

La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha. En tanto que el derecho tenga que estar preparado contra el ataque por parte de la injusticia —y esto durará mientras exista el mundo— no le será ahorrada la lucha. La vida del derecho es lucha, una lucha de los pueblos, del poder del Estado, de los estamentos o clases, de los individuos.

Todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquéllos que le resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación. El derecho no es mero pensamiento, sino fuerza viviente. Por eso lleva la justicia en una mano la balanza con la que pesa el derecho, en la otra la espada, con la que lo mantiene. La espada sin balanza es la violencia bruta, la balanza sin la espada es la impotencia del derecho. Ambas van juntas, y un estado jurídico perfecto impera sólo allí donde la fuerza con que la justicia mantiene la espada, equivale a la pericia con que maneja la balanza.

Derecho es trabajo incesante, no sólo del poder de Estado, sino de todo el pueblo. La vida entera del

derecho, abarcada con una mirada, nos representa el mismo espectáculo de lucha y trabajo incesantes en toda una nación, que asegura su actividad en el dominio de la producción económica e intelectual. Todo individuo que llega a la situación de tener que sostener su derecho, asume su parte en ese trabajo nacional, lleva su partícula a la realización de la idea del derecho sobre la tierra.

Ciertamente no en todos se manifiesta de igual modo esa exigencia. Sin pugnas y sin tropiezos transcurre la vida de millares de individuos en las vías reguladas del derecho, y si les dijésemos: *El derecho es lucha* —no nos comprenderían, pues ellos sólo lo conocen como condición de paz y de orden. Y desde el punto de vista de su propia experiencia tienen perfecta razón, lo mismo que el rico heredero a quien le ha tocado sin esfuerzo el fruto del trabajo ajeno, cuando pone en tela de juicio la frase: *La propiedad es el trabajo*. El engaño de ambos tiene su razón en el hecho que las dos partes que encierran en sí tanto la propiedad como el derecho, pueden descomponerse subjetivamente de modo que a una le toca en suerte el goce y la paz, a la otra el trabajo y la lucha.

La propiedad, como el derecho, es una cabeza de Jano con doble rostro; a los unos les vuelve sólo una cara, a los otros únicamente la otra, de ahí la completa diversidad de la imagen que ambos reciben de ella. En relación con el derecho se aplica esto no sólo a los individuos, sino también a épocas enteras. La vida del uno es guerra, la vida del otro paz, y los pueblos están expuestos por esa diversidad de la

distribución subjetiva de ambas al mismo engaño que los individuos. Un largo período de paz —y la fe en la paz eterna está en la floración más frondosa hasta que el primer disparo de cañón desvanece el hermoso sueño, y en lugar de una generación que ha disfrutado sin esfuerzo la paz, aparece otra que tiene que merecerla nuevamente por el duro trabajo de la guerra. Así se distribuye en la propiedad como en el derecho, el derecho y el disfrute, pero para uno que disfruta y vegeta en paz, tiene otro que trabajar y luchar. La paz sin lucha, el disfrute sin trabajo pertenecen al tiempo del paraíso, la historia los conoce sólo como resultados de esfuerzo incesante, laborioso.

Este pensamiento, que la lucha es el trabajo del derecho y que en lo relativo a su necesidad práctica tanto como a su dignificación ética debe ponerse en la misma línea que el trabajo en la propiedad, pienso desarrollarlo en lo que sigue. Creo no hacer con ello una obra superflua, sino al contrario reparar un pecado de omisión que se carga en la cuenta de nuestra teoría (no me refiero sólo a la filosofía del derecho, sino a la jurisprudencia positiva). Se advierte en nuestra teoría demasiado claramente que no tiene que ocuparse de la balanza más que de la espada de la justicia; la unilateralidad del punto de vista puramente científico, desde el cual considera el derecho, y que se puede resumir brevemente diciendo que lleva ante los ojos el derecho menos desde su aspecto realista como concepto de poder que desde su aspecto lógico como sistema de prescripcio-

nes jurídicas abstractas, ha influido, según mi opinión, en toda su interpretación del derecho de un modo que coincide muy poco con la cruda realidad jurídica —un reproche para el cual no faltarán justificaciones en el curso de mi exposición.

La expresión derecho es empleada, como se sabe, en doble sentido, en el objetivo y en el subjetivo. Derecho en el sentido objetivo es la suma de los principios jurídicos manipulados por el Estado, el orden legal de la vida; el derecho en el sentido subjetivo es la expresión concreta de las reglas abstractas en una justificación concreta de la persona. En ambas direcciones encuentra el derecho resistencia, en ambas direcciones tiene que dominarla, es decir, lidiar por su existencia en el camino de la lucha o sostenerla. Como objeto verdadero de mi consideración he escogido la lucha en la segunda dirección, pero no debo dejar de demostrar que es justa mi afirmación de que la lucha está en la esencia del derecho también en la primera dirección.

Indiscutible, y por eso no necesita una explicación ulterior, es esto en relación con la realización del derecho por parte del Estado; el mantenimiento del orden jurídico por su parte no es más que una lucha incesante contra la ilegalidad que lo ataca. Pero se comporta diversamente en relación con el nacimiento del derecho, no sólo el primigenio al comienzo de la historia, sino el rejuvenecimiento del mismo que se repite diariamente bajo nuestros ojos, la supresión de instituciones existentes, la abolición

de preceptos jurídicos existentes por otros nuevos, en una palabra en relación con el progreso en el derecho. Pues en mi opinión también el devenir del derecho está supeditado a la misma ley a que está supeditada toda su existencia, distinta de otra que, al menos en nuestra ciencia romanista, goza todavía del reconocimiento general y que quiero designar brevemente según el nombre de sus dos representantes principales como la teoría de Savigny-Puchta del desarrollo del derecho. Según ella la formación del derecho procede tan inadvertidamente y sin dolor como la del lenguaje, no requiere ninguna pugna, lucha, ni siquiera la búsqueda, sino que es la fuerza de la verdad que obra silenciosamente, que se abre camino sin esfuerzo violento, lenta, pero seguramente; el poder de la persuasión, a la que se abren poco a poco los ánimos y que expresan por su acción —un principio jurídico entra tan sin esfuerzo en la existencia como una regla cualquiera del lenguaje. La fórmula del viejo derecho romano, según la cual, el acreedor podía vender al deudor insolvente como esclavo en servidumbre extraña, o el propietario podía disputar su cosa a todo aquél en cuyo poder la encontrase, en base a esta opinión apenas se habría formado en la vieja Roma de otro modo que la regla gramatical que *cum* rige el ablativo.

Esta es la visión del origen del derecho con que yo mismo he dejado en su tiempo la universidad, y bajo cuya influencia he estado todavía muchos años. ¿Tiene visos de verdad? Hay que confesar que también el derecho, lo mismo que el lenguaje, conoce un

desarrollo orgánico, para decirlo con la expresión usual, desde dentro hacia fuera, no intencional e inconsciente. A ella pertenecen aquellos principios jurídicos que se sedimentan poco a poco en la relación desde la concertación autonómica regular de los negocios jurídicos, así como todas aquellas abstracciones, corolarios, reglas, que la ciencia descubre por vías analíticas desde los derechos existentes y lleva a la conciencia. Pero el poder de esos dos factores, la relación y la ciencia, es limitado, puede regular el movimiento dentro de los carriles existentes, estimularlo, pero no puede hacer los diques que se oponen a que la corriente tome una nueva dirección. Esto sólo puede hacerlo la ley, es decir, la acción intencional, dirigida a ese objetivo del poder del Estado y no es por eso un azar, sino una necesidad hondamente cimentada en la esencia del derecho, que todas las reformas profundas del procedimiento y del derecho positivo surgen de leyes. Ahora bien, una alteración que la ley impone al derecho existente, puede limitar su influencia posiblemente a lo último, a la esfera de lo abstracto, sin extender sus efectos al dominio de las relaciones concretas que se han formado en base al derecho hasta aquí —una mera alteración del mecanismo del derecho, en el que un tornillo inservible o un rodillo es suplantado por otro más perfecto. Pero muy a menudo están las cosas de tal modo que la alteración se puede alcanzar sólo al precio de una intervención extremadamente viva en los derechos e intereses privados

existentes. Se han ligado en el curso del tiempo con el derecho existente los intereses de millares de individuos y de estamentos enteros de tal modo que no se puede suprimir sin lesionar a los últimos de la manera más sensible; poner en discusión la prescripción jurídica o la institución, equivale a declarar la guerra a todos esos intereses, a arrancar un pólipo que se ha aferrado con mil brazos. Todo intento de esa clase suscita por tanto, en la actuación natural del instinto de conservación, la más violenta resistencia de los intereses amenazados y con ello una lucha en la que, como en toda lucha, no da la pauta el peso de las razones, sino la proporción de poder de las fuerzas en pugna y así no raramente provoca el mismo resultado que en el paralelogramo de las fuerzas, una desviación de la línea original en la diagonal. Sólo así es explicable que instituciones sobre las cuales ha sido pronunciado el juicio público hace tiempo, pueden a menudo continuar largo tiempo su vida; no es la fuerza de inercia de la capacidad histórica de afirmación la que les sostiene, sino la fuerza de resistencia de los intereses que sostienen su posesión.

Ahora bien, en todos esos casos en que el derecho existente encuentra ese respaldo en intereses, hay una lucha que debe lidiar lo nuevo para lograr el acceso, una lucha que a menudo se prolonga siglos enteros. El grado supremo de la intensidad lo alcanza cuando los intereses han adquirido la forma de derechos adquiridos. Aquí se hallan frente a frente dos partidos, de los cuales cada uno inscribe en su

estandarte la *santidad del derecho* como consigna, el uno el derecho histórico, el derecho del pasado, el otro el derecho eternamente en devenir y que se rejuvenece, el derecho primigenio de la humanidad a un cambio constante —un caso de conflicto de la idea del derecho consigo mismo, que en relación con los sujetos que han puesto toda su fuerza y todo su ser en favor de su convicción y finalmente sucumben al juicio de dios de la historia, asume el carácter de lo trágico. Todas las grandes conquistas que la historia del derecho tiene que señalar: la supresión de la esclavitud, de la servidumbre, la libertad de la propiedad de la tierra, de la industria, de la creencia, etc., han tenido que ser logradas tan sólo por ese camino de la lucha más violenta, continuada a menudo durante siglos, y no raramente torrentes de sangre, pero en todas partes derechos pisoteados marcan el camino que ha tenido que seguir el derecho en ella. Pues el “derecho es el Saturno que devora a sus propios hijos” ⁽¹⁾; el derecho sólo puede rejuvenecerse en tanto que rompe con su propio pasado. Un derecho concreto que, por el hecho de haber surgido, pretende persistencia ilimitada, es decir, eterna, es como el niño que levanta su brazo contra la propia madre; escarnece la idea del derecho al apelar a ella, pues la idea del derecho es un eterno devenir, y lo que ha llegado a ser tiene que ceder ante el nuevo cambio, ya que

(1) Una cita de mi *GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS*, II, 1, § 27 (4ª ed., pág. 70).

*...todo lo que nace,
vale la pena que sucumba* (Fausto).

Así nos presenta el derecho en su movimiento histórico la imagen de la búsqueda, de la pugna, de la lucha, en una palabra del esfuerzo laborioso. No opone ninguna resistencia violenta al espíritu humano, que realiza inconscientemente en el lenguaje su trabajo plástico, y el arte no tiene ningún otro adversario que superar sino el de su propio pasado: el gusto dominante. Pero el derecho como concepto finalista, colocado en medio del ajetreo caótico de las finalidades humana, aspiraciones, intereses, debe tantear y buscar incesantemente para encontrar el camino exacto, y, cuando lo ha descubierto, derribar la resistencia que lo cierra. Así ocurre indudablemente que también esta evolución es, lo mismo que la del arte y el lenguaje, una evolución regular, unitaria, por mucho que se aparte también en la naturaleza y en la forma, como procede, de los últimos, y debemos rechazar decididamente por tanto, en este sentido, los paralelos hechos por Savigny y que llegaron tan rápidamente a la admisión general entre el derecho, por un lado, y el lenguaje y el arte, por otro. Como opinión teórica falsa, pero inofensiva, en tanto que máxima política contiene una de las más funestas herejías que se pueden imaginar, pues aconseja a los seres humanos, en un dominio en que deben obrar, y obrar con plena y clara conciencia del objetivo y con el empleo de todas sus fuerzas, dejar

que las cosas hagan por sí mismas, que lo mejor que pueden hacer ellos es cruzarse de brazos y esperar confiadamente que la fuente originaria supuesta del derecho: la opinión jurídica nacional, resuelva poco a poco. De ahí la repulsión de Savigny y de todos sus discípulos contra la intromisión de la legislación ⁽¹⁾, de ahí todo el desconocimiento de la verdadera significación de la costumbre en la teoría de Puchta del derecho consuetudinario. La costumbre para Puchta no es nada más que un medio de conocimiento de la opinión jurídica; que esa opinión se forma a sí misma tan sólo en tanto que actúa, que tan sólo conserva su fuerza y con ella su destino de dominar la vida por esa acción —en una palabra que también para el derecho consuetudinario vale el precepto: el derecho es un concepto de poder— para eso los ojos de ese espíritu distinguido estaban completamente cerrados. Pagaba así su tributo a la época. Pues la época era el período romántico en nuestra poesía, y el que no se asuste ante la transmisión del concepto de lo romántico a la ciencia del derecho y quiere tomarse el trabajo de comparar las correspondientes tendencias en ambos dominios, no me acusará cuando sostengo que la escuela histórica podría ser denominada también romántica. Es una idealización verdaderamente romántica, es decir, una representación que se apoya en una idealización fal-

(1) Llevada hasta la caricatura por Stahl, en el pasaje citado de uno de sus discursos en la Cámara, en mi *GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS*, II, § 25, nota 14.

sa de circunstancias pasadas, según la cual el derecho se forma sin dolor, sin esfuerzo, sin hechos lo mismo que las plantas en el campo; la cruda realidad nos enseña lo contrario. Y no sólo el pequeño fragmento de la misma que tenemos ante los ojos, y que nos ofrece casi en todas partes el cuadro de la pugna violenta de los pueblos actuales, —la impresión es la misma donde quiera que dirijamos nuestras miradas hacia el pasado. Así basta y sobra para la teoría de Savigny simplemente la época prehistórica, sobre la cual nos faltan todas las noticias. Pero si debe permitirse expresar hipótesis, opongo a la visión de Savigny, que ha marcado el espectáculo de aquella formación pacífica, inocente del derecho desde el interior de la opinión de los pueblos, la mía, diametralmente opuesta a ella, y se me tendrá que conceder que tiene al menos de su parte la analogía del desarrollo histórico visible del derecho y, como creo por mi parte, la ventaja de una mayor probabilidad psicológica. ¡Los tiempos primitivos!. Es moda adornarlos con todas las hermosas cualidades: verdad, franqueza, fidelidad, sentido infantil, creencia piadosa, y en tal terreno habría podido seguramente prosperar también un derecho sin otra fuerza impulsiva que el poder de la convicción jurídica; el puño y la espada no habrían sido necesarios. Pero actualmente saben todos que el piadoso tiempo primitivo entrañaba justamente los rasgos contrapuestos de la brutalidad, la crueldad, la inhumanidad, el disimulo y la perfidia, y la hipótesis que ha llegado de manera más fácil a su derecho que todas las épo-

cas posteriores, difícilmente podría contar todavía con creyentes. Por mi parte estoy convencido de que el trabajo que ha tenido que emplear en ello, ha sido mucho más duro todavía, y que incluso la máxima jurídica más simple, como por ejemplo, la antes citada del más antiguo derecho romano sobre la capacidad del propietario de disputar su cosa a todo poseedor, y del acreedor para vender al deudor insolvente a la servidumbre extranjera, han tenido que ser logradas en dura lucha, antes de alcanzar el reconocimiento general indiscutido. Pero sea como sea, hacemos abstracción del tiempo primitivo; la información que nos proporciona la historia documental sobre el origen del derecho puede bastarnos. Pero esta información dice: el nacimiento del derecho ha sido acompañado regularmente como el de los hombres de violentos dolores de parto.

¿Y debemos quejarnos de que sea así? Justamente la circunstancia que el derecho no llega a los pueblos sin esfuerzo, que tienen que pugnar y disputar por él, que deben luchar y sangrar, justamente esa circunstancia anuda entre ellos y su derecho el mismo lazo íntimo que la exposición de la propia vida, en el alumbramiento, entre la madre y el hijo. Un derecho ganado sin esfuerzo está en una línea con los hijos que trae la cigüeña; lo que ha traído la cigüeña lo puede volver a llevar el zorro o el buitre. Pero la madre que ha dado a luz el hijo, no se lo deja robar, y tampoco se deja arrebatar un pueblo los derechos e instituciones que ha tenido que lograr en

sangriento trabajo. Se puede justamente afirmar: la energía del amor con que un pueblo se adhiere a su derecho y lo sostiene, se determina según el esfuerzo y el sacrificio que le ha costado. No la mera costumbre, sino el sacrificio es el que forja los lazos más firmes entre el pueblo y su derecho, y al pueblo que Dios quiera bien, no le obsequia lo que necesita, ni le alivia el trabajo para ganarlo, sino que se lo dificulta. En este sentido no vacilo en decir: la lucha que exige el derecho para nacer, no es una maldición, sino una bendición.

*

*

*

Vuelvo a la lucha por el derecho subjetivo o concreto. Es provocada por su lesión o privación. Como ningún derecho, sea el de los individuos, o el de los pueblos, está protegido contra ese peligro —pues frente al interés de los que tienen derecho a su sostenimiento está siempre el de otros en su violación— resulta que esa lucha se repite en todas las esferas del derecho: en las concreciones del derecho privado tanto como en las alturas del derecho político y del derecho de gentes. La afirmación del derecho de gentes del derecho lesionado en forma de guerra —la resistencia de un pueblo en forma de rebelión, de levantamiento, de revolución contra actos arbitrarios, anticonstitucionales por parte del poder del Estado—, la realización turbulenta del derecho privado en la forma de la llamada ley de Lynch, el de-

recho del puño y de desafío de la Edad Media y su última supervivencia en los tiempos actuales: el duelo — la autodefensa en la forma de la defensa en caso de necesidad urgente,— y finalmente la naturaleza regulada de su validación en forma de litigio civil— todas son, a pesar de la diversidad del objeto de la disputa y de la intervención personal, de las formas y dimensiones de la lucha, formas y escenas de una y misma *lucha por el derecho*. Cuando de todas esas formas extraigo la más moderada: la lucha legal por el derecho privado en la forma de litigio, no ocurre porque es la que más me afecta como jurista, sino porque es expuesta allí la verdadera situación, más que en otra parte, al peligro del desconocimiento, lo mismo por parte de los juristas que de los profanos. En todos los demás casos se manifiesta lo mismo abiertamente y con plena claridad. Que en ellos se trata de bienes que compensan la suprema dedicación, lo comprende también la razón más obtusa, y nadie promoverá aquí la pregunta: ¿por qué luchar, por qué no ceder? Pero en aquella lucha de derecho privado la cosa es completamente distinta. La insignificancia relativa de los intereses en torno a los cuales gira regularmente el problema de lo mío y lo tuyo, la prosa indestructible que se aferra a ese problema, lo señala, según parece, exclusivamente en la región del cálculo sobrio y la consideración de la vida, y las formas en que se mueve, lo mecánico de las mismas, la exclusión de toda manifestación libre, vigorosa de la persona es poco adecuada para debilitar la impresión desfavorable. Ciertamente hu-

bo también para él una época en que la persona misma era llamada a la lid, y en que incluso llegaba así claramente a manifestarse la verdadera significación de la lucha. Cuando todavía decidía la espada la disputa en torno a lo mío y lo tuyo, cuando el caballero medieval enviaba al adversario la carta de desafío, también el no participante podía ser llevado al presentimiento que en esa lucha no sólo se trataba del valor de la cosa, de la defensa de una pérdida pecuniaria, sino que en la cosa se exponía y sostenía la persona misma, su derecho y su honor.

Pero no tendremos necesidad de evocar circunstancias hace mucho tiempo desaparecidas, para deducir de ellas la explicación de lo que hoy, aun cuando distinto según la forma, es exactamente lo mismo que antes. Una mirada a los fenómenos de la vida actual y la autoobservación psicológica nos harán el mismo servicio.

Con la lesión del derecho se presenta a todo individuo el interrogante: si debe sostenerlo, resistir al adversario, es decir, luchar o si, para escapar a la lucha, debe dejar las cosas que sigan su curso; esta decisión no se la quita nadie. Cualquiera que sea, en ambos casos está ligada a un sacrificio, en uno es sacrificado el derecho a la paz, en el otro la paz al derecho. La cuestión parece, según eso, reducirse a resolver qué sacrificio es más soportable según las condiciones individuales del caso y de la persona. El rico renunciará por amor a la paz al monto para él insignificante de la disputa, el pobre, para quien

esa suma es proporcionalmente más importante, sacrificará por ella la paz. Así se reduciría también el problema de la lucha por el derecho a un puro problema de cálculo, en que las ventajas y desventajas deberán ser pesadas para tomar, según ello, la decisión.

Todos saben que esto en realidad no es de ningún modo el caso. La experiencia diaria nos muestra un proceso en el que el valor del objeto en disputa está fuera de toda proporción con el empleo previsible de esfuerzo, de excitación, de costas. Ninguno a quien se la ha caído el talero al agua, pondrá dos para recuperarlo —para él el problema, por muchas vueltas que dé, es una mera operación de cálculo. ¿Por qué no aplica el mismo cálculo también en un litigio? No se dice: calcula la ganancia del mismo y espera que las costas recaigan sobre el adversario. El jurista sabe que incluso la perspectiva segura de tener que pagar caramente la victoria, no hace desistir a las partes del proceso; muy a menudo el abogado que presenta a la parte la insignificancia de su caso y desaconseja el litigio, recibe la respuesta: está firmemente decidida a continuar el proceso, cueste lo que cueste.

¿Cómo nos explicamos ese modo de acción contradictoria desde el punto de vista de un razonable cálculo de intereses?

La respuesta que se escucha comúnmente, es conocida: es la manía litigante, el ergotismo, el simple placer en la disputa, el impulso a perjudicar al ad-

versario, incluso con la certeza que tendrá que pagar quizás más caramente que él.

Dejemos de lado ahora la disputa entre dos personas privadas, y pongamos en su lugar dos pueblos. El uno arrebató ilegalmente al otro una milla cuadrada de tierra yerma, inútil; ¿debe iniciar el último la guerra?. Consideremos el problema desde el mismo punto de vista desde el cual la teoría de la manía procesal condena al campesino que ha arado un pie de tierra del vecino o ha arrojado piedras a su campo. ¡Qué significa una milla cuadrada de tierra inculta frente a una guerra, que cuesta millares de vidas, arroja sufrimientos y miseria en chozas y palacios, consume millones y millardas del tesoro del Estado y amenaza posiblemente la existencia del Estado mismo! ¡Qué locura hacer tales sacrificios por tal precio de la lucha!

Tal tendría que ser el juicio si el campesino y el pueblo fuesen medidos con la misma vara. Pero nadie dará al pueblo el mismo consejo que al campesino. Todos sienten que un pueblo que silencia tal lesión del derecho, sellaría su propia sentencia de muerte. A un pueblo que se deja rranear una milla cuadrada impunemente, por su vecino, se le arrancará también el resto, hasta que no pueda nombrar nada suyo y haya dejado de existir como Estado, y tal pueblo no habrá merecido un destino mejor.

¿Pero si el pueblo debe defenderse a causa de la milla cuadrada, sin preocuparse del valor de la misma, por qué no también el campesino por la tira de tierra? ¿O debemos abandonarla con la sentencia:

quod licet Jovi, non licet bovi? Pero lo mismo que un pueblo no lucha por la milla cuadrada, sino por sí mismo, por su honor y su independencia, así tampoco en los litigios, en los que al acusador debe defenderse contra un vilipendio de su derecho, no por el insignificante objeto de disputa, sino por un propósito ideal: la afirmación de la persona misma y de su sentimiento jurídico. Frente a ese objetivo a lo ojos del litigante no importan todos los sacrificios y disgustos que el proceso tiene por consecuencia — el objetivo recompensa los medios. No es el mero interés pecuniario el que incita al lesionado, a promover el litigio, sino el dolor moral sobre la injusticia sufrida; no se trata de recuperar el objeto —lo ha dedicado quizás de antemano, como ocurre muy a menudo en la comprobación del verdadero motivo del litigio, a un establecimiento de beneficencia— sino de hacer valer su buen derecho. Una voz interior le dice que no puede retroceder, que para él no se trata del objeto inútil, sino de su personalidad, de su honor, de su sentimiento jurídico, de su autorrespeto —en una palabra el litigio se convierte para él de simple problema de intereses en una cuestión de *carácter*: afirmación o abandono de la personalidad.

Pero ahora muestra la experiencia que algunos otros en la misma situación toman precisamente la decisión opuesta —la paz es para ellos preferible al derecho esforzadamente sostenido. ¿Cuál debe ser entonces nuestro juicio? ¿Debemos decir simple-

mente: esto es cosa del gusto y el temperamento individual, el uno es litigante, el otro pacífico; desde el punto de vista del derecho ambos se justifican de igual manera, pues el derecho deja al interesado la elección si quiere hacer valer su derecho o desistir? Considero esta opinión, que se encuentra en la vida no raramente, en extremo repudiable, contradictoria con la esencia más íntima del derecho; si fuese imaginable que se generalizase en alguna parte, se habría terminado con el derecho mismo, pues mientras el derecho tiene necesidad para su existencia de la resistencia viril contra la injusticia, ella predica la fuga cobarde ante ella. Le opongo la máxima: La resistencia contra una injusticia ofensiva, que pone vallas a la persona misma, es decir, contra una lesión del derecho que entraña en la naturaleza de su apelativo el carácter de un *menosprecio* del mismo, una ofensa personal, es un *deber*. Es el deber del afectado para *consigo mismo*, pues es un mandato de la autoconservación moral; es un deber *para con la comunidad* —pues es necesario para que se realice el derecho.



La lucha por el derecho es un deber del afectado en su derecho para consigo mismo.

La afirmación de la propia existencia es la ley suprema de toda la creación animada; se manifiesta en toda creatura en el instinto de la autoconserva-

ción. Pero para el hombre no se trata sólo de la vida física, sino también de una existencia moral, y una de las condiciones de la misma es la afirmación del derecho. En el derecho posee y defiende el ser humano su condición moral de existencia, sin el derecho desciende al nivel del animal ⁽¹⁾; los romanos consideraban consecuentemente a los esclavos, desde el punto de vista del derecho abstracto, en un nivel con los animales. La afirmación del derecho es por tanto, un deber de la autoconservación moral; su abandono total, hoy imposible, pero en otro tiempo posible, es un suicidio moral. Pero el derecho es sólo la suma de sus elementos particulares, cada uno de los cuales contiene una condición moral o física característica de existencia ⁽²⁾: la propiedad tanto como el matrimonio, el contrato tanto como el honor, una renuncia a uno de ellos es, por tanto, tan imposible jurídicamente como una renuncia al derecho entero. Pero es posible el ataque de alguien a una de esas esperas, y el sujeto tiene el deber de rechazar ese ataque. Pues no basta la mera garantía

(1) En la novela MICHAEL KOHLHAAS, de Heinrich von Kleist, sobre la cual volveré más adelante, el poeta hace decir a su héroe: "¡Es preferible ser un perro si he de ser pisoteado, y no un hombre!"

(2) La demostración la he dado en mi obra sobre EL FIN DEL DERECHO (tomo I, pág. 434 y sigts., 2ª ed., pág. 443 y sigts.), y en consecuencia he definido el derecho como garantía de las condiciones de la vida de la sociedad realizado en la forma de coacción por el poder del Estado.

abstracta de esas condiciones de vida por parte del derecho, sino que tienen que ser sostenidas concretamente por el sujeto; pero la ocasión para ello lo da la arbitrariedad cuando se atreve a atacarlas.

Pero no toda injusticia es arbitrariedad, es decir, un levantamiento contra la idea del derecho. El poseedor de mi cosa, que se tiene por el propietario, no niega en mi persona la idea de la propiedad, sino que la invoca más bien para sí mismo; la disputa entre nosotros gira sólo en torno a quién es el propietario. Pero el ladrón, el bandolero se colocan fuera de la propiedad, niegan en mi propiedad al mismo tiempo la idea de la misma y con ello una condición esencial de vida de mi persona. Imagínese generalizada su manera de obrar, y la propiedad será en principio prácticamente negada. Por eso su acción contiene no sólo un ataque contra mi cosa, sino también contra mi persona, y si es mi deber afirmar la última, se extiende también a la afirmación de las condiciones sin las cuales no puede existir la persona —en su propiedad se defiende el atacado a sí mismo, a su personalidad. Sólo el conflicto del deber de la afirmación de la propiedad con el superior de la conservación de la vida, como en el caso en que el bandolero pone al amenazado ante la elección de la vida o el dinero, puede justificarse el abandono de la propiedad. Pero aparte de este caso es deber de cada cual para consigo mismo, combatir con todos los medios a su disposición una vio-

lación del derecho en su persona; su tolerancia equivaldría a admitir en un momento particular la ausencia de derecho en la vida. Y a eso nadie debe ofrecerse por sí mismo. Muy distinta es la situación del propietario frente al poseedor de buena fe de su cosa. Aquí el problema sobre lo que tiene que hacer, no es asunto de su sentimiento del derecho, de su carácter, de su personalidad, sino un asunto de intereses, pues allí no hay para él en juego más que el valor de la cosa, y es perfectamente justificado que sopesese el beneficio y lo que pone en juego, y la posibilidad de una doble salida, y resuelva en consecuencia: litigar, abstenerse, llegar a un acuerdo (1). La transacción es el punto de coincidencia de tal cálculo de probabilidades hecho por ambas partes, y bajo las condiciones previas que admito aquí, no sólo es un medio de solución de la disputa admisible, sino el más justo. Pero sí suele ser difícil de obtener, incluso si ambas partes en el debate con

(1) El pasaje anterior habría debido protegerme contra la suposición de que predico siempre la lucha por el derecho, sin tener en cuenta el conflicto provocado. Sólo donde la persona misma es pisoteada en su derecho, he declarado la afirmación del derecho una autoafirmación de la persona y con ello una cosa de honor y un deber moral. Si se ignora esa diferencia tan agudamente acentuada por mí y se me quiere atribuir la opinión absurda de que la disputa y la querella es algo hermoso, y la manía litigante una virtud, no me queda para su explicación más que la alternativa que la admisión de una deshonestidad, que desfigura una opinión incómoda para poderla refutar, o una liviandad en la lectura que, cuando avanza en el libro, ha olvidado lo que leyó antes.

sus abogados ante el tribunal rechazan de antemano todas las negociaciones transaccionales, esto no sólo tiene su motivo en el hecho que en relación con el desenlace del litigio cada una de las partes contendientes cree en su victoria, sino también que una supone en la otra injusticia consciente, mala intención. Con ello el problema, aunque se mueva procesalmente también en las formas de la injusticia objetiva (*rein vindicatio*), adopta psicológicamente para la parte la misma figura que en el caso anterior: el de una lesión consciente del derecho, y desde el punto de vista del sujeto la obstinación con que rechaza aquí el ataque a su derecho, está tan motivada y justificada moralmente como frente al ladrón. En tal caso querer intimidar a la parte por la alusión a las costas y demás consecuencias del proceso y la inseguridad del desenlace del mismo, es un error psicológico, pues el problema no es para ella un problema de intereses, sino del sentimiento del derecho herido. El único punto en el que se puede aplicar con éxito la palanca, es la presunción de la mala intención del adversario, por la cual se deja llevar la parte; si se logra refutar esa presunción, queda seccionado el verdadero nervio de la resistencia, y se ha hecho accesible la consideración de la cosa desde el punto de vista del interés y con ello la transacción. . . . Todo jurista práctico sabe bien qué resistencia tenaz suele oponer la prevención de la parte a todos esos ensayos, y no creo en esto hallar ninguna resistencia cuando afirmo que esa insuficien-

cia psicológica, esa tenacidad de la desconfianza no es algo puramente individual, condicionado por el carácter eventual de la persona, sino que son decisivas en alto grado las contradicciones generales de la educación y de la profesión. La más invencible es la desconfianza del campesino. La llamada manía litigante que se le atribuye no es más que el producto de dos factores característicos ventajosos para él: un fuerte sentido de la propiedad, por no decir de la avaricia, y la desconfianza. Ningún otro comprende tan bien su interés y mantiene lo que hace tan firmemente como el campesino, y sin embargo, nadie sacrifica según se sabe, tan a menudo sus bienes en un litigio como él. Aparentemente una contradicción, en realidad muy explicable. Pues justamente un sentido fuertemente desarrollado de la propiedad hace más sensible para él una lesión de la misma y por ello más violenta la reacción. La manía litigante del campesino no es otra cosa que el extravío del sentido de la propiedad originado por la desconfianza, un extravío que, como el fenómeno análogo en el amor, los celos, vuelve finalmente su aguijón contra sí mismo, al destruir lo que intenta salvar.

Una interesante confirmación de lo que acabo de decir, la ofrece el antiguo derecho Romano. Allí aquella desconfianza del campesino, que sospecha en todo conflicto jurídico mala intención del adversario, ha adquirido precisamente la forma de prescripciones jurídicas. En todas partes, también en tales casos en que se trata de un conflicto de derecho

donde cada una de las partes litigantes cree ser de buena fe, la parte que pierde debe expiar por una pena la resistencia que ha opuesto al derecho del adversario. El sentimiento exaltado del derecho no contiene ninguna reparación por el simple restablecimiento del derecho, exige una satisfacción especial por el hecho que el adversario, culpable o inocente, ha disputado el derecho. Si los campesinos actuales tuviesen el derecho a hacer las leyes, serían probablemente las mismas que las de sus compañeros de la antigua Roma. Pero ya en Roma la desconfianza en el derecho ha desaparecido teóricamente mediante la distinción exacta de dos especies de injusticia: la culpable y la inocente o la subjetiva y la objetiva (en el lenguaje hegeliano, la injusticia ingenua).

Esta contradicción de la injusticia subjetiva y la objetiva es extraordinariamente importante en la relación legislativa como en la científica. Expresa la manera como contempla la cosa el derecho desde el punto de vista de la justicia, y en consecuencia mide diversamente las consecuencias de la injusticia según su diversidad. Pero para la interpretación del sujeto, para el modo cómo su sentimiento jurídico, que no palpita según los conceptos abstractos del sistema, es excitado por una injusticia perpetrada en él, no es decisivo en modo alguno. Las circunstancias del caso especial pueden ser de naturaleza como para que el afectado tenga todos los motivos, en un litigio; que según la ley cae bajo el punto de vista de la mera lesión objetiva del derecho, a partir

de la suposición de mala intención, injusticia consciente de parte de su adversario, y en su comportamiento frente a él, ese juicio suyo dará el tono con pleno derecho. Aunque el derecho me da la misma *condictio ex mutuo* contra el heredero de mi deudor, que no sabe de la deuda y hace depender el pago de las pruebas, como contra el deudor mismo, que niega de manera desvergonzada el préstamo hecho, y rehusa sin motivo la devolución, no puede obligarme a considerar el modo de acción de ambos bajo una misma luz y a ajustar mi conducta en consecuencia. El deudor está para mí en una línea con el ladrón que intenta apoderarse de lo mío a sabiendas, es la injusticia consciente la que se levanta en su persona contra el derecho. El heredero del deudor, en cambio, equivale al poseedor de buena fe de mi cosa, no niega el precepto que un deudor debe pagar, sino mi afirmación de que él mismo es deudor, y todo lo que he dicho antes del poseedor de buena fe, se aplica a él. Con él puedo llegar a una transacción o a desistir del proceso, cuando no creo estar seguro del éxito, dejando de lado que frente al deudor que trata de apoderarse de mi buen derecho, que especula con mi repugnancia ante un litigio, con mi comodidad, indolencia, debilidad, debo y tengo que perseguir mi derecho, cueste lo que cueste; si no lo hago, no sólo abandono ese derecho, sino el derecho.

Espero la objeción a mis exposiciones hasta aquí: ¿Qué sabe el pueblo del derecho de propiedad, de la

obligación como condiciones de la existencia moral de la persona?. ¿Saber? —¡no! pero que no lo *siente*, es otro problema, y espero poder demostrar que es así. ¿Qué sabe el pueblo de los riñones, los pulmones, el hígado como condiciones de la vida física? Pero la punzada en el pulmón, el dolor en los riñones, o el hígado lo sienten todos y comprenden la advertencia que eso representa. El dolor físico es la señal de una perturbación del organismo, la presencia de una influencia nefasta para él mismo; nos abre los ojos sobre un peligro amenazante y nos previene por el sufrimiento que nos depara para que tomemos las medidas de defensa. Lo mismo ocurre con el dolor moral que causa la injusticia intencional, la arbitrariedad. De intensidad distinta, lo mismo que el dolor físico, según la diversidad de la sensibilidad subjetiva, la forma y el objeto de la lesión jurídica, sobre lo cual hablaremos más tarde en detalle, se manifiesta, sin embargo, en todo ser humano que no esté completamente embotado ya, es decir, que no se haya habituado a la ilegalidad efectiva, como dolor moral, y le hace la misma advertencia que el dolor físico, me refiero menos a la huella inmediata para poner fin al sentimiento del dolor, que a la trascendente, para conservar la salud, socavada por la tolerancia pasiva del mismo —en un caso la admonición al deber de la autoconservación física, en el otro al deber de la autoconservación moral. Tomemos el caso menos dudoso, el de la lesión del honor, y el estado en que el sentimiento del honor se ha hecho más sensible, la casta de los militares. Un

oficial que ha soportado pacientemente una ofensa al honor, se ha vuelto imposible como tal. ¿Por qué? La afirmación del honor es deber de cada cual, ¿por qué acentúa entonces la clase de los militares de tal manera el cumplimiento de ese deber? Porque tiene el sentimiento exacto de que la afirmación valerosa de la personalidad es para ellos una condición ineludible de toda su actitud, que una clase que, según su naturaleza, debe ser la encarnación del valor personal, no puede tolerar la cobardía de sus miembros sin desacreditarse ⁽¹⁾. Con ello se compara a los campesinos. El mismo hombre que defiende con tenacidad extrema su propiedad, demuestra una notable insensibilidad en lo que se refiere a su honor. ¿Cómo se explica esto? Por el mismo sentimiento exacto de la característica de sus condiciones de vida, que en el oficial. Su oficio no le pone por delante el valor, sino el trabajo, pero este último lo defiende en su propiedad. Trabajo y conquista de propiedad son el honor del campesino. Un campesino haragán, que no mantiene su tierra en condiciones o que malgasta ligeramente lo suyo, es tan menospreciado en su clase como un oficial que no mantiene su honor entre los suyos; mientras que ningún campesino reprochará a otro que no haya comenzado una riña o un proceso por causa de una ofensa, ningún oficial reprochará a otro que no sea buen administrador de sus bienes. Para el campesino el

(1) Citado por mí ampliamente en ZWICK IM RECHT, vol. 2, pág. 302-30 (2ª ed., pág. 304-306).

trozo de tierra que cultiva, y el ganado que cría, son el fundamento de su existencia, y contra el vecino que aró unos pies de tierra suyos, o contra el comerciante que le retiene el dinero de sus bueyes, comienza a su manera, es decir, en la forma de un litigio llevado con la más encendida pasión la misma lucha por el derecho que el oficial contra aquél que ha mancillado su honor, con la espada al puño. Ambos se sacrifican con plena despreocupación por las consecuencias —éstas no son consideradas para nada. Y tienen que hacerlo, pues obedecen así la ley particular de su autoconservación moral. Siéntese a esas mismas gentes en el banco de los jurados y déjese una vez que los oficiales juzguen sobre los delitos contra la propiedad, y a los campesinos sobre lesiones contra el honor, otra vez a éstos sobre aquéllos, a aquéllos sobre éstos —¡qué distintas serían las sentencias en ambos casos! Se sabe que no hay jueces más severos sobre los delitos contra propiedad que los campesinos. Y aunque yo mismo no tengo al respecto ninguna experiencia, me atrevería a decir que un juez en el caso raro en que un campesino acudiese a él con una queja por injurias, tendrá una tarea incomparablemente más fácil en sus propuestas de conciliación que en una queja del mismo hombre en torno a lo mío y lo tuyo. El campesino de la antigua Roma prefería en el caso de una bofetada 25 ases, y si se le hacía saltar un ojo se dejaba persuadir y se reconciliaba en lugar, según podía hacerlo, de devolver al contrario el mismo daño.

En cambio reclamaba de la ley la disposición de que si sorprendía al ladrón in fraganti, podía reducirlo a la esclavitud y en caso de que hiciese resistencia podía matarlo, y la ley se lo concedía. Allí estaba en juego su honor, su cuerpo, aquí su propiedad y su haber.

Como tercero en el haz, agrego al comerciante. Lo que para un oficial es el honor, para el campesino la propiedad, es para el comerciante el crédito. El mantenimiento del mismo es para él una cuestión vital y si se le acusase de lasitud en el cumplimiento de sus obligaciones, le heriría más sensiblemente que si se le ofendiese personalmente o se le robase. Corresponde a esta actitud particular del comerciante el que los nuevos códigos hayan restringido el castigo de la bancarrota fraudulenta e irresponsable cada vez más sobre él y las personas de su condición.

El objeto de mi última manifestación no consistía sólo en comprobar el hecho simple que el sentimiento del derecho se manifiesta en una sensibilidad distinta según la diversidad del estamento o de la profesión, midiendo el carácter sensible de una lesión del derecho según el cartabón de los intereses de la clase; sino que ese hecho mismo debía servirme para poner en su luz verdadera una verdad de significación incomparablemente mayor, es decir, el precepto que todo afectado en su derecho defiende sus condiciones éticas de vida. Pues la circunstancia que la mayor excitabilidad del sentimiento del derecho en los tres mencionados estamentos se ma-

nifiesta justamente en los puntos en que hemos reconocido las condiciones particulares de vida de los mismos, nos muestra que la reacción del sentimiento jurídico no es determinado como una emoción habitual simplemente por los factores individuales del temperamento y del carácter, sino que en ello coopera simultáneamente un factor social: el sentimiento de la ineludibilidad de ese elemento jurídico determinado para el objetivo particular de vida de ese estamento. El grado de energía con que entra en actividad el sentimiento jurídico contra una lesión del derecho, es a mis ojos un cartabón más seguro del grado de vigor con que un individuo, clase o pueblo siente la significación del derecho, tanto del derecho en general como de un elemento singular, para sí y sus objetivos especiales de vida. Este principio tiene para mí una verdad muy general, aplicable tanto al derecho público como al privado. La misma irritabilidad que manifiestan los diversos estamentos en relación con una lesión de todos aquellos componentes jurídicos que forman de modo sobresaliente el fundamento de su existencia, se repite también en los diversos Estados en relación con aquellas instituciones en las que parece realizado su principio característico de existencia. El termómetro de su irritabilidad y con ello del valor que atribuyen a esas instituciones, es el derecho penal. La sorprendente diversidad que prevalece en las legislaciones penales en relación con la benignidad o severidad, tiene su razón en gran parte en el ante-

rrior punto de vista de las condiciones de existencia. Todo Estado castiga más severamente los delitos que amenazan su principio particular de vida, mientras que en los demás muestra no raramente una benignidad que contrasta de modo llamativo. La teocracia hace de la blasfemia y de la idolatría un delito castigable con la muerte, mientras que en el traslado de límites no verá más que una simple contravención (derecho mosaico). El Estado que practica la agricultura, en cambio, castigará lo último con todo el furor, mientras que el blasfemo tendrá el castigo más benigno (derecho de la antigua Roma). El Estado comercial pondrá en primer lugar la falsificación de moneda y en general la falsificación, el Estado militar la insubordinación, la desertión, etc., el Estado absoluto el crimen de lesa majestad, la república la aspiración al restablecimiento de la realeza, y todos emplearán en ese lugar una severidad que constituye una cruda oposición con el modo como persiguen otros delitos. En una palabra, la reacción del sentimiento del derecho de los Estados y los individuos es más violenta allí donde se sienten directamente amenazados en sus condiciones características de vida (1).

Así como las condiciones características del estamento y la profesión pueden prestar a ciertas insti-

(1) El experto sabe que con las observaciones anteriores he utilizado solamente las ideas que ha reconocido el primero y constituyen el mérito inmortal de Montesquieu, *EL ESPÍRITU DE LAS LEYES*.

tuciones del derecho una significación mayor y elevar así consecuentemente la sensibilidad del sentimiento jurídico contra una lesión del mismo, así pueden también producir, al contrario, para ambos, un debilitamiento. La clase del personal de servicio no puede mantener el sentimiento del honor del mismo modo que las otras capas de la sociedad; su posición entraña ciertas humillaciones contra las cuales el individuo, en tanto que el estamento mismo las tolera, se rebela en vano; un individuo con vivo sentimiento del honor en tal posición no tiene más remedio que reducir sus pretensiones a la medida usual entre sus iguales o abandonar el oficio. Sólo entonces, cuando semejante modo de sentir se generaliza, se abre para el individuo la perspectiva de utilizar fecundamente su energía, en lugar de agotarla en lucha inútil, en la asociación con los que piensan del mismo modo, para elevar el nivel del honor del estamento, no me refiero sólo al sentimiento subjetivo del honor, sino a su reconocimiento objetivo por parte de las otras clases de la sociedad y por la legislación. De este modo ha mejorado considerablemente en los últimos cincuenta años la posición de la clase de los criados.

Lo que he dicho del honor, se aplica a la propiedad. También la irritabilidad en relación con la propiedad, el sentido verdadero de la propiedad —no comprendo por tal el instinto de ganancia, la caza al dinero y los bienes, sino aquel sentido viril del propietario, como cuyos representantes ejemplares

he presentado hace un momento a los campesinos, del propietario que defiende su propiedad, no porque es objeto de valor, sino porque es suya,— también este sentido puede debilitarse bajo la influencia de condiciones y situaciones insanas. ¿Qué tiene que ver con mi persona la cosa que es mía? —se oye decir a veces a algunos. Me sirve como medio de sostén de la vida, de ganancia, de disfrute; pero como no es un deber moral ir tras el dinero, tampoco vale la pena emprender un litigio por una bagatela, juicio que cuesta dinero y tiempo y perturba nuestro confort. El único motivo que me guía en la afirmación legal de la propiedad, es el mismo que me determina en la adquisición y empleo de la misma: mi interés —un proceso por lo mío y lo tuyo es un mero problema de interés.

Por mi parte no puedo ver en tal interpretación de la propiedad más que una degeneración del sano sentido de la propiedad y su razón en un desplazamiento de las condiciones naturales de la propiedad. No hago responsables de ello a la riqueza y el lujo —en los dos no veo ningún peligro para el sentido del derecho del pueblo sino en la inmoralidad de la codicia. La fuente histórica y la razón moral de la justificación de la propiedad es el trabajo, no me refiero sólo al de las manos y los brazos, sino también al del espíritu y el talento, y no reconozco sólo al obrero mismo, sino también a sus herederos un derecho al producto del trabajo, es decir, encuentro en el derecho de herencia una consecuencia necesaria del principio del trabajo, pues estimo que no

se puede rehusar al obrero que disfrute lo ganado en el curso de su vida o lo transmita también después de su muerte a otras personas. Sólo por la vinculación permanente con el trabajo puede conservarse fresca y sana la propiedad, sólo en esa fuente suya, en la que incesantemente se crea y refresca de nuevo, se muestra clara y diáfana hasta el fondo lo que es para el hombre. Pero cuanto más se aleja la corriente de esa fuente y llega a las regiones de la ganancia fácil y hasta sin esfuerzo, tanto más turbia se vuelve, hasta que al fin pierde en el pantano del juego de Bolsa y del agio engañoso de las acciones todo rastro de lo que era originalmente. En este lugar, donde todo resto de la idea moral de la propiedad se ha desvanecido, no se puede hablar ya de un sentimiento del deber moral de defensa; para el sentido de la propiedad, según vive en todo el que tiene que ganar el pan con el sudor de su frente, falta aquí toda comprensión. Lo peor de ello es, por desgracia, que el estado de ánimo creado por tales motivos y hábitos de vida se comunica poco a poco a círculos en los que no se habrían engendrado por sí mismos sin contacto con otros ⁽¹⁾. La influencia de los millones ganados en el juego de Bolsa se percibe hasta en las cabañas, y el mismo

(1) Una contribución interesante sobre ello la ofrecen nuestras pequeñas ciudades universitarias alemanas, que viven preferentemente de los estudiantes; el estado de ánimo y las costumbres de los últimos en relación con el modo como gastan el dinero, se comunican involuntariamente también a la población civil.

hombre que, trasladado a otro ambiente, habría hecho su propia experiencia de la prosperidad que se basa en el trabajo, siente éste, bajo la presión enervante de tal atmósfera, como una maldición —el comunismo prospera sólo en aquel pantano en donde la idea de la propiedad se ha corrompido plenamente; en su fuente no se le conoce. La experiencia que la concepción de la propiedad de los círculos dirigentes no se limita a los últimos, sino que se comunica también a las demás clases de la sociedad, se conserva en dirección justamente opuesta en el campo. El que vive constantemente allí y no está por decirlo así fuera de todo vínculo con los campesinos, aun cuando sus relaciones y su personalidad no lo favorezcan en lo demás, admitirá involuntariamente algo del sentido de propiedad y de economía de los campesinos. El mismo hombre del término medio, en condiciones por lo demás completamente iguales, se vuelve ahorrativo en el campo con los campesinos, en una ciudad como Viena derrochador si vive con millonarios.

Pero de ahí también puede proceder aquella tibieza de la convicción, que, por amor a la comodidad, evita el camino de la lucha por el derecho, mientras el valor del objeto no excite a la resistencia, y que para nosotros sólo importa reconocer y definir como lo que es. La filosofía práctica de la vida que predica, no es otra cosa que la política de la cobardía. También el cobarde que huye de la batalla, salva lo que otros sacrifican: su vida, pero la salva al

precio de su honor. Sólo la circunstancia que los otros resisten, le protege a él y a la comunidad contra las consecuencias que su modo de obrar entrañaría de lo contrario inevitablemente; si todos pensasen como él, estarían perdidos todos. Esto se aplica también a aquél que abandona cobardemente el derecho. Como acción de un individuo es inofensiva, pero elevada a máxima general de la acción, significaría la decadencia del derecho. También en esta conexión la apariencia de la impunidad de tal modo de obrar sólo es posible por el hecho que la lucha del derecho contra la injusticia en su conjunto no es afectada por él. Pues no está a merced del individuo, ya que en el Estado desarrollado interviene del modo más amplio el poder de Estado, en tanto que persigue y pena todas las transgresiones graves contra el derecho del individuo, su vida, su persona y su propiedad por impulso propio; la policía y el juez en lo penal desembarazan al sujeto de antemano del trabajo más pesado. Pero también en relación con aquellas lesiones del derecho, cuya persecución es dejada exclusivamente al individuo, se ha cuidado de que la lucha no se desate nunca, pues no todos practican la política del cobarde, e incluso este último se coloca entre los combatientes cuando el valor del objeto de la contienda supera su comodidad. Pero supongamos un estado de cosas en que falla el respaldo que tiene el sujeto en la policía y la justicia penal, trasladémonos a los tiempos en que, como en la vieja Roma, la persecución del la-

drón y del bandido era cosa del agraviado —¿quién no comprende a dónde tendría que conducir este abandono del derecho?. ¿A dónde si no al estímulo de los ladrones y bandidos? Lo mismo puede decirse de la vida de los pueblos. Pues aquí todo pueblo está a merced de sí mismo, ningún poder superior se encarga de la afirmación de su derecho, y sólo necesito recordar mi ejemplo anterior de la milla cuadrada para mostrar lo que significa para la vida de los pueblos aquella interpretación que quiere medir la resistencia contra la injusticia según el valor material del objeto de la disputa. Pero una máxima que, dondequiera que la ponemos a prueba, se demuestra enteramente inimaginable como disolución y aniquilación del derecho, no puede ser calificada de justa donde excepcionalmente sus consecuencias funestas son compensadas por el favor de otras condiciones. Tendré ocasión de exponer más adelante la influencia perjudicial que ejerce incluso en una situación proporcionalmente favorable.

Por tanto rechazamos esa moral de la comodidad, que ningún pueblo, ningún individuo de sano sentimiento del derecho ha hecho jamás suya. Es el síntoma y el producto de un sentimiento enfermo, paralizado del derecho, el materialismo grosero y desnudo en el dominio del derecho. También el último tiene en este dominio plena justificación, pero dentro de determinados límites. La obtención del derecho, la utilización y la puesta en vigor del mismo en casos de injusticia objetiva pura, es un simple

problema de intereses —el interés es el núcleo práctico del derecho en el sentido subjetivo ⁽¹⁾. Pero frente a la arbitrariedad que levanta su mano contra el derecho, pierde aquella consideración materialista, que confunde el problema del derecho con el problema de los intereses, su justificación, pues le afecta el golpe que la arbitrariedad asesta al derecho, y con lo último también a la persona.

Es indiferente qué es lo que forma el objeto del derecho. Si el mero azar lleva la cosa al círculo de mi derecho, podría ser que pudiera ser despojado de ella sin lesión de mi personalidad; pero no es el azar, sino mi voluntad la que anuda el lazo entre ella y yo, y sólo por el precio del trabajo precedente propio o extraño —es un trozo del propio o extraño pasado de trabajo el que poseo y afirmo en ella. Al hacerla mía, le he impreso el sello de mi persona; el que la toque, ataca a ésta, el golpe que se dirige a ella, me hiere a mí mismo, pues estoy presente en ella— la propiedad es sólo la periferia objetivamente ensanchada de mi persona.

Esta conexión del derecho con la persona confiere a todos los derechos, de cualquier especie que sean, aquel valor inconmensurable que califico de valor ideal en oposición al valor puramente substancial que tienen desde el punto de vista del interés. De ahí procede aquella abnegación y energía en la afir-

(1) Más detalles en mi *GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS*, III, § 60.

mación del derecho que he descrito más arriba. Esta interpretación ideal del derecho no constituye el privilegio de naturalezas altamente dotadas, sino que es tan accesible al más tosco como al más ilustrado, al más rico como al más pobre, a los pueblos salvajes primitivos como a las naciones más civilizadas, y justamente en eso se manifiesta cómo ese idealismo está fundado en la esencia más íntima del derecho —no es más que la salud del sentimiento del derecho. Así el mismo derecho, que aparentemente señala a los humanos exclusivamente la baja región del egoísmo y del cálculo, lo ensalza por su parte nuevamente a una altura ideal, donde olvida toda sutileza y cálculo, que aprendió allí, y la medida del provecho, según la cual suele medirlo todo por lo general, para entregarse pura y enteramente a una idea. Prosa en la región de lo puramente objetivo, el derecho se convierte en poesía en la esfera de lo personal, en la lucha por el derecho para el propósito de la afirmación de la personalidad —*la lucha por el derecho es la poesía del carácter*.

¿Y qué es lo que opera este milagro?. No el conocimiento, no la instrucción, sino el simple sentimiento del dolor. El dolor es el grito de angustia y el grito de auxilio de la naturaleza amenazada. Esto se aplica, lo mismo que al organismo físico, también al organismo moral, y lo que para los médicos es la patología del organismo humano, es la patología del sentimiento del derecho para el jurista y el filósofo del derecho, o mejor dicho: eso debería ser,

pues sería erróneo afirmar que se ha vuelto así ya. En él está todo el secreto del derecho. El dolor que experimenta el hombre por la lesión de su derecho, contiene la confesión instintiva, violentamente arrancada de lo que es el derecho, primeramente lo que es para él, para el individuo, pero inmediatamente también lo que es para la sociedad humana. En ese factor se manifiesta en forma de emoción, el sentimiento inmediato de la significación y de la esencia verdaderas del derecho más que durante largos años de disfrute tranquilo. El que no ha experimentado en sí mismo o en otros ese dolor, no sabe lo que es derecho, aun cuando tenga en la cabeza todo el *Corpus juris*. No es la razón, sino sólo el sentimiento el que puede respondernos a la pregunta, por eso el lenguaje ha calificado con razón la fuente primigenia psicológica de todo derecho como *sentimiento del derecho*. La *conciencia del derecho*, la *convicción jurídica* son abstracciones de la ciencia que no conoce el pueblo; la fuerza del derecho descansa en el sentimiento, lo mismo que el amor; la razón y el entendimiento no pueden suplantar el sentimiento ausente. Pero como el amor no se conoce a menudo, y basta un momento único para llevarlo a la plena conciencia de sí mismo, así el sentimiento del derecho regularmente no sabe en circunstancias corrientes lo que es y lo que entraña, pero la lesión del derecho es la cuestión penosa que le obliga a hablar y pone en primer plano la verdad y la fuerza. En qué consiste esa verdad, lo he dicho antes —el derecho es la condición moral de vida de la persona,

la afirmación del mismo es la propia conservación moral de ésta.

La violencia con que el sentimiento del derecho reacciona efectivamente contra una lesión sufrida, es la piedra de toque de su salud. El grado del dolor que experimenta, le anuncia qué valor atribuye al bien amenazado. Pero experimentar el dolor, sin tomar a pecho la advertencia que entraña para la defensa contra el peligro, soportarlo pacientemente sin defenderse, es una negación del sentimiento del derecho, disculpable quizá en algún caso por las circunstancias, pero que a la larga no es posible sin las consecuencias más desastrosas para el sentimiento mismo del derecho. Pues la esencia de este último es el hecho, la acción —donde hay que privarlo de la acción, se anquilosa y embota poco a poco completamente, hasta que al fin apenas experimenta el dolor. Irritabilidad, es decir, capacidad para sentir el dolor de la lesión del derecho, y la fuerza de acción, es decir, el valor y la decisión para rechazar el ataque, son a mis ojos los dos criterios del sano sentimiento del derecho.

Tengo que renunciar a desarrollar aquí este tema tan interesante como fecundo de la patología del sentimiento del derecho, pero me serán permitidas algunas reflexiones.

La excitabilidad del sentimiento del derecho no es la misma en todos los individuos, sino que se debilita y se acrecienta, según la medida en que ese individuo, ese estamento, ese pueblo experimentan la significación del derecho como una condición de

su existencia moral, y no sólo del derecho en general, sino también de los diversos componentes jurídicos. En relación con la propiedad y el honor, se ha indicado esto más arriba, como tercera relación incluso todavía el matrimonio —¡cuántas reflexiones se vinculan a la manera como individuos, pueblos, legislaciones diversas se comportan frente al adulterio!

El segundo elemento en el sentimiento del derecho: la fuerza de acción, es mero asunto del carácter; el comportamiento de un individuo o de un pueblo frente a un agravio al derecho es la piedra de toque más segura de su carácter. Si entendemos por carácter la personalidad plena, que descansa en sí misma, que se afirma a sí misma, no hay ninguna base mejor para probar esa cualidad que cuando la arbitrariedad lesiona a la vez el derecho y la persona. Las formas en que reacciona el sentimiento del derecho y de la personalidad lesionados, bajo la influencia de la emoción, en acción salvaje, apasionada, o en resistencia moderada, pero persistente, no son en modo alguno decisivas de la intensidad de la fuerza del sentimiento del derecho, y no habría mayor error que el de atribuir al pueblo salvaje o al ignorante, en el cual la primera forma es la normal, un sentimiento del derecho más vivo que el del instruido que opta por el segundo camino. Las formas son más o menos cosa de la educación y del temperamento; la violencia, la brutalidad, la pasión equivalen perfectamente a la resolución firme, a la inflexibilidad, a la consistencia de la resistencia.

Sería peor si fuese de otro modo. Pues equivaldría a decir que los individuos y los pueblos perderían tanto en su sentimiento del derecho como ganasen en instrucción. Una ojeada a la historia y a la vida civil basta para refutar esta opinión. Tampoco es decisiva en eso la antítesis de riqueza y pobreza. Por muy diferente que sea la medida del valor según la cual miden las cosas los ricos y los pobres, como ya se ha dicho, en la violación del derecho no tiene validez, pues aquí no se trata del valor material de la cosa, sino del valor ideal del derecho, de la energía del sentimiento de derecho en dirección especial a la propiedad, y el tono lo marca, no la propiedad, sino el sentimiento jurídico. La mejor prueba de ello la ofrece el pueblo inglés; su riqueza no ha alterado en modo alguno su sentimiento del derecho, y la energía con que se mantiene incluso en simples problemas de propiedad, hemos tenido a menudo oportunidad de comprobarla en el continente con la figura típica del viajero inglés, que se resiste con vigor al ensayo de rapiña por parte de hospederos y cocheros, como si se tratase de defender el derecho de la vieja Inglaterra; en caso de necesidad posterga su partida, queda días enteros en el lugar y gasta diez veces más de lo que se rehusa a pagar. El pueblo se ríe de ello y no lo entiende—sería mejor que lo comprendiese. Pues en los pocos gulden que defiende aquí el hombre, está en acción la vieja Inglatrera; en su patria lo comprende cualquiera y no se atreve nadie tan fácilmente a explotarle. Pongo a un austriaco de la misma po-

sición y de las mismas condiciones de fortuna en la misma situación; ¿cómo obrará? Si puedo confiar en mis propias experiencias en ese aspecto, de cien no habrá diez que imiten la conducta del inglés. Los otros temen el disgusto de la disputa, la posibilidad de la mala interpretación a que podrían exponerse, una mala interpretación que un inglés en Inglaterra no se atreve a temer, y que entre nosotros admite tranquilamente, en una palabra, pagan. Pero en las gulden que el inglés rehusa y que el austriaco paga, hay más de lo que se cree un trozo de Inglaterra y de Austria, hay siglos de la evolución política de ambos países y de su vida social⁽¹⁾.

En lo dicho hasta aquí he tratado de explicar el primero de los dos principios expuestos: la lucha por el derecho es un deber del afectado *para consi-*

(1) Ruego que no se olvide en esto que la conferencia de la que surgió el escrito, ha sido pronunciada en Viena, donde era más fácil la anterior comparación del inglés con el austriaco. Esto fué por algunos sectores visto con disgusto y mal interpretado. En lugar de comprender que sólo el más cálido interés para el pueblo austriaco hermano, sólo el deseo de contribuir con mi grano de arena a que se fortaleciese en él el sentimiento del derecho, ha puesto aquellas palabras en mi pluma, se me ha atribuido una actitud inamistosa, de la que nadie está más distante que yo, y para la que durante los cuatro años que he vivido como profesor en la universidad de Viena, se me ha dado tan poca oportunidad que, al contrario, me despedí de allí con el sentimiento de la más profunda gratitud. Vivo la convicción de que el motivo que me ha llevado a la manifestación hecha, y el estado de ánimo de que ha surgido, será cada vez más justamente apreciada por parte de mis lectores austriacos.

go mismo. Ahora pasaré al segundo: la afirmación del derecho es un deber para con la comunidad.

Para fundamentar este principio, tengo necesidad de mostrar algo más detenidamente la relación del derecho en el sentido objetivo y el subjetivo. ¿En qué consiste? Creo reproducir fielmente la representación viable, cuando digo: en el hecho que el primero constituye la condición previa del segundo; un derecho concreto existe sólo allí donde hay condiciones en las que el principio jurídico ha anudado la existencia del mismo. Con ello se agota por completo, según la teoría dominante, la relación mutua de ambos. Pero esta representación es enteramente unilateral, acentúa exclusivamente la dependencia del derecho concreto del derecho abstracto, pero pasa por alto que tal relación de dependencia no prevalece menos en la dirección opuesta. El derecho concreto no sólo recibe la vida y la fuerza del abstracto, sino que se las devuelve. La esencia del derecho es la realización práctica. Una norma jurídica que no ha estado nunca en vigor o que ha perdido su fuerza, no tiene ninguna razón para ese nombre, se ha convertido más bien en un resorte inerte en el mecanismo del derecho, que no coopera, y que hay que eliminar sin que se altere nada. Este principio se aplica sin limitación a todas las partes del derecho, al derecho público lo mismo que al derecho penal y al derecho privado, y el derecho romano lo ha sancionado expresamente al reconocer la *desuetudo* como razón para la abrogación de las leyes: a lo mismo se debe la decadencia de los dere-

chos concretos por la falta duradera de uso (*non usus*). Mientras ahora la realización legal del derecho público y del derecho penal es impuesta en la forma de un deber por las autoridades estatales, el derecho privado en la forma de un derecho de las personas particulares, es dejado exclusivamente a su iniciativa y autonomía. En todo caso depende la realización jurídica de la ley de que las autoridades y funcionarios del Estado cumplan su deber, y en este caso de que las personas privadas hagan valer su derecho. Pero si las últimas descuidan esto en alguna situación de modo permanente y general, sea por desconocimiento de su derecho, sea por comodidad o cobardía, el principio de derecho es efectivamente paralizado. Podríamos pues decir: la realidad, la fuerza práctica de los principios del derecho privado se documenta haciendo valer los derechos concretos, y así como los últimos, por una parte, reciben su vida de las leyes, así se la devuelven por otra; la relación del derecho objetivo o abstracto y los derechos subjetivos concretos es la circulación de la sangre que parte del corazón y vuelve al corazón.

El problema de la realización de los principios del derecho público está confiado a la fidelidad al deber de los funcionarios, el de los principios del derecho privado a la eficacia de aquellos motivos que mueven a los afectados a la afirmación de su derecho: sus intereses y su sentimiento del derecho; si éstos fallan en su servicio, el sentimiento del derecho se vuelve flojo y obtuso y el interés no es bas-

tante poderoso para superar la comodidad y la aversión a la disputa y la lucha y el temor a un litigio, de modo que la simple consecuencia es que el principio de derecho no llega a la aplicación.

¿Pero qué significaría eso? se me objetará, nadie más que el ofendido sufrirá por ello. Vuelvo a tomar la imagen de que me serví antes: el de la fuga del individuo ante la batalla. Si mil hombres tienen que combatir, puede ocurrir que no se perciba el alejamiento de un individuo: pero si cien de ellos desertan, la situación de los que resisten fielmente se vuelve cada vez peor, todo el peso de la resistencia cae sobre ellos. En esta imagen creo haber presentado visiblemente la verdadera figura de la cuestión. También en el dominio del derecho privado hay una lucha del derecho contra la injusticia, una lucha común de la nación entera, en la que deben estar firmemente cohesionados todos, también aquí el que huye perpetra una traición a la causa común, pues fortalece el poder del adversario al aumentar su osadía y su audacia. Cuando la arbitrariedad y la ilegalidad se atreven a levantar la cabeza con insolencia e impudicia, es siempre un signo seguro de que los llamados a defender la ley no han cumplido con su deber. Pero en el derecho privado todos están llamados a defender la ley, a ser guardianes y ejecutores de la ley dentro de su esfera. El derecho concreto que les compete, se puede interpretar como una autorización otorgada por el Estado, dentro de su círculo de intereses, para hacer entrar

en acción la ley y defenderse contra la injusticia, una exhortación condicionada y especial en contraste con la absoluta y general que corresponde a los funcionarios. El que sostiene *su* derecho, defiende el derecho dentro del estrecho espacio del mismo. El interés y las consecuencias de ese modo de obrar suyo van por tanto mucho más allá de su persona. El interés general que resulta de ello, no es sólo el ideal, que afirma la autoridad y majestad de la ley, sino que es muy real, altamente práctico, sensible para cada uno y que comprende todo el que no posee la menor comprensión para lo primero, es decir que es asegurado y mantenido el orden firme de la vida de relación en la que cada cual está por su parte interesado. Cuando el amo no se atreve ya a reprender a los criados, el acreedor no hace embargar los bienes del deudor, el público comprador no se interesa por el peso exacto y el mantenimiento de los precios, no sólo es puesto en peligro de ese modo la autoridad ideal de la ley, sino que abandonará el orden real de la vida civil, y es difícil decir hasta dónde se pueden extender las consecuencias perjudiciales de ello, si por ejemplo no será afectado del modo más sensible todo el sistema del crédito, pues donde tengo que imaginar querella y disputa para imponer mi buen derecho, si puedo encontrar de algún modo el medio para eludir ese camino, mi capital emigra de la patria al extranjero, mis artículos de necesidad los importo de fuera en lugar de consumir los nativos.

En tales condiciones la suerte de los pocos que tienen el valor de hacer aplicar la ley, se convierte en un verdadero martirio; su enérgico sentimiento del derecho, que no permite dejar el campo libre a la arbitrariedad, será para ellos como una maldición. Abandonados por todos aquéllos que debieran ser sus aliados naturales, están enteramente solos frente a la ilegalidad engendrada por la indolencia y la cobardía general y cosechan, cuando han obtenido con graves sacrificios al menos la satisfacción de haber quedado fieles a sí mismos, en lugar de reconocimiento regularmente sólo burla y escarnio. La responsabilidad de tal estado de cosas no recae en aquella parte de la población que viola la ley, sino sobre la que no tiene el valor de mantenerla. No es a la injusticia a la que hay que acusar, cuando desplaza al derecho de su asiento, sino al derecho que se ha dejado avasallar, y si tuviese que apreciar en su significación práctica para la relación los dos principios: "no cometas ninguna injusticia" y "no tolere ninguna injusticia", la primera regla es: no tolere ninguna injusticia, la segunda: no cometas ninguna. Pues así como es el ser humano, la certidumbre de encontrar una resistencia decidida de parte del afectado, le hará contenerse de la perpetración de la injusticia más que un mandato que, si nos imaginamos ausente todo impedimento, en el fondo no tiene más que la fuerza de un simple mandamiento moral.

¿Después de todo eso se ha dicho demasiado cuando afirmo: la defensa del derecho concreto atacado

no sólo es un deber del afectado, para consigo mismo, sino también para con la sociedad? Si es verdad lo que he expuesto, que en su derecho defiende al mismo tiempo la ley y en la ley al mismo tiempo el orden ineludible de la comunidad, ¿quién negará que esa defensa le compete como deber para con la comunidad? Si ésta puede finalmente convocarlo para la lucha contra el enemigo exterior, en la que tiene que exponer el cuerpo y la vida, si cada cual, pues, tiene el deber de hacerse presente hacia fuera en pro de los intereses comunes, ¿no se ha de aplicar también en el interior, no deben reunirse también aquí todos los bien intencionados y valerosos y mantenerse firmemente unidos, como allí contra el enemigo exterior, también aquí contra el enemigo interno? Y si en aquella lucha la fuga cobarde es traición contra la causa común, ¿podemos ahorrar aquí ese reproche?. Derecho y justicia florecen sólo en un país no solamente por el hecho que el juez se halla en disposición permanente en su sillón, y la policía dispone de sus agentes, sino porque cada cual contribuye con su parte. Todos tienen la misión y el deber de pisotear la hidra de la arbitrariedad y de la ilegalidad donde quiera que se hace presente, todo el que disfruta de las bendiciones del derecho debe contribuir con su parte para mantener el respeto a la ley, en una palabra — *cada cual es un combatiente innato por el derecho en interés de la sociedad.*

No necesito llamar la atención sobre cómo por esa interpretación mía es ennoblecida la función del

individuo en relación con la revalidación de su derecho. Pone en lugar de la conducta meramente receptiva frente a la ley, puramente unilateral, enseñada por nuestra teoría hasta aquí, una relación de reciprocidad, en la cual el afectado devuelve a la ley el servicio que de la ley recibe. Es la colaboración en una gran tarea nacional, para la cual le reconoce su función. Si él mismo lo interpreta así, es del todo indiferente. Pues ésta es lo grande y lo sublime en el orden moral mundial, que no sólo puede contar con los servicios de aquéllos que la comprenden, sino que posee bastantes medios eficaces para atraer a la colaboración también a aquéllos a quienes escapa la comprensión de sus mandatos, sin ellos saberlo y quererlo. Para llevar a los seres humanos al matrimonio, pone en movimiento en unos el más noble de todos los instintos humanos, el amor, en el otro el crudo placer sensual, en el tercero la comodidad, en el cuarto la codicia — pero todos estos motivos conducen al matrimonio. Así también en la lucha por el derecho, al uno puede llevarlo al lugar del combate el interés desnudo, al otro el dolor por la lesión jurídica perpetrada, al tercero el sentimiento del deber o la idea del derecho como tal — todos se extienden la mano para la obra común, para la lucha contra la arbitrariedad.

Hemos alcanzado aquí el punto culminante ideal de la lucha por el derecho. Ascendiendo desde los bajos motivos del interés nos hemos elevado hasta

el punto de vista de la autoconservación moral de la persona y hemos llegado finalmente a la colaboración del individuo en la realización de la idea del derecho en interés de la comunidad. En mi derecho es agraviado el derecho y negado, es defendido, afirmado y restablecido. ¡Qué alto significado adquiere así la lucha del sujeto por su derecho! ¡Qué profundamente bajo la altura de ese interés ideal, en tanto que general, en el derecho, está la esfera de lo puramente individual, la región de los intereses personales, objetivos, pasiones, en los que el inexperto ve los únicos resortes de la disputa por el derecho!

Pero esta altura, puede decir alguno, es tan elevada que sólo es perceptible para los filósofos del derecho; nadie realiza un litigio por la idea del derecho. Para refutar esta afirmación podría remitir al derecho romano, en el cual la efectividad de ese sentido ideal llegó a su más clara expresión en la institución de las quejas populares ⁽¹⁾, pero seríamos injustos con el presente si quisiéramos rehusarle ese sentido ideal. Lo posee todo el que a la vista de la

(1) Para aquellos de mis lectores que no han estudiado derecho, advierto que esas quejas (ACCIONES POPULARES) daban ocasión a todo el que quería para presentarse como defensor de la ley y perseguir al transgresor de la misma, y ello no sólo en los casos en que se trataba de intereses del público entero, como por ejemplo la perturbación, la puesta en peligro de un pasaje público, sino también allí donde una persona privada que no podía defenderse a sí misma eficazmente, había sido objeto de una injusticia, como por ejemplo la explotación de un menor en un asunto de derecho, la infidelidad del tutor contra el pupilo, la obtención de intereses usurarios; sobre és-

violación del derecho por la arbitrariedad siente indignación, cólera moral. Pues mientras se mezcla al sentimiento que provoca la lesión sufrida por el derecho un motivo egoísta, aquél sentimiento tiene exclusivamente su razón en el poder moral de la idea de derecho sobre el alma humana; es la protesta de la naturaleza moral vigorosa contra el atentado al derecho, el más hermoso y elevado testimonio que puede ofrecer de sí mismo el sentimiento del derecho — un proceso moral tan atractivo y fecundo para la consideración de los psicólogos como para la imaginación del poeta. Que yo sepa no hay ningún efecto que pueda provocar tan repentinamente una transformación tan violenta en el ser humano, pues es sabido que justamente las naturalezas más apacibles y conciliadoras pueden ser puestas por él en un estado de pasión que les es completamente extraño en otras circunstancias una prueba de que han

tos y otros casos, ver mi *GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS*, III, Abth. 1, ed. 3, pág. 111 y sigts. Aquellas quejas contenían pues una incitación al sentido ideal, que defiende el derecho simplemente por el derecho sin ningún interés propio; algunas de ellas apelaban también al motivo ordinario de la avaricia, poniendo en perspectiva al acusador la pena pecuniaria a obtener del acusado, pero incluso por eso recae sobre ellos o mejor sobre su empleo profesional la misma mancha que entre nosotros sobre las denuncias con el fin de obtener las compensaciones de delatores. Si menciono que la mayor parte de la anterior categoría segunda ya han desaparecido en el derecho romano posterior, pero que las primeras han desaparecido en nuestro derecho actual, todos aquellos lectores míos saben qué conclusión deben extraer: la supresión de las hipótesis del sentido egoísta en que estaban calculadas.

sido alcanzados en lo más noble de su ser, en la médula más íntima. Es el fenómeno de la tempestad en el mundo moral: sublime, mayestática en sus formas por lo repentino, lo inmediato, por la violencia de su explosión, por el dominio de la fuerza moral elemental, ciclónica que lo olvida todo y lo derriba todo ante sí; y nuevamente conciliador y ennoblecedor al mismo tiempo por sus impulsos y sus efectos — una purificación moral del aire tanto para el sujeto como para el mundo. Pero en verdad, si la fuerza limitada del sujeto se quiebra en instituciones que aseguran a la arbitrariedad una protección que rehusa el derecho, entonces la tempestad azota al promotor y le aguarda ya sea la suerte del delincuente por causa del sentimiento del derecho herido, de lo que hablaré más tarde, o el no menos trágico del aguijón que la injusticia sufrida impotentemente ha dejado en su corazón, que le hace sangrar moralmente y perder la fe en el derecho.

Ahora bien, ese sentido ideal del derecho del hombre, que siente el ataque y el escarnio contra la idea del derecho más vivamente que la lesión personal y defiende sin ningún interés propio el derecho oprimido como si fuese propio — ese idealismo puede constituir el privilegio de naturalezas de noble disposición. Pero también el frío sentimiento del derecho, desprovisto de todo impulso ideal, que en la injusticia sólo se siente a sí mismo, tiene plena comprensión para aquella relación señalada por mí entre el derecho concreto y la ley, que he resumido

antes en la frase: *mi derecho es el derecho*, en aquél es simultáneamente lesionado y defendido éste. Sueña paradójico y sin embargo es verdad que justamente para los juristas no es muy corriente este modo de interpretación. Según su concepción, la ley no es afectada en la disputa por el derecho concreto; no es la ley abstracta en torno a la cual gira la disputa, sino su encarnación en figura de ese derecho concreto, en cierto modo un daguerrotipo del mismo, en el que se ha fijado, pero en el que no es directamente alcanzada ella misma. Admito la necesidad técnicojurídica de esta interpretación, pero esta concesión no debe impedirnos reconocer la justificación del modo de ver contrapuesto, que pone la ley en una misma línea con el derecho concreto y en consecuencia ve en un peligro para el último como un peligro para la primera. Para el sentimiento ingenuo del derecho, la última manera de ver está incomparablemente más cerca que la primera. La mejor prueba de ello la da la expresión que ha conservado tanto la lengua latina como el alemán. En un proceso entre nosotros el acusador “apela a la ley”, el romano llamaba a la queja “*legis actio*”. La ley misma es puesta en litigio, hay una disputa por la ley, que debe ser decidida en el caso singular — una interpretación que es de la más alta importancia en especial para la comprensión del litigio romano antiguo ⁽¹⁾. A la luz de esta representa-

(1) Citado por mí en mi *GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS*, II, 2, § 47.

ción es, por tanto, una lucha por la ley, se trata en la disputa no sólo del interés del sujeto, de una relación individual en la que la ley se ha encarnado, un daguerrotipo, como lo llamé, en el que ha sido captado un rayo de luz fugitivo de la ley y ha sido fijado, y que se puede quebrar y destruir sin herir a la ley misma, sino que la ley misma es despreciada, pisoteada; la ley, si no ha de ser juego vano y mera frase, tiene que afirmarse — con el derecho del agraviado se derrumba también la ley.

Que este modo de ver, que quiero designar brevemente como solidaridad de la ley con el derecho concreto, capta y reproduce en su razón más profunda la relación de ambos, lo he expuesto más arriba. Pero por decirlo así no está de ningún modo tan honda y oculta que no sea comprensible para el egoísmo craso, inaccesible a toda interpretación superior; incluso tiene la vista más aguda para ella, pues corresponde a su ventaja atraer al Estado como aliado de su disputa. Y de ese modo él mismo, sin saberlo y sin quererlo, es elevado sobre sí mismo y sobre su derecho a aquella altura en que el afectado se convierte en representante de la ley. La verdad sigue siendo verdad, aun cuando el sujeto sólo la reconozca y defienda desde el estrecho punto de vista de su interés propio. El odio y el ansia de venganza son los que llevan a Shylock ante el tribunal para cortar su libra de carne del cuerpo de Antonio, pero las palabras que el poeta le hace decir, son en sus labios tan verídicas como en los de cualquier

otro. Es el lenguaje que el sentimiento del derecho herido hablará siempre en todos los lugares y en todos los tiempos; la fuerza, la inflexibilidad de la convicción de que el derecho tiene que ser siempre derecho; el vuelo y la pasión de un hombre que es consciente de que en la cosa por la cual combate no sólo se trata de su persona, sino de la ley. La libra de carne, le hace decir Shakespeare,

La libra de carne que exijo,
fué caramante comprada, es mía, y quiero tenerla.
¡Pobre de vuestra ley si me la negáis!
El derecho de Venecia no tiene así ninguna fuerza.
—Yo exijo la ley.
—Me atengo aquí a mi recibo.

“Yo exijo la ley”. El poeta ha esbozado con esas cuatro palabras la verdadera relación del derecho en el sentido subjetivo y en el objetivo y la significación de la lucha por el derecho de una manera que ningún filósofo del derecho habría podido hacer más acertadamente. Con esas palabras la cosa se ha convertido de golpe de una simple reivindicación legal de Shylock en un problema del derecho mismo de Venecia. ¡Qué poderosa, qué gigantesca se extiende la figura del hombre cuando habla esas palabras! No es ya el judío que exige su libra de carne, es la ley de Venecia misma la que llama a los estrados del tribunal — pues su derecho y el derecho de Venecia son una sola cosa; con su derecho se derrumba el último también. Y cuando él mismo cae bajo el peso del fallo judicial, que le priva de su derecho

por un chiste burdo⁽¹⁾, cuando, perseguido por el escarnio amargo, abatido, aplastado, se aleja con las rodillas vacilantes, ¿quién puede eludir el sentimiento de que con él ha sido defraudado el derecho de Venecia, que no es el judío Shylock el que se escabulle consternado, sino la figura típica del judío medioeval, aquel paria de la sociedad, que en vano clama por derechos? Lo enormemente trágico de su destino no se apoya en el hecho que se le rehusa el derecho, sino en que él, un judío medioeval, tie-

(1) Justamente en eso descansa a mis ojos el alto interés trágico que tiene para nosotros Shylock. En realidad ha sido engañado en su derecho. Así al menos tiene que ver la cosa el jurista. El poeta naturalmente está libre para hacer su propia jurisprudencia, y no queremos deplorar que Shakespeare lo haya hecho aquí o más justamente que haya conservado inalterada la vieja fábula. Pero si el jurista quiere someterla a una crítica, no puede decir sino lo siguiente: el título no tenía valor porque contenía algo inmoral; el juez habría debido rechazarlo de antemano por este motivo. Pero si no lo hizo, si dejaba al "sabio Daniel" darle validez no obstante, fué una mísera triquiñuela, un subterfugio deplorable, rehusar al hombre, al que ya se había reconocido el derecho a cortar del cuerpo viviente una libra de carne, que lo hiciera vertiendo la sangre necesariamente asociada. De igual modo un juez podría reconocer el derecho de una servidumbre en una finca ajena, pero prohibiéndole dejar en ella las huellas de sus pasos, porque esto no había sido establecido en la concesión. Casi se podría creer que la historia de Shylock se ha desarrollado ya en la antigua Roma; pues los autores de las doce tablas consideraron necesario, en relación con el desgarramiento del deudor (*IN PARTES SECARE*) por parte del acreedor, advertir expresamente que debían tener la mano libre en cuanto a la magnitud de los trozos (*SI PLUS MINUSVE SECUERINT, SINE FRAUDE ESTO!*)—Sobre los ataques que ha experimentado la opinión sostenida en el texto, ver el prefacio.

ne fe en el derecho — se podría decir, ¡como si fuese un cristiano! — una fe sólida en el derecho que nada puede conmover, y que el juez mismo alienta; hasta que luego, como un rayo, cae sobre él la catástrofe, que lo arranca de su ilusión y le enseña que no es más que un judío medioeval proscrito, al que se le da su derecho engañándole.

La figura de Shylock me recuerda otra, la no menos histórica que poética de Michael Kohlhaas, que ha dibujado Heinrich von Kleist con verdad conmovedora en su novela homónima⁽¹⁾. Shylock se aleja aplastado, su fuerza quebrantada, se somete sin resistencia al fallo judicial. Michael Kohlhaas obra diversamente. Después de haber agotado todos los medios para hacer valer su derecho despreciado del modo más ofensivo, después de haberle cerrado el camino legal un acto infame de justicia de gabinete y, cuando la justicia hasta su más alto representante, el príncipe, se ha colocado abiertamente del lado de la injusticia, le invade un sentimiento de infinito dolor sobre el ultraje de que se le ha hecho víctima: “Es preferible ser un perro si he de ser pisoteado, que un hombre”, y su decisión está firme: “El que me niega la protección de las leyes, me empuja hacia los salvajes del desierto, y pone en mis manos la maza que me protegerá”. Arranca a la justicia venal de la mano la espada manchada y la esgrime de tal modo que el temor y el espanto se

(1) Las siguientes citas son tomadas de la edición de Tieck de los escritos completos del poeta, Berlín, 1826, vol. 3.

extienden ampliamente por el país, el Estado enmudecido se conmueve en sus cimientos, y el príncipe tiembla en el trono. Pero no es el sentimiento salvaje de la venganza el que le anima, no se convierte en bandido y asesino como Karl Moor, que “quería hacer sonar en toda la naturaleza el cuerno de la rebelión, para llevar la lucha por aire, tierra y mar contra la generación de hienas”, que declara la guerra a toda la humanidad por el sentimiento lesionado del derecho; sino que es una idea moral la que lo mueve, la idea de “que tiene para con el mundo el deber de luchar con sus fuerzas para lograr satisfacción para la ofensa sufrida y garantizar a sus conciudadanos contra ofensas futuras”. A eso lo sacrifica todo, la felicidad de su familia, su nombre estimado, su fortuna, cuerpo y vida, y no hace una guerra de destrucción ciega, sino que la dirige contra los culpables y todos aquellos que hacen causa común con ellos. Y cuando se le ofrece la perspectiva de alcanzar su derecho, depone voluntariamente las armas; pero como si el hombre hubiese sido elegido para hacer ver en su ejemplo qué grado de ignominia podía pesar sobre el deshonor y la ilegalidad de aquella época, se violó el salvoconducto y la amnistía, y terminó su vida en el cadalso. Pero antes se le reconoce su derecho, y el pensamiento de que no ha combatido en vano, que ha vuelto a honrar el derecho, que ha sostenido su dignidad humana, eleva su corazón por encima del horror de la muerte; se reconcilia consigo mismo, con el mun-

do y con Dios, y avanza tranquila y resueltamente tras el verdugo. ¡Qué consideraciones se anudan a este drama jurídico! Un hombre, honrado y benévolo, lleno de amor hacia su familia, de sentido infantilmente piadoso se convierte en un Atila que aniquila a sangre y fuego los lugares en los que se ha refugiado su adversario. ¿Por qué así? Justamente por aquella cualidad que lo pone moralmente tan por encima de todos sus enemigos, los cuales finalmente triunfan sobre él: por su alto respeto ante el derecho, su fe en la santidad del mismo, la energía de su legítimo y sano sentimiento jurídico. Y en eso descansa lo trágico y profundamente conmovedor de su destino, que incluso es lo que constituye la superioridad y nobleza de su naturaleza: el impulso ideal de su sentimiento del derecho, su abnegación heroica, que todo lo olvida y todo lo sacrifica a la idea del derecho, en el contacto con el mundo mísero de entonces, la arrogancia de los grandes y poderosos y el olvido de su deber y la cobardía de los jueces se conjuran para su perdición. Los delitos que ha cometido, recaen con doble y triple peso sobre los príncipes, sus funcionarios y jueces que le arrojaron violentamente de la vía del derecho a la de la ilegalidad. Pues ninguna injusticia que tiene que soportar el hombre, por pesada que sea, al menos para el sentimiento moral ingenuo — alcanza con mucho a la que ejerce la soberanía instituida por Dios cuando ella mismo quebranta el derecho. El asesinato judicial, según lo califica acertadamen-

te nuestro idioma, es el verdadero pecado mortal del derecho. Los cuidadores y guardianes de la ley se transforman en sus asesinos — es el médico que envenena al enfermo, el tutor que estrangula a su pupilo. En la antigua Roma el juez venal merecía la pena de muerte. Para la justicia que ha quebrantado el derecho, no hay ningún acusador más aniquilador que la figura obscura y amenazadora del delincuente a causa del sentido de derecho agravado — es su propia sombra sangrienta. La víctima de una justicia venal o parcial es expulsada casi violentamente del cauce del derecho, se convierte en vengador y ejecutor de su derecho por la propia mano y no raramente, al sobrepasar el objetivo próximo, se vuelve un enemigo jurado de la sociedad, bandido y asesino. Pero también aquellos a quienes su noble naturaleza moral protege contra esta desviación, como Michael Kohlhaas, se vuelven criminales y al sufrir el castigo por ello se convierte en mártires de su sentimiento del derecho. Se dice que la sangre de los mártires no se derrama en vano, y puede ser verificado en él, y su sombra monitora tendrá que perdurar todavía para que una violación del derecho como la que se cometió en él, se vuelva imposible.

Cuando por mi parte he conjurado esa sombra, lo hice para mostrar en un ejemplo patente qué desviación amenaza justamente al sentimiento vigoroso del derecho, idealmente dispuesto, en condiciones en que la imperfección de las instituciones jurídicas le

rehusa su satisfacción⁽¹⁾. Allí la lucha por la ley es una lucha contra la ley. El sentimiento del derecho, abandonado por el poder que debía protegerlo, deja él mismo el terreno de la ley y trata de conseguir por sí lo que la torpeza, la mala voluntad, la impotencia le rehusan. Y no son sólo naturalezas singularmente vigorosas o de propensión violenta aquéllas en las que el sentimiento nacional del derecho promueve su acusación y su protesta contra semejantes condiciones jurídicas, sino que esa acusación y esa protesta por parte de toda la población en ciertos fenómenos que, según su determinación o naturaleza, según el pueblo o un determinado sector, las considera o las aplica, pueden ser considera-

(1) De una manera nueva y en extremo impresionante, completamente independiente de su precursor Kleist. Karl Emil Franzos ha tratado este tema en la novela motivada por mi escrito: *EIN KAMPF UM'S RECHT* (Breslau, 1882). Michael Kohlhaas es llamado a la liza por el desprecio vil de su propio derecho, el héroe de esa novela por la del derecho de la comuna, cuyo alcalde es, y que ha intentado hacer reconocer por todos los medios legales con el mayor sacrificio, pero en vano. El motivo para esa lucha por el derecho está, pues, en una región más alta aun que la de Michael Kohlhaas, es el idealismo jurídico, que no apetece nada para sí mismo, todo únicamente para otros. La finalidad de mi escrito no me permite poner en su debida luz la maestría con que el autor ha cumplido su misión, pero no puedo menos de llamar la atención del lector que se interesa por el tema que he tratado en el texto, sobre esta manipulación poética del mismo. Constituye un digno producto lateral del Michael Kohlhaas de Kleist, un cuadro gemelo de una verdad y de fuerza conmovedora que nadie puede dejar de la mano sin la más profunda emoción.

das como accesorios populares de las instituciones del Estado. A ellas pertenecen en la edad media los tribunales de la *Vehm* y el derecho de desafío, graves testimonios de la impotencia o parcialidad de los tribunales penales de entonces y de la importancia del poder público; en el presente la institución del duelo, la prueba efectiva de que las penas que el Estado impone contra la lesión del honor, no son suficientes para el sentimiento sensible del honor de ciertas clases sociales. A ello pertenece la venganza de sangre de los corsos y la justicia del pueblo en los Estados Unidos, la llamada ley de Lynch. Todo eso testimonia que las instituciones del Estado no se hallan en armonía con el sentimiento jurídico del pueblo o clase; en todo caso entrañan un reproche para él, o bien porque las hace necesarias, o bien porque las tolera. Para los individuos, aun cuando la ley las ha prohibido, pero no pudo realmente reprimirlas, se convierte en fuente de un grave conflicto. Los corsos, que se contienen por efecto del mandato del Estado de la venganza de sangre, son despreciados por los suyos; aquellos que ceden a ella bajo la presión de la manera de ver popular, caen en los brazos vengadores de la justicia. Igualmente en nuestro duelo. El que lo rechaza en condiciones que lo convierten en un deber de honor, lesiona su honor, el que lo practica es castigado — una situación igualmente penosa para el participante y para los jueces. En la antigua Roma buscamos en vano fenómenos análogos; las instituciones del Estado y

el sentimiento nacional del derecho se encontraban allí en plena armonía.



He llegado aquí al fin de mis consideraciones sobre la lucha del individuo por su derecho. Lo hemos seguido en la escala de los motivos que la producen, desde las más inferiores del mero cálculo de intereses ascendiendo hasta la más ideal de la afirmación de la personalidad y sus condiciones éticas de vida, para llegar finalmente al punto de vista de la realización de la idea de la justicia — la más elevada cima, desde la cual un paso en falso derriba al delincuente por causa del sentimiento lesionado del derecho en el abismo de la ilegalidad.

Pero el interés de esa lucha no está limitada de ningún modo al derecho privado o a la vida privada, va mucho más allá de eso. Una nación es finalmente la suma de todos los individuos particulares, y según los individuos particulares sienten, piensan, obran, así siente, piensa, obra la nación. Si el sentimiento del derecho del individuo se muestra roto, cobarde, apático en las condiciones del derecho privado, a causa de impedimentos que leyes injustas o malas instituciones le oponen, no encuentra ningún espacio de juego para desarrollarse libre y vigorosamente, si le alcanza la persecución allí donde debía esperar protección y estímulo, se habitúa en consecuencia de ello a tolerar la injusticia y a considerar-

la como algo que no se puede cambiar: ¿quién podrá creer que un sentimiento del derecho esclavizado, empequeñecido, apático podría levantarse repentinamente a la sensación y a la acción enérgica cuando hay una lesión del derecho que afecta, no al individuo, sino a todo el pueblo: un atentado a su libertad política, la violación o la caída de su constitución, el ataque del enemigo exterior? ¿El que no ha estado habituado a defender valientemente su derecho propio, cómo debe sentir el impulso a poner en juego su vida y sus bienes voluntariamente en favor de la comunidad? El que no ha mostrado ninguna comprensión para los daños ideales que sufrió en su honor y su persona, abandonando su buen derecho por comodidad o cobardía, el que estuvo habituado a aplicar en cosas del derecho solamente la medida del interés material, ¿cómo se puede esperar de él que aplique otro cartabón y sienta diversamente cuando se trata del derecho y el honor de la nación? ¿De dónde habría de llegar repentinamente el idealismo del sentimiento que ha negado hasta allí? ¡No! el combatiente por el derecho del Estado y por el derecho de los pueblos no es otro que el del derecho privado; las mismas cualidades que ha hecho suyas en las condiciones del último, le acompañan también en la lucha por la libertad civil y contra el enemigo exterior — lo que ha sido sembrado en el derecho privado, da sus frutos en el derecho público y en el derecho internacional. En las condensaciones del derecho privado, en las condiciones corrientes e ínfimas de la vida

hay que formar y recoger gota a gota aquella fuerza, acumular aquel capital moral de que el Estado tiene necesidad para poder operar con él para sus fines en lo grande. El derecho privado, no el derecho público, es la verdadera escuela de la educación política de los pueblos, y si se quiere saber cómo defenderá un pueblo en caso necesario sus derechos políticos y su posición internacional, véase cómo afirma el miembro particular en la vida privada su derecho propio. He mencionado ya el ejemplo del inglés combativo, y sólo puedo repetir aquí lo que dije entonces: en la moneda por la cual disputa tenazmente, está el desarrollo político de Inglaterra. A un pueblo en el que es práctica general que cada cual defiende valerosamente su derecho en lo pequeño e insignificante, nadie se atreverá a arrancarle lo más alto que tiene, y por eso no es ningún azar que el mismo pueblo de la antigüedad, que ha mostrado en el interior el más notable desarrollo político y hacia fuera la mayor fuerza expansiva, el romano, poseyese además el derecho privado mejor formado. Derecho es idealismo, por paradojal que pueda sonar. No idealismo de la fantasía, pero sí del carácter, es decir del hombre que se siente su propio fin y menosprecia todo lo demás cuando es lesionado en ese su germen más íntimo. ¿Qué le importa de dónde viene ese ataque a sus derechos, del individuo, del propio gobierno, de un pueblo extranjero?. Sobre la resistencia que opone a esos ataques, no decide la persona del atacante, sino la ener-

gía de su sentimiento del derecho, la fuerza moral con la que suele afirmarse. Por eso es eternamente verdadera la frase: la posición política de un pueblo hacia lo interno y lo exterior corresponde siempre a su fuerza moral — el imperio chino con sus bambús, que sirve de azote para los niños crecidos, a pesar de sus centenares de millones no pudo asumir frente a las naciones extranjeras la posición internacional respetada de la pequeña Suiza. Lo natural de los suizos está en el sentido del arte y la poesía no menos que en lo ideal, es positivo y práctico como el de los romanos. Pero en el sentido en que he usado hasta aquí la expresión “ideal” en relación con el derecho, conviene a los suizos tanto como a los ingleses.

Este idealismo del sano sentimiento del derecho perdería su fundamento si se limitase a defender simplemente el propio derecho, sin que defendiese también el derecho en *su* derecho. En una comunidad donde es dominante esta manera de ver, este sentido para la estricta legalidad, se buscará en vano aquellos fenómenos afflictivos que son tan frecuentes en otras partes, es decir que la masa del pueblo, cuando las autoridades persiguen al criminal o transgresor de la ley o quieren aprisionarlo, toma partido por el último, es decir ve en el poder de Estado el adversario natural del pueblo. Todos saben aquí que la causa del derecho es también la suya — con el delincuente simpatiza aquí sólo el delincuente mismo, no el hombre honesto, este último presta más bien auxilio voluntario a la policía y a la autoridad.

Apenas tendré necesidad de resumir en palabras la conclusión que se vincula a lo dicho. Es el simple principio: para un Estado que quiere existir respetado hacia fuera, firme e incommovible en el interior, no hay un bien más valioso a cuidar y guardar que el sentimiento nacional del derecho. Esta preocupación es sin embargo una de las más altas y más importantes tareas de la pedagogía política. En el sano y vigoroso sentimiento de justicia de cada individuo posee el Estado la fuente más fecunda de su propia existencia tanto hacia el interior como hacia el exterior. El sentimiento del derecho es la raíz del árbol entero; si la raíz no sirve, se seca entre las rocas y la arena árida y todo lo demás es apariencia — cuando llega la tempestad, el árbol entero es derribado. Pero el tronco y la corona tienen la ventaja que se les ve, mientras que las raíces penetran en la tierra y escapan a la mirada. La influencia disgregadora que las leyes injustas y las malas instituciones jurídicas ejercen en la fuerza moral del pueblo, se desarrolla bajo tierra, en aquellas regiones que para muchos diletantes políticos no merece su atención; les interesa sólo la copa imponente, no tiene noción alguna del veneno que sube de la raíz a la copa. Pero el despotismo sabe dónde tiene que aplicar el golpe para derribar el árbol; deja la copa primeramente intacta, pero destruye las raíces; con la intervención en el derecho privado, con el atropello al individuo ha comenzado el despotismo en todas partes; terminado allí su trabajo, cae el árbol por sí mismo. Por eso hay que contrarrestar-

lo aquí ante todo, y los romanos sabían bien lo que hacían cuando tomaron los atentados a la castidad y el honor femeninos como pretexto para poner fin a la realeza y al desenvirato. Destruir el libre sentimiento de sí mismo de los campesinos mediante cargas y gabelas, poner a los ciudadanos bajo la tutela de la policía, vincular el permiso de un viaje a la obtención de un pasaporte, distribuir caprichosamente los impuestos — un Macchiavelli no habría podido dar una receta mejor para extinguir en el pueblo todo sentimiento viril de sí mismo y toda fuerza moral y para asegurar al despotismo una entrada sin resistencia. Que el mismo terror, por el cual hacen su aparición el despotismo y la arbitrariedad, abre también el camino al enemigo exterior, no es percibido ciertamente, y tan sólo cuando está allí, llegan los sabios al tardío reconocimiento de que la fuerza moral y el sentimiento jurídico de un pueblo habrían podido constituir frente al enemigo exterior la defensa más eficaz. Al mismo tiempo, cuando el campesino y el burgués eran objeto de la arbitrariedad feudal y absolutista, se perdieron Alsacia y Lorena para el Reich alemán — ¡cómo podían sus habitantes y sus hermanos en el Reich sentir por el Reich si ellos mismos habían olvidado a sentirse a sí mismos!

Pero es nuestra propia culpa si tan sólo comprendemos las lecciones de la historia cuando es ya tarde; no está en ella el que no la sepamos a tiempo, pues las predica en todo momento alto y percepti-

blemente. La fuerza de un pueblo es equivalente a la fuerza de su sentimiento del derecho, el cultivo del sentimiento nacional del derecho es el cultivo de la salud y la fuerza del Estado. Por ese cultivo no entiendo yo naturalmente el teórico en la escuela y la enseñanza, sino la realización práctica de los principios de la justicia en todas las condiciones de la vida. Con el mecanismo exterior del derecho solamente no se tiene todo. Este puede ser ordenado tan perfectamente y ser manejado de tal modo que impere el orden supremo, y sin embargo puede ser despreciada la exigencia anterior de la manera más brillante. Ley y orden eran también la servidumbre, el tributo de protección de los judíos y muchos otros principios e instituciones del tiempo pasado que estaban en la contradicción más cruda con las exigencias de un sano y vigoroso sentimiento del derecho, y por los cuales el Estado se perjudicó a sí mismo quizás más que los ciudadanos, campesinos, judíos, sobre los cuales pesaban primeramente. La firmeza, la claridad, la delimitación del derecho material, la abolición de todos los principios en que puede chocar un sano sentimiento jurídico, en todas las esferas del derecho, no sólo del derecho privado, sino también de la policía, de la administración, de la legislación financiera; la independencia de los tribunales, la mayor perfección posible de las instituciones procesales — éste es para el Estado el camino adecuado a fin de llevar al pleno desarrollo el sentimiento del derecho de sus miembros y con ello su propia fuerza. Toda institución injusta sentida por

el pueblo como tal o toda institución odiosa es una lesión del sentimiento nacional del derecho y con ello de la fuerza nacional, un pecado contra la idea del derecho que repercute sobre el Estado mismo y que a menudo tiene que pagar caramente con exceso — ¡en algunas circunstancias pueden costarle una provincia! No soy ciertamente de opinión que el Estado debe evitar esos pecados solamente por causa de tales consideraciones de conveniencia, considero más bien como su deber más sagrado, realizar esa idea en razón de su misma existencia; pero éste es quizás idealismo doctrinario y no quiero vituperar al político práctico y al hombre de Estado si escucha tal pretensión encogiéndose de hombros. Pero por eso precisamente he destacado la parte práctica del problema, a fin de que tenga plena comprensión del mismo. La idea del derecho y el interés del Estado marchan mano a mano. Un mal derecho a la larga abate cualquier sentimiento sano del derecho, lo embota, lo empequeñece, lo corrompe. Pues la esencia del derecho, como se ha observado a menudo, es la acción — lo que el aire libre para la llama, es la libertad de acción para el sentimiento del derecho; prohibirla o restringirla equivale a sofocarlo.



Podría terminar aquí mi escrito, pues mi tema está agotado. Pero el lector me permitirá que llame

su atención todavía sobre un problema que está estrechamente vinculado al objeto del escrito, es esto: ¿en qué medida nuestro derecho actual o mejor dicho el actual derecho romano común, sobre el único que me atrevo a emitir un juicio, corresponde a las exigencias desarrolladas en lo expuesto hasta aquí? No vacilo en negar con toda decisión que haya relación alguna. Está muy por detrás de las aspiraciones justificadas de un sano sentimiento del derecho, y no sólo porque aquí y allá no hubiese encontrado lo justo, sino porque en conjunto es dominado por un modo de ver que está en oposición diametral a lo que constituye la esencia del sano sentimiento jurídico según mis expresiones anteriores — me refiero con ello a aquel idealismo que ve en la lesión del derecho no sólo un ataque contra el objeto, sino sobre la persona misma. Nuestro derecho común no ofrece el menor apoyo a ese idealismo; la medida con que mide todas las lesiones del derecho, con excepción de las ofensas al honor, es simplemente la del valor material — es el materialismo chato y desnudo el que llega en él a la expresión más acabada. ¿Pero qué otra cosa debe garantizar el derecho al lesionado si se trata de lo mío y lo tuyo, como el objeto de disputa o de su monto?⁽¹⁾ Si esto

(1) Así he considerado yo mismo antes la cosa, así en mi *SCHULDMOMENT IM RÖMISCHEN PRIVATRECHT* (Giesen, 1867), pág. 61 (*VERMISCHTE SCHRIFTEN*, Leipzig, 1879, pág. 229). El que ahora piense diversamente lo debo a la larga preocupación con el tema presente.

fuese justo, se podría dejar también en libertad al ladrón cuando ha devuelto la cosa robada. Pero el ladrón, se objeta, no ataca solamente a la persona robada, sino a las leyes del Estado, el orden jurídico, la ley consuetudinaria. ¿Pero no hace lo mismo el acreedor, que niega a sabiendas el préstamo que se le hizo, o el vendedor, el intermediario, que rompe el convenio, el mandatario que abusa de la confianza que se le ha dado para sacar ventajas sobre mí? ¿Es una satisfacción para mi sentimiento agraviado del derecho, si no recibo de todas esas personas tras larga lucha más que lo que se me debía al comienzo? Pero dejando enteramente de lado esa exigencia de satisfacción, que no vacilo en modo alguno en reconocer por completo justa, ¡qué ruptura del equilibrio natural entre las dos partes! El peligro que le amenaza por el desenlace desfavorable del proceso, consiste para el uno en que pierde lo suyo, para el otro solamente en que tiene que devolver lo retenido de manera irregular; la ventaja que le ofrece el desenlace favorable es para uno que no pierde nada, para el otro que se enriquece a costa del adversario. ¿No equivale esto a provocar la mentira más desvergonzada y a poner un premio a la comisión de deslealtades? Pero con esto en realidad sólo he caracterizado nuestro derecho actual.

Podemos hacer responsable de ello al derecho romano.

Distingo en esta relación tres etapas de desarrollo del mismo: la primera la del sentimiento del

derecho en el derecho antiguo, todavía completamente desmedida en su violencia, que no llegó al autodomínio,— la segunda la de la fuerza moderada del mismo en el derecho intermedio,— la tercera la del debilitamiento y detención en el crecimiento en el período imperial posterior, especialmente en el derecho de Justiniano.

Sobre la violencia que la cosa entraña en aquella primera etapa del desarrollo, hice y publiqué antes investigaciones⁽¹⁾, cuyo resultado resumo aquí en pocas palabras. El sentimiento excitable del derecho del tiempo antiguo abarca toda lesión, o disputa del propio derecho desde el punto de vista de la injusticia subjetiva, sin preocuparse en ello de la inculpabilidad o de la medida de la culpabilidad del adversario, y exige en consecuencia una compensación lo mismo del inocente que del culpable. El que negaba la culpa clara (*nexum*) o el daño objetivo causado al adversario, pagaba en el caso de perder el litigio el doble, lo mismo el que, en un juicio de reivindicación, ha recogido los frutos como propietario, debe compensar el doble, y además le toca la pérdida del dinero depositado para el litigio (*sacramentum*). La misma pena sufre el demandante cuando pierde el proceso, pues había pretendido un bien extraño; si se excedía algo en la suma reclamada, aunque la deuda estuviese probada, se le anulaba la demanda entera⁽²⁾.

(1) En el escrito citado en la nota anterior.

(2) Otros ejemplos en la pág. 14 del escrito citado.

De estas instituciones y principios del antiguo derecho ha pasado algo al nuevo, pero las creaciones independientes nuevas del mismo respiran un espíritu completamente distinto⁽¹⁾. Se puede caracterizar con una palabra: la aplicación y el empleo de la medida de la culpa a todas las condiciones del derecho privado. La injusticia objetiva y la subjetiva son estrictamente separadas, la primera contiene sólo la simple restitución del objeto debido, la segunda además una pena, un castigo, tanto una pena pecuniaria, como la marca de infamia, y justamente esta conservación de las penas dentro de límites justos es uno de los pensamientos más sanos del derecho romano de la era intermedia. Los romanos no se contentaban con que un depositario que había cometido la infidelidad de negar o retener el depósito, que el mandatario o el tutor que había aprovechado en beneficio propio la posición de confianza o que hacía abandono conscientemente de sus deberes, cubrieran su responsabilidad con la mera devolución de la cosa o la simple indemnización del daño; exigían además un castigo para los mismos, una vez como satisfacción del sentimiento del derecho agraviado, y al mismo tiempo para el propósito de intimidación de otros ante maldades similares. Entre las penas que se aplicaban, estaban en primer término el de la infamia una de las más graves que se puede imaginar en las condiciones romanas, pues

(1) Sobre esto trata el segundo capítulo del escrito citado, pág. 20 y sigts.

entrañaba además de la condenación social, la pérdida de todos los derechos políticos: la muerte política. Se aplicaba en todas partes donde la lesión del derecho se podía caracterizar como infidelidad singular. Además había penas pecuniarias, de las que se hacía un uso mucho más abundante que entre nosotros. Para el que era sometido a proceso en causa injusta o lo promovía, había todo un arsenal disponible de tales medios de intimidación; comenzaban con fracciones del valor del objeto en disputa ($1/10$, $1/5$, $1/4$, $1/2$), llegaban hasta varias veces ese monto y aumentaban en ciertas circunstancias donde la obstinación del adversario no podía romperse de otro modo, hasta lo ilimitado, es decir hasta el monto que el querellante consideraba bueno como satisfacción, bajo juramento. En especial había dos instituciones procesales que colocaban al acusado en la alternativa de desistir de su demanda sin ulteriores consecuencias perjudiciales, o bien exponerse al peligro de ser hallado culpable de una violación intencional de la ley y de ser castigado por ello: los interdictos prohibitorios del pretor y las *actiones arbitrariæ*. Si no acataba el mandato que le dirigía el magistrado o el juez, había resistencia; en lo sucesivo estaba en litigio no solamente el derecho del acusador, sino al mismo tiempo la ley en la autoridad de sus representantes, y el desprecio de la misma era expiado con penas pecuniarias, que beneficiaban al denunciante.

El propósito de todas estas penas era el mismo que el del castigo en el derecho penal. Es decir el

puramente práctico de asegurar también los intereses del derecho privado contra tales lesiones, que no caen bajo el concepto de crímenes, pero al mismo tiempo de procurar la reparación ética del sentimiento del derecho agraviado, de dignificar la autoridad menospreciada de la ley. El dinero no era en ello fin de sí mismo, sino solamente medio para el fin⁽¹⁾.

Según mi modo de ver, esta figura de la cosa en el derecho romano intermedio es un modelo. Igualmente lejos del extremo del antiguo derecho, que ponía la injusticia objetiva sobre la horma de la subjetiva, como del nuestro actual contrapuesto, que ha reducido en el proceso civil la subjetiva al nivel de la objetiva, garantizaba plena satisfacción a las justas demandas de un sano sentimiento del derecho, en tanto que no sólo mantenía estrictamente separadas las dos especies de injusticia, sino que dentro del marco de la subjetiva sabía distinguir con la comprensión más sutil todos los matices de la mis-

(1) Esto se halla acentuado de modo particularmente agudo en las llamadas *ACTIONES VINDICTAM SPIRANTES*. El punto de vista ideal de que se trata en ellas no del dinero y la propiedad, sino de una satisfacción del sentimiento del derecho y de la personalidad agraviada (*MAGIS VINDICTAE, QUAM PECUNIAE HABET RATIONEM*, I, 2, § 4, de coll. bon. 37,6) ha sido realizado con plena consecuencia. Por eso eran rehusados a los herederos, por eso no podían ser cedidos y en caso de concurso no eran ofrecidos a la masa de los acreedores, por eso se extinguían en tiempo proporcionalmente breve, por eso no tienen lugar, cuando se ha mostrado que el lesionado no ha sentido la injusticia cometida contra él (*AD ANIMUM SUUM NON REVOCaverit*, I, 11, § 1 de injur. 47,10).

ma en relación con la forma, la naturaleza, la gravedad de la lesión.

Al volverme hacia la última etapa del desarrollo del derecho romano, que halló su culminación en la compilación de Justiniano, se me impone involuntariamente la observación sobre la gran significación que tiene para la vida del individuo tanto como de los pueblos el derecho de herencia. ¡Qué sería el derecho de ese período moral y políticamente por completo corrompido, si lo hubiese tenido que crear él mismo! Pero lo mismo que ciertos herederos, que apenas habrían podido vegetar penosamente mediante la propia fuerza y viven de la riqueza del testador, así también una generación decadente, débil sobrevive por el capital intelectual de la época vigorosa precedente. No sólo digo esto en el sentido que disfruta sin esfuerzo propio de los frutos del trabajo ajeno, sino principalmente en el sentido que las obras, creaciones, instituciones del pasado, según han surgido de un determinado espíritu, continúan durante un tiempo manteniéndose y renovándose; hay en ellas una provisión de fuerza latente que en el contacto personal se transforma nuevamente en fuerza viviente. En este sentido pudo el derecho privado de la república, en el que se había objetivado el sentimiento germinal, vigoroso del derecho del antiguo pueblo romano, prestar al período del imperio durante un tiempo el servicio de fuente vivificadora y refrescante; en el gran desierto del mundo posterior fué el oasis en que manaba toda-

vía agua fresca. Pero en el aliento agotador del despotismo no creció a la larga ninguna vida independiente, y el derecho privado solo no pudo abrir el camino y afirmar un espíritu que era proscrito en todas partes —cedió también aquí, aun cuando últimamente, al espíritu del tiempo nuevo. ¡Tiene una firma singular ese espíritu del tiempo nuevo! Había que esperar que entrañase los signos del despotismo; severidad, dureza, desconsideración; pero su expresión es la opuesta: dulzura y humanidad. Pero esa dulzura misma es despótica, roba a unos lo que obsequia a otros —es la dulzura de la arbitrariedad y del capricho, no la del carácter— es el humor tétrico que sigue a la violencia, que trata de reparar la injusticia cometida con otra. No es éste el lugar de exponer todas las pruebas que se ofrecen para esa afirmación ⁽¹⁾, basta, en mi opinión, cuando destaco un rasgo de carácter especialmente significativo que entraña un rico material histórico, es la dulzura y benevolencia y la indulgencia mostradas al deudor a costa del acreedor ⁽²⁾. Yo creo que

(1) A ellas pertenece entre otras la abolición de las penas procesales más graves — la sana severidad del tiempo viejo desagradó al carácter blando de los tiempos posteriores.

(2) Pruebas de ello la ofrecen las disposiciones de Justiniano, por las cuales se garantiza a los ciudadanos el beneficio de la discusión, a los codeudores el beneficio de la división, establece para la venta de la prenda el plazo absurdo de dos años y concede además al deudor, después de la adjudicación de la propiedad, todavía un plazo de retracto de dos años, incluso después del término del mismo un derecho al sobreprecio de

se puede hacer la siguiente observación general: es el signo de una época débil el hecho de simpatizar con el deudor. Ella misma llama a eso humanidad. Una época vigorosa cuida ante todo de que el acreedor obtenga su derecho, y no vacila tampoco en la severidad con el deudor si es necesaria, para mante-

la cosa vendida por el acreedor; la extensión desmedida del derecho de compensación, la *DATIO IN SOLUTUM*, así como el privilegio de las iglesias en el mismo, la limitación de las quejas de intereses en la relación contractual doble, la extensión absurda de la prohibición de la *USURAE SUPRA ALTERUM TANTUM*, la posición excepcional concedida al heredero en el *BENEF. INVENTARII* en relación con la satisfacción del acreedor. La moratoria por resolución mayoritaria de los acreedores, que procede igualmente de Justiniano, tenía por antecedente ya, como digno modelo, la institución de las moratorias que aparece primeramente en Constantino, y también en la *QUERELA NON NUMERATAE PECUNIAE* y la llamada *CAUTIO INDISCRETA* así como en la *LEX ANASTASIANA* tiene que ceder el mérito de la invención a sus predecesores en el imperio, mientras que la gloria de haber proscrito el primero el castigo personal por toda supuesta inhumanidad y desde el punto de vista de la humanidad, le corresponde a Napoleón III. Ciertamente éste no se escandalizaba por el funcionamiento de la guillotina seca en Cayenne, como los ulteriores emperadores romanos tampoco se cohibían de preparar a los hijos completamente inocentes de los traidores de lesa majestad un destino que ellos mismos caracterizaban con las palabras "*ut his perpetua egestate sordentibus sit et mors solatium et vita supplicium*" (1, 5 Cod. ad leg. Jul. maj. 9, 8) — ¡pero no por eso resaltaba más la humanidad con los deudores! ¡No hay ninguna manera más cómoda de ajustarse a la humanidad que a costa ajena!. También el derecho privilegiado de prenda que concede Justiniano a la esposa, procedía de aquel rasgo humano de su corazón, sobre el cual no dejó de felicitarse altamente en cada nueva veleidad; pero esa era la humanidad de san Crispín, que robaba a los ricos el cuero para hacer con él zapatos a los pobres.

ner la seguridad de la circulación, la confianza y el crédito.

¡Y ahora volvamos finalmente a nuestro actual derecho romano! Casi quisiera deplorar el haber hecho mención del mismo, pues me he puesto con ello en situación de tener que expresar un juicio al respecto, sin poder fundarlo en este lugar como quisiera. Pero al menos no quiero ocultar mi juicio.

Si he de resumirlo en pocas palabras, coloco en el carácter singular de toda la historia y la valuación del moderno derecho romano en el típico predominio de la mera erudición sobre todos aquellos factores, que por otra parte determinan la formación y el desarrollo del derecho: el sentimiento nacional del derecho, la práctica, la legislación. Un derecho extraño en lenguaje extraño, introducido por los sabios y sólo accesible plenamente a ellos y expuesto de antemano a la antítesis y al intercambio de dos intereses de naturaleza diversa, a menudo en pugna recíproca —me refiero al conocimiento histórico puramente ingenuo y a la adaptación práctica y desenvolvimiento del derecho— frente a él una práctica sin la fuerza necesaria del pleno dominio intelectual de la materia y por tanto condenada a la dependencia permanente de la teoría, es decir, a la tutela, el particularismo dominante en la jurisprudencia como en la legislación sobre los rudimentos débiles, poco desarrollados para la centralización. ¿No puede maravillar que entre el sentimiento nacional del derecho y semejante derecho aparezca una escisión chocan-

te, que el pueblo no comprenda su derecho y el derecho no comprenda al pueblo?. Instituciones y principios que, en las condiciones y costumbres de entonces, en Roma, habrían sido comprendidas, se constituyeron aquí en la ausencia total de sus presunciones precisamente en una maldición, y nunca, desde que el mundo existe, puede haber sacudido tanto una jurisprudencia en el pueblo la fe y la confianza en el derecho como ésta. ¿Qué debe decir la simple y sana razón del hombre del pueblo, cuando aparece con un recibo ante el juez, en el que su adversario confiesa que le es deudor de cien gulden, que el juez como *cautio indiscreta* declara que no es obligatorio, o que un recibo que menciona expresamente como razón de la deuda no tiene fuerza probatoria antes de transcurridos dos años?

Pero no quiero entrar en pormenores; ¿dónde terminará esto? Me limito más bien a mencionar dos extravíos de nuestra jurisprudencia civil —no puedo designarla de otro modo— que son de naturaleza teórica y que contienen una verdadera siembra de injusticia.

El uno consiste en el hecho que la jurisprudencia moderna no admite el simple pensamiento desarrollado por mí más arriba, que en una lesión del derecho no se trata sólo del valor pecuniario, sino de una satisfacción del sentimiento jurídico agraviado. Su cartabón es enteramente el del materialismo grosero y chato: el mero interés pecuniario. Recuerdo haber oído de un juez que, dado el monto insignificante del

objeto del litigio, para librarse del molesto proceso, ofreció al querellante pagar de su bolsillo y se indignó mucho cuando se rechazó su oferta. Que para el demandante lo que importaba era su derecho, no su dinero, no quería entrar en la cabeza de ese hombre de la ley, y no le atribuimos toda la culpa: podía haber rechazado el reproche sobre la ciencia. La pena pecuniaria, que en manos del juez romano aseguraba los medios más abundantes para indemnizar el interés ideal de la lesión del derecho ⁽¹⁾ se ha configurado bajo la influencia de nuestra teoría moderna de las pruebas en uno de los recursos y expedientes más tristes con que la justicia ha tratado de regular jamás la injusticia. Se exige del demandante que demuestre su interés pecuniario exactamente hasta el céntimo. ¡Piénsese en lo que será la protección del derecho si no existe un interés pecuniario! El arrendador cierra al inquilino el jardín al que tiene derecho de goce según el contrato; ¡que demuestre el valor pecuniario que puede reportarle la permanencia en un jardín! O el primero arrienda la habitación, antes de que se haya ido el ocupante, a otro, y éste tiene que esperar medio año en la situación más mísera hasta que el primero halla su comodidad. El hospedero echa a la calle al huésped

(1) Citado por mí en un ensayo de mis *JAHRBÜCHERN*, vol. 18, n. 1. Era el mismo modo en que el buen tacto de los tribunales franceses aplican la pena pecuniaria, en contraposición ventajosa con la manera completamente opuesta en que esto ocurre en los tribunales alemanes.

al que había garantizado un cuarto y éste tiene que recorrer durante horas en la noche para hallar un albergue de emergencia. ¡Inténtese una indemnización pecuniaria por ello ante un tribunal! En Alemania no obtendría nada, pues el juez alemán no pasa de la consideración teórica que las incomodidades, por grandes que sean, no se pueden calcular en dinero, mientras que ello no causa escrúpulo alguno al juez francés. Un profesor que ha tomado un compromiso en un instituto privado, encuentra luego un empleo más ventajoso y viola el contrato, y no se encuentra al comienzo otro para ocupar su lugar. ¿Cómo se puede valorar en dinero el que los alumnos pierdan varias semanas o meses sin la enseñanza de la lengua francesa o de la aritmética que han disfrutado, o cómo calcular los daños pecuniarios del director del instituto? Una cocinera abandona sin motivo el servicio y como no se encuentra en el lugar un sucesor, causa a los patrones un gran trastorno; pruebe uno el valor pecuniario de ese inconveniente. En todos estos casos se está impotente por completo según el derecho común, pues la ayuda que el derecho ofrece a los afectados, presupone una prueba que regularmente no se puede aportar. E incluso si fuese fácilmente aportable, sin embargo la pretensión al simple valor pecuniario no bastaría para contrarrestar eficazmente la injusticia de la otra parte. Esta es pues una condición de ilegalidad. Y lo peor en ello no es lo opresivo y agravante, sino el sentimiento amargo de que el buen dere-

cho puede ser pisoteado, sin que haya una ayuda contra ello.

El derecho romano no puede ser hecho responsable de esa deficiencia, pues, aunque él mismo ha mantenido siempre el principio que la sentencia final sólo podía ser fijada en dinero, supo aplicar la pena pecuniaria de una manera que no solamente recibían protección eficaz los intereses pecuniarios, sino también los otros intereses justos. La pena pecuniaria era el medio civilista de presión del juez, para asegurar el cumplimiento de sus fallos; un acusado que se rehusaba a hacer lo que le imponía el juez, no se libraba devolviendo el simple valor de la deuda en dinero, sino que la condena pecuniaria tomaba aquí el carácter de una pena, y también ese resultado del proceso procuraba al acusador algo que en ciertas circunstancias le importaba infinitamente más que el dinero, es decir, la satisfacción moral para la frívola lesión del derecho. Este pensamiento de la satisfacción es del todo extraño a la teoría moderna del derecho romano, que no tiene para él comprensión alguna, no conoce más que valor en dinero de la indemnización incumplida.

De esta insensibilidad de nuestro derecho actual para el interés ideal de la lesión del derecho, depende también la supresión de las penas de derecho privado romanas por la práctica moderna. El depositario o el mandatario infiel no es alcanzado entre nosotros por ninguna marca de infamia; la mayor bribonada, en tanto que se sepa eludir hábilmente la ley

penal, anda completamente libre e impune ⁽¹⁾. En cambio figuran en los manuales de enseñanza ciertamente todavía penas pecuniarias y los castigos por la mentira frívola, pero en la jurisprudencia apenas aparecen ya. ¿Pero qué significa eso? Nada más que entre nosotros la injusticia subjetiva ha sido rebajada a la etapa de la objetiva. Entre el deudor, que niega desvergonzadamente el préstamo que se le ha hecho, y el heredero que lo hace de buena fe, entre el mandatario, que me ha engañado, y el que lo hace sólo por equivocación, en una palabra, entre la ofensa intencional frívola del derecho y el desconocimiento o la equivocación, nuestro derecho actual no conoce ninguna diferencia —es en todas partes el interés pecuniario desnudo en torno al cual gira el litigio. Que la balanza de Temis también en el derecho privado, lo mismo que en el derecho penal, debe pesar la injusticia, no sólo el dinero, es un pensamiento que está tan lejos de nuestro actual modo de representación jurídica, que yo, si me atrevo a expresarlo, tengo que imaginar la objeción: justamente en ello consiste la diferencia entre el derecho penal y el derecho privado. ¿Para el actual derecho? Sí; agregó, ¡por desgracia! ¿Por el derecho en sí?

(1) Recuérdese que hablo del actual derecho romano. Si acentúo esto en el pasaje presente todavía de modo especial lo hago porque se me ha hecho por un sector el reproche que habría olvidado en la exposición anterior en el texto el código penal alemán, § 246, 266. Si quisiera someter a una crítica el actual derecho romano, el hombre lo habría olvidado ya cinco páginas más adelante.

¡No! Pues se me debe probar todavía que hay algún dominio del derecho en el que la idea de la justicia no se puede realizar en su plena magnitud, pero la idea de la justicia es inseparable de la realización del punto de vista de la culpabilidad.

El segundo de los extravíos arriba mencionados, de la jurisprudencia moderna, que se han vuelto verdaderamente funestos, consiste en la teoría de las pruebas establecidas por ella ⁽¹⁾. Se quisiera creer que la misma sólo ha sido ideada con el propósito de malograr el derecho. Si todos los deudores del mundo se hubiesen conjurado para privar a los acreedores de su derecho, no habrían podido hallar medio más eficaz para ese objeto que el que halló nuestra jurisprudencia con aquella teoría de las pruebas. Ningún matemático puede presentar un método más exacto de la prueba que la que aplica nuestra jurisprudencia. El punto culminante de la irracionalidad la alcanza en el proceso por daños y perjuicios y en las demandas de intereses. El espantoso desorden que se practica bajo la apariencia del derecho con el derecho mismo, para usar el giro de un jurista romano ⁽²⁾, y el contraste benéfico que constitu-

(1) Recuérdese que la siguiente manifestación se refiere a nuestro proceso de derecho común, que en la época en que apareció este escrito (1872) existía aún, y del cual nos ha liberado tan sólo la ley de proceso civil para el Reich alemán (en vigor desde el 1º de octubre de 1879).

(2) Paulus en 1, 91, § 3 de V. O. (45, 1)... IN QUO GENERE PLERUMQUE SUB AUTORITATE JURIS SCIENTIAE PERNICIOSE ERRATUR, el jurista tenía aquí otro extravío en vista.

ye en ello el modo racional de los tribunales franceses, ha sido descripto de manera tan drástica en varios escritos modernos que puedo ahorrarme toda palabra ulterior: sólo una cosa no puedo reprimir: ¡Ay, en tal litigio, del acusador, dichoso el acusado!

Resumiendo todo lo que he dicho hasta aquí, quisiera caracterizar esta última exclamación como la consigna de nuestra moderna jurisprudencia y práctica. Ha avanzado firmemente por el camino que había tomado Justiniano; el deudor, no el acreedor, es el que merece su simpatía: es preferible causar injusticia notoria a cien acreedores antes que tratar severamente a un deudor.

Un inexperto apenas creería que esta ilegalidad parcial, a la que debemos la teoría opuesta de los civilistas y procesalistas, habría sido capaz de un aumento, y sin embargo, es ella misma superada todavía por un extravío de anteriores criminalistas, que se puede calificar justamente como un atentado contra la idea del derecho y como la violación más horrible contra el sentimiento jurídico que haya sido cometida jamás por parte de la ciencia. Me refiero a la descomposición vergonzosa del derecho de legítima defensa, aquella injusticia del hombre que, como dice Cicerón, es una ley congénita de la naturaleza humana, y de la cual los juristas romanos eran bastante ingenuos para creer que no se podía negar en ningún derecho del mundo (*Vim vi repellere omnes leges omniaque jura permittunt*). ¡En los últimos siglos y hasta todavía en nuestro siglo habrían podido persuadirse de lo contrario! Ciertamente en

principio reconocían los ilustrados señores ese derecho, pero animados por la misma simpatía por los criminales, como los civilistas y procesalistas por los deudores, trataron de limitarla y de recortarla en el ejercicio de una manera que en la mayoría de los casos el criminal era protegido, el atacado desprovisto de defensa. ¡Qué abismo de degradación de la personalidad, de indignidad humana, de total degeneración y de embotamiento del simple y sano sentimiento del derecho se abre, cuando se cae en la literatura en esa doctrina! ⁽¹⁾ —se podría creer que se encuentra uno en una sociedad de eunucos morales. El hombre a quien amenaza un peligro o un agravio de su honor, debe retirarse, huir ⁽²⁾; es pues deber del derecho dejar el campo libre a la injusticia; sólo al respecto estaban los sabios en desacuerdo, si también lo militares, los nobles y las personas de las clases superiores debían huir ⁽³⁾ — un pobre soldado que, obedeciendo a esa indicación, se retiró dos veces, pero que a la tercera vez, perseguido por su enemigo, se defendió y lo mató, era “para sí mismo una lección saludable, pero para otro un ejemplo intimidatorio” y fué condenado a muerte.

A las gentes de los altos estamentos o de elevado nacimiento como también a los militares se les per-

(1) Se encuentra resumida en el escrito de K. Levita, *DAS RECHT DER NOTHWEHR*, Giesen, 1856, pág. 158 y sigts.

(2) Levita, en otro lugar, pág. 237.

(3) Id., id., pág. 240.

mitirá en defensa de su honor una legítima defensa (1), pero, agrega otro inmediatamente restringiendo, en la simple injuria verbal no deben llegar a dar muerte al adversario. A otras personas en cambio e incluso a los funcionarios del Estado no se les puede reconocer el mismo derecho; a los empleados de la justicia civil se les dice que “como simples hombres de la ley con todas sus exigencias deben ser sometidos al contenido de las leyes del país y no pueden tener ninguna pretensión más”. Pero peor parados resultan los comerciantes. “Los comerciantes, incluso los más ricos —se dice—, no constituyen ninguna excepción, su honor es su crédito, tienen honor sólo en tanto que tienen dinero, pueden soportar tranquilamente, sin peligro de perder su honor o su reputación, que se les apliquen nombres injuriosos, y si pertenecen a las clases inferiores recibir una bofetada poco dolorosa”. Si el desdichado es un campesino vulgar o judío, estará sujeto a la pena ordinaria de la defensa personal prohibida a causa de la violación de este precepto, mientras otras personas sólo serán castigadas “en lo posible benignamente”.

Singularmente aleccionador es el modo como se trata de excluir la legítima defensa para los fines de la afirmación de la propiedad. La propiedad, opinaban unos, es justamente como el honor un bien reemplazable, aquélla es garantizada por la *reivindi-*

(1) Id., id., págs. 205 y 206.

catio, éste por la *actio injuriarum*. ¿Pero cómo, si los bandidos han huído con la cosa, y no se sabe quiénes son y dónde están? La respuesta tranquilizadora dice: El propietario tiene *de jure* siempre la *reivindicatio*, y “es sólo la consecuencia de circunstancias casuales, del todo independientes de la naturaleza del derecho de propiedad mismo, si en casos individuales la demanda no conduce al fin” (1). Con ello puede consolarse aquél que entrega sin resistencia toda su fortuna y que lleva consigo en documentos de valor; conserva siempre el derecho de propiedad y la *reivindicatio*, ¡el bandido no tiene más que la posesión de hecho! Esto recuerda al robado que se consolaba diciendo que el ladrón no tenía en sus manos la indicación para el uso. Otros permiten, en el caso en que se trata de un valor muy importante, aunque forzados, el empleo de la violencia, pero imponen al atacado el deber de reflexionar exactamente a pesar de la más alta emoción cuanta fuerza es necesaria para rechazar el ataque —si rompe la cabeza del atacante de modo inútil, donde habría tenido que investigar antes exactamente la fortaleza del cráneo y habría podido ejercitarse convenientemente en los golpes exactos, y por un golpe menos violento habría podido inutilizarlo, tendrá que responder de su acción. Se imaginan la situación del atacado algo así como la de Odiseo, que se prepara para el duelo con Iros (Odisea, XVIII, 90 y sigts.):

(1) Id., id., pág. 210.

*Entonces reflexionó el paciente Odiseo:
Si le pegaría con fuerza, para que quedase en segui-
da inanimado;
O si le pegaría suavemente y sólo lo derribase al
suelo.
Este pensamiento le pareció al que dudaba final-
mente el mejor.*

En objetos menos valiosos, en cambio, por ejemplo, un reloj de oro o una bolsa con algunos gulden o también algunos cientos de gulden, el amenazado no debe causar ningún mal en el cuerpo del adversario. ¿Pues qué es un reloj frente al cuerpo, la vida y los miembros sanos? Es un bien perfectamente reemplazable, éstos un bien completamente irreemplazables. ¡Una verdad irrefutable! —en la que sólo es pasada por alto la pequeñez que el reloj pertenece al atacado, los miembros al ladrón, que éstos tienen para él un alto valor, pero para aquél ninguno, e incluso en relación con la reposición del todo indiscutible del reloj la pregunta: ¿quién lo repone? ¿El juez tal vez que hace esa indicación?

¡Pero basta de tontería y de perversión sabias! ¡Qué profunda vergüenza tiene que suscitar en nosotros el percibir cómo aquella simple idea del sano sentimiento jurídico que en todo derecho, aunque el objeto sea tan sólo un reloj, es atacada la persona misma con todo su derecho y aparece agraviada toda su personalidad, la ciencia abdicó de una manera que pudo elevarse a deber jurídico el abandono del propio derecho, la fuga cobarde ante la injusticia!

¿Puede maravillar si en un tiempo en que pueden atreverse a salir a la luz del día en la ciencia tales opiniones, el espíritu de la cobardía y la tolerancia apática de la injusticia determinó también la historia de la nación? Felices de nosotros que hemos experimentado que el tiempo ha cambiado; tales opiniones se han vuelto ahora imposibles, sólo pudieron prosperar en el pantano de una vida nacional política y jurídicamente igualmente corrompida.

En la teoría de la cobardía que se acaba de desarrollar, en el deber del abandono del derecho amenazado he tocado la antítesis científica más extrema de la opinión por mí defendida, que eleva en cambio a deber la lucha por el derecho. No tan bajo, pero siempre bastante bajo con respecto a la altura del sano sentimiento del derecho, está el nivel de la opinión de un nuevo filósofo, Herbart, sobre la última razón del derecho. Lo ve en, no se puede decir de otro modo, un motivo estético: el desagrado de la lucha. No es éste el lugar para exponer la completa inconsistencia de esta manera de ver, pero me encuentro en la situación feliz de referirme a las manifestaciones de un amigo ⁽¹⁾. Si estuviese justificado el punto de vista estético en la dignificación del derecho, no sabría si la belleza estética en el derecho debería colocarse de modo que excluyese la lucha, o más bien justamente en el hecho que entraña

(1) Jul. Gläser, GESAMMELTE KLEINERE SCHRIFTEN ÜBER STRAFRECHT, CIVIL-UND STRAFPROCESS. Wien, 1868, vol. I, pág. 202 y sigts.

la lucha. El que encuentra fea la lucha como tal estéticamente, en lo cual es dejado de lado la justificación ética de la misma, tiene que romper con toda la literatura y el arte desde la *Iliada* de Homero y los trabajos escultóricos de los griegos hasta nuestra época actual, pues apenas hay una materia que haya conservado para ellos una fuerza de atracción tan alta como la lucha en todas sus diversas formas, y hay que buscar aún el espectáculo de la suprema tensión de la fuerza humana, que el arte plástico y el arte poético han magnificado, en lugar del sentimiento de la satisfacción estética que inspiró el desagrado estético. El mayor problema y el más eficaz para el arte y la literatura es siempre la manifestación del hombre en favor de la idea, se llame la idea derecho, patria, fe, verdad. Pero esta manifestación es siempre una lucha.

Pero no la estética, sino la ética tiene que dar información al respecto sobre lo que corresponde o contradice la esencia del derecho. Pero la ética, lejos de rechazar la lucha por el derecho, la señala a los individuos y a los pueblos allí donde rigen las condiciones desarrolladas por mí en este escrito, como un deber. El elemento de la lucha, que Herbart quiere separar del concepto de derecho, es el más primigenio, inherente eternamente en él —*la lucha es el trabajo eterno del derecho*. Sin lucha no hay derecho, como sin trabajo no hay propiedad. La norma: “*Comerás el pan con el sudor de tu frente*”, está con la misma verdad frente a la otra: “*En la lucha hallarás tu derecho*”. Desde el momento en que

el derecho abandona su disposición combativa, se sacrifica a sí mismo —también para el derecho vale la sentencia del poeta:

*Esta es la última conclusión de la sabiduría:
Sólo merece la libertad y la vida,
El que tiene que conquistarlas diariamente.*