.

(2) Recuértese que en el concepto explicado, el derecho aquí es la regla del derecho.

ma Ihering; el trabajo de los primeros jurisconsultos, aquellos que no por ser hoy menos apreciados y conocidos dejan de haber sido los principales autores de aquel derecho ⁽¹⁾, consistía principalmente en descubrir las relaciones jurídicas, su enlace y división 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 estricto, sin atender muy principalmente al procedimiento, para cuyas necesidades se crearon tantos ingeniosos medios que fueron determinando el adelanto de aquel derecho que había de llegar a llamarse, si no con propiedad, con justo entusiasmo, LA RAZÓN ESCRITA. ¿Y qué demuestra todo esto? Que el derecho como ley del Estado y 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 inexperiencia, lo que hay que considerar; también 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. Indica, 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 cin-

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

cel del legislador o 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. He aquí ya la necesidad tristísima de luchar a veces hasta verter sangre: he aquí cómo no eran metafóricos los combates de que se hablaba. ¿Y qué nos ofrece la historia pragmática que acompaña a 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 menos triste el cuadro cuando de un lado, al menos, 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 o para mal, ¡se predica la inacción, el marasmo, el sufrimiento! ¡Se predica la paz a toda costa, aunque enerve, aunque destruya el carácter, aunque favorezca a la injusticia, fortificando su reinado!— ¿Qué nuevo fanatismo es éste que se propaga? En estos pueblos europeos que conquistaron lo poco que gozan de la vida de la libertad y del derecho con gigantescos esfuerzos y supremos dolores, se viene a 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 a la acción humana una influencia capaz de destruir los efectos del determinismo natural 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, ajeno a la voluntad del hombre. ¿Qué diría, si todo esto oyese, aquella plebe romana que nació sin derecho y llegó a dictar leyes al mundo; que en su propia ciudad nada podía al principio, nada era y llegó a 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 a la nobleza, para dejar ejemplo eterno que imitar a 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, a 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 vocación? 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 podría, si fuese presidida por más claro conocimiento de toda la vida jurídica, cuyo concepto en unidad y cuyo sentimiento faltan en absoluto o 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 mutuas, para las que se ha inventado el sistema monárquico-constitucional que deja subsistente no escasa porción del poder personal arbitrario ⁽¹⁾; pero este trabajo de destrucción, si es de gran precio 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 menos que esté en sabia, eficaz relación con todo el derecho, en su unidad primero, y en su rica variedad también. 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 a 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 de-

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

recho público), libertad para todas las actividades cuya concurrencia social por nadie ha de ser regulada, y además de esto DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA. Esta sola frase, descentralización administrativa, usada sinceramente, demuestra lo que digo; que nuestros adelantos políticos poco han hecho en pro del derecho en sí, pues hémonos quedado en las divisiones abstractas; y mientras nos creemos soberanos, merced a ciertas señales exteriores, somos esclavos como siempre en aquellas relaciones de derecho que más de cerca tocan a 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 división escolástica en un sentido que no debe tener. También el alma se divide en más o menos facultades, según los distintos autores, y sin embargo, vivimos bien ajenos de obrar según esas divisiones. El derecho administrativo es tan político como el político mismo; si como subdivisión interior de éste se puede admitir la distinción, no impide esto que sea absurda esa separación de su esencia que supone el proclamar legítima la descentralización 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 abstracción del derecho escolástico, en vez de vencer el sentido del derecho real.

Tiene razón 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 podían repararse, sin que busquemos semejante reparación. Sólo en el que se llama por antonomasia derecho político ⁽²⁾ hay cierta publicidad, engañosa en gran parte, pues lo principal del derecho público suele ser secreto, o por lo menos 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 noplástica que le caracteriza, se extiende al derecho del proce-

(1) Obra citada, t. II, § 27.

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

dimiento. Recientes reformas han dado otro aspecto exterior, es verdad, al procedimiento criminal, pero aún ha 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 podría dar como emblema a la justicia una pluma en vez de una espada, porque las plumas le son tan necesarias como a los pájaros. Pero a diferencia de éstos, su rapidez está en razón inversa de las plumas que emplea" (1).

Esta falta del elemento DRAMÁTICO en nuestra vida jurídica, nace de que el derecho no llega a ser asimilado por el ciudadano actual, a formar parte de su carácter, a 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 nuestro pueblo cuán fácilmente pasan, apenas sin protesta, los mayores atentados jurídicos en el or-

(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 a una influencia extraña a los intereses jurídicos de que se trata. Las alcaldadas vienen en seguida y nadie se escandaliza, y nadie recuerda que la elección no fué hecha con la previsión 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 todavía muchos señores alcaldes.

den económico; cómo un ministro de Hacienda, a pretexto de que se trata de un tecnicismo rentístico que no todos entienden, y a pretexto 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 o deja que los subalternos falten a 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 A LA CONSTITUCIÓN NI A 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 de la influencia del pueblo en la forma-

(1) Reparemos sólo lo que sucede con nuestro célebre proyecto de Código civil. Hay una comisión de muy pocos señores abogados, residentes en Madrid todos, o casi todos, por no asegurar lo que no sé de cierto, la cual presentará en su día un proyecto de legislación general en materias de derecho civil, conforme a un sistema preferido por esos pocos señores de Madrid: las Cortes discutirán ese proyecto, como se discuten los presupuestos y la ley Hipotecaria, y hasta el Código penal, y hasta la Constitución de 1876, es decir, sin discusión; y se aprobará el proyecto con ligerísimas modificaciones, originadas por luchas de intereses; y España, al fin, tendrá su Código de Napoleón correspondiente. Y nadie se quejará, ni los abogados más liberales. Esta es la vocación al derecho de nuestro tiempo.

ción de esas leyes, influencia en rigor nula en nuestro tiempo y en estos países. Pasma pensar la facilidad con que unas Cortes pueden, sin más que querer, transformar, para bien o para mal, leyes que atañen a 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 a toda previsión de las consecuencias que puede traer al derecho el resultado de los sufragios, puede encontrarse el país con que unas Cámaras que él no eligió en efecto, pero que consintió que eligieran unos cuantos, transforman su derecho, tocan a 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 a veces leguleyos, que han tomado a pechos el honor de ser miembros de la comisión. Otras veces es un ministro que tiene iniciativa, y que ha leído o no ha leído muchos libros franceses, italianos, ingleses o alemanes —no importa mucho el punto de su erudición—; este ministro todo lo encuentra mal y deshace lo hecho y suele equivocarse, y, sin embargo, en el Parlamento su obra, su meditadísima obra, pasa por buena, y todos la votan, y los que no, es porque están ocupados con los intereses del día, con la política corriente; pero la ley pasa; y resulta que todos los casados del país están mal casados, o muchos al menos, o que la reforma estudiada con des-pacio respecto de la redención de foros, es una me-

dida comunista, y se echa abajo; o por último, que es necesario organizar el derecho y traerlo todo a colación para que unos pocos señores escriban un Código que sirva para todos, aun para aquéllos para quienes en realidad no sirve. ¡Tejer y destejer constante!, y todo sin que el país se dé cuenta de nada hasta que uno a uno los ciudadanos van sintiendo en su día las consecuencias desastrosas de aquellas leyes o decretos, pero cuando ya es tarde, cuando la protesta de cada cual sería 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 menos solemne que la ley, porque no crea derecho en materia grave, sino que procura la recta aplicación de las decisiones de leyes dadas; por eso el decreto es del poder ejecutivo: división sabia, explicación satisfactoria... y después sucede que los decretos importan más que la ley, porque según sean la facilitan o dificultan, la anulan o adulteran; y como de ellos depende la aplicación —que no es parte de la ley— suelen importarles al país más los decretos que las leyes; pero si en éstas no toma gran parte, en aquéllos no toma ninguna. ¡Los decretos! Aun no se sabe hasta qué punto podría hacer daño un gobernante, sin salir de la Constitución, y sólo 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 a 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 a 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 exigua, 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 procuraría 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 a detenerme sólo en la consideración del derecho de lo que llamaré, para servirme de palabra muy usual, la autonomía. Es este aspecto del derecho importanti-

simo tanto por su valor intrínseco cuanto porque no podría escogerse señal más clara de la ausencia de la vocación 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 consagración de la autonomía es el único medio para despertar ese sentimiento y esa voluntad que pueden avezar a los pueblos a la lucha por el derecho y al racional aprovechamiento de la victoria.



La teoría del contrato social es, como explicación 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 paradisiaca hay mayor inverosimilitud); pero hoy se reconoce, pasado ya el prurito de reacción 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 independencia 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 a la arqueología jurídica demostrar que todos los restos que, sirviendo de indicios, hablan de tan remotos tiempos, dicen a una lo contrario de lo que

supone el CONTRATO 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 o 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 a la HISTORIA NATURAL del hombre, obra más de la sugestión de las circunstancias naturales que de la libre elección, no obliga a considerar como contraria a derecho la formación de sociedades adultas 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 según observación profunda del autor de este opúsculo, debe en gran parte su eminente espíritu jurídico y su poderoso carácter a ser producto de la unión artificial de tres pueblos ⁽²⁾;

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

(2) "Espíritu del D. R.", t. I, § 24.

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 creación 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, genio fecundo en robustas creaciones, brillante con exceso, si cabe exceso en el brillar; apasionado ergotista, si hacía falta; amigo de la antítesis y aun de la paradoja, también recurrió al pacto olvidando también que el derecho es anterior necesariamente a todos los pactos posibles, y que la fuerza jurídica de toda convención nace siempre de derechos preexistentes, no siendo el pacto más, al cabo, que la determinación de las relaciones de derecho que existen entre las partes que convienen o 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 determinación es limitación, y en la finitud necesaria de todo pacto no cabe la infinidad posible del derecho. Aunque el ilustre sabio y estadista Pi y Margall ⁽¹⁾ procura demostrar que los errores de la doctrina de Rousseau no pueden atribuirse a la de Proudhon, es lo cierto que en el punto que trato lo mismo peca el PRIN-

(1) Traducción española del libro de Proudhon sobre el "Principio federativo", notas.

CIPIO FEDERATIVO *que el CONTRATO SOCIAL. Proudhon, buscando antinomias en todo, vió una entre la autoridad y la libertad* (1); y como ingenioso medio de reducir sus efectos, ya que no de resolver la antinomia, discurrió menguar el poder de la autoridad disolviéndola, reduciéndola en una división casi atómica, para lo cual le servía el pacto de la federación. Y este origen tiene entre nosotros el partido que busca a toda costa la autonomía como única garantía cierta del derecho. Para los más, en efecto, el individuo es dueño de todo su derecho, de toda relación jurídica; cada obligación 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 concesión, otra disminución de la libertad individual, sea, pero mediante modificación del contrato, para que conste que aquella nueva prerrogativa 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 Estado sólo aquello que es preciso para tener garantidas las seguridades que el Estado le ofrece. Así entienden muchos de los que proclaman la autonomía, y entendiéndola así, preciso es confesar que se hace imposible toda sociedad jurídica.

(1) Algún joven escritor español sigue este desastroso camino de ver antinomias, donde hay que procurar unidad: dar la autoridad a la libertad es lo que se necesita.

Va por delante esta ligera exposición crítica, que de otro modo sería 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 equivocación de este 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 contradicción entre ciertas saludables tendencias de esas que se llaman SOCIALISTAS (para asustar a 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 a toda persona jurídica que pueda tener su ESTADO. Así, el individuo podrá decir con justicia: mi Estado soy yo... pero también lo puede decir el ESTADO. En la autonomía individual como única de derecho, como única no creada, necesaria, se ve el pacto social o 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; a saber, la acción

propia de cada cual en toda relación de derecho en que el individuo tome parte, obligando u obligado, se defiende sosteniendo la autonomía de los otros Estados — el municipal, el provincial, el nacional, etc., etc. (1), porque todo derecho en estas esferas es derecho del individuo también, 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 menos por la realidad del derecho que si se atiende a 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; a 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 aspiración a la autonomía del Municipio; pero ni unos ni otros entienden que trabajan sino en pro de la autonomía en todos

(1) Estas otras personas del derecho son tan reales como el individuo y tan necesarias como él, y no está él menos realmente en ellas que en sí mismo; siempre, se entiende, que el estado legítimo de esas otras personas 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 determinación histórica. El Municipio, con éste u otro nombre, se determina con más constante igualdad, por razones fáciles de comprender.

sus grados, y por el individuo como por el Municipio y la Nación. Todo desequilibrio en esta materia es absorbente o disolvente; si a la autonomía individual se sacrifican las demás, hay anarquía; si predomina la municipal, la Nación se disuelve y el individuo no padece menos, es tiranizado por un TIRANO local como podría serlo por un emperador del Sacro Imperio o de todas las Rusias; si la autonomía nacional es la que ante todo se procura con menoscabo de los círculos interiores, hay absorción, hay centralismo: y tal es la situación de la mayor parte de las naciones (1).

Así entendida la autonomía, nombre de que, según 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 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 DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA que nos ofrecen muchos liberales como satisfacción suma a las reclamaciones de la autonomía. Y no se crea que en los mismos

(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 absorción, el centralismo, pero no la autonomía nacional.

países en que existe la FEDERACIÓN supone ésta que queda bajo garantía segura el derecho autonómico; empieza por no estarlo el derecho individual en la federación austrohúngara ni en la federación de los Estados Unidos, donde existen ciertas leyes contradictorias que citan con regocijo los escritores ultramontanos; y es porque la federación puede ser un medio, entre otros ⁽¹⁾, para asegurar la autonomía de cada círculo jurídico de Estado propio, pero es un medio que puede ser ineficaz también 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 el espectáculo continuo los poderes constitucionales que equilibrados bien o 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 sobe-

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

rania tan decantada, para creer en la cual se necesita una fe no menos 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 a recordar el predominio de la abstracción que caracteriza el concepto del derecho en nuestros días; si en el procedimiento civil el derecho se va en papel y pluma, en el derecho público el procedimiento no es más PLÁSTICO ni menos invisible; toda la soberanía se reduce a una papeleta en que el ciudadano escribe el nombre de un representante. Lo diré ya: esa soberanía, ese derecho del individuo a intervenir en la acción del Estado y de todos los Estados interiores, es de imposible realización mientras exista la centralización política, que se funda en un concepto abstracto de la Nación y después simboliza a ésta en un como prototipo de ciudad: la capital. Olvidase por completo la relación 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

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

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 abstracción que jamás dará a los pueblos la verdadera noción del derecho y el sentido de su importancia: es, sí, preciso que el ciudadano intervenga directamente allí donde directamente puede intervenir en la acción del derecho público, y es, además, preciso que tenga medios para llevar su concurso a la obra de la transformación del derecho privado, a fin que la historia de éste le dé al cabo un carácter original ⁽¹⁾, en cuanto diga claramente ser producto de la energía nacional, obra de la voluntad del pueblo; sin que importe que revista o no un color local, pues no se opone esto que se pide a la tendencia de universalidad que va adquiriendo el derecho, como todo.

Se ha pensado muy poco en esta relación del es-

(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 producto de la historia, respétese; pero no hay por qué procurarla, contrariando por "gusto de artista" la tendencia del derecho a ser semejante en todos los países civilizados. Lo que se sostiene es que ese derecho semejante o 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 a ser el DERECHO COMÚN, casi el único por mucho tiempo en Europa.

pacio y el derecho ⁽¹⁾, y por eso muchos partidarios sinceros de la libertad y de la vida jurídica real y total de los 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 intervención de los subordinados, que al fin son su esencia; en este prólogo, aunque se pudiera, no sería oportuno tratar este punto con más detenimiento; pero lo que importa es notar que, difícil o no, no hay otro medio de dar realidad, unidad, calor natural a la vida del derecho, que el de hacer respetar esta relación del espacio, no buscando el imposible de que el ciudadano sea autónomo de cierto, teniendo su poder simbolizado en una abstracción 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

(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, aquél en que se habla al sentimiento haciendo ver el amor singular que se profesa a la "patria local", al "pueblo", amor que es ideal y material, que no necesita esfuerzos de atracción para ser. En este libro notable se apuntan muchos de los fundamentos reales de derecho que existen como argumentos en pro del sistema autonómico.

constante del derecho, el cual sólo aparece allí donde la justicia es una realidad que todo lo llena, que llega a 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 vocación 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 pro del derecho público, es muy poca cosa en comparación 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 perezoso y enervante ⁽¹⁾, y algo se habrá andado en el camino del renacimiento del Derecho.

*
* *

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

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

eficacia, tal como entonces podía ser, se cultivó como vocación especial en todas las condiciones que en el rápido análisis que antecede echábamos de menos.

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 Nación del derecho; encuentra como principal característica el egoísmo; un egoísmo noble, porque no es el torpe egoísmo individual; un egoísmo que en rigor no lo es, sino el sentimiento de la propia dignidad y de la justicia que se le debe, sentimiento que después se extiende a toda la patria, y llega a hacer del derecho del Estado una religión. Pero ¿cómo había nacido ese Estado?. Había sido producto de la voluntad, de la intención y del trabajo, de la lucha por el derecho; el pueblo romano fué resultado de las transacciones a que tres pueblos vecinos, pero no hermanos, tuvieron que avenirse para poder conllevar su vida, llena de azares y peligros; allí empezó la convención (el derecho), siendo algo reflexivo impuesto por la necesidad. Hegel mismo reconoce en los orígenes de Roma este carácter de convención y de lucha que tanto influyó en su vocación 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 genio creador del derecho.

El derecho público no nació en Roma de abstracciones, sino que fué una extensión natural del derecho privado; la guerra obligó a formar el ejérci-

to, la institución militar creó el Estado político, que no era más que la reunión de las GENTES IN PRO-GINCTU; 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 a teorías abstractas y poéticas de patriotismo; se supo por la tradición y por experiencia que todos eran del Estado, y el Estado de todos... de todos los que hubieran asistido a su creación paulatina, o en adelante conquistaran este derecho de ciudadanía con todas sus prerrogativas. Los plebeyos lo conquistaron. Y como allí todo había 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 del valor, arte y constancia, no aspiraba a derechos o garantías del orden político tan sólo, sino que atendía al propio tiempo al derecho privado; se hacía el plebeyo tribuno, censor, cónsul, pontífice; pero además pedía el CONNUBIUM con los patricios, quería la igualdad en el derecho familiar como en el derecho de los honores. Todos sabemos la eficacia de aquellos procedimientos de la plebe romana: tenían conciencia de su valer, de que eran necesarios en Roma, y tenían conciencia de la

importancia de lo que pedían, porque allí el derecho se miraba como lo que es, como una condición 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 hacía el pan, tan necesario como la harina. Eran allí las luchas jurídicas guerras de vecindad, tan feroces y sangrientas a veces como éstas suelen serlo; pero había la ventaja de que el romano sabía siempre bien lo que le importaba el defender su causa: esta conciencia de su valer le daba mucho aliento para combatir por ella. Un día se reclamaba tierra que labrar; otro el perdón de deudas contraídas por bien de la República; otro una dignidad, un oficio público: otro un código de leyes para todos iguales; y ora venía abajo la monarquía por un ataque al honor de un solo romano, ora caía el poder dictatorial de los decenviros sólo por vengar el ultraje de Virginia. Entendían aquellos hombres su derecho porque lo TENÍAN EN CASA, porque Roma, el Estado, empezaba y acababa en Roma. Se luchaba por la CIUDAD 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 a lo lejos se oía al llegar a Roma era la voz del derecho, era la ESTIPULATIO, era el testamento en los comicios, era la fórmula solemne de la MANCIPATIO,

*coro majestuoso; era el monólogo de la IN JURE
CESSIO; era el elegante hablar del sabio PRUDENS,
conciso y severo; era la gárrula retórica del hábil y
fogoso ORATOR. Pero el rumor crecía, el tribuno
arengaba a los suyos, estallaba la tempestad, el es-
trépito se hacía horrisono, la plebe se marchaba; no
se oía su justa pretensión y se iba. . . , se iba para
volver con la justicia. ¡Y también aquellos ruidos
formidables del motín y de la revolución eran la
voz del derecho!.*

LEOPOLDO ALAS

Enero de 1881