

PREFACIO

En la primavera de 1872 di una conferencia en la Sociedad jurídica de Viena, y en el verano del mismo año, en forma esencialmente ampliada y con vistas a un público mayor de lectores, vió la luz bajo el título LA LUCHA POR EL DERECHO. El propósito que me guió en la elaboración y publicación del escrito, era originariamente menos teórico que ético-práctico, dirigido menos al conocimiento científico del derecho que a estimular aquella convicción de la que éste debe tomar su última fuerza: la de la actuación valerosa y firme del sentimiento del derecho.

Las continuas ediciones que ha tenido el pequeño escrito son para mí la prueba de que sus primeros éxitos no los ha debido al estimulante de la novedad, sino al convencimiento del gran público de la exactitud de la opinión básica defendida en él. Me confirma en ello también el testimonio del extranjero, que se manifiesta en la gran cantidad de traducciones del folleto.

En 1874 aparecieron en traducciones:

- 1. una húngara de G. Wenzel, Pest;*
- 2. una rusa en una revista jurídica que aparece en Moscú, por un anónimo;*

3. *una segunda rusa de Wolkoff, Moscú;*
4. *una griega de M. A. Lappas, Atenas;*
5. *una holandesa de G. A. van Hamel, Leyden;*
6. *una rumana en la revista ROMANULU (24 de junio y sigts.) que aparece en Bucarest;*
7. *una servia por Christic, Belgrado;*

En 1875:

8. *una francesa de A. F. Meydieu, Viena y París;*

9. *una italiana de Raffaele Mariano, Milán y Nápoles;*

10. *una danesa de C. G. Graebe, Copenhagen;*
11. *una checa por un anónimo, Brunn;*
12. *una polaca de A. Matakiewicz, Lemberg;*
13. *una croata por H. Hinkovic, primero en la revista PRAVO, después en folleto independiente, Agram.*

En 1879:

14. *una sueca por Ivar Afzelius, Upsala;*
15. *una inglesa por John J. Lalor, en Chicago, de la cual se estaría imprimiendo la segunda edición.*

En 1881:

16. *una española por Adolfo Posada y Biasca, Madrid.*

En 1883:

17. *una segunda española por Alfonso de Pando y Gómez, Madrid;*

18. *una segunda inglesa por Philip A. Asworth, Londres.*

En 1885:

19. *una portuguesa de João Vieica de Aranje, Recife, Brasil.*

En 1886:

20. *una japonesa de Nischi, Tokio.*

En 1890:

21. *una segunda francesa por O. de Meulenaere, París.*

En las ediciones posteriores he suprimido el comienzo del escrito, pues expresaba una idea que, en el escaso espacio que se le había concedido, no era muy comprensible. No sé si en la difusión del escrito en círculos no especializados hubiese debido suprimir todas aquellas partes que tienen en vista más a los juristas que al público en general, como el capítulo final sobre el derecho romano y la moderna teoría del mismo.

Si hubiese podido sospechar la popularidad a que estaba destinado este trabajo, le habría dado otra forma, pero surgido, como surgió, de una conferencia ante juristas, según su disposición originaria ha sido calculado en primera línea para éstos, y no creí que debía alterar nada, pues el inconveniente se ha demostrado que no fué obstáculo para la difusión en los círculos no profesionales.

En el asunto mismo no he cambiado nada en las ediciones posteriores. La idea fundamental de mi escrito la considero, hoy como ayer, tan justa e inobjetable, que considero inútil toda palabra contra los que la combaten. Al que no siente que,

cuando su derecho es despreciado en forma ofensiva o pisoteado, no sólo está en juego el objeto del mismo, sino su propia persona; al que en tal situación no siente el impulso a sostener su persona y su buen derecho, no vale la pena ayudarle y yo no tengo ningún interés en convertirlo. Es un tipo que hay que reconocer simplemente como el del FILISTEO DEL DERECHO, según quisiera bautizarlo; el egoísmo y el materialismo mezquino son los rasgos que lo distinguen. No sería el Sancho Panza del derecho, si no viese un don Quijote en cualquiera que persiga intereses de otra especie que los de la mochila, en la afirmación de su derecho. Para él no tengo otra palabra que la de Kant, que he conocido después de la aparición del escrito: "el que se hace gusano no puede quejarse después de que sea pisoteado"⁽¹⁾. En otro lugar llama Kant a este "arrojar sus derechos bajo los pies de otros, lesión del deber del hombre contra sí mismo" y del "deber en relación con la dignidad de la humanidad en nosotros" toma la máxima: "No dejéis que vuestro derecho sea impunemente pisoteado por otros". El mismo pensamiento he desarrollado en mi trabajo; está escrito en el corazón de todos los individuos y pueblos vigorosos y se ha expresado de mil modos. El único mérito que puedo reclamar consiste en haber fundado sistemáticamente y expuesto con más exactitud esas ideas.

(1) Kant, METAPHYSISCHE ANFANGSGRÜNDE DER TUGENDLEHRE, 2a. ed. Kreuznach, 1800, pág. 133.

Una interesante contribución a mi escrito la proporcionó el Dr. A. Schmiedl, LA TEORÍA DE LA LUCHA POR EL DERECHO EN RELACIÓN CON EL JUDAÍSMO Y EL CRISTIANISMO PRIMITIVO (Viena, 1875). La apreciación del profesor de derecho judío, que cita: "Si el objeto del derecho es un penique o cien gulden, es lo mismo a tus ojos", coincide plenamente con la tesis que yo he desarrollado. Una elaboración poética del tema la hizo Karl Emil Franzos en su novela LA LUCHA POR EL DERECHO, sobre la cual me he pronunciado en el escrito mismo. Los comentarios que ha merecido mi folleto en la literatura del país y del extranjero, son tan extraordinariamente numerosos que me abstengo de mencionarlos.

Mientras dejo ahora al escrito mismo la tarea de persuadir a los lectores de la exactitud de la interpretación que definiendo, me limito a pedir dos cosas a los que se sienten llamados a refutarme. Por un lado que no lo hagan desfigurando y retorciendo antes mis opiniones, que no me atribuyan la rencilla y la lucha, la manía del litigio y la querella, mientras que yo en la lucha por el derecho no la exijo de ningún modo en toda disputa, sino sólo donde el ataque al derecho contiene al mismo tiempo un agravio a la persona. La condescendencia y la conciliación, la moderación y el ánimo pacífico, la avenencia y la renuncia a la imposición del derecho encuentran también en mi teoría el puesto que les corresponde; contra lo que se declara es simplemente contra la tolerancia indigna de la injusticia por cobardía, comodidad, indolencia.

Lo segundo que deseo es esto, que aquellos que desean seriamente tener una concepción clara de mi teoría, hagan por su parte, el ensayo de oponer a las fórmulas positivas del comportamiento práctico que desarrollo, otras fórmulas positivas; se percatarán entonces pronto a dónde llegan. ¿Qué debe hacer el que tiene el derecho cuando su derecho es pisoteado? Me habrá derrotado el que pueda presentar una respuesta consistente diversa de la mía, es decir compatible con la existencia del orden jurídico y con la idea de la personalidad; el que no pueda hacerlo, sólo tiene la elección de ponerse de mi parte o contentarse con aquella falta de carácter que constituye el signo característico de todos los espíritus oscuros en los que sólo se llega al descontento y a la negación, pero no a la opinión propia. En los problemas puramente científicos se puede ser modestos, refutar simplemente el error, aun cuando no se esté en condición de poner en su lugar la verdad positiva, pero en los problemas prácticos, donde es evidente que es preciso obrar, y donde sólo importa cómo se debe obrar, no basta rechazar como inexacta la indicación positiva dada por alguien, sino que es preciso reemplazarla por otra. Si esto ha ocurrido en relación con la dada por mí, hasta ahora no se ha hecho el más leve comienzo para ello.

Sólo sobre un punto accesorio, que no tiene nada que ver con mi teoría como tal, se me permitirán al final algunas palabras, pues es contradicho por aquéllos con los que por lo demás me declaro de

acuerdo. Es mi afirmación sobre la injusticia cometida con Shylock.

Yo no había sostenido que el juez debió reconocer válido el recibo de Shylock, sino que, una vez que lo ha hecho, no podía frustrarlo a escondidas por la astucia frívola en la realización del fallo judicial. El juez tenía la elección de declarar válido o no válido el título. Hizo lo primero, y Shakespeare presenta la cosa de modo como si esa decisión fuese la única posible según el derecho. Nadie dudaba en Venecia de la validez del recibo; los amigos de Antonio, Antonio mismo, el dux, el tribunal, todos estaban de acuerdo en que el judío estaba en su derecho⁽¹⁾. Y en esta confianza segura sobre su

(1) Acto III, 3. ANTONIO: El dux no puede detener el curso del derecho. Pues en el acto IV, el dux dice: Me apena por ti. ANTONIO: ...porque ningún medio legal puede salvarme de su odio. PORCIA: ...que la ley de Venecia no puede ampararte. No puede ser. Ninguna autoridad en Venecia puede cambiar una ley válida. — El contenido y la letra de la ley están en pleno acuerdo con la expiación reconocida como válida en el recibo. — Una libra de esta carne de mercader es tuya. La corte lo reconoce, y el derecho lo autoriza.—Así, pues, el principio jurídico a consecuencia del cual el recibo tiene plena validez, el *JUS IN THESI*, no sólo es reconocido como innegable plenamente por el consenso general, sino que la sentencia, el *JUS IN HYPOTHESI*, ha sido dictada ya, para ser luego frustrada por el juez mismo con perfidia ruin — el jurista diría: en la instancia de ejecución. ¡Lo mismo podría un juez condenar al deudor al pago y en la instancia de ejecución imponer al acreedor que saque el dinero con las manos de un alto horno, o si el deudor fuese un tejador, que lo reciba de la punta de la torre, o si fuese un buzo, del fondo del mar, ya que no se había convenido nada en el recibo de la deuda sobre el lugar del pago!.

derecho reconocido, apela Shylock a la ayuda del tribunal, y el "sabio Daniel", después que ha intentado en vano determinar al acreedor sediento de venganza que renunciase a su derecho, reconoce lo último. Y ahora, después que se ha dictado el fallo judicial, después que ha sido suprimida toda duda sobre el derecho del judío por los jueces mismos, no se osa mostrar ninguna contradicción, después que la asamblea entera, incluso el dux, se ha sometido al fallo inobjetable del derecho cuando el vencedor, completamente seguro de su causa, quiere proceder a lo que le autoriza el juicio, el mismo juez que ha reconocido solemnemente su derecho, lo contiene con una treta de naturaleza tan mísera e insostenible, que no merece siquiera una refutación seria. ¿Hay carne sin sangre? El juez que concedió a Shylock el derecho a cortar una libra de carne del cuerpo de Antonio, le reconoció también la sangre, sin la cual no puede existir la carne, y el que tiene el derecho a cortar una libra, puede, si quiere, cortar menos también. Ambas cosas son rehusadas al judío, él debe tomar sólo carne sin sangre y cortar una libra exacta, no más y no menos. ¿He dicho demasiado cuando dije que el judío ha sido engañado en su derecho? Ciertamente se hace esto en interés de la humanidad, pero ¿deja de ser injusto lo injusto que se realiza en interés de la humanidad?. Y si el fin debe santificar el medio, ¿por qué no antes, por qué tan sólo después del fallo judicial?

La oposición a la opinión defendida aquí en el folleto mismo, que se ha manifestado ya en la primera edición del mismo diversamente, desde la aparición de la sexta edición (1880) ha dado la palabra a dos juristas en un pequeño escrito. Uno de ellos es JURIST UND DICHTER, VERSUCH EINER STUDIE ÜBER IHERING'S KAMPF UM'S RECHT UND SHAKESPEARE'S KAUFMANN VON VENEDIG (Dessau, 1881), de A. Pietscher. Reproduzco el núcleo de la opinión del autor con sus propias palabras: "Vencimiento de la astucia por una astucia mayor, el bribón es capturado en su propia red". Con la primera parte de esta frase reproduce mi propia opinión; yo había sostenido que Shylock es engañado en su derecho por la astucia, pero ¿debe recurrir el derecho a tal medio? El autor ha quedado en deuda con la respuesta, y dudo de que, como juez, aplique tal medio. Por lo que concierne a la segunda parte de la frase, pregunto: si la ley de Venecia declaró válido el recibo, era el judío un bribón por apelar a ella, y si se puede ver en ello una red, le correspondía la responsabilidad a él o a la ley? Con tal deducción no es refutada sino fortalecida mi opinión. El segundo escrito sigue otro camino, es de Jos. Kohler, profesor en Würzburg: SHAKESPEARE VOR DEM FORUM DER JURISPRUDENZ (Würzburg, 1883). Según él, la escena del tribunal en el MERCADER DE VENEZIA "contiene la quintaesencia de la esencia y el devenir del derecho y una jurisprudencia más profunda que diez libros de texto sobre las Pandectas y nos

proporciona una visión en la historia del derecho más profunda que todas las obras históricojurídicas desde Savigny hasta Ihering" (pág. 6). Esperamos que por este merecimiento fenomenal de Shakespeare sobre la jurisprudencia, le corresponda una parte al Colón que ha descubierto el primero ese nuevo mundo del derecho, de cuya existencia toda la jurisprudencia no tuvo hasta aquí noticia alguna —según las reglas del hallazgo del tesoro le correspondería a él la mitad, una recompensa con la que podría estar ya contento dado el valor inconmensurable que le atribuye. Debo dejar al lector que se informe en el escrito mismo sobre la "abundancia de ideas jurídicas que Shakespeare ha vertido en la pieza" (pág. 92), aun cuando yo no quisiera de ningún modo asumir la responsabilidad de enviar a la juventud estudiosa del derecho a la escuela de Porcia, en la que habría que buscar el nuevo evangelio del derecho. Pero en lo demás, ¡todos los honores a Porcia! Su fallo es "la victoria de la conciencia esclarecida del derecho frente a la noche tenebrosa que pesaba sobre la condición jurídica hasta allí, es la victoria que se esconde detrás de motivos aparentes, que admite la máscara de la falsa motivación porque es necesaria; pero es una victoria, una gran victoria: una victoria no sólo en el litigio singular, sino una victoria en la historia del derecho en general, es el sol del progreso, que ha irradiado calurosamente en los estrados judiciales, y el reino de Sarastro triunfa sobre los poderes de la noche". A los de Porcia y Sarastro, a cuyos nombres se vincula el comienzo de la nueva

jurisprudencia inaugurada por nuestro autor, tenemos que agregar el del dux, que hasta allí había caído en los lazos de la "jurisprudencia anterior" y de los "poderes de la noche", es liberado por la palabra redentora de Porcia y alcanza el conocimiento de la misión "universal histórica" que le corresponde también en ello. Se resarce a fondo de su antigua negligencia. Primero en tanto que declara a Shylock culpable de intento de homicidio. "Si en ello hay también una injusticia, tal injusticia está perfectamente fundada históricouniversalmente, es una necesidad históricomundial, y en la admisión de ese elemento se ha superado Shakespeare como historiador del derecho.—El que Shylock no sólo haya sido rechazado, sino también castigado, es necesario para coronar la victoria, con la que aparece esclarecedora la nueva idea jurídica" (pág. 95). Inmediatamente condena al judío a volverse cristiano. También "esta exigencia contiene una verdad históricouniversal. La exigencia es repudiable para nuestro sentimiento y contradictoria con la libertad de creencias, pero corresponde a la marcha de la historia universal, que ha llevado a millares, no con la palabra suave de la conversión, sino con la sugestión del verdugo, al campo de una creencia" (pág. 96). Estos son los "rayos cálidos que arroja el sol del progreso en los estrados judiciales" —¡los judíos y herejes han aprendido a conocer su fuerza cálida en las hogueras de Torquemada! Así triunfa el reino de Sarastro sobre las potencias de la noche. Una

Porcia, que destruye como sabio Daniel el derecho vigente hasta allí, un dux que sigue sus huellas, un jurista sensible a la "profunda jurisprudencia y quintaesencia de la esencia y el devenir del derecho", que justifica sus fallos con la fórmula "históricomundial"— ¡y eso es todo!. Este es el "foro de la jurisprudencia" ante el cual me ha citado el autor. Tiene que acceder a que no le siga hasta allí, hay todavía mucho de los manuales de enseñanza sobre las Pandectas en mí como para poder compartir la nueva era de la jurisprudencia que nos abre, y no me dejaré apartar tampoco de mi camino en el dominio de la historia del derecho por la experiencia aplastante que, si hubiese estado armado con la agudeza de aquel escritor, habría podido extraer del MERCADER DE VENECIA visiones más hondas en el devenir del derecho que de todas las otras fuentes del derecho positivo y de toda la literatura histórico-jurídica de nuestra siglo desde Savigny hasta el presente.

Una discusión de la traducción inglesa de mi escrito aparecida en Chicago en el periódico americano ALBANY LAW JOURNAL del 27 de diciembre de 1879, me ha puesto en conocimiento del hecho que la misma opinión que he sostenido sobre el fallo de Porcia en mi escrito, ha sido expresada en años anteriores en esa revista por un colaborador, y el autor del artículo señala esa coincidencia no para otro fin que el de explicar la admisión de un plagio por mi parte ("robado" no lo dice de una manera obligada). No quiero ocultar al público alemán ese interesante des-

cubrimiento, es lo más notable que se ha hecho jamás en punto a plagios, pues en la época en que he perpetrado el mío, ni tuve ante los ojos la revista ni había tenido noticias de su existencia. Tal vez llegue a saber más tarde que mi escrito no ha sido concebido por mí, sino que ha sido traducido al alemán de la traducción inglesa aparecida en América. La redacción del ALBANY LAW JOURNAL ha respondido a una réplica mía en un número posterior (n. 9, 28 de febrero de 1880) que el todo ha sido una broma —¡singulares bromas en que se halla placer al otro lado del océano!.

No puedo terminar este prefacio tomado sin alteración alguna de las anteriores ediciones, sin agregar algunas palabras sobre la memoria de la mujer a quien fué dedicado este librito en su primera edición. Desde la publicación de la novena edición (1889) ha sido llevada por la muerte y yo he sido privado de una amiga a quien estoy orgulloso de poder llamar así. Era una de las mujeres más extraordinarias que he encontrado en mi vida, distinguida no sólo por su espíritu y su extraordinaria cultura y erudición, sino también por las más hermosas cualidades del corazón y del alma, y considero como una de las más felices consecuencias de mi suerte el que mi traslado a Viena me haya puesto desde el comienzo en una relación estrecha con ella.

Que el libro que la menciona al comienzo, conserve su nombre en vastos círculos, el tiempo que le está reservado junto con el mío; para la superviven-

cia del mismo en el círculo de los historiadores de la literatura ha cuidado ella misma por sus valiosos apuntes sobre Grillparzer, con el cual estuvo amistosamente unida.

Goettinga, 1º de julio de 1891

DR. RUDOLPH VON IHERING