

OBRAS COMPLETAS

VOLUMEN III

LA VIDA DEL DERECHO

(ENSAYO SOBRE EL DERECHO CONSUECUDINARIO)

POR

JOAQUÍN COSTA

CON PRÓLOGO DE

D. GUMERSINDO DE AZCÁRATE

=====

SEGUNDA EDICIÓN

=====

MADRID

«BIBLIOTECA COSTA»

Naciones, 2 y 4, hotel.

1914

396

X
929

LA VIDA DEL DERECHO

(ENSAYO SOBRE EL DERECHO CONSUETUDINARIO)

~~~~~

SEGUNDA EDICIÓN





N. 5709  
R-4742

OBRAS COMPLETAS

VOLUMEN III

# LA VIDA DEL DERECHO

(ENSAYO SOBRE EL DERECHO CONSUECUDINARIO)

POR

JOAQUÍN COSTA

CON PRÓLOGO DE

D. GUMERSINDO DE AZCÁRATE

=====

SEGUNDA EDICIÓN

=====



MADRID

«BIBLIOTECA COSTA»

Naciones, 2 y 4, hotel.

1914

N.º 6137  
R. 6978 (BRAB)

ES PROPIEDAD

## OBRAS QUE COMPONEN LA BIBLIOTECA DE D. JOAQUÍN COSTA

|                                                                                                                                               | <u>Pesetas</u> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|
| 1. <i>Teoría del hecho jurídico, individual y social</i> .....                                                                                | 7              |
| 2. <i>La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses</i> .                                                                      | 7              |
| 3. <i>Estudios jurídicos y políticos</i> .....                                                                                                | 7              |
| 4. <i>La vida del Derecho</i> .....                                                                                                           | 5              |
| 5. <i>Reorganización del Notariado, del Registro de la propiedad y de la Administración de Justicia</i> .....                                 | 5              |
| 6. <i>Reforma de la Fe pública</i> .....                                                                                                      | 4              |
| 7. <i>El juicio pericial (de peritos prácticos, liquidadores, partidores, terceros, etc.) y su procedimiento</i> .....                        | 3              |
| 8. <i>Los fideicomisos de confianza</i> .....                                                                                                 | 4              |
| 9. <i>La poesía popular española, y Mitología y Literatura celtohispanas</i> .....                                                            | 10             |
| 10. <i>Estudios ibéricos. (La servidumbre entre los iberos. Litoral español del Mediterráneo en los siglos v-vi, antes de J. C.)</i> .....    | 6              |
| 11. <i>Colectivismo agrario en España. (Doctrinas y hechos)</i> ....                                                                          | 12             |
| 12. <i>Reconstitución y europeización de España</i> .....                                                                                     | 6              |
| 13. <i>Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España, urgencia y modo de cambiarla</i> .....                             | 14             |
| 14. <i>Crisis política de España. (Discurso en los Juegos florales de Salamanca)</i> .....                                                    | 1,50           |
| 15. <i>El problema de la ignorancia del derecho como culpa y sus relaciones con el sistema individual, el referéndum y la costumbre</i> ..... | 1,50           |
| 16. <i>Derecho consuetudinario del Alto Aragón</i> .....                                                                                      | 7              |
| 17. <i>Derecho consuetudinario de España</i> .....                                                                                            | 7              |
| 18. <i>Primera campaña de la Cámara Agrícola del Alto Aragón</i> .                                                                            | 2              |
| 19. <i>La fórmula de la Agricultura, española: tomo I</i> .....                                                                               | 8              |
| 20. <i>Idem, idem II</i> .....                                                                                                                | 6              |
| 21. <i>Agricultura armónica (expectante, popular)</i> .....                                                                                   | 2              |
| 22. <i>Política hidráulica. (Misión social de los riegos en España)</i>                                                                       | 3,50           |
| 23. <i>El arbolado y la patria</i> .....                                                                                                      | 2,50           |
| 24. <i>La tierra y la cuestión social</i> .....                                                                                               | 2,50           |
| 25. <i>Marina española ó la cuestión de la escuadra</i> .....                                                                                 | 1,50           |

## EN PRENSA Y EN PREPARACION

1. *Tranvías y ómnibus: estudio de derecho administrativo.*
2. *Los Ayuntamientos y las alineaciones de calles.*
3. *El Consejo de familia en España.* (Comentarios al Código civil y jurisprudencia establecida, con notas de procedimiento.)
4. *Ideas apuntadas en la Exposición de París de 1867.*
5. *Islas libicas: Ciranis, Cerne, Hesperia.*
6. *Ultimo día del paganismo y... primero de lo mismo.* (Obra póstuma.)
7. *Plan de una historia del derecho español en la antigüedad.*
8. *El comercio español y la cuestión de Africa.*
9. *El conflicto hispano-alemán sobre la Micronesia.*
10. *La enseñanza de la Agricultura.*
11. *Regeneración y tutela social.*
12. *Problemas de derecho aragonés.*
13. *Problemas pedagógicos.*
14. *La patria de Viriato.*
15. *La Guinea española.*
16. *Política geográfica, según Joaquín Costa.*
17. *La religión de los celtíberos.*
18. *Política hispano-marroquí.*
19. *Problemas prologados.*
20. *Mi partido político.*
21. *Estímulos comerciales.*
22. *Justo de Valdediós* (novela).
23. *Cómo deben ser los Municipios.* (Discursos pronunciados en Zaragoza.)
24. *"Dar de comer al hambriento"* (problemas obreros).
25. *La generación del poder.*
26. *Epístola republicana.*
27. *El faro de los niños.*
28. *Por qué fracasó la "Unión Nacional".*
29. *Lo gastado en la guerra, ¿si se hubiese gastado en la paz...?*
30. *El pesimismo nacional.*
31. *Zaragoza á Costa... Costa á Zaragoza.*
32. *El doctrinal de Costa.* (Diccionario de las diversas materias tratadas por el autor, copia de los párrafos más salientes, con indicación de la obra y página que los contiene.)
33. *Influencia del clero en el progreso de la nacionalidad.*
34. *Excerpta* (reunión de varios trabajos).
35. *Revista Nacional* (órgano de la Liga Nacional de Productores).

Estas obras pueden ser adquiridas en todas las principales librerías de España, y en el depósito de la *Biblioteca Costa*, calle de las **Naciones, núms. 2 y 4, hotel, Madrid.**



Joseph Cota



## OTORGAMIENTO DEL PREMIO

---

En la *Revista de la Universidad de Madrid* (Febrero de 1873) se publicó el siguiente "Anuncio de la Facultad de Derecho":

"Por disposición de la familia del profesor que fué en esta Universidad Dr. D. José María Maranges, se concederá un premio al autor de la *Memoria* donde se desenvuelva con mayor carácter científico el siguiente tema, perteneciente á las asignaturas de Filosofía elemental del Derecho y Derecho romano, explicadas por aquél mientras estuvo consagrado á la enseñanza oficial: *La costumbre como fuente del Derecho, considerada en sus principios y en su valor é importancia en Roma*.....

"El premio consistirá en los derechos del título de Licenciado ó Doctor en la Facultad á que dichas asignaturas corresponden. Además, la *Memoria* premiada se insertará en la *Revista de la Universidad de Madrid*.

"El tribunal que habrá de juzgar el concurso se compondrá de los siguientes profesores: Sr. Rector, D. José Moreno Nieto, presidente; D. Francisco Pisa Pajares, D. Augusto Comas, D. Luis Silvela, D. Francisco Giner, D. Gumersindo Azcárate, D. Jacinto Mesia, secretario.

"El tribunal, después de haber examinado los trabajos presentados, designará día y hora para su lectura pública por los autores, á los cuales dirigirá las observaciones que estime necesarias".....

En la misma *Revista* (Agosto de 1873) dióse cuenta del resultado del anterior concurso en los siguientes términos:

"PREMIO MARANGES: El tribunal de oposiciones ha acordado: 1.º Conceder el premio á la *Memoria* de D. Joaquín Costa y Martínez, por unanimidad: 2.º Clasificar á los cinco restantes opositores por orden de mérito en esta forma, etc....."

La Memoria premiada á que alude el anterior acuerdo, desarrolla los siguientes capítulos: EL DERECHO CONSUETUDINARIO EN SUS PRINCIPIOS: *La Vida del Derecho; El Hecho consuetudinario; La Regla consuetudinaria; Relaciones de la Costumbre con la Ley (arte de la legislación); con la Naturaleza, con los Fines de la Vida; Esferas de la costumbre jurídica, individual, doméstica, municipal, provincial, etcétera*: Apéndice: historia de las doctrinas sobre la costumbre de Derecho.—EL DERECHO CONSUETUDINARIO ROMANO: *Periodo monárquico-patriarcal, ley tutelar y religiosa; Periodo aristocrático; periodo poliárquico municipal, derecho plebiscitario y honorario; Periodo monárquico imperial ó autocrático, ley, pragmática y jurisprudencia.*

El primer capítulo (*Vida del Derecho*), único publicado hasta el presente en la *Revista de la Universidad de Madrid*, desarrolla sumariamente los principios fundamentales de filosofía del Derecho, que son necesario precedente para la edificación de la *Ciencia del Derecho consuetudinario* (que apenas ha adelantado un paso desde el punto en que la dejó el poderoso genio de Suárez y de Savigny), de modo que constituye por sí solo una unidad que puede separarse sin el más leve detrimento del resto de la obra. Entre esos principios se encuentran algunos tan debatidos como los del *derecho y la vida*, no bien determinados aún en la hora que corre; otros, como *la relación entre el Derecho natural y el positivo*, que no habían logrado solución racional hasta nuestros días; otros, por fin, como los de *las leyes de la vida del Derecho y las formas del Derecho positivo*, cuya exigencia no se había hecho sentir apenas en los análisis de los filósofos y tratadistas, y que, sin embargo, encierran como en cifra los más vitales problemas de nuestro siglo, la relación entre las funciones y los órganos del Estado, la naturaleza, atribuciones y organización de los poderes, el carácter de las Asambleas deliberantes, el Jurado, los sistemas penitenciarios, las relaciones entre el Estado nacional y el provincial y el municipal, la revolución y la dictadura, etc., únicamente resolubles desde el punto de vista de la unidad del Derecho y de su vida. Estas razones me han movido á dar al público esta parte del trabajo, sin aguardar la impresión final de toda la obra, que se hará esperar aún bastante tiempo.

He practicado una revisión y reelaboración del trabajo premiado, á fin de que parezca menos indigno del público á quien va dirigido, y del malogrado profesor á cuya grata memoria ha de ir necesariamente asociado por el doble vínculo de sus enseñanzas y de su muerte. A pesar de esto, cumple á mi lealtad hacer una declaración respecto del valor que doy á este trabajo y del propósito que me guía al publicarlo.

No intento que las opiniones propias expuestas en él se estimen, ni menos se reciban, como soluciones definitivas que propongo, sino tan sólo como problemas que planteo desde puntos de vista hasta aquí menos considerados de lo que reclama el alto interés que entrañan para

el régimen de la vida; problemas que se han impuesto en todo siglo al pensamiento reflexivo de la humanidad, y que siguen todavía solicitando, hoy con más empeño que nunca, el generoso y desinteresado concurso de aquellos espíritus que, apartados del ruido de la plaza pública, donde los partidos se disputan la dirección de los intereses materiales, más bien que de la vida moral de la sociedad, y firmes y serenos en este campo neutral, libre aún por fortuna después de tantos naufragios como ha padecido la patria, rinden todavía homenaje de fidelidad y culto fervoroso á las ideas, y las cultivan con aquel entusiasmo que sólo prestan el puro deber y la convicción, y la seguridad de que con ellas se satisface una necesidad apremiante de las sociedades modernas.

Al formular esas opiniones, no he roto violentamente el hilo vivo de la tradición científica de las escuelas; antes bien he procurado anudarlas á ella, porque no en vano nacemos herederos de toda la historia pasada; pero no he recibido sus conclusiones en calidad de dogmas y sin previo examen y confirmación ó enmienda de la propia razón, porque he tenido presente que la servidumbre voluntaria á que muchos someten su espíritu, más por pereza intelectual que por desconfianza de sí propios y respetuoso homenaje á los demás, trae como consecuencia su petrificación en el angustioso molde de los sistemas, y como merecido castigo el cerrarse por tiempo la entrada en el reino de la verdad y de la vida.

Tal es el sentido con que está concebido el *Ensayo sobre el Derecho consuetudinario*, y como parte suya que es, la *Vida del Derecho*.

Madrid, Abril de 1876.

---



# ENSAYO

## SOBRE EL DERECHO CONSUETUDINARIO

Ὁ νόμος ἰσχύον οὐδεμίαν ἔχει πρὸς το πείθεσθαι πλὴν παρὰ το ἔθος (Πολιτικῶν ΙΙ, 5) Ὡς περ φύσει τόδε μετὰ τόδε ἴστί, οὕτω καὶ ἐνεργεῖα: τὸ δὲ πολλὰκις, φύσιν ποιεῖ. Ἐπεὶ δ' ὡς περ ἐν τοῖς φύσει γίνεται καὶ παρὰ φύσιν καὶ ἀπὸ τύχης, ἔτι μᾶλλον ἐν τοῖς δι' ἔθος, οἷς ἡ φύσις γε μὴ ὁμοίος ὑπάρχει..., (Περὶ μνήμης καὶ ἀνάμνησεως ΙΙ):

ARISTÓTELES.

*Quid leges sine moribus vanae proficiunt (Od. 24, l. 111.)? Alterius sic altera (Natura et Ars) postulat operam res, et conjurat amicum (Ep. ad Pis. 410).*

HORACIO.

*Lex rectè mutari potest propter mutationem conditionum hominum..... Lex humana à voluntate hominis ratione regulata..... Haec voluntas manifestatur verbo et facto..... Si multitudo sit libera, plus est consensus totius multitudinis ad aliquid observandum, quod consuetudo manifestat, quam auctoritas principis, qui non habet potestatem nisi in quantum gerit personam multitudinis. (Summa, I. 2, quaest. 97, a. I, 3.)*

S. TOMÁS.

*Leges humanae debent esse accommodatae moribus eorum pro quibus feruntur, et ideo legislatores in hoc deferre debent rationabili consuetudine suorum subditorum (lib. VII, cap. 18). Consuetudo potest abrogare legem jam obligantem; ergo multò magis praevénire (in re-gimine democrático), ne obliget..... Si major pars resistat, inducetur consuetudo contra obligationem legis, quia in rebus moralibus, consensus majoris partis censetur communitatis (lib. III, cap. 19; lib. IV, cap. 16, Tractatus de legibus.)*

SUAREZ.





# PRÓLOGO

---

El día 17 de Junio de 1872, perdió la Universidad de Madrid al Catedrático D. José María Maranges, «arrestado poco después de los treinta años á la Ciencia y á la Enseñanza, que amara con fervor religioso, haciendo de ellas preocupación constante de una noble y generosa vida». La familia del malogrado Profesor dispuso se concediese en memoria suya un premio entre los que fueron sus discípulos. A este premio, consistente en los derechos del título de Licenciado ó de Doctor en la Facultad, y destinado al mejor trabajo sobre este tema: «La costumbre como fuente de Derecho, considerada en sus principios y en su valor é importancia en Roma», concurren varios opositores, todos los cuales discutieron sus trabajos ante un Jurado, constituido por los señores D. José Moreno Nieto, D. Francisco Pisa Pajares, D. Augusto Comas, D. Luis Silvela, D. Francisco Giner, D. Jacinto Mesía y el que suscribe, quienes lo confirieron por unanimidad á D. Joaquín Costa. La primera parte de la Memoria premiada se publicó en 1876,

con el título de *La vida del Derecho*, y es la misma que ahora se reimprime.

¡Circunstancia singular! Costa, hombre genial, casi único en España en más de un concepto, cuyas obras, por lo numerosas, causan asombro, habiéndose ocupado en ellas de Derecho, de Administración, de Historia, de Política, de Mitología, de Colonización, de Agricultura, en medio de labor tan extensa y variada, bien puede decirse que lo que le caracteriza, lo más saliente de los frutos de su poderosa inteligencia, es lo relativo á la *costumbre*, tema que desarrolló en esta su primera obra y que escribió siendo mozo, y que fué constante preocupación de toda su vida.

En 1880, publicó su *Teoría del hecho jurídico*, dedicando en el capítulo 4.º al hecho consuetudinario (hecho contrario, hecho indiferente, hecho concordante), examinando cuándo induce costumbre.

En el mismo año dió á luz el *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, muestra viviente de jurisprudencia consuetudinaria, creada y mantenida al amparo de una codificación expansiva y tutelar, como decía el Sr. Hinojosa, y que fué una revelación para los mismos jurisconsultos aragoneses.

En 1883 imprimió *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, y en él consagra el capítulo 5.º al estudio de las *Instituciones consuetudinarias, como fuentes de derecho para el Código*, y en el 6.º de la renovación de éste por la costumbre.

En 1885 se publicaron los *Estudios jurídicos*, dedicando el capítulo 2.º á los requisitos de la costumbre jurídica, según los autores; pluralidad de actos; consentimiento del legislador; antigüedad ó prescripción; sentencias judiciales; racionalidad de los hechos consuetudinarios; verdad de los mismos; libertad del agente; publicidad de los actos, etc. A propósito de todo lo cual hace observaciones interesantísimas, muchas de ellas muy nuevas.

El mismo año dió á luz el *Derecho municipal consuetudinario de España*, que llamó la atención de ilustres escritores en Francia, Bélgica é Inglaterra.

En 1898 publicó su obra monumental: *Colectivismo agrario en España*, dando á conocer en su primera parte *doctrinas* de antiguos escritores, desconocidas ú olvidadas, y en la segunda un arsenal de *hechos* que, de vivir Laveleye, rebuscador de hechos sueltos de ese orden por Europa, le habría parecido asombroso, y todo ello es derecho consuetudinario.

Y, finalmente, en 1901 leía, al ser recibido en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, su discurso sobre *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el Status individual, el referendum y la costumbre*, en el cual bien puede decirse que el último particular ocupa un lugar preferente.

En la notable obra de Mr. F. Geny, sobre el *Método de interpretación y Fuentes del Derecho privado positivo*, se abre la sección consagrada á la *costumbre* con este párrafo: «Pocos problemas de orden general han sido tenidos en tan completo olvido por los modernos juristas franceses como el de la costumbre, considerada como fuente formal del derecho privado objetivo. Nuestra literatura jurídica es en este respecto de una pobreza absoluta, y he podido en otro lugar resumir en pocas líneas las conclusiones, casi por completo negativas, que prevalecen en la doctrina de nuestros escritores, sin contradicción muy expresa por parte de la jurisprudencia, con relación á una fuente que la ciencia alemana, lejos de hacer caso omiso de ella, se ha complacido en darle relieve y en someterla á los más minuciosos análisis.» Lo mismo ha podido decirse de España, hasta que el Sr. Costa empleó todas sus poderosas energías en la defensa de los fueros de la costumbre, estudiándola, como ha podido verse, en principios, en el derecho positivo y en la Historia.

Bajo el influjo del derecho romano imperial, mejor ó

peor entendido por los comentaristas, se preparó el terreno para que las ideas sobre la omnipotencia de la ley, derivada en la fe ciega en el valor de los principios, triunfase, dando lugar al hecho elocuente de que casi todos los Códigos, hasta los más modernos, ó proscriben la costumbre, ó hacen caso omiso de ella, contentándose, cuando más, con remitirse á las locales en casos en que es inevitable, resultando así una sola fuente, la ley, como el «Verbo perfecto del Derecho», que diría Bluntschli. Desde el siglo xvi, bajo la inspiración de canonistas y romanistas, las legislaciones regionales admitían la costumbre tan sólo como fuente subsidiaria, llegando algunas, en el xvii, á proscribirla por completo, y más aún en el xviii bajo el influjo de la soberanía exclusiva atribuída á la ley.

En Francia, no obstante la derogación de las costumbres generales y locales por la ley de 30 de Ventoso del año xii y el art. 1.041 del Código de procedimiento civil, los primeros comentaristas todavía mantuvieron la antigua doctrina en pro de la *costumbre contra ley*, pero bien pronto vinieron todos á convenir en negarle valor en todo caso, alegando como razón el principio de la división de poderes, base de las constituciones modernas. Mas, recientemente, se ha verificado una trascendental rectificación favorable á la costumbre.

M. Paul Lombard, en su discurso sobre el nuevo Código civil alemán, dice: «La ley es un modo del derecho, pero no lo contiene por entero. Esfuérsese el legislador por formular ciertas reglas esenciales, pero estas reglas vivían antes, en estado más ó menos latente, en las conciencias, y con dificultad encuentran su fórmula adecuada en la palabra del legislador, el cual no puede abrigar la pretensión, ni de crear por sí solo el derecho, ni de encerrarlo en sus reglas, si se compara con la riqueza de la vida.

En Alemania, una de las consecuencias de la doctrina propagada por Hugo, Savigny y Puchta, Jefes de la Es-

cuela histórica, fué que, al buscar la base última del derecho positivo en la conciencia común del pueblo, resultaba que el derecho consuetudinario era la revelación inmediata y espontánea de aquélla, mientras que la ley, por emanar de órganos especiales, lo era de un modo mediato y reflexivo. Desde entonces la costumbre ha tenido constantemente en Alemania mantenedores decididos. Sin embargo, al redactarse el Código civil, que está rigiendo desde 1.º de Enero de 1900, sucedió que después de haberse consignado en el art. 2.º del primitivo proyecto que «las reglas de derecho consuetudinario valen tan sólo cuando la ley se remite á ellas», lo cual equivalía á quitar todo valor á la costumbre, como fuente de derecho, y, por eso, la segunda Comisión suprimió esa regla, pero se hizo pensando en el derecho consuetudinario local que sería contrario á la Constitución, según la cual las leyes del Imperio prevalecen sobre las de los Estados. Se podría recelar que las reglas derivadas de la costumbre no caerían bajo la denominación de *leyes*; pero desapareció todo temor, dada la definición que de las leyes se da en la de Introducción del Código civil, tan amplia, que debía entenderse comprendida en ellas toda disposición de derecho que tuviera un carácter positivo, cualquiera que fuese la fuente de que dimanara. En efecto, en el art. 2.º se dice: «Por ley, en el sentido del Código civil y de esta ley, se entiende *toda regla de Derecho.*» Quedaba la duda de si podría prevalecer un derecho consuetudinario imperial, y no obstante la dificultad de que se produjera por las condiciones de la formación de una costumbre de tal universalidad, se convino en dejar ese punto á la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia, y así los más de los comentaristas admiten la posibilidad de tal derecho, á diferencia del consuetudinario particular, que casi unánimemente lo consideran excluído por la codificación.

En cuanto á España, para formar juicio del estado del problema, basta recordar estos tres hechos. Es el

primero, que el *Congreso de jurisconsultos aragoneses*, celebrado en 1880, negó toda virtud, toda eficacia, á la costumbre, como fuente de Derecho para lo venidero. Es el segundo, que en el *Congreso jurídico español* de 1886, votaron que no podía prevalecer la costumbre contra ley 294 congresistas contra 77, y hasta hubo 19 que rechazaron la costumbre *compatible* con la ley. Y es el tercero, que al discutirse en el Congreso de los Diputados el Novísimo Código civil, mientras los jurisconsultos afiliados á los partidos gobernantes mantuvieron el exclusivismo de la ley como fuente del Derecho positivo, inspirándose en los prejuicios tan en boga á finés del siglo décimooctavo, desde los bancos de la izquierda radical se sostuvo la virtud y eficacia de la costumbre.

Ahora bien; en medio de esta atmósfera tan adversa para la costumbre, Costa emprendió la tarea de rehabilitar esta fuente del Derecho, ventilando la cuestión en el terreno filosófico, en el histórico y en el del Derecho positivo, como lo revelan las obras que más arriba se han indicado. De ellas son las últimas la admirable titulada: *Colectivismo agrario en España*, cuya segunda parte, consagrada á los *hechos*, es un arsenal de derecho consuetudinario, y el discurso leído en su recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre este tema: *El problema de la ignorancia del Derecho y su relación con el status individual, el referendum y la costumbre*.

Interesa recordar aquí lo esencial de la doctrina desenvuelta en ese trabajo, comenzando por observar que una de las secciones del mismo lleva este significativo epígrafe: *Transición: ¿Sin leyes?*, porque el autor dice: Acaso el problema no fué bien planteado en sus orígenes, y en vez de decir que: «*el pueblo está obligado á conocer y cumplir todas las leyes*», deban invertirse los términos diciendo que: «*no son verdaderamente leyes aquellas que el pueblo no conoce... y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas*

*sus hechos*. Por eso, en otro lugar, dice que en vez de hablar de «costumbre según ley, fuera de ley y contra ley», debería decirse «ley según costumbre, fuera de costumbre ó contra costumbre».

Y á seguida de esa sección se halla otra, en que se ocupa de la *Constitución del status individual*, porque, según él, «existe ya, en nuestras sociedades, un vasto sistema civil y político, que se desarrolla fuera del alcance de la ley oficial, con entera independencia de los poderes nacionales, aunque compenetrado con él; toda una fisiología social y una biología muy diferente de las que nos han sido enseñadas en las escuelas y han servido de patrón para construir la ciencia política. El individuo se halla menos ligado de lo que pensábamos, juzgando por las apariencias, á la ley social. Nada nos impide ser los legisladores de nuestra propia vida; regir nuestros actos por normas propias de derecho; permaneciendo extraños á la confusa balumba de la legislación y dejándola reducida á una estéril posibilidad, sin aplicación presente para nosotros y, por tanto, sin necesidad de conocerla».

Y dice esto el Sr. Costa, á seguida de hacer «una enumeración empírica ó antisistemática de algunos de los capítulos ó manifestaciones de ese, que podríamos llamar, Código ó Constitución del Estado individual, definición ó reconocimiento de organización de sus poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y respecto de los cuales el principio *nemini jus ignorare licet* no tiene lugar.

Y comprende esa enumeración nada menos que trece particulares, que son los siguientes: Derechos del hombre, llamados por excelencia individuales; derecho de pactar con fuerza de ley; derecho de disponer libremente por testamento; derecho de renunciar los beneficios de las leyes obligatorias y prohibitivas, derogándolas tácita ó expresamente; potestad de introducir costumbre individual con fuerza de pacto; derecho de hacer constar válidamente las obligaciones en cualquier forma; derecho de ejecutar por sí toda suerte de contratos; derecho de tran-

sigir y de comprometer en árbitros y amigables componedores; derecho de ocupar tierras de labor en el monte común; facultad de defender cada uno su persona y sus derechos y la persona y derechos de sus parientes; derecho de preñar y retener; derecho de constituirse libremente en Concejos y Cantones voluntarios para fines de cooperación, y derecho de transferir su personalidad política á otros individuos ó á entidades sociales.

En su opinión, «las leyes van desapareciendo gradualmente, á medida que el Estado autoritario actual, basado en la fuerza, vaya transformándose en un estado cooperativo, basado en la libre racional voluntad de todos sus miembros. No me he propuesto, ni podría, mediar en la contienda desde el punto de vista de la filosofía: únicamente ofreceré á los maestros del pensamiento en este orden, algunos materiales para juicio, tomados de la realidad y reveladores del pensamiento oculto de una colectividad histórica tan digna de respeto y atención, de tanta experiencia, como la nación española. Los siguientes apuntes harán ver cómo ya hoy, conforme á las diversas constituciones civiles de la Península, podrían vivir ordenadamente los hombres en sociedad, sin comercio apenas con las leyes, libres, por tanto, de la necesidad de conocerlas, y sin que por ello, dicho se está, hubieran de chocarse entre sí las múltiples esferas individuales, ni dejaran de formar juntas, como antes y como siempre, Municipio, Nación y Estado.»

Las últimas palabras ponen de manifiesto los límites que pone el Sr. Costa al sentido ácrata ó individualista que inspira todo el discurso.

En 1901 leía este discurso en la Academia, y en 1911 veía la luz un libro de M. René Domogue, Profesor de la Universidad de Lille, titulado: *Nociones fundamentales del Derecho privado*, en el cual hay una parte, que es la tercera y última, que tiene por objeto: *El Derecho privado y el Estado*, y que comprende cuatro capítulos, cuyos epígrafes son tan expresivos que no han menester de comentarios. Son

éstos: *La ley privada, la autoridad privada, la justicia privada, la función ejecutiva privada.* ¡Si viviera Costa, qué gozo tan grande le hubiera proporcionado la lectura de este libro!

Y basta con lo dicho. Se trata del prólogo, no de toda la labor estupenda del autor, sino del que cuadra á uno de sus libros, al primero que escribió.

G. DE AZCÁRATE.

---



## INTRODUCCIÓN

### **Objeto de este estudio.**

Largas y sangrientas luchas ha sostenido la humanidad en el áspero y tortuoso discurso de su historia, pero ninguna de tanta labor y trascendencia como la presente. El Oriente ha reñido titánicos combates con el Occidente en las llamadas guerras Médicas, Púnicas, Arábicas y Cruzadas; la raza Germánica con la Latina en la invasión de los bárbaros, en las guerras del Pontificado y el Imperio, en las de la Reforma; el Nuevo con el Antiguo Mundo en las épicas guerras de su Independencia; los patricios con los plebeyos, los vasallos con los señores, y la tradición con la filosofía, en las repetidas revoluciones y contiendas civiles de la historia moderna; pero tantas guerras que han hecho del planeta un lago de sangre y de la historia un gemido eterno, no son comparables con la angustiosa desgarradora lucha que, en la crisis y momento de transición presente, sostiene consigo misma la humanidad, batallando en las sombras por algo á que la vocación de su espíritu la solicita, pero que no acierta á formular con su oscura todavía y balbuciente lengua, y

que no es otra, ni más, sin duda, que el anhelo de restaurar el ideal perdido, ó anticipar otro que le anuncia un secreto presentimiento, ora traspasando en la acción la frontera del abuso, ora retrocediendo en la reacción espantada de sus obras hasta negarse á sí misma y su destino, y siempre dividiéndose en partes atomísticas, como si presintiera que del choque ha de brotar la luz tras de la que corre, sedienta de principios, pobre de ideas; el pensamiento de ayer, aderezado con formas nuevas, cual árbol viejo revestido de hiedra, se agita en perpetua conspiración contra el pensamiento de mañana, el cual por su parte, apenas abiertos los ojos á la luz, pretende ya arrojar las mantillas y desligarse de toda tutela y agradecimiento, sin darse jamás punto de reposo, ni alcanzar término de conciliación: los axiomas más audaces hostigan y ponen en tela de juicio las conclusiones por más tiempo tenidas en clase de dogmas inconcusos, y se disponen en línea de batalla para disputarles el campo, sin esperar á convencerlos de su sinrazón y de su impotencia: en pie todavía, por la natural resistencia de la tradición, los elementos del pasado, reclaman con salvaje energía exclusiva representación los elementos del porvenir, juntándose así en una misma corriente y movimiento, á punto de confundirse. la fermentación de los principios nuevos, que en vano intentan florecer sobre los primeros escombros de los principios viejos, y la corrupción de los principios viejos, que, sintiendo crujir su desquiciado imperio, pugnan en vano por infiltrar en el seno de la vida naciente, levadura de muerte. En medio de esta viva y abrumadora contradicción, y á merced de tan enemigos elementos abandonado, el hombre histórico, ajeno de principios y de convicciones, frío el corazón de todo generoso amor por la verdad, seco el espíritu de todo átomo de idealismo, perdido en las últimas relaciones sensibles, se siente desfallecido é incapacitado para servir fructuosamente al hombre ideal cuyos fines y racionales exigencias empieza por desatender ó ignorar, separado como está de él por el abismo sin puente del egoísmo y presuntuosa divinización de su debilidad y de sus torpezas. En medio de la universal

anarquía de escuelas, sectas y partidos, casi siempre entre sí divergentes, rara vez conciliados, navegan en perpetuo naufragio la Moral como la Religión, lo mismo que la Ciencia y el Arte, sin otro accidente memorable ni más alternativas que los temporales deshechos de la pasión, en guerra sañuda de doctrinas traducidas, y las calmas del indiferentismo, por tiempo infecundas para la vida, y aun corruptoras de ella, pero que suelen anunciarse como precursores de las grandes redenciones en la humanidad. De aquí precisamente la importancia histórica que cabe al derecho—aparte de la que tiene como principio permanente de vida—en los momentos presentes, según afirmación común de los científicos y presentimiento general de los pueblos, que lo han erigido en principios rector de todas sus relaciones; del seno de la injusticia tradicional surge con un impulso tal de absorbente energía, que, sin ser principio universal, sirve, no obstante, de centro de convergencia á la vida social en toda la multiplicidad de sus intereses é integridad de sus fines, penetrándolos de todo en todo hasta imprimirles su peculiar carácter y hacerles hablar su propia lengua, asimilándose los elementos y fuerzas de todos, con que se robustece, y ejerciendo en ellos temporal, aunque no siempre acertada y saludable tutela. No se da movimiento político, siquiera sea el más absurdo y contrario á razón, que se atreva á proclamar la soberanía del privilegio ó de la fuerza, y que no se haga preceder, por el contrario, de la bandera del derecho, ya la sustente al amparo de la legitimidad, ya la tome como vil instrumento que cohoneste la bajeza de la empresa, ora se abriguen bajo sus pliegues intenciones siniestras, ora se persigan á su sombra honrados propósitos: ni formulan en nombre de otro principio las clases atrasadas en la cultura y bien de la humanidad, sus vivas reclamaciones, cuando heridas en lo más vivo de su dignidad ante el espectáculo de una tutela convertida en oprobiosa servidumbre moral, quebrantan todo respeto, ya vanò, y toda jerarquía, no ya histórica, sino hasta esencial, haciendo sufrir á sus opresores con una nueva opresión, y padeciendo ellos mismos, la más



ingrata expiación de pecados recibidos por herencia de fenecidos siglos; ni piden ya tampoco las Iglesias libertad de confesión y propaganda en nombre de una revelación sobrenatural, que la expone á ser perseguida cuando la fe no existe en el imperante, más en nombre del derecho, que la razón le otorga, á los medios jurídicos necesarios para realizarse como fin esencial á la par de los demás fines; en su nombre reclaman los filósofos la desaparición de las grandes iniquidades sociales que todavía consiente la historia á despecho del Cristianismo y de la Ciencia, entre otras la esclavitud y la pena de muerte; en su nombre alzan bandera de emancipación los pueblos jóvenes, llamados por el empuje creciente de la vida á desatarse de la apartada metrópoli, y los pueblos viejos se rejuvenecen deponiendo el odio tradicional, y fundiendo en compactas nacionalidades, bajo un sentimiento y aspiración común, los fragmentos esparcidos de antiguo como enemigos sobre el planeta por virtud del feudalismo. Es, en suma, el derecho como verbo que palpita en el seno de la civilización moderna, absoluto mediador entre todos los fines individuales y sociales, que por lo mismo toma creces á expensas de la vida interior y doméstica primero, y más tarde á expensas de las instituciones que tienen por objeto el cultivo del fin religioso, científico, moral, económico, verdaderos satélites, hoy, de aquel planeta constituido casi en centro absoluto en lugar de nuestro destino; levantándose en consecuencia todo cuando él se levanta, y sufriendo mortal herida cuando se ve desconocido por pueblos, ó maltratado por Gobiernos, ó sustituido con la violencia de los partidos, ó equivocado con otros principios, ó torcido á impulso de bastardos intereses. De este histórico ensalzamiento del Derecho nace la imperiosa exigencia con que á la Ciencia se impone el problema complejo, y por demás difícil, de determinar su naturaleza, formas y relaciones; porque conforme sea concebido, así será vivido, y así será la vida toda, al menos en parte, por lo mismo que á él se acomoda, el íntegro desarrollo de la cultura presente, reproduciendo, aunque en grado y esfera diferentes, la rica

historia de Roma, y en general la de todo pueblo y siglo en que rotos los lazos internos de comunión social y de vida ética y religiosa, no queda sino el vínculo exterior y coactivo que pueda prevenir la universal disolución con que se siente amenazada la sociedad, á vueltas con el presuntuoso empirismo de prácticos ó de visionarios, y dejar abierta á los creyentes en la Providencia y en los futuros destinos de la Humanidad, la esperanza de otra Buena Nueva.

*Importancia presente de los problemas jurídicos.*—Fácilmente se alcanza de aquí toda la trascendencia del tema propuesto para este concurso; se trata de algo tocante al Derecho, como expresamente lo dice, *costumbre jurídica*, y al Derecho en su manifestación espontánea y mutable, en la forma ó en una de las formas de su realización histórica, según lo presiente el sano sentido común y lo afirma con plena certeza la ciencia. En medio de la fiebre que devora á las Cámaras legislativas de todos los países, incluso los que más moderados y circunspectos se habían mantenido hasta el presente, es, más que útil, necesario convertir la vista hacia nosotros, como principio y fuente de nuestra vida, para descubrir la propia naturaleza del Derecho, el modo legítimo de su temporal manifestación y de sus relaciones á la vida toda, y sujetar á razón la ley que determina, esencial é históricamente, el Derecho en fórmulas prácticas para el régimen de las relaciones libres entre los hombres. En una época en que tan trastornadas caminan la producción y creación del Derecho, en que tal confusión impera en el mundo de las opiniones relativamente á la forma, cantidad y fondo de las leyes, inútil sería encarecer la oportunidad con que se llama la reflexión hacia la naturaleza de la costumbre del Derecho, según ella es, eterna y sustancialmente, y según ha sido en uno de los momentos más originales para el Derecho en la historia humana. Todo estudio histórico es interesante para el hombre, porque sabido es que la vida se cumple según leyes, siempre del mismo modo, y por esto, lo vivido ayer puede servirnos de lección para proseguir

ahora sin los torcimientos que no pudieron ó no supieron evitar entonces por falta de reflexión y de experiencia. Pero con más especialidad el estudio de la costumbre en Roma ofrece un interés vivísimo para nuestros días, porque demuestra con elocuencia irresistible, y confirma y acredita en hechos concretos, lo que ya la razón encuentra como necesario, á saber: que el poco legislar y el demasiado cumplir las leyes viejas engendra despotismo, como el demasiado legislar y el poco cumplir las leyes nuevas origina la anarquía; que la revolución es inevitable cuando la ley, por no acomodarse á la costumbre, comprime la vida, ó que la vida cesa y el pueblo muere de atonía cuando la comprensión supera á la fuerza positiva y de acción, lenta ó violenta, de la manifestación consuetudinaria; y por otra parte, que jamás ha dejado de traer funestas consecuencias la falta de circunspección en el legislar, ora se haya procedido con exceso de lentitud dejando sin satisfacción necesidades apremiantes y manifestadas en la opinión pública, ora con exceso de precipitación, atropellando la acción regular y pausada de la vida, é introduciendo en ella confusión perdurable, fuente copiosa de indisciplina y pedestal seguro de la anarquía. Principios de ciencia que parecen corolarios de la historia contemporánea. No hay carácter, quizá, que mejor retrate nuestro tiempo, que el poco respeto que merece la conciencia social á los individuos llamados á la obra artística de la legislación, lo cual, si se explica, como movimiento de reacción contra un estado de cosas que pasó por fortuna, y para siempre, en ningún modo de justicia, ni debe ni puede continuar; bien que, á decir verdad, la causa de tamaño mal no es una novedad de última hora, ni hay que escudriñarla sino en las raíces del mismo vicio que constituía el alma del régimen caído, y que sigue manteniendo en todo el cuerpo social la levadura maldita de la arbitrariedad subjetiva, imagen y síntesis del estado general del espíritu en nuestro tiempo, por no haber prevalecido los consejos de la razón, ni bastado á aleccionarnos una dura, y aún cruenta experiencia de medio siglo. Pasado el cetro de esa arbitrariedad de manos de un

hombre, más ó menos indigno, á poder de una Corporación, más ó menos respetable, no eran de esperar de parte de ésta mejores ni más sazonados frutos que los que en su tiempo hubo de producir aquél y de cuya amargura están llenas las historias, frutos sin otra savia que tal cual gota de hiel ó de veneno, leyes potentes sólo para el mal, y cuando más, leyes sin eficacia, leyes muertas, propias sólo para fatigar las prensas con la pesadumbre de su letra, pero que jamás han visto llegada la hora de su cumplimiento. Resultado ineludible, dado el modo de proceder; en vez de reformar, que era lo derecho y obligado, se ha cortado, sin plan ni concierto, las más veces por lo sano, dejando no pocas en pie lo mismo que entorpecía el libre curso de la vida, y descuajando en torno suyo lo único que podía servirle de dique; así, que ya se haya entendido la representación al pie de la letra, como objetivación, por decirlo así, fotográfica de la conciencia pública, ora se haya tomado por el extremo opuesto, como subjetividad creadora del Derecho, según un cierto prudente arbitrio—que ambos sentidos se han visto prevalecer, y más todavía el segundo que el primero—el fin logrado ha sido parecido y por igual pernicioso, y llevado á traducir en la ley las ambiciones de los menos antes que las necesidades de los más, á reputar como legítima fórmula de derecho toda torpeza y todo antojo, social ó individual, que haya sabido por sorpresa granjear la consagración del estado oficial y conquistar un puesto en el dúctil y maleable cuerpo de la Legislación, á convertir éste en instable y tornadiza veleta, dócil á todos los vientos de la rosa política, y darse á la postre como resguardo contra la propia volubilidad un variado sistema de garantías y cautelas, desdichado Proteo, eficaz para entorpecer, más para precaver del todo impotente. Brindando el sufragio inconsciente fáciles conquistas á la osadía, que sólo á la capacidad y merecimiento, y no como derecho ganado, sino como deber impuesto, se reservaba, era natural que los agraciados estimasen su ministerio, no como un sacerdocio que pide ciega sumisión al eterno principio del derecho y solícito, más racional amor

á los representados en la obra de la legislación, sino como reprobado camino de medros personales, ó de triunfos y aplausos gratos á vanidades femeninas, mas vedados á hombres que aspiran á ser tenidos por políticos serios y celosos de su honradez, antes que por ingeniosos y traviosos y perseguidores ó perseguidos de la fortuna; ora dejándose ir á la corriente del uso, tanto más tirana cuanto menos recelan de ella sus adeptos, ora inspirándose en torpes y abominables concupiscencias, el inmoderado afán del lucro ó codicia del mando cuando el exceso de inacción ó el exceso de movimiento no los escuda la ignorancia, y en todo caso, teniendo en más la utilidad individual del momento, ó las insidiosas sugerencias de la pereza, ó el apasionado y pasajero aplauso de la muchedumbre, que la estima y aprobación interior de su conciencia, única que el hombre de bien está autorizado y aun obligado á buscar, como salario y galardón de la rectitud en sus obras. De tal suerte enferma y pervertida la conciencia individual, á vueltas y en relación jurídica con la social, interesa en gran modo trazar el diagnóstico, para que en su vista, y con pleno conocimiento del mal, nazca en ella el oportuno deseo y amor del bien, y pueda con firme y decidida voluntad, acometer la no fácil empresa de su curación, y una vez lograda, ejecutar su obra cual verdadero artista, á conciencia y desinteresadamente, sin aborrecer la luz del ideal, ni enamorarse románticamente de anticipadas auroras que suelen ser inspiradoras de suicidios, sin ceder á más fueros que los de la verdad, ni reconocer otra soberanía que la del Derecho, sin pretender ganar, con actos de cobarde, fama de prudente, ni desoir temerario las sanas advertencias de la opinión, á la cual debe obedecer sin baja y corregir sin miedo. Mostrar, pues, en la razón de qué suerte mana el Derecho del fondo de la vida, paralelo con los demás principios que gobiernan á ésta, influyendo y siendo influido á su vez por todos ellos, y pasando de latente y posible á concretarse en reglas individuales, á medida de lo que las necesidades cotidianas van reclamando, y comprobar, siquiera

en parte, los resultados, á beneficio de un examen histórico de las legislaciones pasadas, singularmenté de la romana; que tantos títulos de semejanza ofrece en su desarrollo con las legislaciones novísimas: son problemas que en su sólo enunciado llevan la razón de su alta importancia, y los motivos por los que se recomiendan eficazmente á la meditación de los hombres de buena voluntad que, por sus estudios y vocación, puedan contribuir á que sea lograda una solución satisfactoria y definitiva.

*Determinación del que sirve de tema á este trabajo.*—Con propósito de ensayar, y no más, el planteamiento sistemático de esas vitales, pero hasta aquí ligeramente tratadas, y en lo general mal definidas cuestiones, ha sido emprendido este trabajo, prosiguiendo en el camino por otros gloriosamente abierto (1). Demás está, después de lo dicho, hacer notar cuánta circunspección de pensamiento requiere de parte del indagador el problema de la costumbre, tanto por el carácter delicado y complejo que reviste, como por su trascendencia á toda la vida, y sobre todo, por la circunstancia de encontrarnos en momentos de preparación para una reconstrucción social que alborea ó se anuncia, y por lo mismo pide con premura respuestas definitivas y categóricas que vengán á cerrar el período de las doctrinas parciales y relativas, que sólo como provisionales han podido tener sentido y legitimidad en la Ciencia. Esta consideración impone á nuestra actividad como sujetos, una cierta manera de proceder, conforme al racional dictado de la Lógica, la cual exige, por vía de propedéutica y de transición, para comenzar en el tiempo, y comenzar con esperanza legítima de algún resultado provechoso el estudio propiamente científico del objeto propuesto, la previa formación de su concepto, ó sea la determinación de lo que

---

(1) Señaladamente por algunos representantes de las llamadas Escuelas histórica y racionalista-armónica, que habrá ocasión de citar más adelante.

él es de suyo, en su total unidad y en su interior orgánico contenido, y de *cómo* es obligado y forzoso proceder en nuestra actividad pensante para realizarlo como propósito racional, y dejar, en lo posible, en camino de resolución el problema concreto ó serie de problemas que, al fin de esa preliminar averiguación, queden planteados. Por lo que toca al punto de partida, llano es comprender que no cabe otro, ni más—tampoco menos—que el constituido por los dos términos capitales de la total cuestión, presentes en nuestro espíritu como datos eternos antes de todo temporal comienzo: el *objeto*—la costumbre de Derecho—y el *sujeto*,—nosotros, en cuanto seres conscientes en esta particular esfera jurídica, al igual que en las demás esferas de la conciencia.

*La costumbre según el sentido común.*—¿Qué pensamos, pues, todos, acerca de la naturaleza de la costumbre en general? Libres de la abstracción intelectual á que propende por lo fácil y holgada, bien que infecunda, el escolasticismo sistemático y el particularismo científico, tomando como criterio, no tal ó cual particular opinión ó doctrina elegida por tanteo y al buen parecer en el largo catálogo de las reinantes y de las destronadas, cuya multiplicidad y contradicción, si ya no hubiese otras razones, legitimaría poner en duda su valor, sino la conciencia relativa precientífica (sentido común), ¿qué nos predica relativamente á nuestro objeto? El primero y más inmediato carácter que la costumbre muestra es el de la *complejidad*: que no la pensamos como un concepto simple é irreductible, sino como formado por una combinación de otros elementos simples ó menos complejos que en él no mueren, sino que trascienden á otros objetos; y como conocer una cosa no es sino hacerse presente el conocedor lo que la cosa es, para determinar la naturaleza de la costumbre, nos es forzoso desplegar ese sistema de términos que lo constituyen, y en cuya sola razón puede encontrar base objetiva, en cierto modo impersonal, y siempre inquebrantable, el conoci-

miento que formemos de su composición. La primera y fundamental nota que de las cosas se afirma es la de *ser* algo, *ens*), mas ésta, como general y común á todas, excusa de averiguación; eliminada, pues, la cualidad de ser, y aun la de *ser particular*, que á todas luces le convienen, y penetrando más adentro en su esencia, advertimos al punto que hay cosas ó seres particulares que subsisten, al menos inmediatamente, por sí, y que pueden ser pensados como sustantivos, con entera independencia de los demás, pero que la costumbre no la concebimos de esta suerte, con carácter real, sino que nos aparece como dependiente de aquellos objetos sustantivos, como propia de ellos, en suma, como *propiedad*, y además como *propiedad particular*, pues dirigiendo la vista á todo lo que existe á nuestro alcance en esta forma de dependencia, advertimos que la costumbre no es la única propiedad, sino que existen juntamente con ella otras muchas (v. gr., gravedad, conocimiento, utilidad, etc.), prosiguiendo el análisis reparamos que entre estas propiedades las hay que se hallan en una universal dependencia, que son propias de la generalidad de los seres (v. gr., unidad, sustantividad, etc.), pero que la costumbre, á más de ser particular, se da *en algo otro particular*, pues no de cuanto existe la predicamos; luego, y considerando este algo particular á que atribuimos la costumbre, vemos que es *activo*, y que sólo en razón de esta su actividad le es atribuída la costumbre, sin que nos ocurra jamás, antes bien nos repugne, pensarla, de aquello que simplemente existe, ajeno á toda mudanza; mas dentro de la actividad cabe distinguir *una* que procede por modo necesario, y en ésta, sólo por tropo ponemos la costumbre,—cuando decimos, por ejemplo, personificando y como haciendo inteligentes los procesos naturales: “en tal país suele ó acostumbra llover muy frecuentemente, ciertos vegetales del Mediodía se acostumbran mejor al frío que otros, etc.”, y *otra* que procede conscientemente y por impulso propio, como causa *libre*, y de ésta decimos con verdad y plena convicción el término que analizamos; y no la decimos sólo por respecto á nuestro espí-

ritu, sino también por respecto al de los animales, los cuales por la parte de libertad que les cabe en la elección de condiciones para su vida, producen costumbres, acomodando su tenor de vida á la naturaleza singular del medio ambiente en que se mueven, y modificándola, ya colectivamente, como especie, con el transcurso de los siglos, ya individualmente dentro del angosto ciclo donde recorre las diferentes fases de su existencia un animal determinado, conforme varían las circunstancias geográficas y de habitación que acompañan á su desenvolvimiento. Por lo que toca á las costumbres de nuestro género, que con más propiedad y sin peculiar calificativo determinante apellidamos costumbres, notamos que así se predicen del mundo *todo* de la actividad racional (cuando decimos, por ejemplo, costumbres públicas, costumbres de tal nación ó de tal época), como de sus *particulares* esferas (en las frases: costumbres religiosas, políticas, industriales, etc.), y por fin, que en ninguna de ellas nos referimos, al decir costumbre, al contenido de la conducta humana, al arte, religión, moral ó política como principios objetivos, sino al modo ó *forma* como nos determinamos inmediatamente en razón de estos mismos principios, á las leyes ó normas de conducta observadas en las relaciones ordinarias de la vida por los pueblos ó los individuos, sin conciencia mediata del principio mismo rector de sus obras, en una palabra, á las reglas que se tienen presentes *en el obrar*, y que resultan naturalmente *del obrar* mismo. Por tanto, y en resumen, la idea que tenemos de la Costumbre es la de una *forma, ley, ó manera constante de realizar y expresar directamente su vida psíquica los hombres* (I). Ya desde el sentido común, sabemos que las cos-

---

(I) A. VERA (*Introducción á la Fil. de la Hist.*, cap. II, § III) estima la costumbre en su acepción más lata (*abitudine*), como forma esencial y total de nuestra vida, á la cual, según él, abraza en toda la rica multiplicidad de sus manifestaciones, diciéndola, por tanto, de todos los actos y funciones, desde el lenguaje y la lectura hasta el sueño y la digestión. El sentido común rehusa dar tan lata significación al término que estamos analizando.

tumbres positivas unas veces son buenas, otras son viciosas, aplicando para este juicio conceptos superiores, en la conciencia immanentes, de los cuales no se dan exacta cuenta los hombres en el estado de irreflexión que caracteriza la vida precientífica, pero que todos sienten de igual manera sin equivocarse ni discrepar esencialmente en su aplicación á los casos concretos; sabemos también que en la costumbre buena hay que distinguir una bondad intrínseca, sustancial, eterna é inmutable, porque conforma con el ideal absoluto que corresponde á su esfera, y que la piadosa razón común presente y coloca en Dios, y otra bondad relativa, histórica, mudable, que cambia con el estado de vida y cultura social en que florece, diciendo, por ejemplo, que "tales costumbres fueron buenas en su tiempo, pero que conservarlas ahora, ó restaurarlas, sería una iniquidad ó un retroceso, ó que tal institución no está en nuestras costumbres y sí en las de tal otro país, ó que tal costumbre que regía en la Edad Media ha tenido necesariamente que caducar ó que transformarse, etc." Es natural que siendo la costumbre una reforma, respecto del contenido de la vida de un pueblo ó institución, cambie constantemente y se desarrolle, ó degenera á medida y compás de éste, revelando una propia vida,—aunque paralelamente—dentro de la vida toda y fundamental del ser viviente, al modo de las alteraciones que experimenta la sombra, parejas con las producidas en el cuerpo que la proyecta. En suma, pues, y siendo la vida una propiedad, mediante la que lo esencial-eterno se determina en estados temporales-efectivos, la costumbre es la forma,—ó una de las formas—que reviste la esencia en este tránsito y serie infinita de tránsitos con que la vida se constituye en sucesión y continuidad.

*Enciclopedia de la costumbre de derecho.*—Estas notas, generales á todo linaje de costumbre, son aplicables á una de sus especies que, según se ha dicho, constituye el tema de la presente disertación: á la *costumbre jurídica*, ó rela-

tiva á aquella propiedad que regula las relaciones libres entre los hombres. Los romanos tenían dos palabras para expresarla: *consuetudo* y *mos*, aplicando esta última unas veces á la costumbre de derecho y otras á las costumbres en general (1); con parecido significado al de *mos* expresamos nosotros ambas especies con el sólo vocablo de *costumbre*, y muy lógicamente, primero porque ambas dicen primordialmente un contenido común,—normas de conducta reveladas directa y espontáneamente,—y luego porque las costumbres jurídicas forman parte de las costumbres generales (públicas y privadas), de las cuales no pueden racionalmente separarse, cuyo segundo punto de vista importa tener muy en memoria al hacer el estudio de la historia del Derecho así como en la práctica social de la Biología jurídica, por la dependencia en que necesariamente ha de hallarse, para el bien y para el mal, la parte respecto al todo, como ya lo adivinó sagazmente el lírico latino: *quid leges sine moribus?* Pero si por este lado no, aparece la confusión por otro, en el empleo de la frase *usos y costumbres*, que con gran frecuencia oímos en la vida común y leemos en los jurisconsultos nacionales y extranjeros, y con que parecen señalar dos distintos conceptos, sin fijar, no obstante, satisfactoriamente la diferencia. Uno de los mayores obstáculos con que se tropieza en la formación histórica de la Ciencia es la indefinición y vaguedad en el lenguaje técnico; aun profesando iguales principios disputan las más veces los hombres sobre materias trascendentales, por no ponerse previamente de acuer-

---

(1) Es difícil señalar los límites de significación de estas dos palabras, y así aparece tan oscura la explicación de su sinonimia en el *Diccionario etimológico latino español y tratado de sinónimos latinos*, por R. de Miguel y Marqués de Morante, 2.<sup>a</sup> edición, 1868, palabra *Mos*. En el *Manuale legum*, por Hermenopoulo, escrito en el siglo *xvii* para Oriente, se lee: *Custodire oportet morem et consuetudinem; quod si etiam illa deficiat, sequi oportet quæ questioni sunt proxima ac similia*. Donde *mos et consuetudo* representa como una sola dición, á que no agrega más fuerza su duplicidad. Lo mismo puede observarse respecto de *consuetudo ususque* en el famoso rescripto de Constantino: *Quæ sit longa consuetudo*.

do acerca del sentido de las voces que pronuncian, y que sirven de base, como supuesto necesario y punto de partida común, á la controversia (1). Esto, que rara vez acontece, por razones obvias (2), en Historia Natural ó en Astronomía, ocurre á cada paso en el Derecho, en la Economía y demás ciencias morales, donde, al construirse la Ciencia como tal, halla ya formado el diccionario de todas las voces necesarias para expresar las relaciones y fenómenos que constituyen el material ofrecido al indagador, efecto de la estrecha relación en que se da con la vida diaria, y tiene que aceptarlo, aun á riesgo de tropezar con la oscuridad é indeterminación que fatalmente acompaña á toda creación popular irreflexiva. ¡Cuánto no se ha discutido estérilmente sobre la igualdad y la libertad política, sobre la riqueza y valor económico, por no haber afirmado bien y afianzado previamente el alcance y límites de estas palabras, que eran el campo de batalla, y que por ser movedizas como arena, se escurrían bajo los pies de los contendientes, haciéndoles descargar en falso sus golpes y sudar en vano? Pues esto mismo acontece en el caso presente, respecto de los vocablos *uso*, *costumbre* y *hábito*; la más lamentable anarquía reina en cuanto á su empleo, aun entre los doctos.—Escríche (3) entiende que “el uso consiste en la repetición de actos, y que la costumbre es la práctica muy usada, ó el derecho que nace de esta repetición, por tanto, el efecto inmediato del uso”, aunque no efecto necesario, pues cabe uso sin costumbre, y no costumbre sin uso, siendo aquél un hecho, éste un derecho. B. Gatiérrez (4) cree de igual modo que el uso repetido hace la costumbre, y, por tanto, que aquél es causa de éste, aunque en la esencia se confunden, “de modo que, definida la costumbre por la

(1) Vid. BALMES. *Criterio*, cap. XIV, § 5.

(2) Vid. C. ROSSI. *Curso de Economía política*, lección 3.<sup>a</sup>

(3) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, palabra *costumbre*. SUAREZ considera análogamente *usus* y *mos* como frecuencia de actos semejantes, y *consuetudo (juris)* como *jus moribus institutum*: hábito la facilidad de aquella repetición.

(4) *Código de Estudios fundamentales*, etc.

repetición de actos, es un uso largo." Por manera que para el primero la repetición de actos es el uso, y para el segundo es la costumbre, no siendo extraño, en consecuencia, que después de intentada la distinción, venga á emplear como sinónimas ambas voces, aunque sí el que mantenga viva y alimente la duda, sosteniendo de hecho íntegra la frase *usos y costumbres*, estimada como pleonástica (1). Las Partidas (2) que inspiraron sin duda estas distinciones afirman, que "nasce del tiempo uso y del uso costumbre é de la costumbre fuero... Uso es cosa que nasce de aquello que non se dice é face, é sigue continuadamente por gran tiempo... Costumbre es derecho ó fuero que non es escrito, el qual han usado los homes luengo tiempo..."; donde el uso parece referirse á la costumbre en general (*mos*), como resultado de la sucesión de hechos análogos, y la llamada determinadamente costumbre á su especie jurídica (*consuetudo*); ó bien, el uso sería, á juicio del autor de aquella definición, el ropaje exterior y visible de la costumbre, la continuación ó frecuencia misma de actos semejantes, en cuyo caso no sería derecho; pues los hechos son simplemente el esquema sensible de la regla bajo ellos latente, no la regla misma (3); pero otra cosa ha dispuesto el propio uso, que asimismo se ha declarado ley y norma (*jus et norma*) al igual de la costumbre. La Academia de la Lengua, desgraciadamente, no ha fijado nada: quiere resistir la sinonimia y distinguir, pero no acierta sino á reflejar la confusión del estado común, moviéndose en un círculo vicioso al definir la *costumbre* por el hábito, el *hábi-*

(1) Otro tanto se advierte en Rodrigues de Britto (*Philosophia de direito*), que emplea constantemente las expresiones *usos é hábitos*, *usos é costumes*, sin fijar ni definir la diferencia que separa á cada una de las dos palabras. La Academia (*Diccionario* de 1869) igualmente dice: "Entrar en los usos, fr. seguir lo que se estila y practica por todos, y conformarse con los *usos y costumbres* del país donde se reside."

(2) *Partida* I, tit. II.

(3) GREGORIO LÓPEZ, en la *Glosa á las Partidas*, explicando las Leyes de este título, dice que el uso es la práctica de los hechos, la costumbre el derecho no escrito ó consuetudinario que nace de aquella práctica.

to por la costumbre, y el *uso* armónicamente por la costumbre y por el hábito (1). Ni están más afortunados los sinonimistas; mientras Olave (2) opina que la repetición de unos mismos actos es el hábito, y costumbre el conjunto de cualidades ó inclinaciones que forman el carácter distintivo de una persona ó nación, Jonama (3) piensa que aquella repetición es la costumbre, y que de ella nace el hábito como facilidad de repetir.—Lo que parece resultar en definitiva es que hábito dice originariamente sucesión rítmica y ordenada de hechos humanos, uso la ley de la habitualidad misma, y costumbre la regla que palpita en el fondo de la serie de hechos con que el hábito se constituye; pero luego *hábito* se ha reservado, como sinónimo de costumbre, para expresar por lo común relaciones morales en el sujeto, y *uso*, como sinónimo también de costumbres, para significar objetivamente reglas de vida, aquí reglas de derecho, nacidas espontáneamente de los hechos. Los romanos tenían *consuetudo* y *desuetudo*, y además *usus*, pero no “desusus”; nosotros, por el contrario, tenemos *uso* y *desuso*, y además *consuetud* (anti-

---

(1) “*Costumbre*, hábito adquirido de alguna cosa por haberla hecho muchas veces, práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de ley. *Hábito*, costumbre, facilidad que se tiene en cualquiera cosa por repetirla muchas veces. *Uso*, estilo ó práctica general, costumbre, hábito, facilidad que se adquiere por el ejercicio ó manejo de alguna cosa, continuación prolongada y como habitual.” Estos círculos viciosos nos recuerdan los del ilustre San Isidoro al señalar la etimología y significado de conceptos idénticos: *Consuetudo est jus quoddam moribus institutum... Mos est consuetudo de moribus tracta tantum*.—Marty Caballero (Diccionario de la Lengua, 1865) no está mucho más claro que la Academia en la explicación del uso y de la costumbre: el hábito defluelo como Suárez y como F. Caballero (*Dic. razonado*, 1852), á saber: inclinación que mueve á repetir una cosa, ó disposición y aptitud que resulta de la repetición.

(2) *Diccionario de Sinónimos* de la Lengua Castellana, por D. P. M. Olave, 1843.

(3) *Ensayo sobre la distinción de los sinónimos* de la Lengua Castellana, por D. S. Jonama, 1806.

cuado, ahora costumbre), pero no "desuetud" (1); lo cual probaría una vez más que nunca han tenido valor lógico diferente el Uso y la Costumbre, aunque no haya sido *licito*, léxicamente hablando, emplear uno ú otro vocablo indiferentemente. Dejando, pues, sentada la equivalencia, y probada consiguientemente la utilidad de servirse de uno solo de los dos términos y desterrar la frase "usos y costumbres" ocasionada á confusiones y oscuridades en la inteligencia y exposición del Derecho, acabemos de fijar lo que es la *Costumbre de Derecho*, cuestión fácil si traemos á la memoria lo ya mostrado y declarado acerca de la costumbre en general: es, según aquéllo, la costumbre jurídica un *cómo* ó manera del Derecho en su tránsito permanente de posible á efectivo, una *información* temporal de esta propiedad (*formal*) del Derecho en su realización ó *formación* histórica tocante á sus reglas; en suma, una forma de la vida del Derecho.

### Plan consiguiente.

*De la parte filosófica.*—Esto nos dice el sentido común, convenientemente interrogado, sobre el objeto propuesto á nuestra indagación: ahora, cuáles sean sus caracteres y naturaleza, cuáles las leyes de su constitución y de su mudanza, cuáles su trascendencia y límites; y averiguado ya que no es la forma total del vivir del Derecho, sino una entre otras, qué notas la distinguen de éstas, cuáles las relaciones que mantiene con ellas á la vez que con las diversas esferas del Derecho sustantivo y adjetivo y con los fines humanos distintos del jurídico: esto no lo alcanza

---

(1) Marty Caballero señala esta palabra como anticuada en nuestra lengua; pero ni el Diccionario de la Academia de 1732 ni los posteriores la consignan; antes, por el contrario, declaran expresamente que *desuso* equivale á la latina *acsuetudo*, falta de uso ó ejercicio de alguna cosa.

el sentido común, y nos es preciso ponernos en estado de reflexión, que es lo que constituye el tránsito del conocimiento común al científico.—Lo que sí podemos hacer desde ahora es determinar los modos totales cómo la costumbre se hace presente en la conciencia, así en la conciencia propiamente científica como en la conciencia irreflexiva común. Lo primero que desde luego ocurre notar es, que la costumbre jurídica se nos ofrece como algo sustantivo, con caracteres propios y peculiar naturaleza y forma—aunque, según lo mostrado arriba, no subsiste por sí y fuera del ser;— que constituye un propio todo, aunque subordinado al derecho de quien inmediatamente la predicamos, y de cuyo interior organismo es un miembro particular en relación múltiple interior y exterior; eterna, por fin, é inmutable en sus elementos esenciales y en la ley de su composición: pues bien, el examen de la costumbre, en este su absoluto concepto, constituye la *parte filosófica* de su enciclopedia. Pero con ser sustantiva y eterna, constantemente se individualiza ó determina en sucesión de estados temporales y mudables, contradictorios y exclusivos, cada uno de los cuales niega á todos los demás; y esta consideración de la costumbre en los hechos, conforme han sido realizados por la humanidad en su vida hasta aquí, constituye su *parte histórica*: no se puede confundir ésta con la precedente, pues si bien ambas se refieren, como en su lugar se dirá, al mudar del Derecho, la primera indaga lo permanente de ese mudar, sus elementos, leyes y relaciones esenciales y constantes, al paso que la segunda se ocupa de los estados efectivos, no como debieron suceder, sino como sucedieron; no siendo posible, desde el punto de vista en que se coloca el filósofo del Derecho para determinar la naturaleza de la costumbre, conocer sus estados individuales, que son recibidos mediante el sentido; no siendo posible tampoco, desde el punto de vista en que se pone el historiador del Derecho, conocer la esencia absoluta de la costumbre, que sólo puede interrogarse á la razón, jamás al sentido. Después reparamos que estas dos esferas de la costumbre, con ser diametralmente contrarias y

opuestas, tienen un centro y fondo común, á saber: el Derecho en su manifestación espontánea, la costumbre, y por tanto han de darse relaciones esenciales y necesarias entre ambas; y en efecto, notamos que la filosofía de la costumbre abraza y estudia lo que hay de absoluto y permanente en su mudar mismo, los elementos esenciales y leyes invariables, y á su vez la historia de la costumbre no se limita á exponer sus estados temporales, determinados en último límite en el tiempo, sino que se extiende y abraza el gradual desenvolvimiento del espíritu filosófico; y aun precientífico, en lo referente á esta modalidad del Derecho. Si, pues, tan estrecho parentesco existe entre ellos, y comulgan en algo esencial, que cabalmente es el objeto de ambas, siendo una y otra la costumbre misma, aunque á modo distinto—como absoluto y como temporal,—es evidente que cabrá una esfera de conocimiento compuesto, aún más, que sólo mediante esta esfera compositiva será conocido en su plenitud é integridad nuestro objeto, dado que cada una de las dos esferas primitivas lo considera de una manera parcial, siendo en este sentido complementaria la una de la otra, como diariamente se muestra, aun en la vida común, y hallándose destinadas, en consecuencia, á superior composición; tal es la parte *filosófico-histórica* de la costumbre, en la cual se estiman los principios como piedra de toque para juzgar del valor de los estados realizados en el pasado, y como norma é ideal de vida para el porvenir. El ideal de lo temporal es lo eterno, el ideal de lo que viene á ser es lo que subsiste, el ideal de la Historia es la Filosofía; por eso es esencial é inexcusable esta composición de las dos esferas, porque ni la Filosofía por sí sola puede juzgar hechos ni encauzar actividades que no conoce, ni la Historia por sí sola puede formularse plan y propósito racional conforme á principios que le son extraños y á que no alcanza la generalización. Para concertar, pues, las exigencias de la tradición y el progreso; para fundir, aunque sin confundir, los dos elementos de la razón y del tiempo, necesaria es una ciencia que, ajena á todo exclusivismo, anude y concierte los dos extremos, y dirija con

mano segura la vida, conforme al ideal propio de cada momento histórico.

*De la parte histórica.*—Estas tres esferas de la costumbre y de su ciencia constituyen la Enciclopedia particular de la costumbre, construída dentro de la Enciclopedia general de las Ciencias jurídicas, como ésta dentro de la Enciclopedia universal de los conocimientos humanos (1). Ahora bien, de estas tres partes en que el estudio de la costumbre se subdivide, ¿cuántas y cuáles se exigen en el tema que nos está ocupando? La primera íntegramente, la *costumbre en sus principios*; de la segunda sólo una parte, *la costumbre en Roma*; de la tercera nada. He aquí, pues, determinado y fijado, al menos en la intención, el contenido de esta Memoria y sus límites. Toca ahora ligeramente bosquejar y razonar el plan.

Desde luego habrá que considerar, en el presente estudio, dos partes capitales: LA COSTUMBRE EN SUS PRINCIPIOS, LA COSTUMBRE EN ROMA. ¿Cuál deberá ser el plan de la primera? Esto equivale á preguntar en qué términos, subordinados ó segundos, se despliega jerárquicamente el término total, puesto la costumbre, no es otra cosa sino el plan, el concepto mismo en el desarrollo sistemático de su interior vario contenido; y hallamos que estos términos, dados inmediatamente bajo la unidad de la costumbre, son: su *Naturaleza*, como concepto total absoluto; sus *Relaciones*, engendradas de su limitación y dependencia; sus *Esferas*, en fin, que resultan de ponerse en relación práctica y concreta, y que pueden constituir la parte especial de la presente Monografía jurídica. La primera Sección se divide naturalmente en dos capítulos, uno donde se estudia la costumbre en general como forma de la vida del Derecho, precediendo las nociones de Derecho y de Vida separadamente, como necesario

(1) Para la determinación de la *Enciclopedia jurídica*, V. Ahrens, capítulo 1, edición 5.<sup>a</sup>, y *Principios elementales del Derecho*, por D. F. Giner; y para la de la *Enciclopedia universal*, las *Conferencias libres* del segundo sobre Doctrina de la Ciencia en la Universidad Central, 1872, 1873 y 1874.

preliminar para la más clara inteligencia de su composición; otro donde se considere la costumbre en lo que tiene de propio y exclusivo, como la forma de la vida espontánea del Derecho, averiguado que existen otras á más de ella. La segunda Sección se distribuye también naturalmente en dos capítulos, dedicado el uno á mostrar las relaciones de la costumbre interiores en el Derecho, esto es, las que guarda con las demás formas de vida jurídica—ley, código,—consagrado el otro á determinar sus relaciones exteriores, esto es, las que mantiene con la naturaleza y con la sociedad en general y con cada uno de sus fines é instituciones finales, capitalmente con el Estado, por ser el sujeto inmediato de la realización histórica del Derecho. La tercera Sección, en fin, divídese también en dos capítulos, consagrados á señalar las diferencias accidentales, en cantidad ó calidad, que ofrecen, con partir de principios comunes, las costumbres referentes á las principales esferas en que se ramifica el Derecho general (sustantivo y adjetivo) y los Derechos especiales más conocidos (canónico, internacional).—¿Cuál deberá ser el plan de la segunda parte? Procediendo aquí, como en la precedente, á las nociones previas sobre los conceptos fundamentales Derecho y Vida, corresponderá otro preliminar en que se examine la naturaleza y origen del pueblo romano y el carácter de la costumbre jurídica por toda la Historia de su Derecho, como una unidad homogénea considerada. Un sumario prospecto de la vida general de Roma sería por demás útil para comprender mejor su vida jurídica espontánea, en atención á haberse realizado aquélla en este pueblo bajo el principio determinante del Derecho, ó en otras palabras, por haber predominado allí esta relación sobre todas las otras; pero el deseo de abreviar en lo posible este trabajo me decide á suprimir esa parte del preliminar. Atentos, pues, al inmediato tema sobre el valor é importancia de la costumbre en Roma, hállanse como interiores dos cuestiones totales—pues abrazan igualmente todo el objeto, aunque en distinto respecto—á saber: *la costumbre en los hechos, la costumbre en la doctrina*, ó en otros términos, ¿cómo se rea-

lizó la costumbre en Roma? ¿qué supo y pensó de la costumbre Roma? De esta segunda no será muy cuantiosa la doctrina que pueda exponer, ni, por otra parte, ofrece el vivo interés científico y práctico que la primera; en cambio, de ésta hay material tan copioso como excelente. La división de la Sección primera pedía ser real y objetiva, fundada en la ley del desenvolvimiento histórico de la regla de Derecho en el Estado, cuya indagación en general toca á la parte filosófica, pues sin esto iríamos á dar en una de tantas divisiones arbitrarias como corren, hechas sin otro principio que un carácter accidental cualquiera ni más brújula que el antojo del autor, y que no respondiende á la división racional de toda la Historia del pueblo, deja pasar desapercibidas las relaciones que ligán el objeto particular que se estudia con la vida toda y con cada una de sus esferas interiores, ó bien las señalan de pasada y como por apéndice, que bien pudiera suprimirse sin alterar el régimen y organismo de la obra (1). Cuatro períodos comprende la Historia de Roma—lo mismo que la de Grecia y de todo pueblo de la edad antigua, cuando ha corrido libremente el curso entero de su desenvolvimiento:—1.º período *monárquico-patriarcal* ó *familiar*, tiempos arqueológicos, y hasta hoy en mucha parte fabulosos, caracterizado por la fuente de Derecho que apelidamos ley tutelar y religiosa; 2.º período *aristocrático*, que sirve de transición al municipal, no caracterizado por ninguna fuente particular de Derecho, sólo sí por la lucha á muerte con que se disputan la arena del mando los representantes de la familia privilegiada, que agoniza, y la del municipio igualitario, que amanece; 3.º, *régimen poliárquico municipal*, que atribuye el poder á la ciudad, y su ejercicio directo, según práctica general de las democracias antiguas, á todos los ciudadanos por igual, siendo por lo mismo la

(1) La división más seguida en las escuelas es la aceptada por Hugo, Mackeldey, Gibbon, Warmkenig y La Serna en cuatro períodos separados por las XII tablas Cicerón y Alejandro Severo. Las exigencias reales del objeto nos vedan acostarnos á la autoridad de estos ilustres maestros



fuente característica de derecho la costumbre, con predominio de la forma plebiscitaria, desconocido el principio moderno de la representación, y negado, por tanto, á la conciencia social el medio de corregir sus extravíos; 4.º período *monárquico-imperial* ó *autocrático*, en que el poder vuelve á manos de uno, mas ya no á cargo de tutela, sino de beneficio, como fundo comprado en almoneda ó ganado en campo de batalla, y que se distingue por la fuente más ideal y subjetiva de Derecho, perdida la voz y aun la conciencia el pueblo para hacer sentir su influencia en las regiones palatinas. En estos diferentes períodos se advierte como constante un hecho que sirve como de eje á toda la Historia de Roma, el dualismo y oposición insoluble é inconcertable, ó rara vez concertado, en que se agitan, sin llegar á una síntesis, dos elementos que en la forma se cambian y sustituyen, pero que en el fondo representan, el uno la costumbre progresiva adelantándose hasta la revolución, el otro la ley privada tradicional retrocediendo hasta el suicidio: primero lucha entre la tradición religiosa y la costumbre civil, después entre el privilegio patricio y la costumbre plebeya, luego entre el *jus civile* y el *honorarium*, más tarde entre Roma, y los socios, después entre el poder civil y el militar, entre jurisconsultos y pretorianos, y por fin, entre el cristianismo y el paganismo, entre Roma y los bárbaros. En esta lucha la Jurisprudencia cumple su ministerio de mediador, y aun de sustituto, del modo mejor posible en tiempos tan poco resignados á las ingerencias de la razón severa, haciendo papel de ley en el período municipal, en que lo absorbe todo la costumbre y papel de costumbre en el período imperial, en que la ley es omnipotente. No ha sido desapercibida esta circunstancia, que es capitalísima, al tratar de subdividir los períodos. En esta subdivisión dos caminos se me ofrecían: uno, estudiar la costumbre institución por institución, principiando por el derecho de las personas y siguiendo por el de bienes, obligaciones, político é internacional; esto era lo racional y lógico; pero semejante trabajo, hoy por hoy, es imposible por falta de datos, y para su-

plirlos con la conjetura y el razonamiento hubiera necesitado más espacio del que consienten los límites de una memoria, y más tiempo del señalado por el tribunal para prepararla. El segundo camino que he seguido, se reduce á caracterizar cada período por los rasgos más sobresalientes que lo distinguen de los restantes, no descendiendo al pormenor de las instituciones sino por vía de ejemplo y comprobante.

### **Modo de proceder en él.**

*Medio ó fuente para el conocimiento de la costumbre.*—Expuesto así el objeto de esta Memoria, todavía queda considerar *como* podemos conocerlo, cuya cuestión contiene dos subordinadas, á saber: la fuente de nuestro conocimiento en este caso particular, y el método con que debemos proceder. Ante todo es necesario rechazar cuanto sea imposición doctrinal ó pasiva aceptación de servil dogmatismo, llano y holgado expediente á que el espíritu se siente poderosamente solicitado por la tradicional pereza del entendimiento, pero que, lejos de enseñar, corrompe en la ciencia, y por tiempo incapacita al sujeto para toda obra de reflexión sana y duradera. Para que nuestro estudio tenga carácter de certeza y ofrezca plena garantía de verdad á todo hombre y en cualquier tiempo, hemos de prescindir de opiniones de escuela y de maestro, por mucho que sea el respeto que nos merezcan, colocándonos, no por encima, pero sí por fuera, de todo sistema subjetivo y fórmula cerrada, apelando sólo al testimonio común de todos los seres racionales, de tal suerte, que todos puedan colaborar con nosotros en el trabajo de esta indagación, y que el resultado se imponga por su propia evidencia á todo espíritu desapasionado y puro de preocupación. Ni podemos tampoco contentarnos con indagar el Derecho en sí, y por tanto su costumbre, por el procedimiento histórico (lo común á todos los pueblos), porque desde luego, para gene-

BIOTECA REC

ralizar los hechos y hallar un principio en ellos, necesitaríamos juzgarlos, y para juzgarlos un criterio superior á ellos mismos, basado, por tanto, en la razón; porque no siendo posible que conozcamos todos los hechos, ni los pasados ni los futuros, nuestro deducido principio no tendría carácter universal, pues no podría comprender las costumbres jurídicas y las instituciones que ulteriores desarrollos de vida social hagan necesario y realmente lleguen á crear; porque tendríamos que glorificar el éxito coronado como único poder legítimo, y reconocer como justas, á título de hechos consumados, las mayores torpezas sociales, las más monstruosas iniquidades de la Historia, como el derecho de la fuerza, la esclavitud, la pena de muerte, el tormento y otros; porque, en fin, repugna á toda conciencia honrada pensar una ley tan ancha que comprenda dentro de sí, como buenos, actos contradictorios. Por otra parte, el mal, que no es necesario, ni como error, ni como pecado, ni como injusticia, pero que sí es posible á causa de la finitud del hombre, hace que hasta aquí hayan venido mezclados y confundidos iniquidad y derecho en la Historia, y sin un principio superior y anterior á toda manifestación temporal no podríamos separar uno de otro en el material de la tradición, porque la Historia sólo nos ofrece hechos aislados del Derecho consuetudinario ó escrito, pero nunca la ley de los mismos, y sólo por relación á ésta cabe juzgar los hechos conformes ó contrarios al Derecho. En la Naturaleza se cumple el teorema de que "causas iguales producen efectos iguales", y por tanto, pueden descubrirse inductivamente las leyes mediante la observación de los fenómenos; mas no sucede otro tanto en el mundo del Espíritu, donde la libertad suele oscurecer en cada hecho la ley á que obedece, ó hace difícil por sus extravíos el descubrirla: donde no basta saber lo que fué, sino lo que debió haber sido, ora lo confirme, ora lo niegue el hecho (1). No nos queda, pues, otro recurso que acudir á nuestras propias fuerzas, y

---

(1) Véase sobre esto, Roeder, *Elementos de Derecho natural, parte general*, cap. I, y Tiberghien, *Teoría del conocimiento*, lib. II, cap. III.

reconstruir por nosotros mismos el concepto del Derecho en sí y en su vida, y de la costumbre como una forma de su actividad en el sujeto. El Derecho, que tiene su fundamento en Dios, según nos lo anticipa un piadoso presentimiento, por Dios ha sido y es declarado en perpetua revelación al hombre, en su razón (1), y sólo cuando se ha desoído el dictamen de esta voz interior y se ha suplantado por individuales interpretaciones de otras creídas revelaciones, escritas ó tradicionales, es cuando se ha caído en errores profundos, de los cuales no ha despertado la humanidad sino con el fragor de las revoluciones. Entendiéndolo así, han procedido la mayor parte de los tratadistas, desde Cicerón hasta hoy, partiendo del hombre y su naturaleza, aunque siempre en aspectos particulares, ora fundándolo en nuestra limitación, ora en el instinto de la propia conservación, ya en la libertad—como manifestación racional de la voluntad—ya directamente en la voluntad misma, reflexiva mostrada en forma de contrato, ó irreflexiva, manifestada en forma de costumbre, nunca en *nuestra naturaleza vista en la unidad de sus relaciones*. Hoy ya, por fortuna, es convicción común que la verdad científica requiere propio examen y vista inmediata, lejos de la ciega fe, que se venda los ojos como órganos inútiles en habiendo doctrinas que puedan llegar al alma por el oído; mas por esto mismo es preciso precaverse de la exageración que toma la libertad por indisciplina y el libre albedrío por licenciosa arbitrariedad, y no abandonarse á aquel innoble racionalismo que convierte la indagación filosófica en campo donde se agostan las creencias sin dejar florecer las convicciones. Hay un criterio común, sobre todas las escuelas, eterno, sobre todos los tiempos, infalible é inmutable, sobre todas las aberraciones y naufragios que en ciertas épocas de la Historia nublan y perturban la augusta serenidad del espíritu; y á él hemos de atenernos en toda obra sistemática, para

---

(1) Véase Santo Tomás, *Summa*, I, 2, quæst. 91, art. 2.º, q. 94, artículo 6; y Suárez, *Tractatus de Legibus*, lib. I, cap. III.

que el fruto de la reflexión sea conforme con la esencia de lo reflexionado, lejos de parecer como impuro aborto del pensamiento.—El problema del medio en el caso presente es éste: hay un objeto cuyo conocimiento se nos pide, la costumbre del Derecho, y un sujeto, que somos nosotros mismos; estos dos términos son sustantivos y contrarios; ¿cómo es, pues, posible que se unan y concierten para que se produzca la conformidad en que consiste la verdad, ó sea la plena cualidad del conocimiento?—¿Qué media entre ambos para que yo, sujeto, vaya al objeto por conocer, ó éste venga á mí? La discusión de este problema corresponde á la Metafísica, la cual en su lugar demuestra que ese medio, en el conocimiento inmanente ó de nosotros mismos, es primeramente uno y único, no múltiple, y que le damos en la vida común el nombre de *Conciencia*, cualidad total del *yo* en cuanto íntimo de sí propio, en su absoluta unidad y en todo su interior orgánico contenido de estados y de propiedades, que expresan todas las relaciones en la unidad inmediata de nosotros mismos. Bajo esta unidad de medio de conocimiento se dan en segundo término dos fuentes reales y vivas, objetivas: la *idea* y el *sentido*; la idea, que es la conciencia misma recibiendo lo total de los objetos cognoscibles; y el sentido, que es la conciencia misma conociendo lo individual y concreto de ellos; de suerte que son ambas totales, que una y otra penetran por toda nuestra realidad, que nada resta del *yo* que no se dé como ser de idea y como ser de sentido; y á la vez, entre sí, respectivamente contrarios (cuya contrariedad es fundamental é irreductible, siendo como es el sentido todo el ser en una propia razón, y la idea también todo el ser en otra propia razón), no pudiendo sacarse del hecho la idea, ni de la idea el hecho; á pesar de lo cual se compenetran de todo en todo y se dan en íntima y necesaria relación, por cuanto que uno y otro son y se dicen de la conciencia, ó de mí el que soy principio de ambos, el mismo que *ideo* y que *siento*, que aplico la idea al dato experimental para hacerlo inteligible, y el sentido al dato ideal para fijarlo

en pura determinación (1). Con estas fuentes y medios de conocimiento en su unidad, esto es, en la conciencia, he de proceder á la indagación de los conceptos del Derecho, de la Vida y demás auxiliares en cuya composición se erigendra la costumbre, según lo mostrado anteriormente. Hemos de atender directamente al testimonio de la conciencia en la cual comulgamos todos antes y sobre toda división de escuela, porque no es medio relativo ni de sujeto, sino medio de *Ser*, y por tanto *igual* para todos los seres racionales finitos; *infallible* además, por su cualidad de inmediata, y por fin, objetiva, *real*, de tal suerte que será nuestro criterio realista (yo conozco como yo mismo), fundando en el ser el conocer, no viceversa, idealista; diciendo por tanto que sé de mí la Actividad, el Derecho, y sus formas, no porque así lo pienso, sino porque y en tanto que lo soy; porque son esencias y propiedades de mi ser, las hallo inmediatamente en la unidad de mi conciencia, de cuyo testimonio no me cabe dudar.—Ahora bien, el hombre conoce siempre en su conciencia una é indivisa, y por tanto aplica siempre los dos géneros de datos, ideal y experimental, no los toma jamás separados, aunque sí con predominio del uno ó del otro, según se trate de conocer lo total absoluto ó lo individual efectivo. Por consiguiente, en el caso presente será nuestro criterio la conciencia una y toda en la primera como en la segunda Parte, pero con predominio de la conciencia ideal absoluta en aquélla, de la individual ó efectiva en ésta, porque los principios no pueden recono-

---

(1) El *entendimiento* es el poder mediador entre esos dos polos del pensamiento (y en general de todo el ser), la facultad de que dispone el sujeto para formar el conocimiento mediante la interpretación de los datos, en sí infalibles, de esas dos fuentes, en medio de la contradicción total é irresoluble en que se dan, y que teje, como un bello y grandioso drama, la Historia de la Humanidad. La *Memoria* es la conciencia misma en la continuidad esencial de los estados en el tiempo, ó de otro modo, el poder de conservar y reproducir los conocimientos adquiridos (y lo mismo los sentimientos y voliciones) mediante el sentido y la razón.

cerse individualmente, ni racionalmente los hechos. Y como se trata de hechos pasados, con los cuales no puede entrar en relación inmediata y directa nuestro sentido, tenemos que apelar á modos indirectos é imperfectos de conocimiento, como la inducción, la hipótesis, la analogía, la fe en cuanto no pueda prescindirse de ella, para asentar y conocer el hecho, sea que haya dejado huella original en monumentos, ó que haya sido transmitido por testigos de vista ó de referencia (1); donde cabe y es exigido el empleo de las reglas de Hermeneútica aplicadas á las fuentes histórico-jurídicas.

*Método para su indagación.*—Finalmente y como última cuestión de esta introducción, toca considerar el *Método*, ó sea el modo y proceso legítimo según el cual deben ser aplicadas por el sujeto aquellas fuentes á la determinación efectiva de su conocimiento jurídico-consuetudinario (como de todo su conocimiento, y en general, de toda su posibilidad). Muestra la Metafísica cómo este método es uno y único, por lo mismo que es real ó dado en la cosa, correspondiente al único principio y al único fin que se dan en ésta, no subjetivo y arbitrario, ni primeramente en multiplicidad y división, como se entiende ordinariamente, estimando con profundo error que el método es sustancialmente doble, ascendente cuando se procede de lo conocido á lo desconocido, entendiendo por tales respectivamente lo individual—los hechos—y lo total—las ideas—(precisamente lo inverso de la realidad, según evidencia la Metafísica) y descendente, analítico para recoger materiales y sintético para construirlos; y que sólo cuando se ha llegado á la síntesis hay composición, y por tanto Ciencia. La más ligera reflexión, tocante á las exigencias del objeto para ser co-

---

(1) Las fuentes de conocimiento jurídico, como las del Derecho mismo, se clasifican así: costumbres, leyes, obras de los jurisconsultos, correspondientes á las fuentes generales: tradición, monumentos, narraciones.

nocido, muestra que se hallan reducidas todas á formar conciencia de él, y por tanto, no cabe otro ni más procedimiento que éste: *partir del principio del objeto en la conciencia*, ó formar conciencia del principio del objeto, sea éste trascendente ó immanente, antes y sobre toda distinción de ascensión ó descenso. Lo que hay es que unas veces conocemos el objeto en sí mismo, inmediatamente, como esencia, y otras veces como causado ó en la relación á su principio y fundamento, y por tanto que la conciencia se divide interior y subordinadamente en dos fuentes, Inmediata (conciencia immanente) y Fundamental (razón) (1) y como consecuencia, que el método se bifurca, parejo con esa división, en estas dos direcciones: Analítica ó reflexiva, consistente en formar conciencia del objeto como presente en nosotros mismos, y Sintética ó demostrativa en formar conciencia del objeto en su fundamento absoluto, tomando allá como criterio la conciencia misma, aquí el principio del objeto. La primera tiene por objeto *mostrar*, declarar, mediante gradual elevación en vista y testimonio inmediato de la conciencia, el objeto, como presente en ella, ó como viéndolo nosotros mismos; la segunda, *demostrar* el objeto como necesario ó como posible descendiendo de su principio y fundamento absoluto, *à priori* visto y sabido en la razón, dice, por tanto aquella el *qué*, la existencia del objeto, inductivamente, ésta el *por qué*, la razón de su existencia, deductivamente: doble cuestión que aun el sentido común formula sobre toda cosa para su cabal conocimiento.

---

(1) La *razón* es el medio y criterio con que el ser reconoce sus relaciones exteriores con los demás seres, y los seres mismos, bajo la común, absoluta, fundamental unidad que á ellos y á nosotros abraza, y por tanto, la misma conciencia, no ya en su unidad inmediata, sino en su unidad y relación fundamental, bajo Dios. En cuanto al *sentido común*, según se anunció antes, es la conciencia misma en las relaciones, propiedad total, también, pero nativa, espontánea, ajena á todo trabajo de reflexión (motivo por el cual no puede ser erigido en criterio de conocimiento científico), y medio para toda relación interior nuestra, así para el sentimiento como para el conocimiento y voluntad.

No constituye división esencial que se dé en la naturaleza de las cosas, nace sólo de la finitud con que el sujeto, para formar la ciencia, tiene que proceder desde el criterio inmediato al criterio absoluto; ni se dan en oposición y contradicción, antes bien en su relación recíprocamente se complementan y complementan, á tal punto que si bien es lícito comenzar la indagación por cualquiera de ellos, no queda perfecto el conocimiento de la realidad hasta tanto que ha confirmado el otro sus resultados, pues con detenerse en el análisis y generalizarlo se caería en los errores del idealismo subjetivo, y con detenerse en la síntesis se alcanzaría la necesidad ó la posibilidad del objeto indagado, mas no se podría afirmar nunca con la evidencia del testimonio auténtico su efectiva realidad. Así lo dicen de consuno la razón y la historia.—Según estos precedentes, ¿qué método nos toca seguir para la indagación de la costumbre de Derecho? Es evidente que podemos formar Ciencia de ella inmediatamente, en vista directa de lo que ella es, á partir del punto en que nos la deja el sentido común,—como forma de la vida espontánea del Derecho,—sin necesidad de proceder en descenso desde el conocimiento del ser al del ser jurídico, ó del Yo en unidad á una de mis propiedades, Derecho ó Vida; bien que dándose en ella como latente y supuesta la Ciencia total, á causa del estrecho parentesco que liga á cada parte con las restantes y con el organismo todo de la realidad. De esta manera hemos anotado, bajo la inspiración del sentido común, la naturaleza en general de la costumbre, traducéndola en una fórmula que expresa los más capitales conceptos que la constituyen; y de igual suerte hemos de inquirir, bajo el dictado de la reflexión científica, la propia naturaleza de estos elementos y las leyes de su composición y relación, analizando, esto es, viendo (*intuendo*), en nosotros—que no descomponiendo empíricamente á modo del análisis químico,—lo que la costumbre sea, conforme á la naturaleza del ser que la produce y de la propiedad que la vive. Así lo pide fundamentalmente la Lógica que hace preceder, por razones obvias, el análisis á la síntesis, á la vez que lo requiere la

circunstancia no tan principal, pero no menos atendible, de referirse el presente concurso y su tesis á una asignatura de elementos. Por lo demás, la novedad del asunto, poco trillado hasta el presente, la brevedad y perentoriedad del plazo concedido para terminar y presentar los trabajos, y el mismo carácter elemental de este ligero ensayo, podrán valer como causas atenuantes, ya que no como motivos de justificación, si en muchos puntos se quiebra el análisis—que requiera madura reflexión, y cierta espontaneidad de pensamiento que sólo se logra cuando no se atropellan unos á otros los minutos—y se acude de intento, por motivos secundarios ó históricos, á la deducción, ó se incurre frecuentemente, por defecto de rigor analítico, en pecado de dogmatismo.

### a.—Concepto del Derecho.

#### § I.

Acabamos de hallar en la Introducción la exigencia formulada por el objeto de indagar, separadamente y en su unión, la naturaleza de los elementos integrantes que lo componen (Derecho, Vida): por manera que el inmediato y obligado tema que de nuestro propósito lógicamente se desprende es: la fijación de lo propio y real que es, en su unidad y en sus términos integrantes, el primero de aquéllos, el Derecho, cuya forma, ó una de cuyas formas en la vida es, por lo que ya vimos, la Costumbre. ¿Qué camino podemos emprender en la seguridad de llegar á resultado plenamente cierto?

Es natural tendencia del espíritu, tanto en la vida común como en la ciencia, cuando trata de orientarse con respecto a un objeto, dirigirse primero á los que le han precedido por aquel camino, y tomar nota de su saber ó de su opinión sobre el último resultado que entraña su propósito, y que podrá lograrse al fin de la jornada. Esta propensión en la vida de la

ciencia ofrece caracteres enteramente particulares: sintiéndose el indagador unido por ley de solidaridad con toda la historia pasada, pero más visible é irresistiblemente con la humanidad de su tiempo, en cuyo seno crece, de cuya savia se alimenta, y cuyo influjo así se hace sentir en los últimos y más insignificantes pormenores de su conducta diaria, como en las más audaces conclusiones de su pensamiento, anhela y solicita la asistencia de todos al trabajo que emprende, para alentarse con su vista y fortalecerse con su consejo; y si se atreve á penetrar solo, sin otra luz que la de su razón subjetiva, en las soledades augustas de su espíritu para escudriñar los horizontes infinitos de la conciencia humana, que en él se refleja como órgano y representante que es de todo su género, parece que le aqueja un remordimiento, porque teme extraviarse y hacer estéril y vana la labor de toda su vida, de la cual no puede disponer arbitrariamente. Sabe que únicamente puede conseguir la verdad en la auténtica vista del objeto cuyo conocimiento busca, pero se resiste á emprender solitario el camino de la *intuición*, porque, dada la tradicional educación del pensamiento, se le presenta áspero y penoso, y sombreado á trechos por espesas brumas y con rastros frecuentes de las víctimas que en todos los siglos se han aventurado á seguirlo con imprudente precipitación, y rechazando el concurso de la Humanidad. Mas á la par no ignora que ésta vive expuesta al error, que hoy corrige lo que ayer hizo, ó desecha como infame lo que ayer recibió por venerando, que sobre todos los miembros de la Humanidad que con más independencia de espíritu proceden, y que más alardean de cordura y firmeza, vacilan y aun retroceden, cuando no caen, y que por tanto sus luces, ajenas de aquella fijeza absoluta que la verdad pide, no pueden servir de faro con que trace su rumbo el navegante que emprende viajes de exploración á regiones ignotas en los espacios incommensurables del pensamiento; y reconoce en consecuencia que, aunque más llano, el camino del sentido es también más tortuoso y menos puesto en razón, que puede ser engañado por el hecho, que no le es lícito conceder infalibilidad á la historia, y que en todo

caso se reconoce, no obstante su debilidad, con poder bastante para comprender y prevenir los descaminos de los demás hombres y de la humanidad toda. Por lo cual resuelve con sano consejo proceder *crítica é intuitivamente* á la par, no confiando su derrotero á otra brújula que la de su razón, pero teniendo en cuenta sus desvíos, cuidando de corregirla por el sentido común de la humanidad, y progresando resuelta y derechamente allí donde consuenen, preguntando á los pasajeros de retorno por el trecho que corrieron antes, pero sin darles pleno crédito, y no abdicando jamás por una servil fe la facultad de interpretar y valorar sus dichos, tornando los descabros ajenos en lecciones, aprovechando la huella de las víctimas para adelantar con mayor cautela y no precipitarse, manteniéndose constantemente en el timón y alerta para cambiar el rumbo cuando los vientos le alejan del camino, y alumbrándose en éste con las luces que los demás le presten, pero sin apagar por baldía la suya, siempre proyectada sobre el objeto lejanamente visto en los más hondos senos del espíritu, antes bien erigiéndola en criterio y contraste de todas ellas, y sirviéndose de sus propias vacilaciones tanto como de sus probados descubrimientos para inducir el lugar de los escollos y saber detenerse á tiempo. Sólo con esta condición la ciencia de cada sujeto será ciencia de su tiempo y tendrá legitimidad en la vida, y será á la par ciencia conforme con la verdad eterna, y tendrá valor permanente y durable para la Humanidad.

Parecerá inútil que notemos cuán lejos está de nuestro ánimo, más dispuesto por el presente á preparar que á construir, el recorrer este camino paso á paso y en toda su extensión; que no son achaque de una hora y de un hombre problemas á que apenas alcanzó una gloriosísima generación de sabios: nuestro intento no tiene más alcance que el de una rápida excursión por los linderos de la filosofía, al efecto de averiguar la índole y naturaleza propia de aquellas tres superiores categorías, que inmediatamente entran á componer la costumbre jurídica, á saber: Derecho, Vida y Vida del Derecho, y esbozar una breve perspectiva de ellas. Anticipada esta adver-

tencia, cabe ya formular esta doble pregunta: ¿qué piensa del Derecho la conciencia científica de nuestro tiempo? y ¿qué piensa de él la conciencia común? Doble pregunta que no siempre cabe fundir en una sencilla, porque con frecuencia caminan discordes el saber común y la ciencia escolástica de una época dada, unas veces, las más hasta aquí, caminando delante y con mayor firmeza, aunque en la forma más oscuramente, el primero, alumbrando á vanguardia otras veces la ciencia de la cátedra y de los libros, y siempre influyéndose recíprocamente, ya asciende aquél por virtud de la reflexión hasta ser ciencia, ya descienda ésta á beneficio de la propaganda hasta el sentido común.

Examinando empíricamente la doctrina de los AA. que genuinamente representan el sentido jurídico de la ciencia contemporánea, aun los más divergentes en apariencia, y que más encontradas direcciones siguen, así Kant como Fichte, Schelling como Hegel, Stahl, Rósmini y Taparelli como Bentham, Conte y Savigni, los socialistas como los individualistas, se advertirá que en todos ellos, en una ú otra forma, y más ó menos reflexiva y expresamente, presenta el Derecho estas peculiares características: 1.º El Derecho es algo tocante meramente á la *conducta humana*, no puede predicarse de Dios y de la Naturaleza, no expresa relación de todos los seres, sino relación exclusivamente del ser en cuanto Hombre. 2.º Mas no tocante á toda la conducta humana, pues no ejerce el menor imperio sobre la conducta interior del hombre para consigo, rige sólo la de un hombre para con otro, como relación nudamente exterior ó *social*. 3.º Lo propio de esta relación humano-social que la constituye en Derecho, á diferencia de la Moralidad, es el ser exteriormente *coercible*, esto es, el hallarse bajo la salvaguardia de la ley social y admitir su cumplimiento una sanción en la fuerza, y más determinadamente el referirse á la coexistencia de las esferas individuales, impidiendo el choque de la libertad interior de cada una con las restantes y con el todo, para que sea posible la sociedad. Estas notas que la Filosofía del Derecho atribuye á éste en nuestro siglo, no difieren de las que reconoció en

él, la jurisprudencia romana y la escolástica cristiana de la Edad Media (1).

No concuerdan de igual manera con las que la conciencia general, espontáneamente declarada, esto es, el Sentido Común, enteramente ajeno á la ciencia histórica, predica del derecho; en multitud de expresiones, sentencias, aforismos, refranes, cantares, etc., traídos á cada paso á la conversación y generalmente recibidos como una imposición de objeto independientemente de la voluntad, que los hombres no hacen sino fijar en el lenguaje, y que constituye el más puro caudal que las generaciones se van transmitiendo cada vez más enriqueciendo con nuevas y más valiosas enseñanzas, cuerpo donde encarnan y toman fondo las conquistas del pensamiento individual, ha consignado la Humanidad el concepto del derecho, estimándolo: 1.º Como algo tocante á la *conducta universal*, como algo dado en todos los seres, en Dios como en la Naturaleza, el Cuerpo y el Espíritu: "no hay derecho, se dice, á destruir las cosas por mala intención y sin necesidad; mutilar su cuerpo, ó darlo en esclavitud, ó quitarle la vida, es obrar con él injustamente, pues tiene un fin en la Tierra, y para cumplirlo requiere, cuando menos, el respeto exterior; el cadáver ha tenido carácter de cosa sagrada, y así lo han sancionado las leyes; en algunas legislaciones primitivas se ha extendido la pena á ciertos animales; en otras se ha prescrito darles parte de la mies que habían ayudado á producir; y en casi todas se

---

(1) Al decir de algunos, viene *jus* de *jugum*, según otros de *jussum*: F. Suárez (*Tractatus de legibus*) discretamente hace notar que partida por su mitad esta última palabra (*jus-sum*) aparece como una declaración de que lo preceptuado es Derecho; lo cual podrá ser una casualidad como otras tantas de la filología, pero se acomoda perfectamente al sentido romano del Derecho, toda vez que la doctrina del fundamento del Derecho en la naturaleza humana apareció tarde, y no fué profesada sino por los científicos. *Jussum* se tomó á veces por equivalente de ley: *perniciosa et injusta jussa populi describere*, dice Cicerón. También para la primitiva ciencia aria hubo de significar Derecho relación social, lo que une á los hombres, pues se halla la raíz de la palabra romana en la sánscrita *yu*, enlazar (Burnouf, *Dictionary sánscrito*).

ha perseguido por el Estado los delitos religiosos: constantemente se ha hablado de una justicia divina, no distinta en cualidad de la humana, antes bien como su Fundamento y como la Unidad absoluta mediante la cual nos comunicamos jurídicamente con los demás seres, pues se afirma que Dios cumple á cada uno su derecho, que da más de lo que debe y vuelve más de lo que se le presta, y otras veces, en una esfera menos piadosa, que la Naturaleza, esto es, Dios, á quien se refiere como á Causalidad suprema sus efectos, perturba nuestros fines con sus desastres, que hay ocasiones en que parece proceder siniestramente contra nosotros, que no hemos hecho nada para merecer tan inicua conducta, etc." 2.º Pienso luego el derecho como relación que en cuanto *humana* es tanto *interior* como social, ó que abraza también la conducta del hombre aisladamente para consigo; la profunda intuición de Platón, que consideraba á cada hombre como un Estado completo, aunque en pequeño, donde el derecho es cumplido y perturbado. vive como un dato latente en la conciencia de cada cual, y con más ó menos claridad se ha manifestado por toda la historia: "No tenemos derecho, se dice, contra nuestro derecho; nadie tiene derecho á abusar de su pensamiento; decimos que con tales pensamientos, palabras ó acciones, nos faltamos á nosotros mismos, que tales faltas son de la propia naturaleza que las faltas exteriores al derecho de los demás hombres, y que tenemos obligación de reconocernos y juzgarnos y corregirnos, esto es, de imponernos una pena de la misma índole y con el mismo fin que la que debe ser impuesta en la esfera exterior cuando se falta al derecho social", etc.; Nemesis, en la Mitología antigua, tenía siempre puesta la vista en la conciencia, así de hombres como de inmortales, y hacía expiar inexorablemente hasta el pensamiento y el propósito del delito, como si ya estuviera cometido, con castigos secretos que robaban la quietud y el reposo por tanto tiempo como tardase en llegar el arrepentimiento abrazado de la enmienda, 3.º Que no es carácter privativo de la conducta jurídica, con que se distinga de la moral, el ser siempre coercible, sino que, por el contrario, hay que encomendarla en muchas ocasiones.

si no siempre, al igual de la Moral, á la *buena voluntad*, pues frecuentemente en la vida, con estar convencidos de que no tenemos derecho para destruir sin motivo racional nuestros bienes de fortuna, afirmamos, no obstante, que es asunto éste exclusivamente propio y que nadie tiene derecho para impedirnoslo si lo hacemos; que allá van leyes donde quieren reyes, esto es, que no hay legislador tan poderoso que decrete leyes que sus sucesores hayan de obedecer y respetar necesariamente: que la ley permanece ociosa si no la sostienen las costumbres, porque se esquivo fácilmente, dándose tiempos y países donde se respetan más los jardines públicos, por ejemplo, sin otra providencia que el aviso general de "quedar confiada la conservación á la sensatez del público", que otros en que "se ordena y manda" el respeto, y se sanciona con severos castigos, sin que medie otra diferencia que la de ser sensato y justo y de buena fe el público en el primer caso, y ser lo contrario en el segundo (1).

Así puestas de bulto sus doctrinas, vemos, pues, que llegan á una perfecta antinomia la conciencia común y la conciencia científica, respecto de la índole y caracteres distintivos del derecho, declarando la una lo contrario de lo que expresa la otra; y sin embargo, todos los hombres, así doctos como indoctos, entienden referirse á un mismo y solo objeto, y le atribuyen identidad de naturaleza, tomándolo siempre en el mismo sentido y no confundiéndolo con ningún otro principio:

(1) En el uso común, no en el oficial y científico, equivalieron en Roma á *justitia* y *æquitas* las palabras *rectum* y aun *directum*, en frases como estas: *Mens sibi conscia recti, quæ sunt rectissima, directio ratio, directio actio*, etc. (Véase R. de Miguel y el M. de Morante, *Diccionario latino-español etimológico*.) En las lenguas neo-latinas, *derecho*, *diritto*, *diritto*, *droit*, expresan lo mismo que *directum*, de quien son hijas, y que las germanas *recht* y *right*, de quienes deben ser hermanas. R. Conforti (*Historia de la Filosofía del Derecho*, por Stahl: notas) indica que con estas palabras las lenguas modernas quieren referir la justicia á un origen racional y anterior á las leyes positivas, toda vez que *rectum* expresa lo que va derechamente al fin, lo que debe hacerse sin otra consideración que la de la cosa misma: también Ahrens (*Curso de Derecho Natural*) piensa que el genio de

por otra parte, el sujeto en el un caso no es diferente que en el otro, siempre es la conciencia humana reconociendo en sí el derecho y expresándolo en el lenguaje, más clara ó más oscuramente, en forma sistemática ó mezclada de errores y contradicciones, sin que accidentes tales afecten á la esencia; científicos y no científicos son una misma raza, conspiran al mismo fin, y una misma voz habla en el fondo de todos ellos. ¿Cómo llegan, pues, á resultados tan discordes? Y luego, supuesto que el derecho es lo uno ó lo otro, pues una cosa no puede ser al mismo tiempo su contraria, ¿hay manera de decidirse con seguridad plena de que se ha optado por la verdad? ¿No es el derecho un dato objetivo, y no se muestra por igual modo á todos los hombres? Y si es así, ¿no existe camino por donde alcanzar con respecto al concepto del derecho aquella certidumbre absoluta que presta la vista del objeto? Realmente, la discordancia tiene explicación y solución el conflicto, mas el mostrarlo toca á un análisis lógico muy detenido que nos es vedado por el presente, atendidos los límites de nuestro propósito, no cabiendo aquí holgadamente sino muy sumarias indicaciones.

Y desde luego, cuando nos proponemos formar concepto del Derecho—aprender lo que el Derecho es en la unidad de todo su contenido,—es evidente que alguna idea tenemos ya de él, porque el espíritu no se mueve nunca á pensar en abstracto y como en el vacío, sino sobre cosa ya previamente co-

---

los pueblos que han adoptado esa palabra, ha querido declarar con ella que derecho es lo que va directamente al fin, que lo que es justo está en las relaciones más inmediatas ó convenientes con los seres ú objetos sobre que versa, etc. Sin embargo, parece más llano y exacto deducir de su etimología el significado primitivo de *regere, rectum*, gobernar, lo que sirve para gobernar, como *régimen* (modo de gobierno), construído sobre la misma radical; con tanta más razón, cuanto que existen en sanscrito las raíces *ra* y *rej*, calor, fuego, *rac*, ordenar, *râj*, rey, soberano, de donde probablemente derivaron las latinas y germanas apuntadas arriba, y aun la eslava *pravu*; en cuyo caso, *derecho* habría significado lo que atrae unos á otros hombres, llamándolos al calor de la comunidad. Semejante concepto, á ser real, es más elevado que el expresado por *yu, jus*.

nocida, nunca formamos propósito sino de algo presente en la conciencia, y este "algo" necesariamente ha de sernos más ó menos sabido, que de lo ignorado, ni nos resolviéramos jamás á pensarlo, ni hallara eco en nosotros caso de que otro tratase de dárnoslo á entender à *posteriori*. Ese conocimiento oscuro que precede en nosotros al propósito de aprehenderlo, de aclararlo, de reflexionar sobre él para darnos exacta cuenta de su naturaleza, ignoramos cuándo nació en nosotros ni de dónde vino, á medida que vamos penetrando con la memoria en nuestro pasado, vamos trayendo á presencia otros y más estados en que lo poseímos más oscuramente, pero ninguno en que nunca lo hayamos poseído, es como un elemento inherente á nuestra naturaleza, que nació con nosotros, que con nosotros se ha desarrollado, y que ha ido iluminándonos tanto más cuanto mayor ha sido nuestra cultura: la pensamos como una potencialidad que se va actualizando mediante el esfuerzo de nuestra actividad, como una ciencia ideal, según el lenguaje de Platón, que se va convirtiendo en saber histórico espontáneamente por y para el sujeto, así como va viviendo y siente la necesidad de esos principios en las relaciones cotidianas de la vida. Halla, pues, todo hombre en el fondo de su conciencia esos principios como *datos*, y datos reales, objetivos, independientes de su voluntad, de los cuales á su pesar tiene que declararse súbdito, cuyo nacimiento no puede impedir, cuya naturaleza no puede alterar ni sustituir conforme á su arbitrio ó sus caprichos; y á la par entiende que en la esfera de la convivencia social son tomados por los demás en la misma acepción que por nosotros, reconociendo que aquel objeto que en sí encuentra como una imagen reflejada de lo alto, y cuya luz y verdad se le impone con tal imperio, se halla igualmente y con el mismo carácter real en los demás: que existe, por tanto, una conciencia universal, común á todos nosotros como hombres, aquella conciencia en cuya virtud unos á otros nos entendemos, y que hace posible el comercio social, árbitro á que apelamos sin temor de parcialidad, como algo absoluto é impersonal que no se dobla á nuestras dife-

rencias individuales, que á todos declara las mismas cosas por igual, y cuyas sentencias—que constituyen la rica jurisprudencia del saber común—son leyes á que el sujeto de todo tiempo y de todo pueblo tiene que prestar asentimiento. El científico procede reflexivamente en la interpretación de aquellos datos reales que en sí encuentra ó recibe, y puede, por la facultad de abstracción del sujeto, separarse de su dictado, atribuirles un sentido viciado ó torpe, y aun sustituirlos con otros que el entendimiento le presta á la voz de sus inclinaciones y caprichos, ó á cuenta de las exigencias irracionales de la sociedad de su tiempo, ó á impulso de las influencias exteriores de la ciencia tradicional aprendida en las escuelas; pero con el sentido común real no acontece otro tanto, porque procede por vía de espontaneidad y casi necesariamente; por lo mismo que sus declaraciones son inmediatas, ha de declarar el derecho en costumbres, y formular su ciencia en proverbios, como el derecho y su ciencia son en el fondo de la conciencia de todos los hombres; careciendo casi de toda libertad, sus revelaciones deben alcanzar nota de infalibles y corresponder casi plenamente á la esencia puesta y concretada en ellas; y así, al paso que en el mundo de la ciencia se producen las más radicales disonancias y anarquía de partidos y batalla de escuelas, el saber de sentido común se desenvuelve unitariamente en todos los países y en todos los tiempos. Esta sencilla consideración de posibilidad y necesidad, sin inclinarnos resueltamente, y sin más ver, al lado de las afirmaciones de la razón común, servirá al menos para ponernos en guardia contra el juicio de algunas escuelas (Hegel, Fichte), para quienes las afirmaciones de la conciencia jurídica común son de todo punto falsas, y los hombres que viven fuera de la ciencia perdurablemente viven dentro del error; mas no decide todavía la cuestión anteriormente planteada, y exige una segunda reflexión que la complementa. Pensamos que el Derecho, al igual de toda otra realidad, reside en nosotros como un dato real, y su ciencia, como eternamente acabada y puesta sin intervención nuestra; que los hombres consagran

su actividad al empeño de traerlas al tiempo, de reducir las á la medida de su finitud y de sus necesidades, de tornarlas en ciencia y derecho positivos é históricos; y que en este trabajo de interpretación artística con que la conciencia limitada del sujeto se propone trazar una imagen finita—aunque no distinta en cualidad—de la ciencia eterna é ideal, la Razón Científica, por proceder mediatamente, puede equivocarse, al paso que la Razón Común, por moverse espontáneamente y, como decimos, sin intención, debe ser infalible, deduciendo en consecuencia que en presencia del resultado contradictorio á que una y otra Razón han llegado en nuestro tiempo, merece acaso la segunda la preferencia. Mas con esto no entendemos jamás que la ciencia histórica, reflexivamente construída, deba por necesidad desviarse del camino recto del objeto, ni que el sentido común no pueda caer en error, antes bien pensamos, por una parte, que la vida de espontaneidad tropieza á cada paso en contradicciones irresolubles, y por otra, que sólo siguiendo las vías de la reflexión puede llegarse al reino absoluto de la verdad. Es, en efecto, el Conocimiento común, incierto y oscuro, no categórico y definido; su verdad supuesta y opinable, ó probada en razón de un conocimiento positivo, pendiente á su vez de otro superior, nunca en el último fundamento del objeto; su forma insistemática y fragmentaria, *membra disjecti corporis*, ajena de unidad y de integridad, porque no ve el objeto como todo y en su singularidad, sino como parte de otro y en sus miembros; inseguro, por tanto, mezclado de afirmaciones contradictorias ó inconciliables, y manchado de error: no de otro modo se expresan en él los caracteres del Derecho que al comienzo de este párrafo consignamos. La Reflexión Científica, por el contrario, edifica sobre la unidad del objeto, procede con dialéctica vigorosa, sus afirmaciones son claras y definitivas, todo lo que dice lo prueba, y cada uno de sus teoremas y corolarios ocupa el lugar que por propia jurisdicción le corresponde en el sistema interior del concepto; observación esta última no tan liviana que no baste á precavernos contra la exageración de algunas escuelas

(Benthan, Savigni...), que pretenden erigir en único criterio de verdad jurídica el Sentido Común, y desechar la Ciencia como vano aparato de sombras y delirios que los hombres de ingenio fantasean sin cimiento alguno real. Esto dice que la preferencia que hasta aquí pueda merecernos el resultado de una ó de otra conciencia, será en todo caso interina, y á reserva de cerciorarnos y certificarnos de su legitimidad: por lo pronto sería irracional y digno de censura resolverse precipitadamente por lo que ésta ó aquélla declaran, porque si la primera, la Común, por razón del punto de partida, que es objetivo—la conciencia misma en su unidad,—tiene que ser verdadera en el fondo, es por causa de su procedimiento—espontáneo é insistemático—incierta y sombreada de error; y si la segunda, la Científica, por razón de su dialéctica en el proceder, presta garantías de verdad, dando certidumbre al conocimiento, la hace sospechosa, en cuanto á la realidad de sus conclusiones, el punto de partida, casi siempre supuesto y desautorizado, dogmáticamente establecido, ó real pero relativo y tomado como el efectivo y el todo por la abstracción á que tan diligentemente se presta el entendimiento, y en que con tan gran facilidad incurren los hombres, siempre propensos á pedir soluciones con más premura de la que consiente la obra penosa de la Ciencia.

El resultado á que nos han conducido estas reflexiones, imponen al indagador que trata de averiguar la propia naturaleza del Derecho, un cierto modo de proceder que no es el proceder de la Ciencia Escolástica ni el del Conocimiento Común, pero que camina en el sentido de ambas, reflexivo como la primera é inmediato como la segunda, que toma de aquélla el punto de partida y de ésta la forma de la actividad, corrigiendo lo ideal y subjetivo de la una con el carácter positivo de la otra, y lo inseguro é indeterminado de ésta con el tono categórico de aquélla; y en todo caso, teniendo presente la doctrina de ambas respecto de las cualidades esenciales que distinguen el Derecho de la restante realidad, á medida que la propia conciencia las vayan declarando. Así se logrará Ciencia real, finita como el indagador, pero ade-

cuada en su esencia á la ciencia eterna del objeto que constantemente solicita desde el fondo de la conciencia la actividad de los sujetos racionales, totalmente verdadera y sistemática, como conocimiento conforme con la unidad y contenido real del objeto, y en la forma, cierta para el sujeto; en suma, con todos los caracteres de una *Ciencia real*. Esto por lo tocante al método según el objeto en cuanto á la disposición de ánimo con que el sujeto debe venir á la indagación para que este último fin sea plenamente logrado y no quede estéril é infecundo el laborioso esfuerzo de su espíritu, es menester que no se mueva sino en vista de la verdad y por amor de ella, con pureza de intención, menospreciando ó subordinando todo fin segundo, haciendo por dejar á la puerta las preocupaciones del estado común histórico, semilla vividora más fácil de esparcir que de erradicar, libertando de trabas la razón, que hartas tiene con su limitación y finitud, pero haciendo á la par ofrenda de toda subjetiva concupiscencia literaria ó menos filosófica en aras de la verdad que, como Dios, es una y la misma, y pide ser indagada y profesada en esa su unidad y medida, huyendo con igual cuidado del servilismo de la razón—que encarcela el espíritu en la angustiosa prisión de los sistemas, y por pereza ó escéptico abandono le lleva á addicar de su soberanía racional, ó desoir espantado de sí mismo la voz de Dios, que se manifiesta á su conciencia como á la de todo hombre, hasta caer en insufrible dogmatismo,—y de la indisciplina de entendimiento que, por librarse de la obediencia pasiva, se amuralla tras de una voluntad indócil y desarreglada, donde la libertad confina con la licencia y el discurso degenera en gárrula sofistería ó en sutil y alambicado razonamiento, que pretende suplir la vacuidad é inopia del contenido con el ostentoso aparato de la exterioridad.

Con este espíritu, en la intención al menos, vamos á bosquejar, no un concepto del Derecho, sino el concepto que el Derecho mismo á todo hombre de recta conciencia, rectamente inquirida y fielmente interpretada, ha de revelar:

## § 2.

Siempre que en la esfera de nuestro conocer hallamos afirmado un principio ó consignado un hecho, ó tratamos de producirlo ó declararlo nosotros mismos, súbito sentimos alzarse en nuestro espíritu una voz y pronunciarse un fallo que no es hijo de nuestra voluntad, sino independiente y superior á ella, que no responde á nuestros intereses históricos, sino que se declara á veces en contra de ellos, que no somos dueños de detener ni de sobornar, y cuyo imperio de buen grado ó por fuerza reconocemos, que además no varía al modo como variamos nosotros en el discurso de la vida, sino que procede del mismo modo hoy que ayer, con igual diligencia en su manifestación, con la misma virtud y rigor en sus declaraciones, con idéntica inflexibilidad en sus procedimientos, y en su fondo con igual medida; fuente inagotable de leyes y sentencias para la vida por realizar ó realizada, siempre pronta á fluir, dispuesta siempre á ponerse en acción, sea que se mueva á instancia de parte, solicitada por estímulo extraño á nuestra causalidad interior, sea que proceda como de oficio, por exigencia de nuestra propia vida, ora se trate de criticar la conducta ajena, ora de dar ley á la propia, ya vea solicitado su concurso para la reforma de una institución ó para el juicio de un suceso político ó de una regla declarada de Derecho. Además, advertimos que los demás obran de igual manera, coinciden con nuestro pensamiento, nuestros dichos convergen á un mismo centro y generan entre todos una circunferencia, ninguno de cuyos puntos entra ni sale más que otro. ¿Qué es ese punto misterioso que á modo de sol ilumina vivamente y por igual á todo hombre, cuya imagen se refleja en nuestras conciencias como en otros tantos espejos, cuya irradiación acalora la vida social, cuya atracción la hace posible y necesaria? Este tipo de perfección á que otorgamos universalmente ciego asenso; este criterio vivo con que lo contrastamos todo sin la menor vacilación

ni duda, que no hemos aprendido en ninguna escuela ni traído como de otra parte, sino que lo hemos hallado siempre en nosotros, que jamás nos abandona un punto, del cual no pensamos que sea posible desprendernos nunca, pues lo sentimos como siendo algo de coesencial con nosotros, como algo de nuestra propia sangre, como siendo en suma nosotros mismos, *nos nobis lex* (1); este juez y consejero á un tiempo, que preside cual tutor solícito toda nuestra vida, que va delante de nuestros propósitos, que con nosotros delibera en la discusión interior con que maduramos nuestros proyectos, que gobierna todas nuestras obras, y previene con el consejo nuestros extravíos, y pronuncia veredicto sobre nuestras faltas, y con el remordimiento nos castiga para corregirnos llamándonos con amorosa severidad á la vía de salud y de bien, ¿qué es? ¿es una bella sombra que proyectamos con nuestro espíritu en el camino de la vida, ora de un lado, ora de otro, conforme á las declinaciones de ésta; ó por el contrario, sustantivo y real, ajeno á nuestras determinaciones, anterior á nuestra actividad en el tiempo, coeterno con nosotros mismos? Al menos, con este último carácter se impone invariablemente á todo hombre, no viciado por el espíritu de escuela, ese criterio universal, esa medida inflexible, esa voz imperativa y tutelar, ese tipo de perfección, esa última palabra sin ulterior instancia, é históricamente la designamos en el lenguaje con el nombre de *Derecho*: ni el fenómeno jurídico, ni la prescripción tradicional, ni el consentimiento común de los siglos se le imponen; por encima de todos ellos sobrenada,

---

(1) *Hi legem non habentes, ipsi sibi sunt lex* (Paul. Rom. II, 14). Antes que reflexionemos sobre esta idea, la piensa nuestro espíritu en nosotros; la educación posterior la aclara, la confirma, la dirige; acaso la tuerce y falsea en la misma proporción, pero no puede crearla; es tan nativa en nuestra voluntad, como lo son en el entendimiento las primeras verdades; y si por ventura encontráramos un hombre en quien esta idea faltara enteramente, se abriría un abismo entre su espíritu y el nuestro. Esto es justo, aquéllo es injusto; aquí está el derecho, allí el deber: el incapaz de formar estos juicios no pertenece á la humanidad. (J. Sanz del Río, *Discurso inaugural*.)

los somete á su fallo, como quien les dió ley, no como quien la recibe, para expedirles el pase de buenos ó desecharlos por infieles á su naturaleza; pone su sello divino á los que se mantuvieron en el círculo de su atracción y de su luz, y expurga la cizaña de la injusticia esparcida con la mies por el disoluto arbitrio de los hombres; jamás dobla la frente al éxito, acaso los hechos gloriosos lo oscurezcan, pero entonces no es su luz quien se debilita, sino el sujeto pervertido que voluntariamente nubla su vista; él, no obstante, logra hacerle llegar á través del más denso celaje un rayo de verdad y su voz una palabra de ciencia; Savigni, que cerró los ojos á la evidencia, fué sin notarlo inconsecuente con su doctrina escogiendo, como la mejor, una de entre tantas legislaciones producidas, y negando virtud á los hechos posteriores, y Hegel fué igualmente infiel á su propio sistema criticando algunas leyes romanas y admitiendo la necesidad de la corrección para algunas injusticias históricas. Por consiguiente, abriendo nosotros de par en par los ojos del alma, y atendiendo hacia el foco de donde mana el resplandor de nuestro principio, alcanzaremos á conocer su naturaleza con la claridad del sentido común, pero sin sus sombras, lejos de las sombras del escolasticismo, surcadas cuando más por tibios y vacilantes resplandores de un fuego fatuo; puesto que el Derecho es algo *propio* nuestro, no algo prestado ó recibido como desde fuera, puesto que lo pensamos como *coesencial* con nosotros, no como una hipóstasis que podamos desprender de nosotros sin destruir el fondo de nuestro ser, puesto que, en suma, lo declaramos, ó mejor, se declara á sí propio, esencia y propiedad nuestra, podemos verlo inmediatamente, y esa visión tendrá la misma certeza é infalibilidad que tiene la percepción inmediata YO. De nadie tenemos que mendigar su verdad, que en la mano de todos se encuentra, que nadie posee por derecho exclusivo de ocupación; la verdad es de Dios, y su reino está dentro de nosotros, y dentro de nosotros alumbran sus resplandores celestiales; en medio de sus perplejidades y contradicciones eclécticas.

el filósofo cordobés hubo de vislumbrarlos cuando atinadamente escribió: *Patet omnibus veritas, nondum est occupata* (1).

Y desde luego, ¿mi *derecho* y yo nos identificamos? La esencia del Derecho ¿es toda mi esencia? A esta interrogación responde súbito y sin vacilar la conciencia, afirmando que somos más que Derecho, que nuestra vida se rige por más leyes que la ley del Derecho, que aplicamos al mundo de la fenomenalidad más criterios que el criterio jurídico, que estamos constituidos, en suma, por variedad de propiedades ó esencias, y que el Derecho es sólo una de ellas; por manera que, aun prescindiendo de que exista ó no más realidad que la que nosotros representamos, podemos establecer como un carácter del Derecho el ser objeto particular, y en nosotros una propiedad *particular* también. Con estos precedentes tratamos de averiguar qué cosa sea esta propiedad, cuál es su propia naturaleza, á diferencia de las otras propiedades, unidad, sustantividad, conocimiento, sentimiento, moralidad, etc., que juntamente con el Derecho, y con igual carácter de datos, hallamos en nosotros.

A este efecto, es preciso no perder de vista el modo de ser y hallarse constituidos los Objetos Particulares. Ninguno de ellos es simple, tienen un contenido reductible, y para conocerlos no cabe más sino desplegarlo hasta separar unos de otros sus elementos componentes. Estos son de dos géneros: 1.º, categorías fundamentales y elementalísimas, esencias irreductibles (2) que no tienen en el objeto su principio, que no terminan en él, sino que de él trascienden á otros objetos, más ó menos, acaso á todos; tales son, verbi-

(1) SÉNECA, *Ep.* 33: *ad Lucil.*

(2) Mediata ó inmediatamente, pues con frecuencia un objeto particular desenvuelve su contenido en elementos á su vez compuestos, que sólo se dan en cierto número de objetos, pero que desplegados á su vez dan por resultado otros menos complejos que se dan en mayor número de objetos particulares, hasta llegar por fin á los enteramente irreductibles—y tal acontece con el Derecho;—al modo como en Química un compuesto ternario se descompone inmediatamente en

gracia, esencia, sustantividad, unidad, forma, relación, semejanza, diferencia, condición, causa, finalidad, actividad, mudanza, permanencia, libertad, etc.; 2.º, formas como estos elementos se hallan combinados en grados diferentes para constituir el objeto (libertad, relación, propiedad, condicionalidad, utilidad, derecho, conocimiento, etc.), y que constituye la única realidad que queda en cada objeto, una vez abstraídos aquellos elementos universales, pero realidades que no son accidentales, ni fortuitas, ni variables, sino categorías tan esenciales, tan absolutas, tan eternas como las precedentes, y por cuya virtud las cosas, con ser idénticas en el fondo, son de apariencia distinta, y aún ofrecen propiedades contrarias, al modo como en la naturaleza se producen cuerpos exteriormente tan heterogéneos como el azúcar y el aceite que, sin embargo, constan en el fondo de idénticos elementos. No puede prescindirse de examinar uno y otro grupo de categorías si se quiere que el objeto declare su propia naturaleza: las primeras, porque constituyen lo esencial que el objeto particular es como tal objeto, común por tanto, con otros objetos particulares, y acaso por no haber tenido en cuenta esta comunidad sustancial, en la Historia se ha separado demasiado á veces; y aun declarado enemigo el Derecho respecto de otros principios con los cuales guarda estrechas relaciones y pide vivir en armonía, como la Moral y la Religión: las segundas, porque sin ellas ignoraríamos la peculiar característica que distingue de los demás objetos á cada uno, pues tiene de común con éstos el fondo, y acaso por no haber dado la importancia debida á este principio de diferenciación se ha confundido frecuentemente el Derecho con aquellos mis-

---

otros á su vez compuestos, binarios, dados en un cierto número de cuerpos distintos del que descomponemos, pero que descompuesto á su vez dan por resultado elementos irreducibles (hoy) hallados en un número de cuerpos mucho mayor, y acaso la Química futura demuestre que éstos que hoy se reputan por simples son á su vez compuestos, y que en cada uno de ellos se encuentran fundamentalmente todos los demás.

mos ú otros principios, señaladamente con la Moral y la Utilidad. Importa, por lo mismo, ir determinando esas semejanzas y diferencias á medida que el análisis descubra las notas que integran en el Derecho y el peculiar modo de informarse para constituirlo, á diferencia de los demás objetos en cuya composición entran á la par.

### § 3.

¿Qué género de propiedad es, pues, el Derecho en los seres de quienes lo predicamos? Reflexionando sobre el contenido real de nuestra conciencia, notamos en ella dos clases de propiedades; unas simples (unidad, fuerza, espacio, tiempo...) que se dicen de una cosa en sí misma, estimada como absoluta é incondicionada, independientemente de que haya más ni otras cosas que ella: otras relativas (conocimiento, utilidad, arte, movimiento...) tocantes á las cosas en cuanto relacionadas consigo ó entre sí, suponiendo en tanto pluralidad de términos, dos seres cuando menos, ó una doble posición de ser. A esta última categoría declara pertenecer el Derecho: el Derecho es *propiedad de relación*, esto es, dada no en un ser meramente y sin más, sino en un ser en cuanto unido con otro ó dado para otro, ó consigo mismo pero desplegado en un opuesto respecto; y en relación no dice un término entitativo puesto entre los términos relacionados y viniendo como desde fuera para ligarnos en alguna manera, sino inmediatamente dado en cada uno de ellos, como elemento común que hace posible, de esta suerte, su mutua referencia y unión.

Y puesto que existe diversidad de relaciones, ¿qué tiene de propio entre ellas la del Derecho? Que no expresa nada de la esencia de las cosas á quienes la atribuimos, sino algo de su forma; esto es de toda evidencia: con decir Derecho de tal ser, nada se nos descubre de lo que es este ser. ¿Y qué del ser jurídico es informado por el Derecho? Tampoco pensamos qué sea—al modo, v. gr., de la “unión”—for-

ma de esencia: decir derecho de tal ser no es manifestar como tal ser es: lo referimos á su actividad. El Derecho es, pues, una *forma de la actividad*.

Sin embargo, todos unánimemente negamos la cualidad de jurídica á la forma del proceso natural, entendiendo que los seres naturales no actúan jurídicamente, y contraponiendo siempre al Derecho la forma de la necesidad y contra-sustantividad (solidaridad) que es propia de la naturaleza: es, por consiguiente, el Derecho forma de la actividad *conscia y libre* que, según el común y ordinario discurso, pertenece á Dios y al Espíritu: donde no hay libertad, resueltamente afirmamos que no hay cumplimiento ni violación de Derecho, sin que entendamos significar con esto que la Naturaleza es inaccesible, por todo modo y en toda relación, al Derecho.

Pero todavía conocemos más relaciones consciamente determinadas que la del Derecho, v. gr., la "Religión": ¿en qué se diferencia de ella? Ciertamente en el fin: la Religión mira exclusivamente á Dios y á Dios refiere los actos por causa de nuestra unión esencial con El en la intimidad de la conciencia; mas el Derecho los refiere al *bien* inmediato de la actividad; jamás la conciencia nos advierte que tengamos el Derecho para obrar indistintamente bien ó mal, según nos parezca, sino únicamente para el bien, y cuando afirmamos lo contrario no entendemos referirnos al Derecho en sí, sino á la esfera interior, que queremos defender y mantener inviolable por respecto á la acción social, aun cuando faltemos en ella al Derecho.—Esta distinción no obstante, no puede decirse que sean ajenos uno á otro Religión y Derecho, ni menos que sean contradictorios, antes al contrario, presentimos que éste tiene su último fin en Dios, y que debe ser cumplido por causa y amor de El y á semejanza de su justicia infinita, más todavía, que la relación del Derecho, por activa y meritoria y desinteresada que quiera ser, está necesitada, de base y como construída en el aire pronta á degenerar en el hábito rutinario é inseguro del empirismo, ó en el tradicional y menos generoso y humano de

la fuerza, incapaz para inspirar la necesaria abnegación en los grandes conflictos y el indispensable valor en las grandes luchas y adversidades de la vida, si no va acompañado del motivo de Dios; mas esto refiérese á la forma religiosa del acto jurídico, que la tiene siempre, pues como tal jurídico su tendencia y fin directo es el bien por causa de su bondad ó de su utilidad, sin ulterior elevación ni más alto empeño. Lactancio, San Ambrosio, y en general la escuela teológica anterior y posterior á Grocio, confundieron de modo diverso, y con diferentes variantes, el Derecho con la Religión.

Mas adviértase que no toda conducta en razón de bien la pensamos como conducta jurídica; la conducta "moral" nos revela este mismo carácter, y nos creemos que Moralidad y Derecho sean la misma cosa. En efecto, en ambos pensamos que hay libre realización del Bien, pero cumpliéndolo la Moral puramente, sin otro motivo que el Bien mismo, el Derecho condicionalmente, en cuanto ese bien es útil para otro bien; por lo mismo, lo esencial en la Moral no es el resultado, mas la bondad del acto sustantivamente, en el Derecho su utilidad, y así, la medida de la conducta moral es la intención, la de la conducta jurídica, la eficacia de la prestación para el fin. Allá se atiende al bien por ser bueno, ó como fin absoluto de la voluntad, independientemente de toda condición; aquí al bien por ser útil, en cuanto sirve de medio á otro bien, con voluntad por tanto dependiente de algo extraño á ella; habiendo, en suma, en la Moralidad una simple relación, inmanente en la obra, relación de causalidad, en el Derecho una relación doble que, en último resultado, trasciende del acto, relación de *condicionalidad*.—Mas esta distinción no acusa contradicción recíproca, ya que el fin y el medio son de la misma naturaleza, y están entre sí en la relación de esencialidad determinable y determinación esencial; antes bien totalmente se compenetran y complementan, debiendo cumplirse el Derecho, no sólo porque es debido, sino porque es bueno, moralmente (Moralidad jurídica), y la Moral no dirigiéndose al bien nudamente, sino

acompañada de los medios jurídicos necesarios (Derecho de la Moralidad) para que el bien moral, como fin de la vida, resulte efectivamente cumplido. Una y otra son propiedades formales que abrazan *toda* la vida concertadamente, y así jamás pensamos, discurriendo según el recto dictamen de la razón común, que tolere la una lo que la otra prohíbe, ó que sea indiferente para ésta lo que es para aquélla perentorio; según un acto es justo ó injusto, así es también moral ó inmoral y viceversa; pero todo acto bueno reviste siempre las dos formas, y no se concibe la primera separadamente de la segunda, sin que dejen de ser por esto diferentes. Todo bien, y por consiguiente el Derecho, que es uno de tantos, debe ser cumplido por su utilidad, interesadamente, mas ante todo por motivo de su bondad, el bien por el bien, lo cual, lejos de ser contrario á nuestra naturaleza, parece sernos lo más connatural y conforme á nuestros sentimientos é inclinaciones; nos duele, y aun ofende, el hecho de que se nos haga el bien con segunda intención, fija la vista en el premio ó en el castigo, que nos cumplan, verbigracia, nuestro Derecho por la fuerza, y no con pura voluntad y por amor de nosotros mismos, y no hay alma bien sentida y sincera consigo mismo á quien no halague la idea de la beneficencia por el puro deber, aunque recaiga en provecho de enemigos, aun cuando se espere desagradecimiento; las buenas obras, á cualquiera esfera de la vida á que pertenezcan, al Derecho, á la Ciencia, á la Industria, etc., edifican á quien las practica, lo mismo que á quien directamente las utiliza, siempre que nazcan de una voluntad pura y sencilla y decidida por el bien, y en todas ellas por igual descansamos penetrados de aquella satisfacción interior que sólo se engendra de la ejecución de actos debidos á nuestro destino y conformes con nuestra naturaleza (1). Platón y

---

(1) Elementales y todo como son estas verdades, se han ocultado sin embargo, al claro talento de F. Zef. González (*Filosofía elemental*, tomo II), quien por no haber distinguido como cumplía, antes bien mezclado en lastimosa confusión, las tres formas religiosa, moral y jurídica de los actos, y establecido un divorcio ó una separación

Hegel, Grocio y Wolf confundieron el Derecho con la moral: Thomasius, Kant y los sucesores de éste han constituido ambos principios en una radical antinomia.

No queda aún con esto totalmente declarada la propia naturaleza del Derecho, porque pensamos relaciones de condicionalidad ó de medio á fin que no son Derecho, por ejemplo, la "Utilidad": ¿qué añade de propio el Derecho á la condicionalidad, para ser tal Derecho? Predicamos la utilidad de toda relación en que intervienen medios, puestos libre ó necesariamente, para fines racionales ó no; mas al Derecho nos repugna concederle esta duplicidad; ordinariamente lo recibimos como una esfera de utilidad, pero esfera interior, constituida entre fines racionales y medios prestados libremente, esto es, como relación en que el cumplimiento de un fin racional pende de actos humanos: la tierra, por ejemplo, ofrece medios al hombre, á los aima-

---

entre las que denomina moral teológica y moral filosófica, y entre los principios y preceptos de la una con los de la otra, tacha ligeramente de inexacta é irracional la doctrina ética del cumplimiento del bien por el puro motivo de éste y sin otro fin inmediato ulterior á él, porque irracional le parece el no obrar como los irracionales por el estímulo del premio y del castigo, ó por tendencia á la posesión, ó por temor de la pérdida, de Dios— (donde no sólo de lo moral, sino hasta de lo religioso del acto hace abstracción, por apartarse del puro y genuino sentido cristiano compendiado en aquel famoso soneto: "No me mueve mi Dios para quererte...", que puede tomarse como bello y acabado comentario del *Querite regnum Dei...*);—y afirma con notorio error y no disculpable arbitrariedad, que los partidarios de aquella doctrina profesan juntamente la de que sólo á la razón toca constituir, que no sólo conocer, el orden moral y la ley moral, con independencia de Dios y de la ley, y que por semejante camino únicamente puede llegarse al culto del yo, á la antropolatría. La necesidad de forzar las premisas para que arrojen de sí una consecuencia preestablecida, aparta de la verdad y del deseo de encontrarla al entendimiento mejor dispuesto; lo cual junto con la confusión enunciada, necesariamente debía conducir al eximio filósofo tomista á una crítica menos circunspecta y desapasionada de lo que requieren y exigen de sus cultivadores la Verdad y la Ciencia. Vid. *Filosofía moral*, por Tiberghien; *Elementos de Ética ó filosofía moral*, por H. Giner; *Elementos de filosofía moral*, por U. González Serrano y M. de la Revilla.

les, á las plantas, pero no puede ofrecernos jurídicamente; los auxilios del cómplice son medio para el delito, y tampoco son medio jurídico; para que el Derecho aparezca, es indispensable que la condición sea referida á fin racional y aparezca puesta por una actividad libremente determinada como causa.—Sin que esto signifique contradicción entre los dos principios, antes al contrario, cabal y perfecta armonía; aparentemente podrá surgir alguna vez conflicto entre dos esferas coordinadas de la utilidad, v. gr., el Derecho y la Economía, miradas cada una desde su relativo punto de vista, mas no si las examinamos como cosubordinadas, desde el todo de la Utilidad, ó en relación á nuestro total fin y destino. Ciertamente que no se equivalen, no es Derecho todo lo útil, pero tampoco viven en divorcio, el medio injusto no puede ser útil en todos sus aspectos; ambos son miembros interiores de un mismo organismo, el uno el orden de la condicionalidad sensible y necesaria, el otro el orden de la condicionalidad libre y racional. Las escuelas utilitarias y sensualistas, Epicuro, Hobbes, Bentham, etc., han referido la primera á la segunda, el Derecho á la utilidad, mas no á la Utilidad genérica, como principio absoluto de la vida, sino á una sola de sus especies, á la utilidad natural ó económica.

Recogiendo y condensando ahora estas notas en el mismo orden de composición con que se han ido presentando, distinto del que mostraron en aquellos otros principios con quienes comunica su esencia el Derecho, nos aparece éste como *la forma que reviste la actividad conscia de los seres racionales en la libre realización de algún bien en concepto de medio adecuado para otro bien que es fin racional de la vida*; ó la prestación libre de una utilidad á un fin bueno que para ser cumplido la necesita; ó la relación establecida racionalmente entre fines condicionables y condiciones ó medios útiles; ó la relación que media entre los fines racionales de la vida y las condiciones que deben prestar para su cumplimiento los sujetos racionales y libres que los tengan, ó más breve, *la Conducta libre en cuanto presta Medios para Fines racionales*.

Los términos que en este concepto puede cualquiera á primera vista descubrir, son: un *sujeto*, en quien determinadamente residan los fines; un *objeto*, constituido por utilidades concretas capaces de servir como medio á aquellos fines; y una *actividad libre* y conscia que sirve de vínculo inmediato entre sujeto y objeto, aproximando las utilidades radicadas en éste á los fines dados en aquél. O en suma: *condicionado, condiciones y condicionante*. Sobre cada uno de ellos se desprenden directamente del anterior concepto teoremas importantes, cuya declaración, siquiera sea rápida y somera, interesa para nuestro propósito.

#### § 4.

¿Quién es *Sujeto* en la relación del Derecho? Según formal expresión del concepto hallado, todo ser en quien aparecen fines racionales: por virtud de éstos, que no por sus cualidades específicas como sujetos, pensamos que se erige, por respecto á los seres libres, en exigente ó pretensor de los medios que necesita. De consiguiente, no es preciso que un ser halle en sí medios con que remunerere ó trueque los que hayan de serle prestados, para que pueda legítimamente reclamarlos, sino que basta que el fin sea sabido por el que posee los medios para que éste deba reconocerse obligado; lo cual parece ratificar la afirmación de la conciencia precientífica que atribuye derecho á todos los seres, á la Naturaleza, al Espíritu, al Cuerpo, en el respecto de condicionados. Y aun en la relación meramente humana, no puede ponerse, atendido el concepto, la cualidad de exigente en la de condicionante: las juzgamos independientes una de otra, reputándonos obligados con todo sujeto racional, aunque carezca de libertad para ofrecernos condición alguna (niño, loco), aunque poseyendo libertad y medios nos los niegue (hombre injusto, criminal), porque no es el sujeto quien exige, sino la común naturaleza humana, y los fines de ésta que en un particular modo se determinan, aunque, en suma,

los rechaza, porque no es su naturaleza quien rechaza y á ella es, que no al sujeto pervertido, á quien los debemos. No nos creemos autorizados ante nuestra conciencia para exigir condiciones en calidad de meros individuos y á causa de nuestros actos, sino como representantes de la humanidad en una concreta posición manifestada, independientemente de nuestra capacidad y de nuestras obras. La reciprocidad se produce efectivamente en el mundo de las relaciones jurídicas, pero no es una nota característica del Derecho. El *deber jurídico* no es algo opuesto al Derecho, sino el Derecho mismo en uno de sus aspectos, en la relación de potencialidad á efectividad, y por tanto, va incluido en el propio concepto del Derecho.—Todo elemento constitutivo de nuestra naturaleza, en cuanto pide ser realizado libremente por nosotros en forma de sucesión y continuidad, constituye un *deber*, un *débito ó deuda* que grava á nuestra actividad: *debemos* realizar todo lo que compone nuestra esencia, porque en esa realización consiste nuestra vida, y mediante ella se cumple nuestro destino en el mundo.—Ahora bien; siendo el Derecho, como es, uno de aquellos elementos constitutivos, implicará un deber para el ser jurídico, y ese deber mostrará un doble aspecto, correspondiente al doble modo como el ser racional entra en la relación del Derecho: como sujeto de fines, puede y *debe* exigir aquellos medios de respeto, defensa, asistencia, etc., que para cumplir esos fines le son necesarios: como sujeto de medios, *debe* proporcionar á aquellos fines los medios indispensables para la satisfacción de las necesidades en que se traducen y manifiestan, y que caigan dentro de su esfera de acción. El Derecho *debe* ser cumplido, esto es, el bien jurídico *debe* ser realizado, las prescripciones de la razón jurídica *deben* ser obedecidas. Y es debido ú obligado el Derecho en los dos mencionados respectos por igual; no siendo más renunciable en el primero (á que suele taxativamente apellidarse derecho en el sentido impropio de *derecho sin deber*), que en el segundo (vulgarmente tomado y entendido como *deber sin derecho*). Sin que obste á ese cumplimiento obligado el elemento libertad

que hemos encontrado en la composición del término Derecho, porque la libertad no es el albedrío ni la arbitrariedad, sino al contrario, el distintivo de la racionalidad: es libre el sujeto finito cuando realiza el bien con conciencia y por propio impulso, no lo es cuando ejecuta el mal: la actividad de Dios carece de albedrío, no puede elegir entre el bien y el mal, y sin embargo, la pensamos como infinitamente libre.

### § 5.

El *Objeto* de la relación jurídica consiste en una utilidad, en un bien que sirve de medio á otro bien; y precisamente por recaer sobre tal objeto condicionante se diferencia, á lo que vimos, el Derecho de la Moralidad: allí donde no hay utilidad para fin racional, existirá otra cualquiera relación, mas no será la del derecho. Y como la relación supone, no un tercer término que sirva de ligamen entre los dos extremos relacionados, sino algo que tienen de común, para que la relación de Derecho pueda constituirse, el bien que haya de servir de medio habrá de ser coesencial en algún modo al bien que en concepto de fin entre en aquella, y sólo en el tanto de su comunidad esencial podrá establecerse, porque mal pudiera asimilarse un bien á otro que le fuera totalmente heterogéneo. Determinadamente, y en supuesto de esta coesencialidad, todo lo que puede servir de condición puede ser objeto jurídico, sea material ó espiritual, positivo ó negativo, relaciones ó propiedades, ya consista en hacer ó en abstenerse, ya resida dentro ó fuera de nosotros; mas sólo en el respecto de su utilidad, no en la unidad de su naturaleza, la cual excede de la relación de objeto ó medio para declararse á su vez como fin, y por tanto, como condicionado; el Hombre y la Naturaleza son tesoro de medios, pero no es lícito reputarlos como simples medios, y así cuando se somete al primero á esclavitud en provecho ajeno ó se le lleva al patíbulo para fines de intimidación, lo mismo que cuando se trueca la segunda en sierva de

nuestros antojos, sujeta al uso y al abuso de un dominio absoluto, se falta á la ley del Derecho no menos que á la ley de la Moral y de la Religión, ya que sólo en virtud de la racionalidad del fin se da la relación jurídica, segun declaración de su concepto, y por tanto, se sostiene como legítima la exigencia y la prestación de las condiciones que por el fin son necesitadas. Lejos de este sentido, el hombre de recta conciencia se siente obligado á hacer cuanto esté en su mano para que las condiciones necesarias de la Naturaleza se trasformen en condiciones utilizables y jurídicas, multiplicándolas, mejorando su cualidad, y poniéndolas á cargo de la libertad, al efecto de que puedan servir á los fines del hombre ó de la comunidad social.

### § 6.

La *Relación* entre fines racionales y los fines correspondientes se establece positivamente por una actividad libre, y precisamente es esta una de las notas con que separamos y diferenciamos el Derecho de la Utilidad sensible, en la cual el medio puede ser aplicado al fin por una actividad inconscia movida como de fuera adentro. La actividad mediadora no es el objeto inmediato del Derecho ni de esta Utilidad; es un órgano ó instrumento para que las utilidades se hagan efectivas y se unan y asimilen al fin; si esta unión estuviese eternamente dada ó fuera posible que se efectuase en el tiempo sin la gestión de la actividad, la relación condicional subsistiera la misma, pero no aparecería la Utilidad ni el Derecho; tal en una figura geométrica, los ángulos y líneas le son condiciones esencialísimas, y sin embargo, no los calificamos de útiles ni de jurídicos; lo mismo podemos decir de la forma por respecto á la esencia y de ésta por relación á aquélla, del cuerpo respecto del espíritu, etc. El Derecho, como la Utilidad sensible, nace de la necesidad de aproximar en el tiempo fines y condiciones que no están unidos eternamente; caracterízales, por tanto, la fuerza eje-

cutiva de esta oposición; lo sustancial en ambas, aquello que puede decirse objeto de la relación, es el medio, lo inmediatamente asimilado al fin; sin que esto equivalga á decir que la actividad gestora no sea también medio, pero no es medio para el fin, sino medio para el medio. Ahora, y pues que dicha actividad condicionante distingue á esta Utilidad y al Derecho de las demás relaciones condicionales, la extensión de esa actividad y la forma de entrar en la relación servirán para cualificarlas, graduando de relación meramente condicional á aquélla y de jurídicamente condicional á ésta. En efecto: 1.º, la Utilidad tiene su sentido y también su valor inmediato en el medio, el Derecho en la actividad que lo pone y aplica, sin que con esto se dé á entender que el objeto del Derecho sea esta actividad obligada; al contrario, sigue siéndolo la utilidad necesitada, ya que sujeto no puede serlo el individuo que exige, sino el fin que necesita, ó bien el individuo que exige porque y en cuanto necesita; 2.º, en la relación útil la actividad puede ser libre y necesaria; en el Derecho sólo puede ser libre: la Naturaleza puede constituir la relación de utilidad por virtud propia, mas no la relación de Derecho, y por esto no la tachamos de injusta ni nos damos á castigarla, aunque proceda de tal suerte que nos falten los productos con que contábamos y de que pendía el mantenimiento de nuestra vida; para que la Naturaleza entre como objeto de Derecho, ha menester ser puesta en acción y frente al fin por fuerza exterior á la suya, y en este caso su eficacia como tal no pasará de mero signo expresivo de aquella actividad libre que la tornó en jurídica: de aquí lo absurdo que ha sido, y es aún por desgracia, tomar por criterio el resultado exterior en las relaciones jurídicas.

El *condicionante*, ó sea el sujeto activo que intermedia en la relación del Derecho, fundamentalmente no es distinto del condicionado; es el mismo ser condicionado en distinta función, allá recibiendo.—activa ó pasivamente—los medios puestos para los fines humanos determinados en su persona, aquí prestando activamente las utilidades con-

tenidas dentro de su esfera de actividad; por manera que capacidad de Derecho como condicionado la tendrá todo hombre por causa de los fines racionales revelados en su persona aun cuando carezca de facultad de obrar, mas como condicionante sólo la tendrá el individuo libre y conscientemente activo por razón de los medios abrazados dentro de sus facultades: todo sujeto, en esta situación, se reconoce ministro y gestor del Derecho, obligado á la prestación por motivo del fin dondequiera que asome ó se muestre, con entera abstracción de la conducta del sujeto en quien more ó resida el fin; midiendo la prestación, no según lo que le es debido como nudo individuo, sino según lo que necesita como tal determinado hombre. Nace de aquí que el Derecho, lejos de ser relación exclusivamente negativa, consistente en omisiones, sea eminentemente afirmativa ó de prestaciones, porque cada hombre necesita medios interiores que deben serle respetados, y á la par medios exteriores dependientes de la relación social, y que sus poseedores deben proporcionarle. Otra consecuencia que de lo expuesto naturalmente se desprende es, que lejos de constituirse como principio de egoísmo, se manifiesta á la conciencia como principio de abnegación, que ordena á cada cual obrar con los demás como quisiera que los demás obrasen con él en iguales circunstancias, suministrando las condiciones jurídicas no interesadamente y como por precio, haciendo de la justicia mercancía valorable y permutable, sino porque mediante ella quedan satisfechas las necesidades y cumplidos los destinos de la naturaleza humana, que son también los propios en cuanto somos determinaciones suyas, al igual de aquellos á quienes inmediatamente servimos, de suerte que cumpliendo á los demás su derecho cumplimos á la par el derecho propio.

De lo expuesto en éste y en los dos párrafos precedentes, é inmediatamente del concepto hallado para el Derecho, surge esta conclusión que debe ser de inmensa consecuencia para la práctica del Derecho en la vida, puesto que los fines se dan en cada hombre, y los medios en él ó fuera de

él, la relación jurídica será unas veces interior y exterior otras, existirán por tanto dos esferas de Derecho, la esfera *Inmanente* ó Individual, en la cual aparecen conjuntamente los fines y los medios como medios y fines míos que yo mismo como sujeto activo debo libremente relacionar, y la esfera *Transitiva* ó Social en la cual los medios han de ser prestados por otro sujeto que aquel en quien radiquen los fines y cuya relación por tanto toca inmediatamente á él como individualidad activa, libre y obligada, y mediatamente á mí que debo una segunda prestación, ya inmanente, si la naturaleza de la condición la requiriese, para asimilarla á mi necesidad y dejarla satisfecha. En la primera, Fin y Condición ó medio se dan en una misma personalidad; en la segunda en dos ó más personalidades, pero en ambas por separado, y han menester para relacionarse jurídicamente un Mediador activo y libre, allá la personalidad propia que los incluye, más en el respecto de sujeto finito y obligado por razón de poseer medios para fines interiores, aquí la personalidad ajena que incluye los medios en la misma relación de sujeto finito y obligado, por motivo de poseer medios para fines exteriores; en ambos casos, conducta del sujeto finito con el hombre eterno, prestación de medios definidos para fines racionales. Por esto la distinción de esfera Inmanente y esfera Transitiva es sólo relativa, hay predominio de la inmanencia en la primera y de la trascendencia en la segunda, pero ambas son en el fondo inmanentes y transitivas á la vez, según la relación en que se las considera; es Transitiva ó Social la primera, porque yo como sujeto, como determinación individual de la naturaleza humana, me reputo obligado con ésta en tanto que puesta como fin de mi actividad, lo mismo que sea hallada en mí propio como que lo sea en otro ajeno á mí; el condicionado siempre es el mismo, la naturaleza humana, simple é indivisa, iguales las condiciones, las mías ó las exteriores á mí pero por mí apropiables, idéntico por fin el mediador ó condicionante, yo en tanto que sujeto de actividad cons-cia; es Inmanente ó Individual la segunda, porque no

me juzgo obligado para con un ser, sino en el mismo respecto en que él y yo somos de la misma cualidad y esencia, cualificándose á tenor de ella y haciéndose específica é individual la relación general del Derecho; siempre se da éste en una persona ó en una comunidad, esto es, como inmanente en la familia ó en el municipio, en la nación, en la humanidad ó en el mundo, y tanto es relativa la distinción y oposición de estas dos esferas, que todavía vive gran parte de los hombres en la creencia de que es más íntima y esencial la relación jurídica social que la propia interior, pensando que de ningún modo pueden desatender los fines ajenos, al paso que se creen relevados de cumplir los propios y se mantienen como extraños á ellos.

Finalmente, otra exigencia que nace del concepto del Derecho y de su indagación es que, pues ninguna de sus notas expresa relación coactiva, no debe ser elemento esencial ni menos distintivo único del Derecho, como suelen entender las escuelas, la *coacción*. Y en efecto, si se examina atentamente la naturaleza del Derecho como conducta libre en la prestación de medios para fines racionales, se hallará: 1.º, que la perturbación jurídica, que da sentido á la coacción, no es necesaria, sino meramente posible, atendida la finitud del sujeto que media en la relación, no es elemento sustancial inherente al Derecho, sino, por el contrario, un accidente iníconexo, una negación; por tanto la coacción entrará si acaso en las relaciones jurídicas hipotéticamente, jamás en absoluto y por ser tal Derecho; 2.º, aun producida la perturbación en el círculo de su posibilidad histórica, no siempre es posible aplicar la coacción al cumplimiento de la relación perturbada, antes al contrario, muy rara vez la admite, por lo mismo que el elemento formal característico del Derecho es la libertad; y así la rechaza toda la esfera del Derecho inmanente, y dentro de la social tampoco la admiten las relaciones que dependen de la costumbre, pacífica ó revolucionariamente declarada, y dentro del orden legíslable, tampoco las relaciones que regulan la actividad de los poderes reflexivos del Estado para

el establecimiento de las reglas, y en el círculo de su cumplimiento tampoco las obligaciones traducidas en servicios, y finalmente, si la voluntad se cierra, ni aun las restantes, que son ya las menos en número, pues se podrá ciertamente detener por la fuerza á uno que ha delinquido, se podrá distraer de su patrimonio la parte necesaria para hacer efectiva la relación útil que va entrañada en la jurídica, pero no se pasará de un acto de fuerza, bien que fuerza al servicio del Derecho, en el primer caso, de un hecho con mera eficacia económica en el segundo, no se habrá logrado dar satisfacción á la justicia: do fuerza viene, derecho se pierde, dice un antiguo proverbio: su cumplimiento penderá en todo caso de la buena fe de los hombres y de su devoción por la justicia—ni más ni menos que las relaciones moral y religiosa,—y fuera de ella, todo esfuerzo, por diligente que se presuma, será en balde á la ejecución de estos principios encaminado. Históricamente se ha profesado y puesto en práctica la doctrina de que todo principio, así la Ciencia como la Moral, la Religión como el Derecho, podían recibir una sanción en la fuerza exterior; pero la Historia se ha encargado de mostrar en cada una de sus páginas lo vanas que han sido estas pretensiones por ayer, y la razón toma á su cuenta el demostrarlo para siempre: el hombre y el pueblo sanos y derechos en su voluntad, esos cumplirán rectamente el Derecho; los que no lo sean, lo torcerán á impulso de sus pasiones, sin que alcance á enderezarlo la coacción, ni el temor le sirva de salvaguardia, ni la amenaza de avisador, ni la represión de cauce. *Plenitudo legis est charitas*, dice con razón un Padre de Occidente; *lex est littera eis qui eam non implent per spiritum charitatis. Non timore penæ, sed justitiæ amore complentur* (1).

(1) D. AUGUST. *De diversis quest. ad Simpl.* lib. I, q. 10; *De fide et operib.* Por no reconocer una esfera inmanente en el Derecho cae Tiberghien en error de estimarlo como ley de reciprocidad enfrente de la Moral, ley de sacrificio, señalando á ésta por esfera abandonada á la libertad y á la simple sanción de la conciencia, y aquél á la coacción

## b.—Concepto de la Vida.

### § 7.

#### a.—Consideraciones preliminares acerca de él.

La costumbre jurídica no se refiere al Derecho simplemente, sino, á la Vida del Derecho: por manera que la *Vida* es un segundo término constitutivo de la naturaleza de la costumbre, é integrante en su concepto. A proceder con todo rigor lógico, daríamos principio desde luego al examen de la vida jurídica, sin inquirir previamente el concepto de Vida en general; primero, porque su conocimiento en el caso presente sólo por lo que atañe al Derecho nos interesa; y segundo, porque la vida no es un concepto vacío ni una forma abstracta que pueda aplicarse à *posteriori* á los seres que viven, sino propiedad predicada siempre de algo en tanto que viviente, y sólo en vista de lo que en sí es ese algo determinado ha de ser indagada la propia naturaleza de su Vida, sin necesidad de levantar la mirada al concepto común y generalísimo para descender desde allí como en aplicación á los conceptos particulares, según afirma equivocadamente un célebre fisiólogo; esto, no obstante, razones históricas de índole diversa recomiendan, si no exigen, que preceda un sumario análisis de la vida del Ser en general á la noción de la vida del Derecho. El método de indagación y exposición habrá de ser el mismo que estuvo indi-

---

y á la sanción exterior penal. Mas ni la sanción exterior alcanza á todo el derecho, ni deja de hallarla la Moral en la sociedad. Igual equivocación padece Ahrens, y por igual motivo, al afirmar que no todo lo que la Moral manda ó prohíbe lo manda ó lo prohíbe el Derecho, verbigracia, el egoísmo, la ingratitud, el rencor, y que la ejecución de los actos jurídicos es independiente de la buena ó mala intención, etc.

cado para el fin de determinar la esencia y los elementos constitutivos del Derecho, á saber: interrogar á la Ciencia de las Escuelas y al Saber Común, y contrastar luego sus conceptos en la única fuente que nos es lícito recibir aquí en línea de infalible, por su cualidad de inmediata, el Análisis de Conciencia.

¿Cómo conceptúan, pues, la Vida los científicos de nuestro tiempo? Los que más genuina y autorizadamente representan la Ciencia de la Naturaleza,—que es la que parece haber monopolizado hasta aquí el estudio de la Vida como asunto de propia y exclusiva jurisdicción—y que más encontradas direcciones siguen, así animistas como vitalistas y dinamistas, lo mismo Kant que Fichte, Schelling, Burdach, Carus, Oken, de igual modo que Schopenhauer, Tissot, Lemoine, Treviranus, Müller, Brown, Broussais, Bichat, Trousseau, Barthez, Maine de Biran, Jouffroy, G. St. Hilaire, C. Bernard, Liebig, Lehmann, Lamark, Darwin, Hæckel, Helmholtz, Faraday, Agassiz, Quatrefages, Lötze, Kühne, Huxley, Tyndall, Vogt, Moleschott, Virchow, Bois-Reymond, Wund, etc., ya la consideren por otra parte al modo de una fuerza compuesta que nace *à posteriori*, como un resultado de la combinación de las llamadas fuerzas generales (dinamismo), ya la estimen como una fuerza especial distinta de ellas y á ellas coordinada, y señalen en los organismos vivos propiedades distintas de las físicas y químicas (vitalismo), ya identifiquen el alma con la vida ó tomen ésta por una de las potencias de aquélla, que informa, mueve y sostiene el cuerpo (animismo), todos unánimemente, ó con rara excepción, le atribuyen estas peculiares características: 1.º La Vida no es propiedad universal del Ser, sino que es una fuerza residente únicamente en los *seres Naturales*: ni Dios, ni el Espíritu y sus facultades, ni la Humanidad y su Historia, tienen puesto y entrada en la Ciencia de la Vida; ésta no se separa de la fenomenalidad corpórea, y sólo en figura cabe aplicar aquella categoría al mundo de la libertad: 2.º Y aun en el mundo de la Naturaleza no se extiende la vida á todos los seres, sino sólo á los *epi-*

*telúricos*, los astros son extraños á ella, y como los astros los minerales, con ser tenidos en categoría de seres y de reino natural al igual de los animales y de los vegetales, y aparte del astro mismo de quien son partes disgregadas y en descomposición: la vida va inherente á la respiración y á la circulación, se circunscribe á la fisiología botánica y zoológica, no sale de la savia y de la sangre, de las branquias y pulmones, hojas y raíces: 3.º Y dentro ya del mundo y orden de los seres epitelúricos, vida y organismo se corresponden, viven los seres que son *orgánicos*, y no más, la vida supone diversidad de actividades ó funciones y pluralidad adecuada de órganos, y allí donde no hay ser dotado de éstos en número proporcionado al de aquéllas, puede adelantarse que se halla ausente la vida: los seres inorgánicos simplemente crecen, los orgánicos vegetales ya viven, los orgánicos animales viven y sienten, los orgánicos del reino hominal viven, sienten y racionan. En sustancia no son otras las conclusiones á que llegaron tocante al concepto de la vida, la Filosofía greco-latina, la Escolástica cristiana y la ciencia posterior al Renacimiento (1).

La Razón común se rebela contra semejantes conclusiones, y afirma á cada paso, aunque irreflexivamente y sin deliberación, y como obedeciendo á una necesidad interna y á una imposición de objeto: 1.º Que la vida es cualidad

---

(1) Hipócrates, Platón, Aristóteles, Plotino, San Agustín, Alberto el Grande, Santo Tomás, Scalígero, I. de Loyola, Suárez, Van Helmont, Bacon, Stahl, Leibnitz, Descartes, Hoffmann, Borilli, Boerhaave, Willis, Sylvius, Cudworth, Buffón y otros muchos. Hay que advertir, no obstante, que algunos, á partir de Platón, han reconocido la vida como un atributo de Dios; y que otros, con Oken y Humboldt, que dieron carácter de verdad científica á afirmaciones precientíficas y á veces fantásticas, varias veces formuladas en siglos precedentes, muy señaladamente por Campanella y Kepler, conceden á los Astros la vida, considerándolos como verdaderos protorganismos al igual de las células en los seres epitelúricos, y no faltan sabios y decididos mantenedores de esta doctrina en algunas de nuestras Universidades é Institutos. Para los animistas, el principio de la vida reside en el Espíritu, pero no para realizarla él en sí, sino para vivificar al cuerpo.

*universal*, propia de todos los seres: "Dios es el Dios Vivo, decimos, á la vez que el Eterno, y á semejanza de su vida debemos vivir nosotros; la luna es el cadáver de un planeta; F. ha nacido á la vida de la inteligencia; en tal pueblo el arte arrastra una vida muy lánguida, ó ha consumido su edad juvenil y de oro; la vida de la Historia se cumple, como la del hombre, en edades; la vida de familia se refleja fielmente en la vida de la sociedad; la razón no desarrolla su vida paralelamente con la del cuerpo (v. gr., caso de precocidad); la vida del Espíritu, á diferencia de la vida de la Naturaleza, es libre y sustantiva, etc.": 2.º Que en cuanto vida de la Naturaleza, toca tanto á los seres *siderales* como á los *epitelúricos*, pues constantemente nos ocupamos de la vida de la Tierra, y en general de todo astro que ofrece el espectáculo de una serie de actividades y fenómenos inmediatamente fundados en él como en su principio, y dirigidos al fin de desarrollar su esencia y contenido en una evolución ordenada y sucesiva; hablamos de las mareas, volcanes y tormentas como manifestaciones de la vida planetaria; contemplamos astros en gestación, planetas jóvenes y decrepitos, y planetas que presentan á nuestra vista la rigidez cadavérica, ó cuyos pedazos rotos penetran en nuestra atmósfera; por las cortezas y envolturas de la Tierra venimos en conocimiento de sus edades y de las vicisitudes que ha experimentado en su desarrollo, y trazamos su historia, como por las capas del tronco calculamos los años é inducimos la historia del árbol: si tomamos la vida como propiedad de todos los seres, es natural que la apliquemos también á los astros cuando descubrimos en ellos los caracteres del ser,—término que muda y es centro y principio de sus actividades y mudanzas, incondicionado por tanto, y que puede pensarse sin pensar inmediatamente en otra cosa;—bien de otro modo que sucede con los minerales, los cuales no viven porque no son seres, porque sus alteraciones no tienen en ellos su principio, sino en el astro á que pertenecen y con el cual se dan en perfecta y entera continuidad. En aquellas y otras muchas frases y reflexiones vulgares que á cada

paso traemos á la conversación en el estado común de conocimiento, procedemos en la firme creencia, primero, de que todo ser muestra la propiedad del vivir, así la naturaleza toda y cada uno de sus reinos (astros, plantas, animales, hombres), como el Espíritu y cada una de sus propiedades (conocer, sentir, querer, derecho, etc.), como la unión de ambos en la Humanidad y sus razas, como Dios en fin, y por consiguiente que no es una fuerza que se halle en un cierto orden de fenomenalidad; segundo, que sustancialmente esa vida es homogénea, que hay unidad de vida, pues de lo contrario no se asimilara la humana á la divina, ni se establecieran paralelos entre la natural y la espiritual, ni finalmente se aplicara un mismo nombre á dos cosas heterogéneas: 3.º Afirma, por último la Razón común contra el aserto de la Razón científica, y á veces los científicos mismos hacen coro con ella, apartándose del dicho y creencia general en las escuelas, que Vida y Organismo no son términos tan afines que no consientan en separarse, que cabe el primero sin el segundo y este sin aquél, que ni todo lo que es orgánico vive (v. gr., una clasificación científica), ni deja de vivir un ser porque carezca de órganos particulares manifiestos y desarrollados para el ejercicio de sus actividades ó funciones, que viven, en suma, los seres *inorgánicos*, de cualquier naturaleza que sean, como sean seres (no lo son los minerales); pues pensamos, por ejemplo, que el matrimonio ejercita en la vida de familia, y aun el individuo en su vida interior ó immanente, todas y las mismas funciones que el estado oficial en la vida jurídica de la sociedad, y que la Iglesia exterior en la vida religiosa social, etc., á pesar de no poseer el complicado sistema de órganos que en estas sociedades descubrimos; y de igual manera señalamos multitud de funciones en el animal monoglobulár y en el óvulo fecundado, sin que corresponda á ellas la variedad de órganos de que está provisto el animal ó la planta ya desarrollados; y no acontece de modo distinto, como queda notado, en el planeta cuyos fenómenos constituyen una historia cerrada, con carecer, lo mismo que la célula animal,

de todo linaje de órganos que no sean el ser mismo en su indistinta unidad; y por fin, observamos que los reinos mismos naturales, y sus especies y géneros, nacen, desarrollan sus tipos, los transforman, y al cabo de siglos desaparecen, en una palabra, viven, no de otro modo (en el fondo) que los individuos mismos en que temporalmente se determinan, á pesar de no disponer como éstos de órganos concretos, distintos de los individuos mismos. De suerte que entendemos por organismo vivo, no el ser dotado de órganos, sino el ser sustantivo que es dueño de un sistema de actividades con que desenvuelve ordenadamente su esencia y tipo ideal, los cuales se enlazan y conciertan bajo la unidad del ser mismo, sea éste natural, espiritual ó humano, visible ó invisible, y tenga desarrollados muchos ó pocos aparatos ó ninguno.

En este conflicto de opiniones entre el pensar común y la ciencia, es, más que prudente, obligado abstenerse interinamente de todo fallo, mientras se analiza en la conciencia el término cuyo conocimiento nos interesa. Supuesta la homogeneidad de la vida, sabidos que sean los caracteres que ésta muestra en un ser particular en tanto que Ser, sin más—no como tal particular determinado ser,—quedarán en claro y al descubierto los caracteres que esta propiedad, como propiedad general, reviste necesariamente en todos los seres, cualquiera que sea su naturaleza. Aparte la exigencia lógica de sobreponerse al conflicto de los dos resultados que quedan expuestos, aún en el supuesto de que quiéramos correr el riesgo de resolvernos por uno ú otro, forzaríamos á una indagación racional el hecho innegable de que las notas declaradas en ellos no bastan á formar un claro concepto de la vida, porque no expresan nada de su naturaleza, ni hay posibilidad tampoco de desentrañarla en las oscuras ó incompletas explicaciones que la Ciencia ó el Sentido Común puedan darnos en este punto. Y si no, ¿en qué forma caracteriza á la vida el saber común? En expresiones concretas al estilo de éstas: N. ha vivido mucho en poco tiempo, hay muchos que llegan á viejos sin haber co-

menzado á vivir; F. vive muy aprisa, no sabe vivir, aquella sí que era vida, esto no es vivir, hay que mudar de vida, ese hombre es muy muerto, no hará grandes cosas... y otras semejantes, donde declara poseer interiormente un claro concepto de la vida, pero lo traduce en términos tan individuales, tan determinados y positivos, que es punto menos que imposible extraer la característica que á su modo de ver expresa lo esencial de ella. Hemos de acudir, pues, no ya al sentido común como fuente, sino á la fuente de donde el sentido común saca su oscuro, pero firme saber, reflejando ó reflexionando sobre ellos en la conciencia para que nos muestren aquellas notas categóricas é irreductibles, de imposible é innecesaria definición, que constituyen el contenido de la vida, así como la forma de su composición en el concepto unitario de ella.

### § 8.

#### b.—Indagación racional del concepto Vida.

El primero y más visible carácter que respecto á la vida, revela á todos la razón, y que forma el núcleo en torno del cual giran las más de las definiciones propuestas por filósofos y fisiólogos de todos los tiempos, es el carácter de la *actividad*; porque pensamos á Dios como actividad infinita le reconocemos el atributo de la vida, también infinita; porque descubrimos la actividad en la Naturaleza y en el Espíritu, decimos que uno y otra viven; al punto que vemos desaparecer la actividad declaramos que ha cesado la vida; y porque carece de actividad decimos que no vive una fórmula ó un teorema de matemáticas;—acaso podrá escribirse su historia, mas no será la historia del principio formulado en ella, sino del pensamiento humano actuando de uno ú otro modo en relación á él (indagándolo, corrigiéndolo, comunicándolo y difundiendo, aplicándolo, etc.). Tocante á la naturaleza de la Actividad, es pensada por to-

dos—á diferencia de la Vida—como una categoría irreducible, y por lo mismo no puede ser definida, se percibe inmediatamente y por intuición: así sabemos que no subsiste por sí, que no es sustancia, sino propiedad ó predicado de sustancia, y no la única propiedad, sino una entre otras; y por esto, los que identifican la Vida con el Alma á pretexto de ser uno de los elementos de ésta (1), incurrn en el error de confundir la parte con el todo, una esencia con el atributo que la cualifica, y cuando precipitadamente inducen esa supuesta identidad por el hecho de no haber sorprendido jamás al alma en estado de reposo, pudieran con igual derecho haber escogido cualquier otro ser, el cuerpo verbigracia, que tampoco está nunca interiormente inactivo, en quien reside de igual modo la vida como uno de sus elementos integrantes, según testimonio unánime de todos

---

(1) Por ejemplo, F. Bouillier (*El principio vital y el Alma pensante*), quien confundiendo las propiedades y facultades del alma, dadas como posibilidad, con sus actividades respectivas, no comprende la actividad en general como algo que pone en movimiento otro que no es ella, los elementos potenciales del ser, y resuelve éstos, y con ellos el alma, en fuerza que se mueve á sí misma y que busca en el cuerpo su punto de apoyo y de resistencia; luego, sobre la base de este concepto, incurrre en multitud de contradicciones, estimando en un lugar “la energía motriz, no como una facultad, sino como la *esencia* misma del alma” y en otro como un elemento y *atributo* de esa esencia, al igual de la unidad, identidad, conciencia, inteligencia y libertad “en que consiste nuestra existencia espiritual (cap. II)”; afirmando una vez que “*pues el alma humana está en un constante dinamismo, jamás inerte, toda su naturaleza es actividad, el alma es una fuerza, el alma es esencialmente vivificadora* (cap. II y XXIII)”; y en otro lugar, que la vida corporal “es en el alma *una función*, la cual, muerto el cuerpo, se replega del acto á la potencia, sin que el alma misma deje de *existir*, de obra y manifestarse de otro modo (cap. XXV)”; sosteniendo que “el alma *no es* pensamiento, ni sensación, ni voluntad, sino *la fuerza* en quien y por quien existen, su común raíz, su causa, su sujeto (capítulo II)”, y en otra parte, “que el alma *no es sólo* el principio por el cual pensamos, sino aquel por el cual sentimos, nos movemos y *somos*; y la vida es *una de las potencias* del alma, como la sensibilidad y la inteligencia, inferior en dignidad sin duda, pero base de todas ellas, la primitiva y fundamental, etc.” (caps. XXI y XXIII).

los hombres, y cuyo tipo morfológico es tan suprasensible, tan ideal y tan permanente como el del espíritu mismo.

La Vida es, pues, Actividad, pero no se contrae sin duda á este solo término, pues en ocasiones y con bastante frecuencia nos acontece llamar muertos en la Naturaleza objetos en los cuales reconocemos, no obstante, la actividad, verbigracia, una rama desgajada, un cabello caído, un cádaver, una piedra; ¿qué peculiar nota añade la vida á la actividad para que sea vida? Evidentemente la propiedad y la *causalidad*; para que tengamos á un ser por vivo, es menester que la actividad se encuentre en él como propia suya, que él mismo sea sujeto de aquella actividad, y que ésta opere como de dentro á fuera, como causa; en los objetos enunciados trabaja una actividad, pero no es la actividad interior del planeta, del árbol, del cuerpo humano, sino la actividad general de la Naturaleza; desvanecida aquella fuerza propia con que se manifestaban, antes de la muerte ó del desmembramiento, como centros de irradiación, como seres vivos y causantes, ó como partes vivas de un todo, quedan constituidos en excrecencias muertas que la actividad de la Naturaleza hace desaparecer, disolviéndolas y arrebatándolas en la corriente universal, para que sus elementos readquieran en una nueva incubación las cualidades perdidas de la vida, ó bien alterando sus formas según las propias leyes necesarias que obran sobre los cuerpos independientemente de que éstos tengan ó no actividad, vida; verbigracia, un metal que se oxida, muda, pero no vive, porque obedece á actividades exteriores, no á una energía interna que resida en él como en un centro de fuerzas sustantivo y determine sus mudanzas; por igual motivo no vive un hidrocarburo que se transforma en otro por virtud de la fermentación, ni un cadáver que se incorpora bajo la acción de una pila eléctrica, ni un fragmento de mármol que se va trocando en estatua bajo el cincel del estatuario. Importa no confundir "ser" con "producto": el primero se mueve y determina á sí propio, tiene actividad, y por tanto vida, un astro, verbigracia, ó un vegetal, ó una sociedad autárquica; en tanto

que el segundo es meramente determinado, producido pero no productor, carece de propia individual actividad, no vive, por ejemplo, una hoja vegetal ó un aerolito. El oráculo que mandó á Deucalión y Pirra arrojar á la espalda los huesos de su madre (Tierra), esto es, las piedras, se acercó más al verdadero carácter de los minerales que los científicos modernos que los califican de seres y con ellos constituyen un reino independiente del reino de los astros.

Ahora bien, esta actividad vital naturalmente causará efectos; ¿qué efectos son éstos? Ordinariamente los denominados *estados*, hechos, fenómenos ó apariencias; siempre que decimos vida, entendemos referirnos no al ser en sí, sino á determinaciones individuales suyas, á *posiciones* concretas de algo, operadas por esa virtud inmanente del ser que vive; ahora, si la vida es fuerza (*nisus formativus*) que informa lo vivido en estados ó posiciones, ¿qué es lo informado por ella, de qué son esas posiciones? Evidentemente de lo que el ser mismo es, toda vez que nada ni nadie puede hacer sino aquello que está en su poder, en su posibilidad, ó de lo contrario no llamáramos á sus mudanzas determinaciones suyas; y por esto se ha dicho siempre que nadie puede dar lo que no tiene, que no se puede sacar de donde no hay, que nadie puede obrar de modo distinto de como es, que la abundancia del corazón se derrama fuera en pensamientos, palabras y obras, etc., y jamás imputamos á un hombre loco ó á un árbol como suyos los hechos malos de que fueron instrumento y con que perturbaron nuestros fines. Un estado es una posición de aquello que constituye al ser vivo, su esencia puesta de una vez por la propia actividad, una infinita concreción de todo su contenido: un estado de un vegetal ó de un hombre es una determinación tan individual, tan infinitamente finita de toda su esencia, como lo son el vegetal mismo y el hombre respecto de todo su género: por esto en cada hecho se transparenta la esencia de quien es, y podemos por interpretación de aquél inducir la naturaleza de ésta: por los frutos se conoce el árbol.

Es, pues, la vida actividad que causa estados, hechos ó

posiciones de la esencia del ser que vive; mas todavía no debe ser esto suficiente para que entendamos lo que sea y signifique la vida, porque encontramos á menudo seres cuya esencia se halla constituida toda de una vez por propia actividad, y sin embargo los cualificamos de muertos, verbigracia, los animales que mueren por vejez ó de muerte natural, ciertas plantas que se secan una vez terminada la madurez del fruto. En efecto, para que exista vida exigimos diversidad de estados, que la actividad ponga la esencia varias veces en efectividad; si un ser realizase de una vez toda su esencia, dejara de vivir en el punto. La esencia de un ser la pensamos con carácter de plenitud é inagotabilidad, aunque este ser sea un individuo, pues el individuo posee, bien que en el límite de su individualidad, la infinita esencia de su género; y como cada estado es una posición finita, ha menester para mantenerla en su plenitud ó para agotarla un infinito número de estados, y éstos hallarse abrazados en la unidad de ella. Lo cual aparece como enteramente imposible, porque cada estado ha de contener á la cuenta, con ser posición finita, la infinita esencia del ser que vive, ni más ni menos que éste por respecto á su género, y no caben dos posiciones totales de una misma posibilidad, la una excluye á la otra, cada estado lo ocupa todo, no deja lugar á un segundo ni menos á una infinidad; en tanto que la esencia es en un estado no es en otro, pues para ello sería preciso que dejara de ser lo que es y que fuera lo que no es, que fuera dos cosas distintas en una misma relación.—¿Será por tanto que no existe la vida, ó tiene la actividad, á más de la causación, alguna otra cualidad que resuelva el conflicto? Le atribuimos, en efecto, la propiedad del *mudar*, y con ella queda desatada aquella dificultad y allanado aquel imposible; no caben á la vez ó simultáneamente pluralidad de estados en la esencia, pero caben sucesivamente, siendo primero el uno, y dejando de serlo cuando lo ha sido para ser el otro, y así en serie lineal hasta agotar todos los posibles: el *mudar*, es esta propiedad de venir á ser algo que no se es, dejando de ser algo que se era; el ser que vive incluye en sí.

con excluirse unos á otros, todos sus estados, mas no todos á la vez, sino en tiempos diferentes: coexistir no pueden, pero pueden existir unos después de otros; es el estado que es, y no es ya el que fué, ni todavía el que será más tarde: cada uno sucede á otro y es sustituido por otro: cada uno de ellos es igual á la esencia, pero en un original modo y grado de determinación, de manera que dos estados consecutivos de la serie uno frente á otro son lo más contrario que cabe; el hombre, v. gr., presenta estados de tan contraria índole como la niñez, la juventud y la vejez, pero dejando pasar años, no siendo las tres cosas en un punto; es niño, y no es joven ni viejo; será joven cuando haya cesado de ser niño y no haya venido á ser viejo; en potencia coexisten los tres estados, en la realidad se suceden.—La forma de esta propiedad del mudar, de este cambio y sucesión rítmica de cambios, será por tanto el *tiempo*, el modo de conciliarse en lo que vive, el Ser y el no Ser, el tránsito de una concreción de su posibilidad á otra contraria; no es una forma vacía de pensamiento, ni algo sustantivo y por sí que pueda producir efectos, como en multitud de expresiones usuales se da á entender hablando en figura, tomando la exterioridad por el contenido, sino forma de los seres en cuanto mudan, información del venir á ser de éstos: donde no hay actividad, donde no hay seres, tampoco aparece el tiempo, porque no se concibe la mudanza y sucesión de estados allí donde no hay esencia virtual que se informe en ellos. A su vez, los seres no pudieran traducir al exterior todo lo que son y contienen en potencia, á no ser por el tiempo; en cuanto se actualizan, sucediéndose de uno en otro estado sin solución de continuidad, los cualificamos con el apellido de temporales. Ahora, toda vez que el tiempo se determina por razón de la mutabilidad de los seres, siendo éstos sustantivos y desarrollándose en una propia é individual serie de mudanzas, cada uno producirá un tiempo individual que podrá no ser igual al tiempo exterior ó de los demás seres, aunque siempre asimilado á él, más ó menos en la medida de su semejanza con ellos: así, por ejemplo, en la rela-

ción del tiempo interior de cada hombre con el tiempo de la sociedad en que vive, lo mismo puede precederle como rezagarse, y por esto decimos en ocasiones de tal sujeto que ha nacido antes de tiempo, de tal confesión política que se ha quedado tres siglos atrás, que los científicos suelen caminar á vanguardia de la humanidad alumbrando con su saber los pasos de ésta, que los individuos introducen con sus hechos costumbres nuevas ó engendran con sus ideas revoluciones sociales cuando viven con su tiempo ó están en la conciencia de su tiempo, etc. (1).

La vida es, por consiguiente, la actividad del ser en cuanto pone ó manifiesta la esencia de ésta en una corriente mutable de estados; pero ¿qué es en el ser vivo lo que muda? Evidentemente que no será la esencia, pues si cada estado es una determinación de toda ésta, ella misma será siempre lo determinado, todos los estados posibles tendrán el mismo fondo, ella permanecerá por encima de toda variación, y el mudar será propiedad interior; por tanto, lo que muda es simplemente las determinaciones, los estados, las formas ó modos como la esencia es puesta: el ser en cuanto ser no muda, las propiedades en cuanto propiedades no mudan, el cuerpo en cuanto cuerpo es el mismo en el instante del nacimiento que en el de la muerte, nuestro planeta no es otro hoy que cuando se hallaba en estado de nebulosa y en cada una de sus etapas intermedias; ha cambiado sola su apariencia como individuo en el mundo de los astros, ha mudado únicamente su forma, su manifestación, la acción de sus fuerzas interiores, la combinación de sus elementos, la textura de sus relieves, la sección y perfil de sus concavidades, su relación con los demás astros, las especies orgánicas á que sirve de habitación y asiento: el espíritu con todos sus

---

(1) Sobre este punto, así como sobre la eternidad del tiempo humano y otros problemas de suma trascendencia relativos á él, véanse *Principios de la doctrina del tiempo*, por N. Salmerón (REV. DE LA UNIV. CENTRAL, segunda época, t. I); *Análítica*, por Sanz del Río; *Teoría del infinito*, IV, 59, y *Ciencia del alma*, segunda parte, por Tiberghien.

atributos es igual en todos los momentos de su vida, no nacen en el tiempo, ni en el tiempo mueren, nuestra esencia una y las particulares esencias contenidas en ella, nuestra unidad, nuestro conocer, nuestro sentir, nuestro querer, nuestro derecho, etc., muéstranos la conciencia que permanecen inalterables, que hoy son lo mismo que eran ayer, y que no serán mas ni menos ni sustancialmente diferentes mañana ni en ningún tiempo, son elementos constitutivos del ser, y éste desaparecería si no quedaran ellos sobre todo tiempo y sobre toda mudanza; lo que muda es el modo y forma de manifestarse y hacerse efectiva toda esta posibilidad en los estados individuales, éstos no permanecen como la esencia ó propiedad que los funda, se borran y disipan al instante de producirse; nuestro conocer, por ejemplo, como propiedad, es idéntico en cada uno de nosotros y en la humanidad, y sin embargo, los conocimientos concretos en que lo determinamos no son los mismos ahora que hace un minuto, en este siglo que en el anterior; nuestro cuerpo, con mantener una misma esencia y revestir una misma forma, constantemente muda y se renueva, se metamorfosea y desfigura de momento á momento. Incluye, pues, la vida, á más del término mudar, el de *permanecer*, éste como propio de las esencias, aquél de sus posiciones ó estados; sin el primero vimos que no aparece la vida, sin el segundo tampoco se concibe, porque si la esencia posible se actualizara toda de una vez, si el ser realizase de una vez todo su pensamiento, todo su sentimiento, toda su actividad, toda su forma, toda su finalidad, etc., el ser dejara de pensar, de sentir, de obrar, de informarse, de tender, etc., en una palabra, de vivir. Sólo vive aquello que mudando permanece y subsistiendo cambia, lo que deja de ser y viene á ser en cada punto. y está en una perpetua génesis y en una palingenesia sin fin. El mudar mismo, como una de esas propiedades, es inmutable y necesario, independientemente del ser mismo que muda; sólo cesa cuando se agota la esencia con todas las propiedades que la constituyen, y de consiguiente la del cambiar entre ellas, como acontece en una planta que ha recorrido todas

las fases de su vida y se seca; en tanto que en el ser hay esencia realizable, su actividad opera sobre ella, la define en el tiempo, la traduce en estados individuales y concretos; por esto no es dado al sujeto racional dejar de pensar, de sentir, de querer, de obrar en forma de derecho y de moralidad, etc., hallándose sólo á cargo y cuenta de su libertad una mayor ó menor intensidad y la dirección peor ó mejor.

Juntando ahora estas diversas notas en la propia forma con que aparecen en el concepto Vida, resulta ser aquella propiedad según la cual los seres, en tanto que activos, intervienen á título de mediadores para concertar sus dos formas de existencia potencial y actual, ó sea para determinar en serie de estados variables su esencia, permaneciendo ésta siempre la misma sobre todas sus interiores mudanzas; la propiedad por la cual un ser desarrolla en serie sucesiva su contenido latente ó dado como virtual y posible para su determinación, esto es, como fin de la actividad; ó más breve, *la Actividad de los seres en cuanto informa ó hace real y efectiva en Hechos ó estados su Esencia eterna y cada una de sus propiedades*

Determinado este concepto en vista de la unidad de la Vida (como vida del Ser), no se contrae á tal ó cual esfera de la realidad, sino que las abarca todas, aplicándose lo mismo al mundo de los astros y seres epitelúricos, que al de los espíritus y á cada una de sus propiedades, que á la humanidad en sus variadas esferas individuales y sociales (1).

### § 9.

Los elementos que en este concepto á primera vista pueden descubrirse son:

1.° *Lo por hacer ó vivir*, el poder ó potencia, la Esencia

---

(1) Únicamente por no complicar el análisis y no interesar á nuestro propósito, hemos hecho abstracción aquí de la vida de Dios, cuyo concepto formalmente no es el mismo, porque suponemos que en El lo posible y lo efectivo ó positivo se componen en un solo acto.

posible ó ponible (1) en estados temporales, algo que está contenido virtualmente y como en tensión, no manifiesto y determinado, pero que puede efectuarse ó realizarse por obra de la actividad. Importa no confundir esta significación de posible como *potencial* ó virtual (en oposición á actual, real, efectivo) con la significación de posible como *potestativo*, facultativo ó arbitrable, ó bien como eventual y contingente (en oposición á necesario); en el primer sentido, lo posible viene á ser indefectiblemente; en el segundo puede no ser ni suceder nunca: la confusión de uno con otro ha conducido á Hegel á afirmaciones erróneas de inmenso alcance, tal como la de estimar el mal como necesario por el hecho de ser posible. Lo potencial es eterno, esto es, no se altera jamas, permanece idéntico y el mismo en todos sus estados sin crecer ni menguar, sin encogerse ni dilatarse ni ser sustituido por otro; ó de otro modo, tiene por forma de su existir la eternidad, la permanencia.

2.º *Lo hecho ó vivido*, lo positivo, la esencia puesta (2) ó determinada en Estados, los cuales en oposición á lo por hacer son temporales, no subsisten, pasan en el instante de producirse para dejar el lugar á otro y otros en serie incesante y sin fin; lo que ha pasado de posible á determinado, de latente á sensible y concreto por virtud propia ó ajena, algo que tiene realidad actual y es accesible al sentido; en suma, la naturaleza de las cosas pero ya naturada. La forma de su existencia es el tiempo, la mudanza.

Estos dos modos de ser de la esencia, estas dos formas de su existencia, permanente y mudable, eterna y temporal, se corresponden de todo en todo; la esencia ó contenido de ésta es, según su propio concepto, la esencia de aquélla, y

(1) *Posible de posse*, tener posibilidad, pero con posibilidad que nace de la fuerza ó virtud del objeto (De Miguel y Morante).—*Ponible* ó *ponedero* (como escribe la Academia) de *ponere*, depositar y colocar; lo potencial que puede positivarse ó concretarse en estados sensibles.

(2) *Positivo y puesto*, ambos de *ponere*, lo que es ya real y efectivo en el tiempo.

cuantitativamente no se reserva porción alguna en la primera que no se informe en la segunda. La diferencia estriba en el modo de ser: en aquélla, la esencia infinita está puesta al modo de su infinitud, plenamente y para siempre; al paso que en la segunda la posición es infinitamente finita, determinada, en una modalidad tan concreta y exclusiva, que para traducir y expresar toda la esencia necesita estar acompañada, ó más bien, ir seguida de otro infinito número de modalidades distintas de ella. Sólo en Dios pensamos que se corresponden plenamente, en fondo y forma, la posibilidad y la actualidad.

3.º La *actividad vital* que causa los estados condensando y haciendo sensible ó individual en ellos la generalidad é indeterminación de la esencia vivida. Esta actividad mediadora en la relación de la vida difiere de la que media en la relación del derecho, porque en ésta el condicionante puede prestar medios exteriores á ella para fines relativamente también ajenos á él, al paso que en la vida el agente y gestor es el mismo ser de los extremos; uno mismo es lo por realizar y lo realizado, no se vive por otro ni para otro, ni los hechos y estados de un ser son de material ajeno á su propio fondo. La esencia, y la actividad que la determina en estados, están indisolublemente unidas en los seres; no sólo mudan éstos, sino que *se mudan*: como seres de esencia, lo son de posibilidad, de potencia ó de *facultad*, esto es, causa permanente y eterna de su determinabilidad y de sus propiedades determinables, pues están contenidas en ellos, y por tanto les son subordinadas; y luego, como seres de facultad son seres *activos*, esto es, causa próxima, inmediata, temporal de sus determinaciones, pues no se concibiera una causalidad eterna sin una causalidad temporal, esto es, una potencia vacía, una facultad sin actividad, una contradicción. Mas no entendemos que esta causalidad (fuera de la vida de Dios), sea por todo modo absoluta, antes al contrario supone siempre: primero, una causalidad suprema y común á todos los seres mundanos, pues interior y exteriormente, así ella como su causalidad, son finitos, carentes, limitados; segundo, causalidades influyentes,

pues ningún ser vive en completo aislamiento, sino en relación exterior con otros, ya superiores, inferiores ó coordinados; en otras palabras, su vida es á la vez *sustantiva* ó por sí, como ser positivo y absoluto, y *solidaria*, condicionada por otras como ser relativo y de negaciones; del predominio de uno ú otro de estos dos caracteres surge la necesidad de dos seres genéricos diametralmente opuestos: el *Espíritu*, en cuyas determinaciones aventaja la libertad é independencia, y la *Naturaleza*, en cuya vida prevalece la solidaria continuidad y subordinación respecto del todo; en aquél, la esfera de acción exterior ó medio ambiente vale poco; en la segunda lo es casi todo.

Lo *factible*, lo *hecho*, el *agente*: tales son, en suma, los elementos que hemos descubierto en el concepto *Vida*: dos términos extremos, la *posibilidad determinable* y la *determinación positiva*, en relación mediante la *actividad*; por tanto, un silogismo verdaderamente vivo al modo de la Lógica hegeliana, donde lo universal ó ideal, lo posible (P), y lo individual ó histórico, lo positivo (p), se equivalen sustancialmente, en tanto que el mediador, ó sea la actividad ejecutiva (a) se encuentra en ambos, allá como en su causa eterna, aquí como en sus efectos temporales, siendo igual la relación de *a-P* que la de *a-p*, aunque en inverso rumbo. El medio ó mediador reconstruye en una unidad compuesta las dos formas ó manifestaciones originarias de la existencia, eterna y temporal, en que se desdobra y contrapone la primitiva absoluta unidad del objeto visto en la conciencia, y las une en virtud de la relación que guarda con cada una de ellas: pues bien, esta unidad compuesta es una tercera forma de la existencia, que designamos con el apelativo *VIDA*.

Expresado gráficamente este concepto sería:



Los tres términos son, en sustancia, idénticos, puesto que

cada uno de los extremos es la esencia infinita—en el primero dada de una vez, en el segundo puesta en infinito número de estados finitos,—y el medio no es un término extraño á ellos, ni una propiedad, abstracta y vacía, sino el ser mismo en otro respecto, en cuanto logos, en cuanto mediador de esta relación y concatenación indefinida de relaciones con que la vida se constituye, en una palabra, el ser en movimiento desde su esencia hacia el tiempo. La virtud y fuerza interior del ser, obrando como causa y poder ejecutivo, hace pasar la Esencia, la idea, á Estado ó determinación sensible, desarrolla silogísticamente lo eterno en el tiempo, deduce lo particular de lo general, modela el tipo genérico en individualidades concretas, hace fluir del nómeno la serie variable y sin término de los fenómenos, es, en suma, el camino por donde descende al mundo de lo finito lo divino. Lo Posible y la Actividad son las premisas: la conclusión ontológica á que llegan es lo Positivo, la serie histórica de hechos ó estados; son, por decirlo así, el barro y el alfarero dando existencia á los productos cerámicos, sólo que en la producción de la vida los dos antecedentes son un mismo ser, aunque en una doble razón. La Esencia es en este proceso de la vida como el poder *ordenador* (legislativo y judicial) que rige y declara, y la Actividad como el poder *ejecutivo* que obra bajo la suprema dirección de aquélla, poniendo los medios declarados como necesarios para que la propia esencia se manifieste en estados sensibles conformes á ella (“*plastic nature*”, *natura genitrix* de Cudworth), ó para que éstos se conviertan á ella y se restauren recobrando su peculiar naturaleza y sustancia en los casos de parcial disconformidad ó de perturbación morbosa (*natura curatrix* de Stahl): la actividad halla en la esencia, á más del material por realizar, plan para la ejecución y criterio para el restablecimiento,—alimento, dirección normal y principio de salud, en una palabra, fuente y ley universal de bien para la vida que va elaborando.—Esta actividad ejecutiva el ser vivo la ejerce de una doble manera, según puede observarse: ó inmediatamente, tomando parte todo él en la función ejercida, ó de-

legando, por decirlo así, su poder en un órgano que la desempeña en representación suya y para su bien; naciendo de aquí dos formas en la actividad, que pueden llamarse *sinérgica* y *anergática* (1): la primera actúa sirviéndose de un órgano é instrumento particular, contenido en el ser, para cada función ó para un número determinado de funciones: la segunda se vale del ser todo como instrumento universal para todas las funciones que componen su vida (2). En todo caso, con esta ó con aquella forma, la actividad asiste siempre por entero, no se escinde, no distribuye el trabajo entre ellas por modo tal que en la una se inicie la función y en

(1) *Sinérgica* (ὄν, συν, ἐργάω ἢ ἐνεργέω, hacer, operar, ἐργαλεῖον, instrumento), actividad especial, instrumental, que obra mediante órganos, mediatamente: actividad *anergática* (ἀ-ἐνεργέω ἐργαλεῖον), general, no-instrumental, que funciona sin órganos, inmediatamente.

(2) Así, por ejemplo, el *Cuerpo* todo es órgano para la nutrición (absorción por la piel de vapor de agua, de alimentos líquidos en reparos, etc.), todo él en todas sus partes, glándulas, músculos, cerebro etcétera, es órgano de circulación (circulaciones locales) y de respiración (por la piel interior y exterior), tiene movimientos (los contráctiles de las células, y otros), recibe sensaciones (sentido total corpóreo, *sensus vagus* de Kant), se reproduce (generaciones escisípara, como en las plantas por estacas, acodos, etc.), etc.; y la *Humanidad* en todas sus esferas, individuo, familia, municipio, nación, etc., es toda ella y en junto órgano para la función del Derecho (Estado espontáneo), para la religión (Iglesia), para la ciencia (Universidad *lato sensu*), para la industria, etc., etc.—Mas luego, y aparte de este ejercicio general é inmediato de su actividad, el *Cuerpo* desarrolla órganos especiales ó sistemas de órganos donde aquellas funciones se determinan y concretan, uno para la nutrición (estómago é intestinos), otro para la circulación (corazón y arterias, circulación general), otro para la respiración (pulmón), otro para los movimientos (sistema neuro-físico ó ganglionar), otro para las sensaciones causadas por cada uno de los procesos naturales (vista, oído, etc.), otro para la reproducción, etc. etc.; y de igual modo la *Humanidad*, un órgano para la práctica reflexiva del Derecho (Estado oficial), otro para la religión (Iglesia docente), otro para la indagación, comunicación y conservación de la ciencia (Universidad), etc., los cuales á su vez se subdividen interiormente en multitud de órganos, v. gr., en el Estado, unos para legislar, otros para juzgar, otros para ejecutar y administrar, y á este tenor en los demás círculos sociales.

la otra se prosiga ó se perfeccione, ó que sea la una principal y la otra simple auxiliar y complemento suyo, ni menos que desaparezca ésta al punto que aquélla se manifiesta, no son sumandos desiguales de un todo, sino dos todos, ó más bien el mismo todo en dos respectos y modos diferentes, ambos sustantivos, permanentes, coordinados y de categoría igual, bien que manteniendo relación estrechísima, mediante la cual recíprocamente se complementan y perfeccionan allí donde concurren ambas al ejercicio de unas mismas funciones, componiéndose en una tercera forma que apellidaremos actividad *sinanergálica* (1).

Ahora, cuando la posibilidad sea común á diferentes seres, cuando la esencia permanezca la misma en todos ellos como esencia genérica, lo que cada uno vaya produciendo ó haciendo efectivo penderá exclusivamente de la actividad, y así cada una de las mudanzas de ésta determinará otra correspondiente en los estados, y consiguientemente en la relación general del silogismo en que la vida de cada uno se significa. Esto tiene que ocurrir más principalmente en la vida del Espíritu, por lo mismo que en ella predomina el carácter de sustantividad sobre el de solidaridad; por esto,

---

(1) Hay organismos cuya actividad vital sólo reviste la forma anergálica, careciendo de todo instrumento mediador ú órgano que no sea el ser mismo en su indistinta unidad. Tales, por ejemplo, en la Naturaleza, los astros, asimilados en todo á las células de los seres epitelúricos, los animales y vegetales en su período de gestación, y multitud de especies inferiores en todo el curso de su vida; y en la Humanidad, los individuos y las sociedades todas en su vida espontánea, y además en la reflexiva los individuos mismos (que son á un mismo tiempo órgano para la religión, para la moral, para el derecho, para la ciencia y el arte, para la industria, y desempeñan en los límites de su vida inmanente todas las funciones y oficios que lleva consigo la realización de todos esos fines), y los círculos que ocupan el lugar inferior de la jerarquía social, como la familia (que es en junto estado, taller, escuela, iglesia, etc., y ejerce todas las funciones que en esferas superiores están separadas, legislar, juzgar, ejecutar—preparar materias primeras, producir, distribuir—indagar, comunicar, conservar, etc.), la parroquia (que desempeña los diversos ministerios implicados en el ejercicio reflexivo del fin religioso), etc., etc.

si bien nuestra vida se realiza en el tiempo, no se mide ni calcula por el tiempo matemático, que puede ser un término relativo de la Naturaleza, sino por el tiempo interior que cada sujeto produce originalmente con sus mudanzas; cuanto más intenso es ese tiempo, esto es, cuantos más estados determina la actividad, cuanta más esencia infinita trae á existencia temporal, tanto más vive el ser, independientemente de que la Tierra haya girado muchas veces ó ninguna en derredor del sol; así decimos que hay minutos que son como siglos en la vida del hombre y de la humanidad. Una vida es buena y bella y útil, y además, en el orden de la libertad, moral, justa y religiosa, cuando sus estados todos son engendrados rítmicamente, á imagen y semejanza de la esencia una y eterna que la funda, y con un tiempo interior que sea: primero, plenamente concorde, en su unidad, con el tiempo exterior del todo genérico á que pertenece, y aun del todo cósmico, en el fondo, y en la determinación con creciente progreso; y después, conforme en cada una de sus interiores divisiones con aquella unidad del tiempo interior que debe presidir á todas y cada una, de tal forma que cada día y hora de la vida sea viva y perfecta imagen de su eternidad.

## § 10.

### c.—Leyes de la Vida.

Declarado hasta aquí el *concepto* de la Vida, queda todavía intacta esta nueva cuestión en él contenida: *¿cómo se efectúa la vida, al azar y desordenadamente, ó con ley real y objetiva?* problema cuya solución se allana con lo que va ya expuesto. Vimos que un estado es una posición finita de toda la esencia infinita del objeto, y por tanto, que cada hecho y estado, si bien enteramente original y otro que los restantes en lo concerniente á la forma, tiene de común con todos el fondo, la sustancia, que hay por consiguiente en

medio del constante mudar de la vida un elemento permanente que la anima y le da dirección unitaria y homogénea como el mismo. A esta *relación de permanencia dada en la mudanza* dámosle el nombre de *Ley*: no se constituye el concepto de *Ley* con uno sólo de los términos, ni el hecho ni la posibilidad dan por sí ley: ésta es relación immanente en ambos á la par (1). Un hecho es una determinación eterna en forma temporal; producido que sea una vez, todavía queda la esencia íntegra y solicitando ser puesta otra y otra vez indefinidamente á tenor de su infinitud: cuando de esta

---

(1) La conocida definición de las leyes dada por Montesquieu, y generalmente aceptada: "Las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas, ó las relaciones que tienen los seres entre sí y con la razón primitiva." no parece conforme á la realidad; primero, porque no siempre es necesaria la relación en que la ley consiste, pues en tal caso habríamos de afirmar que las leyes tocante á la actividad del espíritu negaban su forma primordial, que es la libertad, como el mismo Montesquieu reconoce poco después (*Espíritu de las leyes*, lib. I, cap. I), y notó más tarde Bentham; y segundo, porque no toda relación entre seres constituye ley, siendo menester para que ésta aparezca, el previo supuesto de una serie de relaciones. *Tiberghien* conviene con Montesquieu en el concepto de ley, aunque luego añade atinadamente: "en una serie de fenómenos semejantes hay siempre algo de permanente, y este elemento invariable es su ley (*Teoría del conocimiento*, lib. II, cap. III)." Tratando de rectificar á Montesquieu, incurre T. P. Ancillón en el defecto de involucrar la esencia de la ley con su expresión ó forma reflexiva exterior: "las leyes tomadas en sí mismas no son, como afirma Montesquieu, relaciones, sino las fórmulas que expresan y enuncian los efectos que proceden ó deben proceder de las relaciones, las reglas de la actividad recíproca de los seres que indican lo que hay ó debe de haber de general y constante en esa actividad. Sin una inteligencia que notase y distinguiese todo esto, no habría leyes, habría únicamente causas y efectos (*Espíritu de las Constituciones políticas*, pág. 10). Exagera este defecto Tracy en sus comentarios á Montesquieu cuando, negando que la ley sea relación, la define como la regla de nuestras acciones prescrita por una autoridad reconocida por legítima. También Lerminier, hallando que los seres en sí, independientemente de sus relaciones, obedecen á leyes propias y reales, tiene por falsa ó incompleta dicha definición.

suerte se engendra sobre ella misma una serie tal que el estado ó fenómeno se repita en progresión ordenada, ó se prolongue en línea de estados infinitésimos homogéneos, la relación de unos á otros, bajo la común unidad que todos y cada uno informan, expresará la ley de su producción, la ley de la vida del ser cuya esencia es realizada ó informada. En el caso de Derecho, por ejemplo, desde que un sujeto obligado aplica libremente medios á fines racionales, queda constituida una relación jurídica traducida en un hecho; cuando esta aplicación de medios ha de continuar análogamente en un mismo hecho ó en una sucesión de hechos ó estados distintos, ó de otro modo, cuando aquella relación simple é instantánea se trueca en relación permanente (por más ó menos tiempo), queda fundada una relación de relaciones significada en una ley: en el caso del hecho tenemos una expresión de la conducta justa observada para establecer una relación; en el caso de la ley, una expresión de la línea de conducta jurídica que debe ser observada para formar una serie mayor ó menor de relaciones consonantes con otra paralela de estados. Otro tanto cabe decir de la vida general del cuerpo y de cada una de sus funciones, de la vida general del planeta y de cada una de sus variadas esferas.

En orden á la Ley suprema y fundamental que rige ó debe regir soberanamente toda vida, imprimiendo á todos sus fenómenos dirección y movimiento, y siendo la cadena que los enlace en la común unidad del ser actuante, evidentemente no puede ser otra que su misma esencia activa en cuanto se hace efectiva en todas sus propiedades y relaciones, desarrollándolas en serie de estados homogéneos y acordes plenamente con ella misma; que es lo que designamos con el nombre de *bien*. El bien sólo nace de la vida y para la vida: la esencia en sí no es buena ni mala; son buenos los estados si responden de todo en todo á la naturaleza del ser que en ellos se va manifestando, si ponen su esencia como su esencia es, si son positivos ó afirmativos de aquello que traducen en la realidad; y por el contrario, adque-

ren la cualidad de malos si los contradicen ó niegan. Mas esta negación en ningún caso puede ser total ni absoluta, porque la *Ley del bien* es objetiva, la actividad no la crea, la actividad no legisla, lo único á que alcanza es á reglamentar el pormenor para las aplicaciones concretas, y en la interpretación individual que tiene que hacer en cada caso, es donde únicamente caben las desviaciones y torcimientos y posiciones falsas que ofrecen al mal ocasión de nacimiento. Del concepto mismo de la Vida se infiere que el bien es su fin ó uno de sus fines, lo mismo cuando se dirigen á producir hechos originalmente, como cuando tiende á sanarlos y restituirlos al orden reparado de la esencia. Y no concibiéndose otro ni más alto fin en aquélla que el de realizarse en conformidad con la esencia misma que se vive, la Ley del Bien es suprema, y por lo mismo única; si existen otras, estarán subordinadas á ella y para su servicio.

¿Y realmente existen más leyes que la ley del bien en la vida? Sin duda ninguna que las hay, aunque debajo de ella, porque si es cierto que la ley es primeramente una y absoluta para cada ser, lo mismo que la esencia posible, lo mismo que la actividad que la informa, no lo es menos que como ella se despliega al interior en variedad de formas particulares, mediante las cuales se hace práctica y efectiva en la vida. Y toda vez que esta ley general del bien es la misma posibilidad en relación á la efectividad, la misma idea en relación al hecho, la misma esencia en relación á los estados, las esencias particulares ó categorías orgánicamente abrazadas en ella compondrán el organismo de leyes segundas en que el contenido y pormenor de la ley general puede desdoblarse, y en el mismo orden: la vida expresa la evolución de la sustancia de cada ser y de cuanto en la sustancia se encuentra latente, relaciones y propiedades (en último término categorías), y por tanto, debe traducirlas en modos particulares afines á ellas; al *qué* necesariamente responde el *cómo*, á la idea la ley de su manifestación. Ahora bien, la esencia muestra sus categorías en

los diferentes respectos con que entra en la vida: 1.º, en su nuda posibilidad, como fondo ó idea factible, independientemente de la forma; 2.º, en su nuda modalidad, como forma en que se hace positiva, independientemente del fondo; 3.º, en la unión del fondo y forma, como esencia puesta (existencia), eterna y temporalmente; 4.º, como actividad mediadora para la composición de estas dos existencias en esa tercera forma que llamamos Vida. Las leyes de ésta se ordenarán, por tanto, en cuatro grupos paralelos á esas cuatro fuentes de categorías, y su perspectiva podrá dibujarse én estos generales perfiles:

I.—*La Vida se realiza según las categorías de la Esencia en sí, ó como fondo factible dado á la actividad, como fin: Unidad, Variedad, Armonía.*

a—La vida es *una*; y por eso podemos estudiar sus leyes generales como Vida del Ser; y lo mismo con respecto á cada ser ó propiedad particular en sí, como vida de la Naturaleza, ó del Espíritu, ó del reino vegetal, ó del conocimiento, etc.

b—La vida es *varia*, pues que en pluralidad de esencias ó atributos particulares se divide el todo de la esencia.

a'—Ley de vida de los Infinitos Relativos fundamentalmente dados en el Ser: Naturaleza, Espíritu, Humanidad.

b'—Leyes de su división interior sistemática:

De la Naturaleza:

Ley de los reinos naturales: sideral ó uránico, vegetal, animal.

Ley de la división y subdivisión sistemática de los reinos en clases, órdenes, familias, géneros, etc.

Del Espíritu:

Ley de las facultades y propiedades espirituales: conocimiento, sentimiento, voluntad, derecho, religión, moral, etc.

Ley de la división y subdivisión interior sistemática de cada una.

De la Humanidad:

Vida individual: ley de las razas y de los sexos.

Vida social:

De las sociedades totales: la familia, el municipio, la nación, etc.

De las sociedades finales: el Estado, la Iglesia, la Universidad, etc.

c—La vida es *armónica*:

*a'*—interiormente: la vida es orgánica, ó cada uno de sus factores y estados se determina, á la par que sustantiva, solidariamente con todos los demás bajo la común unidad del ser que los causa;

*b'*—exteriormente: la vida de cada ser se realiza, á la vez que sustantivamente, en relación de condicionalidad con todas las restantes vidas (ley del cambio recíproco entre cada ser y su medio ambiente).

II.—*La Vida se realiza según las categorías de la Esencia en cuanto Informada*: positiva, ó puesta de una vez, unitariamente; opositiva, ó en la negación interior de unos miembros para con otros, en diversidad y lucha: y compositiva, de todos bajo la unidad, concertándose y condicionándose recíprocamente: *Posición, Oposición, Composición*, ó tesis, antítesis y síntesis. Con arreglo á ellas, la vida se desarrolla (en su período de crecimiento) en tres edades:

*a*—Edad embrionaria, de germinación ó de confusión: *tesis*.

Génesis del ser: fijación del tipo morfológico ideal en un medio ambiente;

Gestación del embrión ó germen como núcleo de este medio;

Crecimiento de toda vida incipiente al amparo y tutela de otra ya desarrollada;

Indistinción de los miembros ú órganos durante esta edad.

*b*—Edad evolutiva, de desarrollo ó de distinción: *antitesis*.

Ley de oposición interior: diferenciación de órganos en el ser que vive.

Idem exterior;

Idem interior-exterior.

*c*—Edad involutiva, de madurez, ú orgánica: *síntesis*.

Ley de relación y composición interior: armonía de la indistinción primitiva con la diferenciación posterior: reducción de órganos; etc.

Idem exterior;

Idem interior-exterior.

III.—*La Vida se realiza según las categorías de la esencia unida á la forma* (Existencia), ó como esencia puesta: *permanente, mudable, progresiva*:

*a*—Ley de la mudanza: sucesión de los estados, ó renovación de la vida;

*b*—Ley de la permanencia:

Permanencia del ser en su tipo ideal;

Continuidad ó permanencia del suceder.

*c*—Ley del progreso:

Ley de la tradición;

Ley de la perfectibilidad;

Ley de la reforma.

IV.—*La Vida se realiza según las categorías de la Actividad; reales ó esenciales, formales y orgánicas*:

*a*—Leyes reales de la actividad:

En la Naturaleza: actividad uránica, botánica, zoológica;

En el Espíritu: actividad pensante, sensitiva, volitiva,—jurídica, moral, religiosa, etc.

b—Leyes formales de la Actividad:

-De la Actividad Espiritual:

Ley de la libertad;

Ley de las formas espontánea, reflexiva y artística.

De la Actividad Natural:

Ley de la solidaridad (concreta);

Ley de los procesos naturales: físico, químico, orgánico (1).

c—Leyes orgánicas: Actividad sinérgica, anérgica, sinanérgica.

### c.—La Vida del Derecho.

#### § II.

##### a.—Fórmula de su Concepto.

Hasta aquí hemos determinado y puesto de relieve, con la brevedad que el carácter elemental y sumario de este trabajo pide:—1.º la naturaleza de la *Vida* en general, ó como *vida del Ser*, en la unidad de todas sus esencias ó propiedades, sin excluir á ningún ser particular ni ninguna propiedad en él: *la realización de lo esencial posible del Ser en estados temporales, mediante su propia actividad* (§ 8):—2.º el concepto

---

(1) Sin dar con esto como resuelta la cuestión de si el proceso vital ú orgánico es resultado de la composición de los demás procesos, ó si por el contrario éstos—las llamadas fuerzas generales de la Naturaleza—son meros factores, elementos ó funciones de la vitalidad ó actividad orgánica, la cual sería en este caso la única propia y fundamental en los seres de la Naturaleza.

absoluto del *Derecho* como una de esas propiedades ó esencias: aquella forma de la actividad conscia que consiste en condicionar libremente fines racionales con bienes ó utilidades adecuadas á ellos; ó *la relación establecida racionalmente entre fines condicionables y condiciones ó medios útiles* (§ 3).

De la comparación de estos dos conceptos resulta con toda evidencia la sustantividad de uno y otro término, y el error de aquellos que los han confundido, afirmando precipitadamente que "el Derecho es la Vida" (1); ecuación incompatible entre dos ideas que difieren tanto por la naturaleza de la relación que las constituye, simple en aquélla, compuesta en ésta, como por la función que en el sistema de la realidad á cada una corresponde, que en el Derecho es la libre condicionalidad—unión de medios á fines,—y en la Vida la realización,—información de esencia eterna en el tiempo. Mas el que sean distintos no obsta á la posibilidad de una relación mutua en-

---

(1) *Lerminier* estampa como lema de su principal obra esa afirmación donde se identifica el Derecho con la Vida; pero no es la Vida el único término que forma ecuación con el Derecho, al decir de Lerminier: "Individuos y pueblos, dice, trabajad por restituir la vida á vuestro corazón mediante la conciencia de vuestros derechos y la contemplación inteligente de los esfuerzos de aquellos á quienes reemplazáis hoy. *El Derecho es la realidad misma, es el esqueleto de la historia*; envuelve en su círculo la religión, la industria, el arte, la filosofía, pues gracias á su libertad puede consagrarse la humanidad á sus ideas y á sus deseos. *In eo vivimus, movemur et sumus. El Derecho es la vida*" (lib. V, cap. I). En otra parte declara que el Derecho es para el hombre el reconocimiento obligatorio, "pero inactivo, de su propia libertad y de la de los demás" (lib. I, cap. III). En esta multiplicidad de conceptos, ó más bien, traducciones metafóricas, resulta que la realidad, y la vida, y el armazón de la historia, y el reconocimiento de la libertad son una misma y sola cosa, á saber, Derecho; pero dudamos que haya filósofo tan osado que se sienta capaz de reducir á unidad conceptos que al sentido común aparecen tan divergentes. A este libro intitula *Lerminier Filosofía del Derecho*, y en esta filosofía dice seriamente que "en la ciencia de la sociabilidad, Francia no tiene que recibir lecciones de nadie: piensa profundamente y obra de un modo decisivo; se pertenece á sí misma, tanto por su filosofía como por su constitución."

tre ellos; antes bien tal relación aparece de todo punto necesaria, atendido el carácter de totalidad que tanto el uno como el otro término revisten tocante á su esfera: ambos abrazan todo cuanto es, no existe ser ni esencia de ser de quien no se diga la Vida y de quien no se predique juntamente el Derecho; por manera, que también será categoría del Derecho la Vida y de la Vida el Derecho. Segun esto, la relación entre ambos principios será doble:—1.º El Derecho es una forma, y lo informado en ella es la Vida toda, sin que esfera ninguna suya sea exceptuable ni pensable como no jurídica: el Derecho no es esencialmente la Vida, pero está dado para la Vida: al par de cada persona ó institución nacerá el Derecho que ha de proteger y condicionar negativa ó positivamente su crecimiento; al par de toda su vida y en perfecto paralelismo con cada una de sus mudanzas, de edad, organización, salud, etc., cambiará también ese su derecho; y cuando su vida desaparezca por haber cesado el principio ó la razón de ser que la sostenía, desaparecerá de igual modo el Derecho que la informaba, ó subsistirá sólo, si acaso, como una esfera hueca para embarazar el libre movimiento de los seres que están por nacer ó se están desarrollando: tal aparece al menos como exigencia racional deducida inmediatamente de la comparación de los dos conceptos:—2.º La Vida se predica del Derecho (como de las demás propiedades particulares del Espíritu), no porque sea el Derecho lo que propiamente vive, que esto cae fuera de los límites de lo posible, siendo, como es, esencia adjetiva, no siendo ser propio de sí ni fundando sustantivamente sus mudanzas, sino porque el Espíritu informa en él sus estados y determinaciones, porque vive al modo jurídico. No es el Derecho el material y fondo efectuado (*e-facto*, puesto en hecho, individualizado, puesto en estado, producido) en la Vida, sino la manera de ser ó de efectuarse esa producción de estados en el ser racional finito mediante su actividad libre; ó una dirección de esta actividad hacia el bien para realizarlo en cuanto medio útil para otro bien, un principio práctico, una regla de aplicación inmediata para la vida, por tanto una relación que entra en las condiciones de la Vida y se somete á sus

leyes; al modo como la sombra responde á las condiciones geométricas de los cuerpos que la proyectan y sigue punto por punto sus mudanzas. Así podemos decir elípticamente "*vida del Derecho*" como sinónimo de "vida realizada en forma de Derecho", ó "vida jurídica del ser racional", y más breve "*vida del Estado*", no siendo Estado sino la personalidad humana (individual ó social) en tanto que órgano activo para la función del Derecho (1). Es una vida en subordinación, que no funda su valor y sentido *inmediatamente* en el Derecho, sino que depende de otra que pudiéramos decir sustantiva ó de ser, con la cual aparece, al compás de la cual se modifica, y fuera de la cual como una sombra huye y se disipa.

Ahora bien, es de toda evidencia que la Vida del Ser en razón de una de sus esencias no puede ser diferente de su Vida en razón de la unidad de todas ellas, ya que en último resultado todas asisten y toman parte en la vida de cada una, por la índole propia del Espíritu, no dándose acto de Derecho tan puro que no participe á la vez del carácter del conocimiento, de la moral, etc. Por otra parte, si traemos á la memoria la ley de la unidad y homogeneidad de la Vida, induciremos lógicamente que las mismas notas que se predicuen del Ser, en general, tendrán aplicación á cada uno de los seres particulares con la añadidura de aquella otra característica especificatriz que á cada una corresponda por su naturaleza limitada y concreta.— Según esto, será *Vida del Derecho* la composición de sus dos formas originarias de existencia (permanente y temporal) en una tercera, mediante la actividad del Ser de quien el derecho es una propiedad; y

---

(1) No cabe dentro de nuestro propósito analizar aquí el concepto del Estado; pero siendo de necesidad su conocimiento para la inteligencia y resolución de algunos problemas que hemos de discutir en breve, pueden verse indicaciones interesantes acerca de él en Sanz del Río (*Ideal de la humanidad*); Ahrens (*Curso de Derecho Natural*, § 105); F. Giner (*Principios de Derecho Natural*, lecc. 31 y 34); Pascal Duprat (*El Estado, su lugar y su papel en la vida de las sociedades*), etcétera.

también, esta actividad misma del Ser racional en tanto que informando ó haciendo efectiva en el tiempo la propiedad ideal del Derecho: ó en suma, *la realización ó determinación del Derecho como principio Esencial y eterno, en serie de Hechos ó estados temporales y sensibles (positivos), mediante la Actividad de un sujeto racional.*

Este concepto deja descubrir tres términos capitales: uno objetivo ideal, el Derecho por vivir ó *factible*, otro objetivo sensible, el Derecho vivido ó *efectuado*, otro subjetivo, la actividad *eficiente* que media entre ellos para labrar con la lenta y sucesiva composición de ambos elementos objetivos el rico tejido de la vida jurídica. Y contrayéndolo á los términos de un silogismo vivo: una mayor, el *Derecho ideal ó posible*; una menor, el *agente ó gestor* (sujeto activo) que desarrolla esa idea típica, concreta y específica esa posibilidad, y la reduce á límite imprimiéndole formas finitas; y por último, una conclusión, el *Derecho positivo ó histórico*, constituido por la serie de determinaciones sensibles que nacen de esta evolución silogística del Derecho eterno en el tiempo de los seres racionales. Todos tres términos son uno mismo en distinto respecto, ó son tres situaciones diferentes de un mismo ser: como ser jurídico puesto todo de una vez en un solo estado de Derecho, permanente y sobretemporal, posible y dado á la actividad: como ser jurídico puesto en infinito número de estados en el tiempo; y como ser activo y mediador que elabora por propio impulso el material jurídico que el mismo es y lleva en estado latente, y lo hace sensible según la medida de la necesidad en cada punto.

Examinemos separadamente cada uno de estos elementos que componen la Vida del Derecho.

## b. — Examen de estos elementos.

## § 12

## 1.º Derecho ideal.

El *Derecho* como *idea*, ó como principio esencial y por realizar, posible ó factible, idéntico siempre consigo mismo, absoluto, inmutable, anterior y superior al tiempo y á las circunstancias históricas, y radicado en la conciencia donde es recibido inmediatamente por nosotros: tal es el primer modo de existencia en que aquel principio se nos manifiesta. Siendo su forma (en oposición á lo mudable) la eternidad, la permanencia, es fundamento y criterio de toda determinación temporal suya, y por estó no aceptamos jamás en clase de jurídicos hechos cuyo contenido no forma exacta ecuación con la esencia del Derecho, ora se les declare contrario, ora les sea indiferente: ni el fin, ni los medios, ni la relación entre ellos y del todo con la actividad libre condicionante, sufren cambio sustancial por accidentalidades nacidas del tiempo; en todo hombre, y por toda su vida, y en todo el discurso de la historia, y antes y después de la historia, fundamentalmente son idénticos, y á ellos y al principio de ellos— el Derecho—convertimos incesantemente la vista como á manantial perenne é inagotable, siempre fresco y puro, de normas y reglas para la vida. Como posibilidad ó facultad, el Derecho ideal es causa permanente y eterna del infinito número de determinaciones que en sí contiene, presta la primera materia para la obra de la vida y la ofrece perpetuamente á la actividad para que, trabajando sobre ella según su propia ley, la despierte de su estado de sueño, la saque de su indeterminación, y la individualice en ejemplares finitos, bien que

conformes á ella, dándole existencia actual, concreta, accesible al sentido y de eficacia para la vida.—Y siendo atributo ó propiedad del ser jurídico, no parte cuantitativa de su sustancia, lo abraza y penetra todo, nada de él queda donde no se revele esa propiedad, y por lo mismo no pudiera variar su naturaleza sin que se alterase la naturaleza toda del Ser mismo que lo vive. Nace de aquí que el sujeto racional haya de vivir necesariamente en forma de justicia, que el Derecho ideal sea *posible-potencial*, necesario, á diferencia de lo contra-Derecho (injusticia) que es meramente *posible-potestativo*, accidental, según reconoce la sana razón común contra el dictamen de alguna escuela. No hay en el Derecho principio de mal, la injusticia carece de idea, no tiene esencia, su existencia es eventual, puede existir y puede no existir, y cuando existe, ha nacido no de la sustancia del Derecho, sino de una falsa *posición* de esta sustancia por la voluntad mal predispuesta del sujeto: el delito es posible en la *finitud* humana, pero no es potencial en la *esencia* del Derecho como entendió Hegel, ni son por tanto momentos esenciales de su cumplimiento la perturbación y la reparación, ni palancas fundamentales de su vida el verdugo y la guerra.

Este Derecho esencial, esta posibilidad jurídica que ha de recibir del sujeto activo existencia actual y efectiva, puede nacer de una doble fuente: puede ser originaria y derivada, puede hallarse en el ser como esencia innata ó venir de fuera del ser como esencia adquirida y agregada, ser, en suma, *propia ó apropiada*; pero en ambos casos ha de ser suya, toda vez que, según el concepto de la vida, ningún ser puede realizar otra esencia que su esencia ni mediante otra actividad que la suya propia. Puede vivir una persona principios de Derecho que no hayan nacido en él, al modo como un árbol puede vivir y fructificar con ramas que no traigan de él su origen, pero para que se cumpla tal efecto, de la misma suerte que el árbol prepara la obra de la fructificación en el injerto reduciéndolo á la solidaria unidad de su esencia y de su vida, hasta hacerlo dependiente de

sus funciones generales y constituirlo en órgano suyo en la misma medida que lo son aquellos cuyo germen nació en él mismo, es necesario que la persona jurídica se asimile aquellos principios, y los identifique con su propio ser hasta trocarlos en sustancia propia, practicando más bien que una hipóstasis, imposible, una transubstanciación, ó mejor, un despertamiento de las esencias virtuales que residen al interior y aguardan ocasión de manifestarse. Entonces, y sólo entonces, podrá afirmarse con verdad que tales principios ó ideas son esencia virtual para tal sujeto activo de Derecho. Lo que no empieza por hacerse *posible* para un ser, no puede *causar estado* en él, ni él *ponerlo en estado*.

Tiene este principio suma importancia para la vida, y es fecundísimo en consecuencias de inmediata aplicación que irán desplegándose y declarándose en todo el discurso de nuestra indagación. Desde luego vemos desprenderse de la reflexión precedente este corolario: que para influir sobre la vida jurídica de un ser racional (sociedad ó individuo) verbigracia, para reformarla ó avivarla, es exigido en razón el procedimiento mediato, no estimulando directamente la actividad para que desde luego obre, sino promoviendo una asimilación previa del principio ideal en forma de conocimiento y de sentimiento, y luego de voluntad; que una vez que esto haya sido logrado, el sujeto en cuestión se moverá espontáneamente á poner por obra aquello que es ya esencia suya, carne de su carne, y que solicita con poderosa eficacia el concurso de su actividad. En menos palabras: *En toda relación de influencia jurídica, debe tomarse por mediador el ser mismo influido*: no basta que el principio en cuestión *afluya* al río de la vida jurídica, es preciso que *in-fluya* ó corra por su cauce como líquido de propia vena. Mientras no se camine con este sentido ó se precipiten los pasos del procedimiento, ó no se obrará ó se obrará á ciegas y sin brújula, faltando la del conocimiento, ó sin motor eficaz faltando el del sentimiento, ó sin derrotero fijo faltando la resolución segura de la voluntad, y el obrar se resolverá en movimientos desordenados y contradictorios, desiguales,

tortuosos, desproporcionados para el fin, perturbadores de su cumplimiento, y que ora chocando entre sí, ora precipitándose unisonamente, se desvanecerán sin dejar tras sí otro rastro que el de los desastres que haya causado. Se arrojará el agua del bautismo sobre la cabeza de un pueblo vencido, antes de haber extirpado de su conciencia la revelación islámica, y su conciencia escupirá el agua del bautismo como baba de Satanás, y aprestará el arma para rechazar la fuerza con la fuerza y vindicar el derecho ofendido de la humanidad como acaeció en la reconquistada Granada: se querrá uniformar y simplificar la administración para hacerla rápida y económica, abolir la servidumbre, establecer la igualdad legal, etc., cuando todavía no se han quebrantado los resortes enmohecidos del Estado antiguo, y el pueblo combatirá el proyecto como instrumento y señal de tiranía con las armas en la mano, como le sucedió á José II: se querrá que un pueblo viva derechos naturales antes de habérselos asimilado en idea, antes de haber destronado los antiguos motivos de obrar, con impulso exterior, abstractamente y sin subordinación al superior principio y al fin último de la personalidad, y el pueblo los entenderá como derechos del tercero ó del cuarto estado contra los otros dos, como aconteció en la revolución de Francia; se le querrá hacer entrar en una cierta organización económica internacional, antes de haberle doctrinado y persuadido sobre su verdadero alcance y relaciones, y sobre los límites de su eficacia, y entenderá que se trata de encerrar en la fábrica toda la sociedad y de negar todo medio de vida á quien no maneje la azada ó la lanzadera; se querrá iluminar la conciencia de la humanidad con el fijo y suave resplandor de las ideas, verdaderas estrellas en el cielo del pensamiento, y sólo se logrará acumular caliginosas nubes preñadas de rayos y de tempestades; que no hay cosecha sin siembra que prepare, ni alumbramiento sin concepción que vivifique, ni calor sin fuerza latente que lo engendre; y empeñada la vida fuera de este camino, lo que pudo ser campo de dorada y abundosa mies, si se hubiera

labrado, será estepa baldía ó páramo yerto sólo habitado de abrojos y alimañas, y lo que pudo ser eléctrico faro coronado de resplandores, será centella que condensando la luz en calor infinito, fundirá y aniquilará lo que únicamente luz y calor pedía para dilatarse y elevarse en la vida. Obrando los seres fuera de su centro ó sobre material exterior á su medio ambiente, lejos de los alcances de su actividad, abortados los principios en la mente por falta de incubación, tan necesaria á las ideas como á los mundos, embriagados por la idea, ó más bien por falsos espejismos de la idea, tomando por historia real sus apocalipsis fantásticas, azotan el viento en persecución de imágenes sin realidad, equivocan los fines, no aciertan con los medios, proceden como quien vive en un mundo extraño, viendo todas las cosas al revés, y malogran las fuerzas más sanas y hacen producir á los más nobles propósitos frutos de maldición.

### § 13.

#### 2.º El Derecho positivo.

El *Derecho* como *hecho*, ó como estado realizado, positivo, como determinación sensible, histórico, distinto de todos los demás, mudable y relativo: tal es el segundo modo de existencia en que se nos revela el Derecho. A pesar de la inmutabilidad sustancial de su principio, el Derecho no puede ser rígido é inflexible si ha de corresponder á su concepto y no desmentir su fin, si verdaderamente ha de condicionar la vida y amoldarse á todas sus exigencias, porque es ley de la vida la variedad, y ésta se manifiesta, no sólo como diversidad de vidas en la Vida del Ser, sino de situaciones en cada vida particular; cada una supone un ambiente propio, circunstancias peculiarísimas y necesidades diferentes, y en consecuencia requiere del condicionante otra conducta que las demás, y como resultado un

hecho ó estado jurídico de forma diversa. Según esto, cada determinación histórica de Derecho ideal ha de mostrarse por necesidad enteramente concreta con caracteres específicos que la distinguen de todas las restantes, como se distinguen los estados y situaciones del ser informados por ella; y así, existirá (en contradicción con el carácter de unidad y permanencia del Derecho ideal) una serie infinita de posiciones individuales, en todos sus aspectos determinadas, y mudables de momento á momento. Esto no obstante, la particularidad y contrariedad de los estados se limita á la forma, pues por lo demás el contenido de todos ellos debe ser común (según el propio concepto de estado, § 8), ó tuviera el Derecho naturaleza múltiple; y esto, lo mismo cuando se muestran esencialmente iguales en todas las personas, por fundarse inmediatamente en su común cualidad de ser, sin más—(que es lo que decimos derechos naturales ú originarios), como cuando se producen en cada persona de modo distinto que en las demás, por causa de la situación peculiarísima en que la han colocado hechos propios ó exteriores y ajenos á ella (que es cuando decimos derechos relativos, derivados, propiamente individuales). Al compás que la situación de las personas nace ó se modifica ó desaparece, traduciéndose al exterior por hechos, se va mostrando, metamorfoseando y extinguiendo el Derecho, esto es, se pone, ó cambia de posición, ó se retira. Tal es la esfera del *Derecho positivo* ó histórico.

No es, por tanto, Derecho positivo meramente el derecho manifestado en reglas sociales por ley ó por costumbre, sino también el establecido por los individuos ó las sociedades en la esfera de su jurisdicción immanente y para sus relaciones exclusivas y peculiares (mediante contratos, testamentos, laudos, etc.), y el que nace de la posición en que colocan á una persona circunstancias determinadas en su medio ambiente natural y social independientemente de su voluntad.

## § 14.

Ahora, ¿qué relación existe entre ambos derechos Natural ó ideal y Positivo ó histórico?—Pues pensamos al uno como infinito y como finito al otro, no existiendo más de una clase de Derecho, siendo enteramente homogéneo en toda su naturaleza, parece de rigor que aquella relación sea la misma que existe entre la causa y sus efectos; por una parte relación de identidad cualitativa por lo tocante al fondo, toda vez que la actividad jurídica no puede informar en los estados más derecho que el que está en su posibilidad, el que le es dado como fin, el Derecho ideal y eterno; y por otra parte, relación de inferioridad cuantitativa, en tanto que el ideal carece de límites, y nuestra vida, encerrada en muy angosto círculo, no puede agotarlo jamás, siendo siempre por ésto el Derecho Positivo una determinación concreta suya—más ó menos extensa, de un pueblo ó de la humanidad, pero al cabo finita—y subsistiendo por tanto íntegro aquél y solicitando ser puesto más y más veces y en infinito número de estados diferentes por las diferentes humanidades en el espacio; en cuyo caso, aun esta relación de inferioridad totalmente desaparece, y los dos Derechos se identifican así en la forma como en el contenido.

El Derecho natural y eterno no es sobre el tiempo y exterior á él, sino permanente, subsiste en todo lo que unitariamente es y en cada uno de los estados que componen una serie infinita ó ilimitada: no muda, sino que queda inmanente en la mudanza, no es contrario al tiempo, sino á aquello que es informado por el tiempo. Lo eterno y lo temporal son de la misma naturaleza, no siendo ésta sino la posición é información de aquél; no pasa todo en los hechos, de uno á otro algo de común permanece, y de aquí nace la posibilidad de compendiar en una ó varias notas el carácter general de la legislación de un pueblo, ó de varios pueblos en un siglo, ó de toda la vida de la humanidad, y que estime-

mos esas notas como expresivas del Derecho permanente en todos los fenómenos en que se ha revelado el Derecho durante ese tiempo. A la vez, lo permanente también en cierto modo pasa, y así, todo el Derecho de ese pueblo ó de esa época lo consideramos como un hecho mayor dentro de la serie infinita en que el infinito Derecho debe manifestarse; y cuando nos remontamos á estas alturas y nos figuramos lo común realizado en todos los tiempos posibles, hemos llegado ya á lo absolutamente permanente ó eterno, al Derecho racional en su absoluta unidad, pero puesto, ó en forma de Derecho real, de Derecho positivo. Y descendiendo de aquí otra vez, hallaremos que ese Derecho Positivo, absolutamente permanente en el infinito tiempo, es relativamente permanente en los tiempos particulares, que no es Derecho cuya pura realización sea imposible al sujeto por causa de la imperfección y limitación de que se halla afectado en su vida presente, antes bien la conciencia á todas horas le advierte que en ninguna circunstancia de su vida le es lícito faltar á él, que debe cumplirlo siempre tal como la misma conciencia se lo muestra, no así como idea general absoluta y abstracta, sino como cualificada en cada caso particular por razón de la situación individual y propia en que se encuentra; que no de otro modo podrá corresponder plenamente á su concepto y desempeñar su función,—que es condicionar los fines racionales, los cuales, con ser comunes á todos los hombres, presentan en cada uno un propio modo de ser, determinado por su individualidad histórica como sujeto. No cabe pensar hecho ni minuto tan insignificante en el drama infinito de la vida, y tan desligado del plan universal, que no haya de mantenerse dentro de los límites estrictos del Derecho Natural, conforme á sus racionales exigencias determinado. En la evolución silogística del Derecho, la premisa, el derecho ideal, encierra dentro de sí las consecuencias, los estados, como la nebulosa etérea contiene los astros, como la semilla contiene los frutos; premisa y consecuencias son una misma cosa, sólo que aquélla es generalidad, indeterminación, y éstas son determinadas, individuales, aquélla es absoluta, ina-

gotable, permanente, y éstas son relativas, finitas, transitorias. No es lo absoluto jurídico algo extraño á la vida sensible diaria, al contrario, palpita en todo lo que vive, circula por el sistema arterial del mundo como el soplo y la sangre que vivifica, como el calor que conserva y anima, es la propia sustancia que vive, y la ley como vive la sustancia, es el centro y la circunferencia del universo jurídico, la turquesa y el barro con que la personalidad-Estado va modelando su historia civil y política en la inacabable serie del tiempo; lo individual, lo específico, lo positivo, lo hecho, lo vivido, eso que sale de la turquesa, eso que fluye de lo absoluto como fluye la fuente de su urna, es lo absoluto mismo individualizado, revestido de una forma sensible, determinada, temporal, concreta. Pero entonces, ¿cómo cabe igualdad de conducta y firmeza de criterio en la vida jurídica, si la vida es tan varia y lo absoluto uno?

Todos pensamos que el hombre tiene un fin, un destino total, que es hacer efectiva su esencia, dada como posible, en estados temporales plenamente conformes á ella,—y esta realización es lo que designamos como el nombre de *bien*, último y total destino del hombre. Fácil es concebir que el bien del hombre y de la humanidad es primeramente absoluto y único, mirando desde su unidad, pero que luego y bajo ella, y en consonancia con nuestra propia vida, que parte su curso en edades, períodos, épocas, momentos, episodios y situaciones determinadas, ha de desplegarse en una serie de *bienes* particulares, cada uno de los cuales sea adecuado á cada singular concurso de circunstancias de tiempo, edad, cultura social, medios naturales, salud espiritual, etc., pero adecuado en modo tal que excluya á todos los restantes mientras aquella individual posición no se modifique ó extinga; por manera, que cada bien particular es, por relación á su correspondiente estado de vida, *mejor* que todos los anteriores y que todos los subsiguientes, y mejor que todos ellos juntos. Así lo declara á cada paso el sentido comun, más razonable en este punto que algunas escuelas: “lo mejor es enemigo de lo bueno”, decimos para significar que lo absoluto traído rígi-

damente á la relación, sin doblarse y acomodarse á ella, es inferior á lo relativo, contrario á la naturaleza y opresor del libre desenvolvimiento de la vida. Pues esto que acontece con el bien total referido al tiempo, tiene natural aplicación á los bienes particulares en que interiormente se descompone, y en consecuencia al Derecho como uno de ellos.

Concretándose la humanidad en personalidades individuales y sociales, no es lícito mirar abstractamente al destino de aquélla, sino determinadamente á las necesidades de éstas en vista del fin comun, y sí obligado, por el contrario, romper con la tradición naturalista que hace del Derecho una vara inflexible á cuya medida han de sujetarse por igual todos los individuos por desiguales que corran en grado de vida y de cultura. Toda obligación jurídica se determina, primero como particular, acorde con las circunstancias, y atenta por lo mismo á los fines y necesidades del individuo ó pueblo determinado, á quien se atribuye ó aplica; segundo, como general, en cuanto subsiste con este carácter obligatorio para todos los sujetos colocados en circunstancias afines á las suyas. Estados finales análogos piden obligaciones análogas; estados finales diferentes demandan conducta diferente, y diferente en el mismo respecto y en dirección igual; de otra suerte, la igualdad exterior vendría á traducirse en irritante desigualdad y en iniquidad monstruosa. Sucede con el Derecho lo que con la luz solar, la cual con ser una y la misma, indeterminada é incolora, se concreta en diversidad de grados y colores según la naturaleza de los cuerpos donde se refleja ó quiebra: el Derecho Natural, con ser absoluto y único, idéntico y el mismo siempre, al proyectarse sobre la vida se despliega (paralelamente con el interior organismo de vidas y de situaciones contenidas en ésta) en un sistema infinito de *ideales finitos ó relativos* de Derecho, propios para cada combinación original de circunstancias en la vida de los seres,—hombres y sociedades,—que, ora como pretensores, ora como condicionantes, entran en la relación del Derecho, tomando en unos un color y diferente en otros, pidiendo para éste la libertad,

para aquél la tutela y para tal otro la pena (1). *Suum cuique* es toda la ley de esta relación, y lo suyo de cada uno, lo propio de cada uno, es lo que cada uno necesita por razón de los fines humanos representados en su persona y en la medida en que se han concretado en ella. A cada uno todo su derecho, que es todo su ideal, pero nada más que su derecho, porque de otro modo, arrancándolo de ese su ideal é imponiéndole otro inferior ó superior á las privativas exigencias de su vida, por defecto ó exceso se ahogaría, como se ahoga el pez arrebatado de su elemento y traído á nuestro océano atmosférico donde no hay más agua que la disuelta ó flotante en el aire; como se ahoga el pulmonado sumergido en el océano áqueo, donde no existe más aire que el disuelto en el agua. Con esta condición, el Derecho absoluto

---

(1) En este sentido dice Ahrens (*Curso de Derecho Natural*, § 21, edición 6.<sup>a</sup>), que á diferencia de los preceptos morales, que son *absolutos*, *invariables*, independientes de los lugares y de los tiempos, *los preceptos del Derecho ó las leyes jurídicas son relativas y variables*, porque las condiciones de existencia y desarrollo cambian con las situaciones, las épocas de cultura y las costumbres. Donde no ha querido significar que el Derecho sea "algo sujeto al capricho de los hombres", como pretende deducir N. María Serrano en un libro poco serio, obra de partido, inspirada más bien en la pasión que en el amor á la verdad, y donde no abundan menos las inexactitudes de cita que los juicios temerarios (*Elementos de filosofía del Derecho*); pues el mismo Ahrens añade: "Es verdad que el principio fundamental del Derecho es *invariable* y *eterno*, y que impone en todo caso y siempre la obligación de realizar las condiciones necesarias para el progreso del hombre; pero *estas condiciones* varían á su vez con la *naturaleza* de los individuos y de las naciones." Funda esto el principio de la legitimidad de las leyes y de los poderes que ha enunciado muy atinadamente Donoso Cortés: "La justicia, si bien es siempre una, no por eso deja de ser diversa en sus aplicaciones á las sociedades modificadas por los siglos. En cada época de la Historia la justicia está representada por el principio llamado á la dominación, que es la expresión viviente de la armonía entre el derecho absoluto y las necesidades sociales; el poder que representa este principio, el que conserva esta armonía, es el solo legítimo sobre la tierra (*Consideraciones sobre la Diplomacia*)."

Por lo demás, parece achaque de cierto linaje de críticos la poco

puede ser principio práctico para la vida, sin abandonar por eso su absolutividad é inmutabilidad, porque la inmutabilidad del Derecho no es la rigidez, sino la rectitud, y la rectitud en la vida racional no es la rectitud sencilla de la matemática abstracta, sino la que nace de la identidad en las proporciones entre fines y medios. Sin esa condición, el derecho absoluto sería de todo punto estéril, ó más bien dejaría de ser derecho para trocarse en su contrario, que no sin razón se ha dicho: *summum jus, summa injuria*; y lejos de dirigir los pasos del sujeto, serviría más bien para extravíarlo y hacerle vivir en la injusticia, á trechos sólo y por casualidad iluminado por algún débil rayo de luz.— Puede compararse el *Derecho* como mediador en la convi-

---

leal y menos cristiana conducta de atribuir á Ahrens y otros lo contrario de lo que afirman. Dice, por ejemplo, aquel filósofo que "el bien es principio universal para todas las naciones humanas, sea cualquiera el orden á que pertenezcan; todo lo que el hombre hace debe ser bueno; no hay acto de derecho (justo ó injusto) que no sea al mismo tiempo moral ó inmoral; todo lo que el Derecho manda ó prohíbe, lo manda ó prohíbe también la moral; no hay ley ni institución que pueda mantenerse ni producir un bien social, si es contraria á las leyes de la moral y la conciencia (*Curso de Derecho natural*, § 21 véase también § 23 y 36); y Orti y Lara lee, *emancipamos el Derecho de la Moral, puede ser justo un acto malo* (Introducción al estudio del Derecho, cap. II):—dice Ahrens que la fuerza es siempre un modo eventual de cumplir el Derecho, y aun en los casos en que se aplica, que son los menos, tiene que ser indirecta; en nuestras sociedades, añade, el Derecho y sus obligaciones se cumplen ya más frecuentemente de buen grado que por la coacción, y todavía podemos concebir un estado más perfecto en que las prescripciones de la justicia se cumplan principalmente con moralidad, sin perder por eso su carácter jurídico ( § 20 y 35); y Orti y Lara lee que *sin la fuerza y coacción que el Estado presta al Derecho, éste sería cosa vana* (capítulo II), etc. No es decir que mantengamos el punto de vista de Ahrens tocante á las relaciones entre el Derecho y la Moral, el Derecho y la coacción; pero convenía hacer notar que no se ha perdido la táctica gruesa de los romanos antiguos que presentaban á los cristianos como sectarios de un culto cuyas bases fundamentales eran el incesto, el infanticidio, el odio al género humano, el ateísmo, y la adoración de una cabeza de asno. Era más fácil calumniar que leer el Decálogo.

vencia social de unos con otros hombres, á un camino, mediador natural también, que enlazando los lugares de producción y de consumo, facilita el cambio de ideas y de productos de pueblo á pueblo: desiguales las superficies del planeta por donde ha de desarrollarse la carretera, desiguales las condiciones de las personas en quienes se determina y especifica la humanidad, y que han de vivir el Derecho, no pueden seguir éste ni aquélla una recta invariable, sino que afectan formas y toman direcciones variadísimas, subiendo, rodeando, describiendo curvas, descendiendo ú ondulando, según tiempos y lugares; y tan torpe como sería el ingeniero que intentase menospreciar todos los accidentes, allanar todas las inflexiones, y atropellar por todo á trueque de ejecutar el plan trazado sobre el papel sin conocer el relieve de las localidades, son aquellas escuelas de Derecho que desdeñan por cosa baladí y hacen gala de no tener en cuenta la situación histórica de los pueblos para quienes legislan, pretendiendo sujetarlos á la libre medida de sus proyectos ideales, como si se hicieran los Estados para el legislador y no el legislador para los Estados, y que cuando dan con una colina, por no subir ni rodear la cortan por mitad,—para que luego la rellene la reacción!—ó que si tropiezan con una montaña inaccesible se paran desalentados en los umbrales del escepticismo, ó acaso vuelven la espalda y retroceden pasando del extremo de la confianza al extremo de la desesperación, ó transigiendo con la nota de inconsecuentes quebrantan los principios de inflexibilidad que se habían impuesto y buscan salida de través ú oblicuamente. Que tal es, en breves rasgos condensada, la historia de cuantos se han apartado del dictamen de la razón jurídica, y desconocido la relación que media entre las dos formas que tiene de existir el Derecho, ó que por temor de caer en los medios torcidos, en ningún modo ni nunca necesarios, han incurrido en el vicio de la rigidez, y por aquí dado la mano á la arbitrariedad.

Es, pues, cada Derecho positivo un Derecho ideal, pero

relativo, un derecho natural, pero reducido á limite, bien que de la misma cualidad y fondo que el Derecho absoluto, y, por lo mismo, son todos ellos entre sí desiguales, pero idénticos en su relación y convergencia al todo genérico de donde dimanar. Sucede en esto lo mismo que en el mundo de la Naturaleza: proyecta el regio cedro una sombra extensa, y una sombra breve el humilde hisopo, y como el hisopo el cedro mismo en su edad primera; y, sin embargo, el sol que ilumina á ambos es una estrella fija, y las ilumina con un mismo rayo de luz, es decir, con igualdad perfecta, porque la igualdad no está en la identidad longitudinal de las sombras, sino en la proporcionalidad de éstas con la altura de los cuerpos que las proyectan: para producir en ellos esa identidad, tendría que perder el sol su fijeza y situarse en dos lugares distintos del espacio. Así es el Derecho, una estrella fija en el espacio infinito de la conciencia, y en infinitas formas quebrada al caer su luz en medio de la humanidad: cada edad de la vida tiene un ideal propio que la distingue de las demás edades, hasta el punto de señalarse en dirección inversa, tanto por el fin como por los medios y por la forma de la actividad, y sería profunda y funesta injusticia pretender someterlos á una norma común de vida y á una regla general de Derecho; sería también arrancar al Derecho de su asiento, hacerle perder su inmutabilidad eterna, su divinidad. Pero al mismo tiempo procedería contra las inspiraciones de la recta conciencia quien pensara que no se puede vivir en uno y otro ideal toda la justicia, que uno de los dos huelga en el Derecho Natural, y que, más ó menos, por fuerza ha de entrar la injusticia como elemento esencial en la conducta jurídica de los hombres.

Cierto que los seres finitos, así como envuelven afirmación por la esencia que son, envuelven negación por la que no son, que están afectados de limite, y por tanto está dada la *posibilidad* de que pongan dicha esencia de modo diferente á como debe serlo, esto es, en forma de injusticia, en estados y fenómenos conformes á cualquiera de

sus relativas negaciones, contrarios á su esencial naturaleza y á su destino, y, por consiguiente, al aplicarse en cualidad de medios á un fin racional, pueden resultar inadecuados á su naturaleza y entorpecer ó contrariar su cumplimiento. Mas en todo caso esta negación del Derecho, la existencia de esta injusticia, es meramente hipotética é hija del entendimiento; este divorcio entre los extremos del silogismo de la vida jurídica es sólo posible; ni la esencia del Derecho es injusta, ni lo son tampoco los datos jurídico-sensibles y los que expresan las circunstancias peculiares de la vida del sujeto; la injusticia nace de la unión que éste hace de todos esos términos, de interpretarlos falsamente, según los impulsos del interés personal á los consejos de la pasión insana, de no colocarlos en su lugar propio y alterar el orden interno y las relaciones armónicas de sus miembros, de tomar por consecuencia de éste una parte por otra ó por el todo, de poner más de lo necesario ó menos de lo justo, ó ponerlo antes de lo exigido y de lo conveniente, de afirmar el Derecho en una relación y negarlo en varias, de chocar, en fin, unas con otras esferas en esta acción y reacción incasantes en que se dan entre sí los seres finitos en el mundo, donde á la par que solidariamente y bajo ley común, obra cada cual con ley propia individual y sustantivamente. Lo natural, lo propio del ser es que su actividad consuene con su esencia, que sus estados sean representantes legítimos, ecos autorizados y reflejos fieles de ésta; según el concepto del bien jurídico "ecuación (cualitativa) de los estados del Derecho con su esencia", él es en toda la serie mudable lo constante, la ley necesaria de la actividad: vivir conforme á su naturaleza es ley objetiva á que no puede faltar jamás sujeto alguno. Por el contrario, la injusticia, y en general el mal, lejos de ser natural y necesario como el Derecho y el Bien, es lo más artificioso y contraesencial, es una negación de nuestra naturaleza misma racional é individual, una desarmonía nacida extemporáneamente del elemento finito que acompaña siem-

pre al sujeto, un accidente á que con más ó menos esfuerzo puede hurtarse, y del cual es siempre posible sanar poniendo los medios.

Cierto que la limitación humana tornó á veces la tutela política en tiranía, la clientela en vil esclavitud, la familia en piedra de escándalo, pero ni el mal tocaba á la institución, la cual quedó siendo de derecho eterno por encima de las injurias de los hombres, ni fué esencial al Derecho la existencia del abuso, ni le es inherente la injusticia, antes bien contradictoria, y por esto se vive hoy sin esclavitud, y se reconoce su verdadero carácter á la pena, y la patria potestas vuelve á ser mundium protector de los desvalidos. No podemos negar ni dejar de realizar ninguna de nuestras esencias ó propiedades, ni por consiguiente la del Derecho; aunque queramos no conocer, no sentir, no obrar, ú obrar en forma absolutamente contraria al Derecho ó á la Moralidad, no podemos hacerlo, tenemos que cumplir el bien en todas las esferas, voluntariamente ó á pesar nuestro, y cuando introduzcamos por acaso el mal en ese cumplimiento, ni alcanzará á la esencia en sí, ni al todo de su relación con nosotros como sujetos.—Cada rayo de luz que penetra en una estancia no es toda la luz que procede del Sol, pero refleja toda su esencia, y no porque una nube nos la arrebate se sigue que haya quedado oscurecido el Sol; así el Derecho de cada humanidad, y en ésta el de cada pueblo, y en éste el de cada hombre de cada momento, sin ser todo el Derecho natural, es de la misma naturaleza que éste, y no porque el sujeto enfermo lo empañe con sus determinaciones viciosas ó erróneas se sigue que por naturaleza haya de ser aquél mezcla de luz y de tinieblas, de equidad y de iniquidad: los hombres que proceden con espíritu de justicia producen un derecho positivo sin sombra, puro de toda mancha, conforme de toda conformidad con la idea del Derecho absoluto que reconoce todo hombre en su conciencia; y á nadie se le ocurrirá negar la posibilidad, más ó menos remota, de un tiempo en la Historia, en que todos los pueblos

caminen por toda su vida según la Ley del Derecho, y los Códigos sean reflejo vivo y copia calcada del ideal relativo que dicha Ley absoluta objetivamente le imponga, y que la razón le mande por todos sus términos obedecer y cumplir.

No es así como de ordinario se resuelve este problema trascendental de la Ciencia contemporánea; antes al contrario, se entiende que el Derecho ideal es algo tocante á la fantasía creadora del artista, ó como una luz lejana que alienta al hombre y lo solicita para que no desmaye en la vida por las asperezas del camino, aunque engañándole, pues nunca ha de alcanzar á ella; ó como una forma abstracta y sin contenido en que se va vaciando y modelando el Derecho histórico á medida que lo viven los individuos y los pueblos; ó como un infinito muy apartado del presente en la serie de los siglos, á que la humanidad sólo llegará en el período de su madurez, y que mientras tanto produce un Derecho positivo que es un impío pacto entre el bien y el mal, un consorcio nefando contrario á la naturaleza, que por un lado afirma el Derecho ideal y por otro lo niega, una amalgama de Derecho y contra-Derecho, una transacción imposible entre la justicia de Dios y la injusticia de los hombres. Esta preocupaci6n, profundamente arraigada en nuestros días, suele ser erigida en escudo para cubrir la apariencia social, y de puertas adentro en amuleto contra la conciencia, cuando lejos de aprobar y legitimar condena con acrimonia y sin darse punto de reposo aquellos abusos para los cuales se pretende encontrar excusa y lenitivo, si no motivo de aplauso, en lo azaroso de las circunstancias, en las necesidades de los tiempos, en lo relativo y limitado de nuestra naturaleza que nos muestra el ideal como el fruto á Tántalo sin dejarse coger jamás. Nunca absuelve ni atenúa la conciencia, á pretexto de nuestra finitud, el mal que hubiéramos hecho, y lo excusara ciertamente á haber sido para nosotros inevitable; ni abdica tampoco en ningún caso la facultad de calificar de justa ó injusta la ley formulada

ó la costumbre producida, ni de separar en cada hecho lo que hay de injusto ó de indiferente y lo que verdaderamente toca á la naturaleza del Derecho, para negar á aquello todo carácter jurídico, ni de culpar y acusar á quien ejecutó la mala obra como hombre vicioso y necesitado de corrección.—A menudo el sacrificio de los principios es sólo aparente, y ocurre cuando el instinto y la vis innata de la verdad, que jamás se oscurece del todo en la conciencia, obliga á los hombres á limitarlos, nivelándolos con la vida, siendo así que antes, efecto de una resolución precipitada, se habían propuesto plantearlos y practicarlos como principios abstractos y absolutos sin género alguno de relatividad; pero cuando el sacrificio es real, aun en la esfera de la justa y necesaria limitación histórica, demuestra principios falsos que no pueden resistir el empuje de las circunstancias y ceden al primer contratiempo, ó acusa hombres ajenos de honradez que ponen el pasajero interés por encima de los intereses eternos de la razón, ó entendimientos enflaquecidos, ó incultos, ó poco atentos á los datos racionales ó á los de la experiencia, que hacen una individualización impropia ó inadecuada para la situación especial de vida cuyas necesidades la reclaman.

§ 15.

Esta necesidad de igualación y proporcionalidad entre el derecho Natural y el Positivo fué ya conocida, aunque más bien á impulsos de un oscuro presentimiento que como fruto de una clara y reflexiva intuición, y sin sospechar su alcance y trascendencia, por algunos genios de la antigüedad,—señaladamente por SOLON (1) y SÓPHO-

---

(1) Al decir de Plutarco, pensaba *Solon* que las leyes son mudables como lo es la vida de los hombres: interrogado acerca de su legislación, respondió que había dado á Atenas, no las mejores leyes posibles, sino las mejores que consentía el estado de sus conciudadanos, quienes las soportarían con agrado y las observarían indefecti-

CLES (1), CICERON (2) y SAN AGUSTIN (3),—y de la Edad

blemente, porque las había acomodado á sus intereses. También *Platón* (*Leyes*) reconoció la necesidad de una "Ciencia compuesta que teniendo en cuenta las imperfecciones del Estado presente enseñase las leyes propias para reformarlo é irlo aproximando sucesivamente al Estado ideal (*Ahrens*)."

(1) La espontaneidad propia del Arte pone á veces en boca de poetas verdades que la reflexión Científica tarda siglos en descubrir; es difícil hallar en la Historia una afirmación más enérgica y categórica de la identidad del derecho positivo con el eterno que ésta que pone Sófocles en boca de *Antigone* (vers. 450 seq.):

Οὐδὲ σβένειν τοσοῦτον φόβῳ τὰ σά  
κρυπταῖ' ὥστ' ἀγρῆτα κάφαλή θεῶν  
νόμιμα δύνασθαι θνητῶν ἐνθ' ὑπερδραμεῖν.  
Οὐ γάρ τι νῦν γε κάχθές, ἀλλ' αἰεὶ ποτε  
ἔη ταῦτα κούδεις οἶδεν ἐξ ἔτους φωνῆ.

(2) Conforme con la doctrina de *Chripo*, y con la que sienta *Sófocles* en la estrofa que acaba de leerse, y que *Cicerón* en parte reproduce y explica, dice: "Lex est ratio summa, insita in natura, quæ iubet ea quæ faciendæ sunt, prohibetque contraria. Eadem ratio cum est in hominis mente confirmata et facta, lex est... Quoniam igitur ejus reipublicæ quam optimam, esse docuit in illis sex libris *Scipio*, tenendus est nobis et servandus status, omnesque leges accommodandæ ad illud civitatis genus; sejendi etiam mores, nec scriptis omnia sancienda... Homo solum est, ex tot animentium generibus atque naturis, particeps rationis... est prima homini cum Deo ratmis societas; inter quos autem ratio, inter eosdem etiam recta ratio communis est; quæ cum sit lex, lege quoque consociati homines cum diis putandi sumus. Inter quos porro est communio legis, inter eos communio juris est... Recte Socrates exsecrari eum solebat qui primus utilitatem à natura sejunxisset" (*De Legibus*, lib. I, 6, 12). "Initium ejus (juris) ab natura ductum videtur; quædam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis, aut obscura, in consuetudinem venisse; post autem, approbata quadam aut a consuetudine, aut a vero utilia visa, legibus esse firmata. Ac naturæ quidem jus est, quod nobis non opinio, sed quædam innata vis, afferat, ut religionem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem" (*De invent. rhet.*, lib. II § XXII).

(3) "Qui legi eternæ adhærat, bonam voluntatem hærent, temporalis legis non indigent... Apellamus istam legem temporalem quæ quamquam justa sit, commutari tamen per tempora justè potest". (*De lib. arbit*, lib. I). En otra parte dice recordando á *Cicerón*: "Initium justitiæ est ad natura profectum, deinde quædam in consuetudi-

Media, SAN ISIDORO (1) y SANTO TOMAS (2): en los tiempos modernos, después de las doctrinas sensualistas y naturalistas del pasado siglo que condujeron á las funestas abstracciones de Rousseau, de Kant y de la Revolución, y durante cuyo imperio muy raro escritor ha mantenido aquella voz de la antigüedad (3), dos escuelas justamente afamadas, y que han dejado largo y luciente rastro en la

*nem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit*" (*De div. quest. oct. trib.*, 31, 1). Añade que se ha escrito la ley, no porque no la llevara ya antes escrita el hombre, sino porque no quería leerla, porque estaba fugitivo de su corazón (*fugitivus a cordis*) y era necesario llamarlo á su interior (*ad interiora sua homo compulsus est*). In. Ps. LVII.

(1) Los autores del *Fuero Juzgo*, fieles al sentido de *San Isidoro de Sevilla*, y aun copiándolo textualmente (*Ætim.*, lib. V, cap. XXI), habían declarado que: *Lex est æmula divinitatis... artifex juris, bonos mores inveniens atque componens... justitiæ nuncia, magistra vitæ, anima totius corporis popularis. Erit secundum naturam, secundum consuetudinem civitatis, loco temporisque conveniens, justa et æquabilis præcibens, congruens, honesta et digna, utilis, necessaria..... Artifex legum erit in adinventione Deo sibique tantummodo conscius*" (*Fori Judicum*. lib. I, tit. II).

(2) *Tomás de Aquino* se allega á la doctrina del sabio arzobispo de Sevilla, contrayendo á tres las nueve condiciones que éste señala en la *lex juris* positiva, á saber: "*ut sit congrua et proportionata legi divina, legis naturæ et utilitati humanae*". (*Summa*, quest. 95, art. III). "*Omnis lex humanitas posita (añade) intantum habet de ratione legis inquantum á lege naturali derivatur*. Unde si in aliquo á lege naturali discordet, jam protanto non erit lex, sed legis corruptio" (q. 95, artículo 2, concl.). Sin embargo, conviene advertir que más bien que la relación entre el Derecho natural y el positivo, lo que el Ángel de las Escuelas quiere determinar aquí es la relación de la ley positiva con la ley natural, como nota F. J. Stahl (*Hist. de la fil. del Derecho*, libro II, sec. 2.ª).

(3) Antes de ellos *J. B. Viro*, y después *X. Pérez*: el primero, en su obra "*De universi juris uno principio et fine*", donde establece como principio de la ley positiva su conciliación con los hechos históricos y con los principios eternos de la verdad y del bien; el segundo, en sus "*Principios del Orden esencial*", donde sustenta que "*Supuesto que el Derecho Natural es esencial al hombre, y por tanto necesario,*

historia del pensamiento, las escuelas de SAVIGNI y de HEGEL, se han consagrado con atención preferente á resolver este pavoroso conflicto entre la especulación y la práctica, más ó menos abiertamente previsto y planteado por la conciencia humana en todo tiempo, y con más clara y madura reflexión por la ciencia contemporánea. Ni uno ni otro acertaron á resolverlo, ni era dable, una vez comprometidos en el camino de las negaciones absolutas, y desconociendo todo valor y sustantividad al Derecho Natural el primero, y el segundo al Derecho Positivo. Por apartar Savigni la práctica del peligro real de la arbitrariedad que de muy cerca le amenazaba en manos de las escuelas precedentes, cayó el mismo en la arbitrariedad de la Ciencia, negando lo que toda conciencia sana, aun en el estado común, declara en forma tan inmediata y evidente que no admite punto de duda, á saber, la existencia del Derecho como principio ideal en la conciencia, y por tanto la posibilidad y la utilidad de su Ciencia, independientemente del hecho empírico; para él no hay sino un género de Derecho, el mismo que inmediatamente va creando por una interna necesidad la conciencia del pueblo espontáneamente, ó reflexivamente pero bajo la misma ley de la experiencia mecánica de los hechos la conciencia de los jurisconsultos, y por tanto todo el Derecho que va saliendo á luz por este mero hecho, es Derecho, legítimo, pudieramos decir Derecho Natural, y el único Derecho Natural posible y legítimo (1). Por el contrario, Hegel

---

eterno é inviolable, se sigue que las potestades han de cumplirlo religiosamente, pues aunque hagan y deban hacer muchas leyes civiles, acomodadas á su respectivo carácter, clima, costumbres y constitución, éstas no son otra cosa, como conoció el juriscónsul Paulo, que unas modificaciones del Derecho Natural."—También J. P. Ancillon (Espíritu de las Constituciones Políticas) sostiene que: "la legislación de la razón es la legislación de Dios, y cuando ambas me dicen: *debes*, es menester admitir que *puedo*."

(1) Según la doctrina de Savigni, el Derecho nace en un pueblo por instinto racional, como la lengua, las costumbres y toda la constitución. Todo Derecho nace como Derecho consuetudinario; se en-

negó la existencia del Derecho positivo como algo que tuviera propio sustantivo valor: la idea, lo absoluto, τὸ νοούμενον, es lo único que existe, siempre idéntica consigo misma, ya se muestre con carácter racional, ya se declare en la realidad: el Derecho positivo como diferente del absoluto no existe, es el mismo Derecho absoluto, y no hay otro que él, por consiguiente no puede ser convencido de injusticia en ninguno de sus hechos; lo que fué, sólo por haber sido debe ser tenido y estimado como justo (1). Esta doctrina tiene el inestimable mérito de haber puesto la cuestión en su verdadero terreno, y hecho posible la solución, por más que luego y de por sí, habiéndose dejado llevar del espíritu de sistema y precipitado la consecuencia, no la haya logrado. Las tentativas del eclecticismo francés han sido completamente infructuosas, y el divorcio entre aquellas dos escuelas ha llegado hasta nuestros días en que el problema ha sido nuevamente puesto sobre el yunque y sometido á la prueba de la realidad del objeto, única legítima é infalible, y afortunadamente resuelto en la forma expuesta, por los representantes de la dirección racional y realista armónica (2),

---

gendra por las costumbres y creencias nacionales, y en fin, por la jurisprudencia, pero siempre por medio de una fuerza y acción oculta... La escuela histórica ha reemplazado para la formación del Derecho la ley de la razón por la del instinto,—ha rechazado todo principio absoluto de justicia... (Ahrens, *Curso de Derecho Natural*.) Debe tenerse en cuenta sin embargo, la protesta que hace Savigni en la introducción de su *Historia del Derecho Romano* acerca de la denominación de *histórica* dada á la escuela fundada por G. Hugo.

(1) Compendia esta doctrina la famosa sentencia con que encabeza su *Filosofía del Derecho*; *todo lo racional es real, todo lo real es racional*.

(2) El filósofo más fiel á este sentido racional en la esfera de la *Filosofía del Derecho* (F. Giner), está escribiendo, á lo que parece, una *Introducción* á esta Ciencia, que, á juzgar por exposiciones precedentes, está llamada á causar una profunda y saludable revolución en este orden de estudios, ajenos todavía del carácter propiamente científico, no obstante haberse producido desde el Renacimiento, y mayormente desde Kant, hasta nuestros días, una rica aun brillante

reconociendo su parte de verdad á ambas contrarias doctrinas en lo que una y otra tienen de principios afirmativos, dando propia substantividad á cada una de las dos formas opuestas de existencia que reviste el Derecho, y trazando el límite cuantitativo en que verdaderamente el real ó positivo es y puede y debe ser racional ó conforme al absoluto, y por tanto justo. Con esto ha quedado coronada ó próxima á coronarse una de las más laboriosas empresas en que se ha visto empeñada la Ciencia jurídica desde últimos de la pasada centuria.

### § 16.

#### 3.º La actividad jurídica.

En otro lugar se apuntó ya que *la actividad jurídica* entra en la *relación* del Derecho como mediador (constituyente) entre los fines y los medios, § 6; y en la *vida* del Derecho como mediador (plástico) entre las dos for-

---

literatura filosófico-jurídica. Los AA. que más lejos han ido en esta dirección, como *Ahrens*, *Roder* y algunos otros, con ser dignos de la predilección y estima de que justamente gozan en Europa, están distantes de responder á aquellas condiciones metódicas que prestan al conocimiento indagado las cualidades de certidumbre; sistema y demás con que se levantan á categoría de ciencia. Y es precisamente lo que acontece en el caso presente con el problema de la relación entre el Derecho real y el ideal que brevemente acabamos de bosquejar.

En estos §§, lo mismo que en los del Concepto del Derecho y otros, hemos seguido las huellas de aquel profundo, cuanto sincero y entusiasta pensador, cuyos cursos, oficiales y libres, en la Universidad de Madrid, han depositado á dicha numerosos y vivideros gérmenes de progreso científico en nuestra juventud, y cuyo vacío en la cátedra de donde (por causas de toda Europa conocidas), fué separado el año pasado, al par de otros ilustres campeones de la regeneración científica de España, sólo él mismo podrá llenar, mediante una reparación y rehabilitación que desean y aguardan con ansia cuantos se interesan por el triunfo de la verdad y de la justicia en el mundo.

más de existencia eterna y temporal en que originariamente se manifiesta, § 11.—Esta actividad que interviene como agente y gestor en la evolución histórica del Derecho, no es otra, según el propio concepto de la vida jurídica, que *la total actividad del ser racional*, pero considerada no en la unidad de todos sus aspectos y relaciones, sino en la relación particular del Derecho. Cuya actividad racional pensamos todos que no se limita á la del Espíritu, sino que es propia del *Espíritu unido con Cuerpo*, por más que realmente á aquel competa la superior dirección en el trabajo de la vida.

La naturaleza de esta actividad ejecutiva es la de una propiedad que manifiesta en hechos, estados ó fenómenos la esencia del ser racional de quien es propia con todos sus atributos ó esencias particulares, libremente, como ser contra-solidario, autónomo, sustantivo. A considerar una sola de esas propiedades, el Derecho, aquella actividad se cualifica recibiendo el nombre de jurídica. Los términos á quienes sirve de comunión (*communis unio*) la actividad, ó que mediante ella y su gestión se comunican y consocian bajo la unidad de la vida ó se ponen en relación sustancial como de causa á efecto, nos son ya conocidos: lo *posible* ó potencial (la propia naturaleza del ser activo como naturaleza determinable) y lo *positivo* ó real (la propia naturaleza del ser como naturaleza naturada ó determinada, los fenómenos en que la va desplegando era su virtualidad determinante). Cuyos dos términos, *potencialidad* y *realidad*, no se diferencian de la *actividad* sino en el modo ó respecto en que es considerado el ser, toda vez que lo que llena á todos tres de un contenido y material común es la esencia propia del ser mismo: con decir que “éste, desenvolviendo espontáneamente (como ser activo libre) su esencia virtual (como ser posible ó de facultad) hace su vida (se pone en el tiempo, se actualiza, se hace real)”, quedan abarcados en su verdadera unidad los tres aspectos elementales del ser en cuya composición y juego se engendra la vida.

El sujeto, como causa eterna de su efectividad, ó sea, como potencia, abraza en sí y lleva latentes todos los hechos que han de desarrollarse en el infinito tiempo, y *puede*, por tanto, irlos produciendo en forma de sucesión y de continuidad: de sucesión, porque no caben simultáneamente dos estados de una misma esencia determinados por el mismo ser de quien ella es: de continuidad, porque juntamente con la potencia, y á causa de ella misma, se da en nosotros la necesidad de sustituir con un nuevo hecho el hecho que desaparece, y como desaparece todo hecho al instante ó á poco de producirse, y no consiente la serie vacío ni interrupción, ni depende de nosotros el suspenderla ó el cortarla, resulta necesariamente una cadena sin fin de hechos, estados ó situaciones que se desarrollan sobre el fondo inmutable de nuestra esencia, ó bien, un río perenne que jamás cesa de correr ni menos se agota, porque el manantial vivo de donde nace su corriente es el mismo cauce, y que nunca va á dar en mar alguno donde se acabe y consuma. Lo que mana de nuestra potencialidad, fuente y madre de la vida jurídica, eso es el caudal atesorado que rueda y pasa y se acrecienta en masa y en calidad progresa y se aquilata, ora por su propia virtud, ora por virtud de los afluentes, si los hay, que los hay casi siempre. El porqué de esta necesaria continuidad en la producción del Derecho, no lo explica la *potencia* misma, la cual permanece eternamente fija, ofreciendo su posibilidad á algo otro que la viste de forma temporal y la pone en movimiento; la actividad—que tal es esta otra propiedad que constituye al ser de Derecho en causa inmediata y determinante de su vida, y por la cual *hace* efectivamente lo que *puede* ser hecho,—no es propiedad independiente y autónoma, sino subordinada á la potencia, porque *si yo* no pudiera ser (si no fuera potencial, posible) no vendría á ser, y la actividad carecería de razón de existencia. Ahora bien, esta actividad realiza la esencia en estados ó posiciones individuales que por su naturaleza son infinitamente finitos, pero totales, excluyéndose

en consecuencia unos á otros, y teniendo que dejar de ser el actual para que venga á ser otro de los infinitos que quedan en potencia: la voluntad sólo quiere determinadamente en cada concreto momento una parte de lo que el sujeto puede querer, y sólo hace una de las infinitas cosas que puede realizar, y por tanto sólo individualiza una fracción de las infinitas formas que puede revestir su obrar dentro de cada orden, sea jurídico, moral ú otro. En cada momento, pues, no efectúa ó actualiza sino una de las infinitas formas en que puede manifestarse el Derecho en el mundo de lo temporal y de lo sensible. Nace de aquí la imposibilidad en que el sujeto se encuentra de poner ó individualizar de una vez todo el derecho posible que eternamente se le ofrece como material factible exigiendo ser efectuado ó concretado en la vida; y como corolario, una relación de deficiencia entre la actividad y la esencia, en la cual responde á la exigencia permanente de ésta un deber correlativo de aquélla. Todo hombre, con efecto, siente dentro de sí un impulso irresistible que le mueve á equilibrar los dos polos de su vida, la posibilidad y la realidad: colocado entre ellos el sujeto, trasporta, por decirlo así, de aquel á este estado su propia esencia, y sintiendo renacer detrás de cada movimiento el vacío—la exigencia de la potencialidad—repítelo una y otra vez en serie uniforme y sin fin: apenas cree logrado por un instante el equilibrio, una nueva exigencia y un nuevo vacío le impone un nuevo deber y lo solicitan á una evolución nueva que satisfaga la exigencia y colme el vacío. El crédito que sobre la actividad tiene la esencia es permanente; con el instante de su pago coincide el renacimiento del débito que grava á la actividad, y no hay clava de Hércules bastante poderosa á detener ó cortar su revivir eterno. Es la vida jurídica como el plano inclinado de un torrente; apenas brota la onda de la superficie, se desliza con más ó menos rapidez y desaparece para no volver más, pero á la actividad que la impulsó á surgir no le es lícito dejar la madre en seco y suspender el hilo de la corriente, tiene que seguir

operando para que manen nuevas ondas y se reanuden con las precedentes; y así el río de la vida jurídica no ofrece punto de reposo ni cesa de correr.—Resulta de aquí que la actividad se halla colocada entre un *poder* y un *no-poder*: puede hacer, mas no puede dejar de hacer; lo que *puede*, *debe* hacerlo, y lo que debe hacer porque puede es, desenvolver y manifestar sensiblemente su esencia en estados ó hechos de la misma idéntica cualidad que ella, y según su propia ley.

En efecto, para vivir el Derecho, jamás sale el ser jurídico fuera de sí ó de su esencia; sólo lo propio suyo es accesible á su actividad y puede realizarlo en su vida, ya lo posea originariamente, y por decirlo así, *ab æterno*, ya lo haya adquirido de extraños infundiéndolo en su propia sustancia. Que es precisamente lo que caracteriza la mediación de la actividad jurídica en la *vida* del derecho, á diferencia de su gestión ó mediación en la *relación* del Derecho; pues en ésta puede el ser activo condicionante prestar medios ajenos á él para fines relativamente también exteriores; al paso que en aquélla el ser activo viviente no puede poner otra ni más esencia que la que forma su naturaleza, su propiedad ó dominio *de ser*: en el primer caso, el condicionado y el condicionante pueden ser y con frecuencia son personas distintas (§ 6); en el segundo, lo vivido y el viviente por necesidad tienen que ser una misma y sola personalidad. Principio éste de suma trascendencia para la vida, y de continuas aplicaciones en la técnica política (§ 12).

Por último, la actividad jurídica no sólo establece (engendra), sino que re-establece (cura): á la vez que causa normal de los estados, es fuerza medicatriz ó principio de reparación. La esencia le sirve de alimento y de medicina, y en todo caso debe obrar con material tomado de ella y según su ley, en forma de Derecho, así en la sucesiva evolución original de los estados ó fenómenos, como en la rectificación y enmienda de la serie perturbada, ó del orden y relativa posición de unos para con otros, resti-

tuyéndoles su normalidad, su adecuación y concordancia con la esencia, su salud.

### c.—Leyes de la vida del Derecho.

#### 1.º LEY FUNDAMENTAL

##### § 17.

a).—Objetiva, ó por relación al Derecho; el bien jurídico.

Hasta aquí la consideración de los elementos que concertándose y procediendo en una cierta forma engendran y mantienen la vida del Derecho. Ahora, ¿cuál es ese procedimiento constante é igual, ese orden silogístico según el cual se dispone la serie de mudanzas y estados en que dicha vida consiste? Ya vimos cómo y porqué ese problema equivale á este otro: ¿según qué ley ó leyes se rige la vida del Derecho? pues hemos denominado ley al orden permanente é igual de sucederse un cierto número de hechos de naturaleza semejante. El *hecho* jurídico queda ejecutado y consumado tan pronto como la actividad ha establecido una relación entre un fin y su medio correspondiente; cuando lejos de consumarse la relación subsiste por siempre ó durante un cierto tiempo, ó consumada se repite en alternativas y plazos regulares, se tiene la relación de esas relaciones, la *ley* de aquellos hechos. Ahora bien, es de toda evidencia que tales leyes en la vida del Derecho no pueden ser otras que las que rigen el todo de la vida de los sujetos racionales, y en general la vida de todo ser, si no es falsa la unidad fundamental de este principio y la homogeneidad de su contenido.

Según esto, la Ley general que preside á todos los actos jurídicos y los hace converger á la unidad eterna del Derecho, será la *ley del bien jurídico*, esto es, la esencia misma del Derecho en cuanto se hace real y efectiva en serie gradual y acompasada de hechos enteramente acordes con su naturaleza; ó mejor, la esencia activa del De-

recho en tanto que realizándose temporalmente al modo de esta su propiedad, sin apartarse nunca de sus inspiraciones, y poniendo siempre todos los medios que demanda en cada una de las situaciones de la vida racional por él informada. Esta ley es indefectible, y constituye un verdadero imperativo categórico: ya hemos mostrado cuán absurdo es reputar la injusticia como de necesidad interna, y producida según la misma ley que el Derecho: aquella es una negación accidental y contingente, éste es una afirmación obligada que la libertad del sujeto no alcanza á resistir. El ser jurídico no puede dejar en absoluto de obrar y buscar el bien en esta como en las demás relaciones que entran á formar el contenido de su Espíritu; no crea la ley, la encuentra formulada y escrita en su conciencia y sancionada por más alto poder que el de su voluntad subjetiva, y la acepta y se somete á ella aplicándola concretamente á las diversas situaciones de su vida: en estas interpretaciones individuales que hace de ella es únicamente donde *puede* equivocarse y dar nacimiento y forma á la injusticia. En este sentido, y en cuanto todos los estados posibles se hallen virtualmente contenidos en lo absoluto mismo del derecho que los origina y sustenta, y pueden por lo mismo ser previstos para conformar á ellos los medios de acción, decimos que el bien jurídico—esto es, la realización del Derecho en conformidad con su esencial naturaleza—es el fin de nuestra actividad, lo que ésta puede proponerse en la esfera del Derecho para su causalidad temporal. Y no concibiéndose otro ni más alto fin, la Ley del Bien Jurídico es absoluta y soberana, en tal extremo, que si hay otras á más de ella serán súbditas suyas y en ella fundadas. *Hoc est primum præceptum legis*, escribe muy atinadamente Santo Tomás, *quod bonum est faciendum et malum vitandum, et super hoc fundantur omnia alia præcepta legis* (1).

---

(1) *Summa*, quaest. 94, art. 2.—Enseñar cuál sea ese bien que debe practicarse y el mal que debe rehuirse, es toda la función de la ley positiva, al decir de los autores del *Libro de las Partidas*

## § 18.

b).—Subjetiva, ó por relación á la actividad del Estado:  
la libertad jurídica.

Hemos visto que la actividad del ser racional es homogénea, que antes de considerar si se subdivide interiormente, la pensamos una como el ser mismo de quien es atributo. Ahora bien, está fuera de toda duda que á esa unidad de contenido debe corresponder también la unidad en la forma, siendo contradictorios dos modos distintos de posición en una misma sustancia. En efecto, lo que caracteriza formalmente á la actividad racional y á cada una de las actividades particulares que contiene, por consiguiente á la jurídica (1), es la *sustantividad* ó autonomía (2) contrapuesta á la forma de la actividad natural —que es la solidaridad y continuidad de cada individuo respecto del todo de su género, el cual forma en derredor suyo un ambiente cuyo influjo lo determina y avasalla; ó de otro modo: el ser de Espíritu se mueve en forma de libertad, como la Naturaleza en forma de necesidad.

Tal es la forma total que reviste la actividad jurídica y la ley general que rige en sus obras. Ya al verificar el análisis del término Derecho en la conciencia, establece-

---

(P. I, tít. I, leyes 7.<sup>a</sup> y 10.<sup>a</sup>), que trasladaron á la legislación el mismo concepto que hemos hallado para la ley objetiva de la Vida del Derecho.

(1) Pues la actividad racional no es abstracta, sino determinada y concreta, es actividad en el respecto de tal ó cual propiedad ó sistema de propiedades, las cuales la especifican haciendo que sea siempre actividad del conocer, ó del sentir, ó del derecho, ó industrial, ó estética, etc.

(2) *Conciencia* decimos á la cualidad en cuya virtud el Espíritu se hace íntimo de sí y de sus propiedades esenciales, y como que se aísla de sus afines en el género, y se pone enfrente de la restante realidad.

mos como uno de sus caracteres "el ser *forma* de la actividad conscia y *libre*": de donde es consecuente deducir ahora que la actividad de esa forma que constituye el Derecho debe ser actividad libre, ó tener por forma la libertad, pues de lo contrario, si ella fuera "necesaria", mal pudiera informar en sí la dicha "actividad conscia y libre" de los seres racionales.

Mas repárese que la libertad entra en el Derecho como uno entre otros factores, mas no como término equivalente que forme ecuación con él, ni por consiguiente con su actividad. Kant pensó, y después de él sus numerosos discípulos, que la única materia del Derecho y su función única es la garantía de la libertad exterior que ha de hacer posible el ejercicio de la libertad interna (moral), manteniéndola fuera del alcance de toda fuerza extraña, mediante la represión de las agresiones individuales que impliquen perturbación ó puedan menoscabarla ó comprometerla, mediante la coerción, en suma, y restricción exterior de la voluntad; y así la libertad es el derecho fundamental que contiene á todos los demás. Cualquiera que sea el móvil con que un hombre se mueva á obrar, con tal que no atente á la libertad ajena por actos exteriores, el Derecho queda á salvo, puesto que queda incólume la libertad. Decir Derecho vale tanto como decir libertad, y también facultad de reprimir.—El error de esta doctrina dimana de generalizar una verdad parcial, de contraer el Derecho á una de sus esencias particulares; y se hace patente con sólo observar, segun el orden de todo lo expuesto, que *ni toda la libertad jurídica es libertad exterior*, sino que primero y principalmente es interna (no siendo aquella sino la forma de su manifestación en estados sensibles, ó la demostración de que estos estados son producto de su propia causalidad y no efecto de impulso de la Naturaleza ni de otro extraño ser), *ni toda la materia del Derecho se reduce á sola libertad*, sino que se extiende á toda la vida, uno solo de cuyos medios é instrumentos es la libertad, *ni deja de ser exigido el Derecho porque falte la libertad donde*



*existen los fines*, siendo exigida únicamente á la actividad condicionante que pone los medios, nunca al sujeto condicionado que los utiliza, pues sólo para favorecer es necesario obrar racionalmente, y no para ser favorecido.

Mas al decir que el Derecho se cumple y vive con *libertad*, no toma la razón este término en sentido de *arbitrio*, ni entiende significar con él que la actividad jurídica puede prestar ó dejar de prestar las condiciones exigidas en cada caso por el fin, sino lo contrario, que las preste siempre que sean necesitadas ó pretendidas, no fatalmente y sin conciencia,—en la forma de concreta y continua solidaridad con que proceden los seres de la Naturaleza al suministrarnos medios de utilidad ó de belleza,—sino en forma de contrasolidaridad, conscia, autónoma, voluntaria, y como de dentro á fuera,—que es el modo como proceden los seres de Espíritu, lo mismo en aquello que les es facultativo ó arbitrable, como en lo que les es obligado, así cuando se trata de hacer como de abstenerse.

Resumiendo: la Ley fundamental de la vida del Derecho es, por lo tocante á su esencia, el Bien, por lo tocante á su actividad, la Libertad: este segundo aspecto se halla subordinado al primero, el sujeto jurídico (Estado) debe realizar el Derecho libremente dentro de los límites que le traza la ley objetiva del Bien, la cual, como eterna y necesaria sólo en parte y temporalmente puede ser negada ó suspendida por el sujeto finito. Para el bien solamente, para la justicia como para la verdad y la virtud, que no para el mal, es dada la libertad, la cual debe ser cuidadosamente distinguida del albedrío (1).

---

(1) La confusión de la libertad con el albedrío sigue imperando en el sentido común de los hombres, no desprendido aún por entero del espíritu de licenciosa subjetiva arbitrariedad ni sometido á las inflexibles disciplinas de la razón, á pesar de que en ningún tiempo han faltado filósofos que mantuvieron los fueros de ésta y establecieron el debido apartamiento entre aquellos dos conceptos. Sólo vive libremente el que practica la justicia, dice Cicerón (*Parad. V*). La libertad es, según Lulio, la propiedad dada á la criatura racio-

## § 19.

## 2.º LEYES PARTICULARES.—OBJETIVAS: REALES, FORMALES, REALES-FORMALES.

Que existen leyes particulares objetivas contenidas en esa primera y fundamental, se induce lógicamente por la consideración de su esencia, la cual, con ser una y la misma, se descompone al interior en un organismo de esencias segundas ó categorías irreductibles, principio de otras tantas leyes para la vida del Derecho. La cual no difiere de la vida de las restantes esencias ó propiedades particulares tocante al número, naturaleza y orden de aquellas leyes (§ 10), según testimonio de la conciencia, y únicamente en los resultados se cualifican por razón de lo característico y propio que distingue al Derecho, cuya vida están llamadas á gobernar.

Son, pues, estas leyes:

1.º *Esenciales ó Reales*:—a) La vida del Derecho es una, pues lo es su sujeto, el hombre, y su objeto, el derecho eter-

---

nal para que ame libremente el bien y evite el mal: el libre albedrío es aquel ente en el alma racional por el cual se mueve libremente á lo bueno ó á lo malo, amando ó aborreciendo, tomando ó dejando (*Introducctorio al Arte Magna*). Pero quien principalmente ha reivindicado para la libertad el carácter de forma racional del obrar es Kant, definiéndola como la facultad que la razón pura tiene de ser práctica por sí misma, lo cual no es posible sino por la sumisión de las máximas de toda acción á la condición de poder servir de ley general, en una palabra, de someterse voluntariamente á la razón. Este es el aspecto positivo de la libertad, el arbitrio que merece dignamente el nombre de libre: supone una voluntad pura, ó que se rige exclusivamente por motivo de lo justo y de lo bueno, y en ella tienen su origen las leyes prácticas que se llaman morales (jurídicas y éticas). Su aspecto negativo consiste en la independenciam de todo impulso sensible en cuanto á la determinación; que es el arbitrio que puede ó no someterse á la voluntad, á la razón, esto es, ser libre ó servil, ser ó no libertad (*Principios metafísicos del Derecho*: introducción á la metafísica de las costumbres).

no, y sus leyes primordiales, el bien y la libertad; y de aquí la solidaridad política y civil de unos con otros siglos, pueblos é individuos, y la periodicidad de los hechos jurídicos, mediante la cual se hace posible una ciencia de la historia universal del Derecho:—*b*) La vida del Derecho es *varia*, pues bajo la unidad humana hay diversidad de razas, y bajo la unidad cósmica terrestre diversidad de lugares, y bajo la unidad de civilización diversidad de grados de cultura; por consiguiente, variedad de condiciones de existencia y desarrollo que exigen formas diferentes de Derecho; sucediendo otro tanto dentro de cada pueblo con los individuos, y en cada individuo con las distintas edades y situaciones de su vida:—*c*) La vida del Derecho es *orgánica*: interiormente, porque toda alteración experimentada en una ó más esferas de un sistema de leyes ó de una legislación, al punto se transmite á las restantes; exteriormente, porque todos los órdenes de la actividad, Derecho, Ciencia, Arte, Religión, Industria, se influyen recíprocamente, viviendo ó debiendo vivir en armonía, prestándose condiciones, y comunicándose sus mudanzas, sean declinaciones, estancamientos ó progresos.

2.º *Formales*:—*a*) La primera edad de la vida del Derecho es de tesis ó *posición* efectiva de lo esencial posible, en unidad confusa, embrionaria, sin distinción interior de órganos en el Estado para las múltiples funciones que desempeña desde su origen, bien que incluyéndolos todos en germen,—al modo como el óvulo animal ejercita en el oscuro é indistinto teatro de su vida todas las funciones de su congéner más desarrollado, sin otro órgano que el óvulo mismo en tanto que mediador universal entre su posibilidad y sus fenómenos vitales:—*b*) La segunda edad de la vida del Derecho es de antítesis ú *oposición*, de desarrollo, evolutiva, distinta, en que los órganos particulares que antes se mantenían en estado latente en la unidad del Estado se manifiestan y crecen á la par ó sucesivamente,—al modo como se ensancha y despliega la primitiva célula,

v proyecta en derredor suyo su sustancia en forma de ramas, hojas y flores, ó de tejidos, sistemas y aparatos,— y crecen propendiendo á una vida independiente y sin relación, ó á constituirse acaso en centros absolutos y á sojuzgar á los demás; y de aquí estado de desequilibrio y de lucha interior y exterior, del Derecho con los demas fines humanos, de los diversos Estados entre sí, y en cada Estado del conocimiento con el sentimiento jurídico, de la tradición con el progreso, del poder legislativo con el ejecutivo, de unas con otras clases, etc.:—c) La tercera edad de la vida del Derecho es de *composición* ó síntesis, involutiva, de madurez y fructificación, en que las varias esferas de la legislación y los diversos órganos del ser-Estado y sus funciones, que antes se ejercitaban apartadamente unos de otros, sin vínculo superior ni ordenado, y acaso en relaciones hostiles, regresan á la unidad del todo, se reconocen mutuamente, se equilibran y complementan, y se enlazan en una rica síntesis, con unidad y variedad á un tiempo y en viva relación y comunicación;—al modo mismo como el fruto vegetal resume y concilia la rica multiplicidad de ramas, hojas y flores en acabada síntesis, representación unitaria del todo como en la edad primera, pero no ya confusa, sino con distinción y orgánicamente.

3.º *Reales-formales*:—a) La vida jurídica es *permanente* en el ser racional finito, y se manifiesta en todas sus edades, como quiera que el Derecho es una de las esencias que lo constituyen, y el ser mismo, á causa de la limitación que lo afecta y de todos lados lo envuelve, se halla en toda ocasión necesitado de medios libres; ni nació el Derecho humano con el pecado, como pretenden algunos, sino con el hombre, ni desaparecerá en la edad madura de la humanidad, como adelantan otros, sino que permanecerá tanto como ella:—b) La vida del Derecho es *mudable*, según el concepto mismo de la vida, la índole de la función del Derecho y la naturaleza de los estados ó hechos que lo especifican; además, cada estado, cada individuo, cada pueblo.

recibe algo de sus antecesores y de sus coetáneos, y crea algo original, y deja en consecuencia á los que le suceden un punto de partida distinto del que encontró:—c) La vida del Derecho es progresiva, por consecuencia de esa constante acumulación de esencia de Derecho realizada, esto es, de bien jurídico, que acrecienta más y más el vigor de la actividad y los medios poseídos, y facilita el cumplimiento de más y mayores bienes con mezcla de menos mal; parece como si el hombre alejase de sí la finitud en la misma proporción en que crece éste su capital jurídico (y lo mismo religioso, científico, etc.)

Indicadas con esto las leyes objetivas de la vida del Derecho, las dejamos aquí, no entrando en el propósito de este trabajo el desenvolverlas; únicamente son de nuestra competencia en cuanto dicen relación á la vida particular de la costumbre jurídica, y con este carácter las examinaremos en su lugar.

### 3.º LEYES PARTICULARES.—SUBJETIVAS: REALES, FORMALES, ORGÁNICAS.

#### § 20.

El contenido de la actividad jurídica es uno, el Derecho, y una su forma, la libertad; mas no por eso escapa á la ley de la variedad, ni queda con carácter de abstracción y generalidad; antes bien, la vemos desplegarse interiormente en un organismo de actividades particulares cualificadas por relación á sus funciones, á su forma ó á sus órganos. De aquí las leyes reales, formales y compuestas ú orgánicas de la actividad del Estado.

#### *a.*—*Reales.*

La actividad racional en tanto que jurídica ó consagrada á la función del Derecho, muestra un contenido interior de actividades ó funciones, todas las cuales intervienen y toman parte en la obra de la vida del Derecho, simultáneas en

razón, sucesivas en tiempo. De estas funciones, unas son generales, entran en todos y cada uno de de los momentos de la vida jurídica; otras son especiales, y se refieren á estos mismos momentos en que la realización del Derecho se subdivide.

Ley de las Funciones generales de la actividad jurídica: *conocimiento, sentimiento y voluntad del Derecho*. El primero formula el propósito en vista del principio eterno del Derecho sabido en la razón, y de las exigencias históricas de la actualidad recibidas en la experiencia; el segundo nos inspira pasión é interés hacia él, una vez planteado; y la voluntad se lo impone como fin, en forma de resolución, después de haber discutido el modo de acomodar el principio á las circunstancias, concretándose en voluntades particulares encaminadas al bien jurídico propio de cada caso individual y de cada momento histórico. Enseñado y persuadido por el conocer y sentir el ser jurídico, lo determina la voluntad como la potencia activa del yo; de modo que racionalmente preceden á la voluntad las otras dos funciones, pues únicamente lo conocido y amado puede hacerse objeto de resolución. En todo acto concurren siempre las tres juntas, por el carácter de unidad y simplicidad del Espíritu que los funda á ellos y sus estados; mas en ocasiones se mantienen en desequilibrio, predominando ora la una, ora la otra; la educación jurídica debe dirigirse por igual á todo el organismo de la actividad hasta lograr la armonía entre las tres funciones, que es en lo que consiste la sabiduría en esta esfera. No basta el simple conocimiento para mover la voluntad, pues á veces conocemos nuestro bien, pero nos falta amor hacia él y lo desatendemos; ni es suficiente el mero sentimiento, pues á menudo sentimos ardiente inclinación por un objeto, y no podemos lograrlo por falta de conocerlo con claridad; ni bastan tampoco para la acción el conocimiento y el sentimiento, pues á menudo nos hallamos dueños de la presencia del Derecho y nos penetramos de él, pero nos falta decisión y energía llegado el momento del obrar.—Tales son las funciones generales,

condición previa para la inmediata realización del Derecho (1).

Ley de las Funciones particulares de la actividad jurídica: *declarativa, ejecutiva y armónica* ó reguladora (2). El cumplimiento del Derecho como relación libre entre fines y medios, y lo mismo su vida como serie ordenada de relaciones libremente establecida entre los extremos del Derecho como posible y como positivo, implica dos funciones primitivas y opuestas, aunque en cierto modo dependientes: Declaración de los medios útiles que son exigidos para tal fin de la vida, y del plan de conducta según el cual deben ser prestados por el sujeto condicionante: Ejecución de lo dispuesto, ó efectiva determinación de la voluntad para la prestación de aquellos medios, en conformidad con ese plan. La primera prepara, es, por decirlo así, acción adjetiva, actividad para la actividad; la segunda pone por obra, es acción sustantiva, actividad para el fin. Aquélla es teórica, ésta práctica.

Ahora, siendo finito el sujeto jurídico, como puede realizar el Derecho, puede por ignorancia ó extravío de la voluntad dejarlo de realizar ó realizarlo mal, esto es, perturbarlo; mas por otra parte el Derecho es un orden necesario, no potestativo, en cuanto de él pende el cumplimiento de todos los fines de la vida, y no es lícito suspenderlo un punto; según lo cual, la vida jurídica revestirá una doble forma en correspondencia con los dos elementos que integran en ella: al bien, término esencial y permanente, corresponderá la forma del Cumplimiento; al mal, término accidental é histórico, responderá la forma de la Reparación: aquélla

---

(1) Sobre el conocimiento, sentimiento y voluntad en general, se consultará con fruto la *Metafísica analítica*, de Sanz del Río, la *Ciencia del Alma*, de Tiberghien, y las *Lecciones de Psicología*, de F. Giner. Véase también más adelante: *Génesis del hecho consuetudinario*.

(2) También se denominan *poderes* estas funciones, en cuanto son consideradas como posibilidades que tiene el Estado de cumplir mediante ellas el Derecho: aunque á veces se toma poder como sinónimo del *órgano* que lo ejerce.

necesaria, independiente de la voluntad, ésta posible solamente; y ambas totales, abarcando el todo del Derecho y el todo de su actividad. Quiere decir esto, que cada una de aquellas dos funciones primordiales, *Declaración* y *Ejecución*, obrará de dos distintos modos, ó se desdoblará en dos diferentes ministerios ó subfunciones.—La primera es: Declaración de los medios normales que son exigidos para el establecimiento de una relación jurídica que implica el cumplimiento de un fin (función ó subfunción *legislativa*); y Declaración de los medios anormales que son exigidos para el restablecimiento de la misma relación perturbada, en vista de reparar el orden del Derecho (función ó subfunción *judicial*). No conserva la actividad igual posición en una que en otra; allá se mueve entre el Derecho absoluto y la necesidad actual ó histórica, al fin de determinar una norma general de conducta; aquí, entre esta norma y la necesidad, en vista de procurarle los medios de rescatarse al sentido de aquélla: en la ley positiva se interpreta el derecho ideal amoldándolo á las circunstancias presentes de un sujeto —pueblo ó individuo;—en la sentencia se interpreta la ley positiva aplicándola á rectificar una falsa interpretación individual que fué en el hecho motivo de una infracción ó perturbación. En suma, la una *establece* la ley, la otra la *re-establece*; ambas legislan, individualizan el derecho en fórmulas prácticas: la primera engendra la ley, es como su madre; la segunda la sostiene y repone, es como su nodriza; le da una segunda existencia: si el poder ejecutivo osa violarla, ordenando á los ciudadanos algo contrario á ella, el tribunal les da facultad de desobedecer el mandato saliendo á la defensa de la ley; si el poder legislativo legisla con infracción de la Constitución, suspende los efectos de la ley, y si legisla contra los dictámenes de la costumbre, elude la ley y le sustituye otra en sus sentencias. Tan íntima es la relación de ambas subfunciones. Las distingue el punto de partida—(que en la una es derecho no determinado pero determinable, y en la otra derecho determinado pero más determinable)—y la causa ocasional y el fin—(que en aquélla es un estado social, y en ésta un he-

cho individual); pero las distingue sólo relativamente, pues también á veces parte el legislador de Derecho determinado (verbigracia, cuando ejercita su potestad reglamentaria), ó dicta reglas de acción para hechos individuales (v. gr., cuando establece privilegios de derecho),—y también á veces ei juez parte de derecho no determinado, ú obra á impulso de un estado social, cuando sienta nueva doctrina legal, no hallando previsto en el sistema de la legislación el caso que se le ofrece, ó existiendo regla adecuada la deroga ó abroga según las inspiraciones de la opinión social.—La segunda función es: Ejecución de lo dispuesto por los legisladores, ó aplicación de los medios necesarios para establecer aquellas relaciones de derecho que son la competencia del Estado,—función ó subfunción gubernativa (dividida en “preventiva” para los medios negativos, y “económica” para los positivos); y Ejecución de lo ordenado por los tribunales, ó prestación de los medios necesarios para restablecer aquellas relaciones de Derecho que han sido perturbadas por las autoridades ó por los Estados subordinados ó súbditos,—función *reparadora* (dividida en “coactiva” para los medios negativos y “correccional” para los positivos) (1). La pri-

(1) La generalidad de los autores, dejándose llevar de la corriente del hecho, considera la función correccional como parte de la gubernativa ó administrativa. Modernamente, sin embargo, se han señalado en la Ciencia tendencias contrarias, y puestas, creemos, en camino de verdad, por partir de una concepción exacta de la pena, que, ó reconocen á la Administración de las Prisiones carácter sustantivo y propio y espontaneidad de acción en todo lo relativo á la ejecución de las penas y á su cesación (Does de Bye, d'Alinge), ó encomiendan al poder judicial la dirección ó la vigilancia de los establecimientos penitenciarios y la revisión constante de las sentencias, al efecto de determinar el momento en que los medios penales previamente declarados por consecuencia del juicio han producido su eficacia, y en que debe restituirse al penado el uso de su libertad, ó bien, las modificaciones que deben introducirse en la naturaleza, ó en el cuánto, ó en el modo de aplicación, de esos mismos medios de corrección (Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena, La ejecución de las penas*; L. Silvela, *El derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España*).

mera es plástica, crea; la segunda es medicatriz, sana (1).

Por último, todas ellas entran en relación y son reducidas á la unidad del poder propio del Estado, mediante una nueva función compuesta que resuelve las relativas oposiciones de dichas funciones particulares, y da solución á los conflictos surgidos entre ellas interiormente, ó entre ellas y la opinión social; la función *Reguladora* ó *armónica* (2).

(1) La mayor parte de las divisiones de la actividad del Estado que corren en el uso son, ó incompletas, ó arbitrarias, por haberlas estribado casi siempre en base que no era el Derecho mismo, única infalible y legítima, ó que siendo el Derecho, estaba tomado desde relativos puntos de vista. Por términos psicológicos llegó *Locke* á señalar dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, correspondientes al entendimiento y á la voluntad; y *Taparelli* por igual camino halló como esenciales estos cuatro: constituyente, deliberativo, legislativo y ejecutivo, referentes: el primero, al "ser" de la sociedad, y los otros á su "obrar", según la división de los medios que le son condiciones previas, conocer, querer, poder: el ejecutivo comprende el gobierno ó dirección de las personas, la administración ó hacienda, el poder judicial, y la fuerza pública. Por términos lógicos estableció *Kant* tres poderes, legislativo, judicial y ejecutivo, correspondientes á las tres proposiciones de un razonamiento práctico, á la mayor, ó principio que contiene la ley de la voluntad, á la menor que abraza la norma de conducta que es consecuencia de la ley, y á la conclusión, que contiene la sentencia, ó lo que es de Derecho en los diferentes casos; y por igual consideración lógica subdividía *Hegel* el poder del Estado en tres miembros, legislativo, que fija y determina lo universal, administrativo, que reduce las esferas particulares y casos singulares á lo universal, y el monárquico, representación de la subjetividad, de la resolución suprema del querer.—Los mismos que *Kant* halló *Montesquieu*, procediendo sobre la base histórica; *B. Constant* supone estos cuatro, ejecutivo, representativo, judicial y municipal (dice que este último se ha confundido siempre con el ejecutivo); *Ahrens* dos primitivos: legislativo, manifestado en dos formas (constituyente y meramente legislativo), y ejecutivo (también dividido en dos funciones, judicial y administrativa propiamente dicha); *F. Giner*, tres: legislativo (declarativo, teórico, que tiene su expresión en el pensamiento), ejecutivo (aplicador, práctico, que tiene su expresión en la voluntad), judicial (de transición, teórico-práctico), etc.

(2) La idea de este poder fué introducida en la Ciencia desde que se comprendió lo insuficiente de la doctrina de la *prerrogativa*.

b)—*Formales.*

Conocidas las actividades particulares incluídas en la total jurídica, analicemos brevemente las modalidades ó formas que la libertad, como forma total de la actividad jurídica, ó más bien la actividad misma como actividad libre, recibe en el ejercicio de aquellas funciones.

Observando lo que en nosotros y en nuestra vida pasa, descubrimos que á las veces la actividad racional jurídica procede como desde el centro motor hacia lo factible, intimándosele y causando los estados en un mismo acto, siguiendo una sola dirección y constituyendo un primer grado y momento de la *espontaneidad*, determinada, más que por la libre iniciativa de la voluntad, por la secreta atracción ó impulso del objeto, el cual es por lo mismo recibido como todo indistinto y genérico, no en el sistema de sus relaciones, y, por tanto, sin la luz que hubieran de proyectarla éstas. Otras veces la actividad procede mediatamente, como desde el centro motor hacia sí propio y mediante sí al objeto factible, intimándolo y reintimándolo para realizarlo en un doble momento y grado de la espontaneidad (*re-espontaneidad*, *reflexión*) ó en una segunda potencia de la actividad libre, recibéndolo á la vez directamente y reflejado en la conciencia como en un espejo, por tanto en la unidad de su principio y en el organismo de todas sus relaciones, cuya luz descubre al sujeto las deficiencias y torcimientos de la primera intimación y efectuación, si los hubiere, y le facilita su aclaración y confirmación ó su reforma y gradual perfeccionamien-

---

*regia* añadida á la incompleta división de poderes hecha por Montesquieu. Hace cerca de un siglo que lo han hallado los científicos como necesario según el principio del Derecho y la naturaleza de la actividad del Estado, y todavía se confunde en la práctica y en el lenguaje de los partidos con el poder ejecutivo. En Francia se llamó poder *real* (Clermont-Tonnerre, B. Constant); en España poder *regulador* (R. Sala) y modernamente (Giner) *armónico ó de relación*; en Alemania *inspectivo*, y modernamente (Ahrens) *gubernamental*.

to. La actividad espontánea ejecuta una egresión; la reflexiva una egresión y una regresión. En ambas hay espontaneidad y propio motu, pues se trata de la actividad del ser racional, y en ambas reflexión, pues naturalmente la exige la intimación, y el ser, como mediador activo que es entre lo factible y lo que se va haciendo, nunca deja de estar presente en un estado total de conocimiento, de sentimiento y de voluntad jurídicas; pero en la primera la reflexión es débil y carente, visible en cada uno de los momentos intermedios en que la actividad aplicada al objeto posible para efectuarlo se subdivide, más oscuro y apagado en el conjunto que constituye una serie de momentos y consiguientemente de estados: hay reflexión, pero no somos íntimos de ella en la unidad de la conciencia; sin embargo, suelen aplicarse á la actividad por razón de ellas los nombres de espontánea y de reflexiva respectivamente. En ambos grados de la intimación procede el espíritu con libertad, pues jamás deja de tenerla en el estado normal de su vida; pero en el primer caso es tan menguada, irregular y fragmentaria, que á la larga como que toma color de necesidad: en ambas procede objetivamente ó conforme á la naturaleza del objeto que ha de resultar efectivo en la obra; pero en el primer caso, por faltar la clara vista de su unidad, que sólo en la reflexión puede ser lograda, y, por lo mismo, la necesaria adecuación de la actividad á él, resulta la obra temporal con alguna semejanza respecto del material eterno, irregular en sus contornos, oscurecida en sus luces, incompleta en sus pormenores, desarreglada en el orden de sus miembros interiores, y desfigurada con accidencias é inconexiones, ora enteramente ajenas á la esencia, ora nacidas de una falsa posición de ésta. Pero en medio de esta inferioridad no carece de una ventaja, y es que en el fondo se halla menos expuesta á extraviarse por el campo de las abstracciones, á apartarse del contenido real del objeto, y presta por lo mismo mayor firmeza y seguridad á la vida: si es menos libre el sujeto activo, alcanza mayor parte el objeto en su actualización y ejerce mayor imperio la ley objetiva; al paso que la actividad refleja corre

el riesgo del subjetivismo si no se está muy sobre aviso, por lo mismo que el objeto inmediato sobre que recae la actividad es la actividad misma, y lo posible sólo mediante ella.

De estas dos formas de la actividad racional, *espontánea* y *reflexiva*, la primera es más positiva, más histórica, se aviene más á los hechos; la segunda es más ideal, más filosófica, se liga más á los principios. En aquélla la razón suele quedarse en las últimas relaciones sensibles, sin sospecha del ideal; en ésta suele la razón salvar las fronteras de lo temporal y degenerar en especulativa y abstracta. Estimulada por motivo externo la actividad en el primer caso, no dilata el círculo de su aspiración más allá del momento, del lugar y del hecho que le ha servido de ocasión y excitante, se detiene en lo mudable y concreto del objeto sin levantarse á la unidad de su contenido; impulsada por libre y generoso anhelo en el segundo caso, atraviesa de un vuelo todo lo relativo y finito del objeto, y se remonta en busca de su principio eterno y permanente, enamorada del ideal, abstraída de todo dato que suministre la experiencia. La actividad espontánea toca á la conciencia inmediata y le damos el título de sentido común, derecha y sana en el fondo, pero árida y prosaica y deficiente, á veces manchada de impurezas, vaga siempre é indeterminada en sus contornos, y ocasionada á caer en ese materialismo de la vida vulgar fotografiado en el Sancho de Cervantes, eterno modelo de la gente inculta de todas las clases sociales, y que llena también una buena parte de la vida labrada y cultivada aun de las personalidades superiores en heroísmo, en virtud y en sabiduría. La actividad y vida reflexiva, es, por el contrario, la vida generosa y esplendente del ideal, que sin desconocer del todo el aspecto histórico del objeto, lo relega á un lugar muy secundario, reputándolo por cosa baladí, pero por lo mismo inexperta, arrebatada, intemperante, mal avenida con los estorbos y las circunstancias históricas, propensa á desentenderse de la vida común y precipitarse en el foco luminoso y ardiente del ideal, que cual un imán poderoso la solicita; es la

vida que simboliza Don Quijote, espejo y dechado de ilusos bien intencionados que abundan en el arte bello y en la política más que en ninguna otra esfera de la vida, y retrato de la mayoría de los hombres, sin exceptuar los Sanchos, en aquellos momentos privilegiados y solemnes de su vida, en que el hombre grosero y sensual se siente transfigurado por un desbordamiento de sentimientos nobles y generosos.

No pensamos en la actividad racional, ni por tanto en la jurídica, otras formas fuera de estas dos, la *común espontánea*, en que predomina la fuente ó medio del sentido, y la *ideal reflexiva*, en que sobresale la fuente de la idea; y, sin embargo, sentimos que la vida no es llevadera, ni durable, ni progresiva, ni verdaderamente humana, en ninguno de esos dos enemigos extremos; pero á la vez, que en ambos hay elementos utilizables, y que deben entrar por necesidad á constituir una esfera compuesta de actividad que denominaremos *intelectual y artística*. En el "entendimiento" aquella facultad práctica ó poder activo mediador que relaciona lo total y permanente (la materia receptiva, posible) con lo individual y mudable (lo ya recibido, histórico, positivo) de las cosas, y merced al cual el sujeto interpreta y critica los datos individuales ó del sentido á beneficio de la idea, y define los datos totales ó ideales en el límite que le imponen los del sentido, y mediante éstos los percibe y aplica templando y corrigiendo una por otra la exageración de las dos formas primitivas opuestas de la actividad, é integrándolas en una tercera tan sustantiva é irreductible como ellas, y donde lejos de prevalecer la una se mantenga en equilibrio y armonía para bien del sujeto, suspendido por el ideal á la debida altura para que no sucumba ni caiga en el afrentoso rebajamiento de un Cérco-po por tender á lo irracional, y retenido por el sentido en la región oportuna para que no se pierda insensatamente como Icaro por acercarse al Sol, humanizándolo el sentido común cuando lo tienta el idealismo, y rescatándolo el ideal de los vicios y del prosaismo de la vida vulgar cuando se

sienta solicitado á ella. Tal es la actividad intelectual y tal la misión del Arte.

Dice *Arte* la misma actividad del espíritu en cuanto realizando el objeto posible puesto como ideal en forma sensible, acorde con la naturaleza de aquél, y en el límite de lo mejor posible en cada lugar y tiempo; ó de otro modo, la actividad en toda su plenitud y racionalidad, revestida de la forma compuesta espontánea-reflexiva, en la realización ó elaboración de los objetos factibles, derecho, belleza, utilidad, conocimiento, etc. Decir Arte (objetivamente), es decir concierto, síntesis, composición, armonía,—y armonía entre la realidad, lo individual, y la idealidad, lo genérico; el realismo y el idealismo no son propiamente Arte. En rigor, en las dos formas simples de la actividad, espontánea y reflexiva, asiste el Arte, pues tanto la una como la otra tienen por intención final el objeto, por punto de partida el estado histórico del sujeto activo, y por medios plásticos las dos fuentes originarias de vida, ideal y sensible; pero el elemento artístico en ellas entra sólo parcial y relativamente; falta entre estos diversos elementos la proporción y equiponderancia que la vida pide, porque en la primera prevalece el sentido, y por tanto el objeto es visto y realizado casi exclusivamente en lo que tiene de individual y relativo; en la segunda prepondera la idea, y el objeto es casi sólo realizado en lo que tiene de ideal y absoluto, y por tanto quedan ambas esferas, con ser compuestas y homogéneas, como simples y antagónicas, esperando para concertarse á que obre nuevamente sobre ellas la actividad del espíritu como intérprete mediador y artista, y las junte en indisoluble consorcio. A este efecto, la esfera de la actividad *reflexiva* suministra la condición del ideal merced á un regreso sobre sí propia, una vez puesta en relación con el objeto; la actividad común *espontánea* aporta la condición histórica ó de lo mejor, á causa de encaminarse directamente al objeto en el mismo estado de simplicidad en que se encuentra, sin levantarse á una segunda potencia para fortalecerse: la *actividad artística* racional aproxima uno á otro

ambos elementos, ambas manifestaciones del objeto, y las concilia para obtener estados ó productos ideales-sensibles que, sin desmentir lo absolutamente potencial, no se aparten de lo actualmente posible, que se atengan al ideal, pero en el límite de lo determinado y concreto (1).

Nace de aquí la exigencia de dos esferas dentro de la actividad racional artística en sus relaciones al Derecho: una *crítica*, exterior-interior, que va desde la obra ó producto de la espontaneidad al espíritu, para idealizarla al contraste del ideal inmanente; y otra propiamente *creativa*—(sin que por eso deje de serlo también la otra)—, interior-exterior, que va desde el ideal inmanente afuera, para recibir de lo natural é histórico el bautismo de la limitación, y encarnarlo al punto en forma de vida individual y concreta. En el primer caso el arte es como Hércules, el hombre finito é imperfecto, que por la propia virtud y esfuerzo se redime y purga de lo terreno y se hace Dios; en el segundo es como

---

(1) Algunos identifican la forma artística de la actividad con la reflexiva ó mediata sin más distinción, estimando el Arte como la actividad libre y sistemática en unidad, y distinguiéndolo de la actividad común en lo mismo que difiere el conocimiento común del científico (F. y H. Giner), pero no toda la actividad reflexiva es artística, sino sólo aquella que á la vez que reflexiva y sistemática es inmediata ó directa respecto del punto de partida: con actividad que reuna el carácter de sistemática y unitaria puede formarse ciencia abstracta y sin realidad, pseudo-ciencia, por carecer del carácter opuesto de inmediatitud, por haberse abstraído de la presencia real del objeto constituido en fin de todo su obrar,—que es lo que ordinariamente separa la ciencia escolástica de la ciencia real. La una es inmediata, pero puede no ser ni es de ordinario sistemática; la otra es sistemática y orgánica, pero puede no ser ni por lo común es inmediata; reunidas ambas modalidades, elevan la actividad á toda su plenitud y le dan la condición de artística (arte bello, útil ó industrial, científico, jurídico, etc.). No se contraponen, por tanto, lo inmediato-espontáneo á lo artístico, sino á lo mediato-reflexivo, y lo artístico no es forma simple, sino sintética composición de las dos formas primitivas y contrarias—y, por lo mismo, imperfectas y parciales en su aislamiento,—de la actividad racional. Ampliaremos la doctrina del Arte más adelante: *Relaciones de la Costumbre con la Ley.*

Cristo, el Dios infinito y perfecto, que, por fuerza de su amor y misericordia, concentra su esencia increada para tomar carne en el mundo y se hace hombre; en ambos casos, expresión relativa y parcial, pero fiel, de este doble ideal, de la humanidad en absoluto y de la humanidad en un tiempo dado y con un propio medio ambiente. Con el Arte, el hombre satisface la necesidad de restablecer en la tierra el equilibrio entre el mundo ideal, á que se siente atraído por una gravitación irresistible, y el mundo sensible que por todos lados le circunda, y en el cual tiene que realizar una vida finita y limitada, pero fiel á lo sustancial absoluto, que es su fin último, de arrancar, en fin, al incesante movimiento de la vida la arena movediza de los hechos y darles cohesión con la argamasa de los principios, á fin de que se truequen en típicos sillares y se alcen y ordenen en construcciones monumentales, puras de imperfección, decoro de la Historia, modelo y á la vez punto de partida para el porvenir.

c)—*Orgánicas.*

Finalmente, por relación al instrumento ú órgano de que se vale la actividad para la manifestación de los estados, tres nuevas leyes subjetivas nacen en íntima unión con las reales y con las formales ya bosquejadas: las relativas á la actividad *anergálica*, *sinergálica* y *sinanergálica*.

La ley de la distinción orgánica propia del Ser en general, según apuntamos en otro lugar (§ 9, 10), tiene natural aplicación á cada uno de los seres fundamentales inmediatamente contenidos en el total Ser como órganos suyos, y á los incluidos subordinadamente en cada uno de esos, y de igual modo hasta el último grado. Así la sociedad tiene para sus fines diferentes actividades ó funciones, y para desempeñarlas órganos ó Instituciones primordiales:—para la función de la Religión, la Iglesia; para la función de la ciencia, la Universidad; para la del derecho, el Estado, etc. A su vez estas funciones se particularizan en otras más concretas inscritas en ellas, y en consecuencia, cada uno de aquellos or-

ganismos, considerado ya como ser total y sustantivo, se desplegará del mismo modo en un sistema de órganos que, por relación á ese su inmediato superior jerárquico, serán particulares ó relativos:—en el Estado, por ejemplo, ocurrirán á la declaración los Congresos y Tribunales, á la ejecución el Gobierno, á la armonía el Jefe del Estado; en la Universidad, á la indagación las academias, á la comunicación las cátedras, á la conservación las bibliotecas; en el Orden Industrial se constituirán de análoga manera órganos para producir, para consumir, para cambiar; y así de los demás. Ahora, sabida la naturaleza de la actividad del Espíritu en todas sus relaciones, y, por consiguiente, en la jurídica, su ley fundamental por respecto á los órganos no puede ser otra que ésta: la *totalidad* en el contenido, la *peculiaridad* en el modo. Primero, cada órgano, en cuanto es “parte de un todo”, desempeña las diferentes funciones coordinadas que forman el organismo interior del ser á quien tal órgano pertenece, bien que las desempeña bajo el aspecto predominante de una de ellas, que es la que le da tono y carácter, por ser una expresión y representación de toda la actividad del ser racional finito, aunque expresión particular ó en una sola de sus fases; ‘después, en cuanto “todo”, ejerce todas las funciones subordinadas que integran en la suya propia considerada como absoluta. Así el Estado, por ejemplo, como órgano del Derecho en el sistema de los fines humanos, si bien predominante mira al Derecho, no deja de atender también exteriormente á las demás funciones sociales, á la ciencia, á la religión, á la vida toda, bien que bajo el punto de vista de la condicionalidad; y, por otra parte, en su esfera interior, ejerce directamente ó por sí (personalmente, no por delegación) todas las funciones abrazadas en él, la legislativa, la judicial, la ejecutiva, etc. Pero al par de esto, las ejerce también mediatamente, delegando al efecto su facultad en órganos jurídicos, con respecto á él particulares, y en los cuales se cumple evidentemente la misma ley de totalidad y peculiaridad, abarcando cada uno de ellos todas las funciones coordinadas del Estado, aunque con predomi-

nio de una y subordinación á ella de las restantes empleadas en clase de auxiliares; y así, por ejemplo, en el organismo legislativo aparecerá una función administrativa, otra judicial y otra reguladora ó armónica, todas tres conspirando al fin sustantivo de la legislación; y de igual suerte en el organismo administrativo existirá una función legislativa, otra judicial y otra reguladora, subordinadas todas al fin de la administración; etc.

Nacen de aquí dos distintas cualificaciones para la actividad jurídica, según la ejerza el órgano de Derecho (sea el Estado ó un poder particular del Estado) personalmente ó por delegación; actividad anergálica y sinérgica.—Es *anergálica* la actividad del Derecho cuando el ser racional toma parte directa en la producción ó reparación de los estados, poniéndose todo él en la unidad de sus facultades y potencias por gestor y mediador de su vida jurídica, en propia representación y bajo su responsabilidad; de lo cual son ejemplo vivo, el individuo como Estado inmanente normal (en toda su vida), y el Estado social común (ó en su vida directa y de *selfgovernment*).—Es *sinérgica* la actividad del Derecho cuando el sujeto actuante no es la persona jurídica (Estado) inmediatamente, sino un órgano especial y capaz para obrar en la forma artística, que realiza el Derecho á nombre y representación suya en concepto de delegado, sea voluntario ó necesario según tiempos y circunstancias; y de esto son ejemplo el Estado individual anormal que cumple el Derecho mediante órganos que lo representan, supliendo en él la facultad de obrar de que carece, y el Estado oficial con sus agentes y corporaciones (rey, presidente, dictador, Congresos, ministros, tribunales, etcétera), que lo realizan como mandatarios del Estado todo.—Es, por último, *sinanergálica* cuando el ser jurídico determina el Derecho, parte directamente ó por sí mismo, parte indirectamente ó por procuración, enlazando las dos formas exclusivas precedentes en una rica síntesis donde se completan y moderan la una por la otra, y se armonizan y conciertan todas las oposiciones de esta particular vida: retenien-

do el poder necesario para proseguirla como Estado ú órgano inmediato, delega en órganos particulares el poder restante para que, trabajando reflexivamente sobre el material vivo suministrado por aquélla, lo idealicen reduciéndolo á la unidad de su principio racional sin excluirlo por eso de sus naturales límites.

Siendo ley de la vida que las funciones aparezcan en el ser antes que los órganos, precede históricamente á la actividad sinérgica la anérgica; en su nacimiento y vida incipiente, el Estado carece de órganos, desempeña todas sus funciones directamente por sí, *con todo su ser*; mas luego que su contenido se desarrolla, y sus relaciones se multiplican, y sus funciones se desdoblán y en el pormenor se hacen más delicadas, van apareciendo sucesivamente los órganos y estableciéndose entre ellos la división del trabajo, cada vez más adelantada en perfección á medida que se aproxima mas á su completo desarrollo el ser de Derecho. De modo, que el número de órganos no está en relación con el de las funciones, sino con el grado de progreso histórico alcanzado por el Estado, y con su extensión (pues naturalmente serán más en el municipio que en la familia, y en la nación más que en el municipio).

Tocante á la esfera de acción de los órganos, carece de límite cuantitativo, pues tanto la actividad anérgica como la sinérgica abrazan íntegramente al ser, son totales y se equivalen, según el orden de lo anteriormente expuesto. Pero si carece de límite cuantitativo, sí lo tiene cualitativo, porque si bien los órganos particulares alcanzan á toda la vida, sólo la incluyen en uno de sus dos aspectos, en el aspecto artístico, quedando siempre fuera de toda delegación y á cargo del Estado indiviso el aspecto común é inmediato de la vida. Ni el Estado oficial puede decir como la monarquía absoluta, como Luis XIV, "*El Estado soy yo*", ni el Estado inmediato ó inorgánico puede decir como la Democracia abstracta, como Rousseau, "*el Estado somos nosotros*": ambos poseen una existencia sustantiva, aunque deficiente, y ambos en su recíproca unión se complementan, llenándose las negaciones del

uno con las afirmaciones del otro, y sirviéndose mutuamente de freno y acicate á la vez. Por consecuencia de esto, ambos géneros de actividad son esenciales en todo tiempo y para siempre: cuando no aciertan á concertarse, y lejos de mantener su respectivo límite lo traspasan y atropellan por el otro campo, enferma el Estado por falta de ponderación y desequilibrio de fuerzas: si doctrinas recelosas y desconfiadas, ó satisfechas con una parte de la verdad, y dominantes en la opinión, desconocen su carácter sustantivo á los poderes orgánicos (Estado oficial), estimándolos como simples ecos materiales de los poderes inmediatos (Estado común ó inorgánico), ó no exigiendo en su constitución las condiciones de capacidad que son indispensables para la obra artística, el orden jurídico degenera en anarquía y en desgobierno, y las pasiones de la muchedumbre, llamaradas que se disipan con el mismo viento que las inflama, ejercen mayor imperio que los inflexibles principios de la razón: cuando, por el contrario, la delegación se extrema en tal manera que los súbditos erigen ó consienten que se erija el Estado oficial en providencia tutelar y rectora de toda la vida jurídica, desprendiéndose ó desacostumbrándose de toda fecunda iniciativa, atrofiando su actividad anergálica, y fiando á los órganos reflexivos hasta los pormenores más insignificantes de la acción social, el cuerpo del Estado, rendido al paso de la arbitrariedad y del formalismo, ahogado por la letra muerta, falto de aquella savia animadora que da frescura y vigor á los organismos, viene á caer desfallecido y quebrantado á los pies del despotismo triunfante, y el orden jurídico desaparece para ceder su puesto á la tiranía, no menos violenta porque se encubra con las formas de la libertad (1).

---

(1) V. el § 25, que completa esta doctrina de las leyes orgánicas de la actividad.

*a.—Formas del Derecho positivo.*

## § 21.

## Consideración previa.

Hasta aquí hemos inquirido por respecto á la vida del Derecho, y dejamos consignado en los párrafos precedentes:—1.° Los elementos que sustancialmente integran en toda ella y en cada uno de sus particulares momentos: el *Derecho ideal*, como la materia posible; la *Actividad jurídica*, como el obrero que la pone en acto ó la trabaja; el *Derecho positivo* ó puesto, como el resultado de esta elaboración y movimiento vital del Derecho (§ 11-17):—2.° La relación y composición del primero y tercero de esos elementos mediante el segundo, ó sea, efectiva realización del Derecho y leyes necesarias que la gobiernan, fundadas, unas en la esencia por respeto á la Actividad jurídica, y otras en ésta por relación á aquélla; leyes *reales, formales y reales-formales* del Derecho; leyes *reales, formales y orgánicas* de la Actividad del Derecho, ó sea del Estado (§ 17-21). ¿Cuáles son, ahora, las formas que recibe el Derecho en los diferentes momentos de su existencia real y positiva?

Desde luego, si la Actividad es quien informa el derecho ideal en el tiempo, á ella habremos de atender, y no al Derecho, que es lo informado, para determinar los géneros de la información; y si, como hemos visto, son varias las maneras de obrar la Actividad sobre el Derecho potencial, varias serán también, y en paralela correspondencia con ellas, las formas que reviste el Derecho positivo que es consecuencia de esa acción.

Trayendo á la memoria las leyes de la Actividad jurídica—ó sea, de la vida del Estado—que obtuvimos al cabo de la precedente indagación (§ 20), á saber:

*Reales*: función Declarativa (legislativa, judicial), Ejecutiva (gubernativa, reparadora) y Reguladora;

*Formales*: actividad espontánea, reflexiva, artística;

*Orgánicas*: actividad anergálica, sinérgica, sinanergálica;

podremos observar que dicha actividad obra sobre el Derecho en tres distintos tiempos, y de tres maneras diferentes en cada uno de ellos; de tal suerte, que en su calidad de Actividad ó Función declarativa se aplica al establecimiento del Derecho en forma espontánea, reflexiva y artística; y la misma Actividad jurídica, como Función ejecutiva, se aplica al cumplimiento de lo declarado en las mismas tres formas, espontánea, reflexiva y artística; y en las mismas, por último, en tanto que Función reguladora. De donde nacen para la expresión del Derecho positivo (teniendo en cuenta la bifurcación interior de las dos primeras funciones), quince fórmulas sustantivas é independientes y paralelas tres á tres. Mas no se limita aquí la subdivisión, cuando se llega á tomar en cuenta, como es debido, las leyes orgánicas, pues de conformidad con éstas, cada una de aquéllas formas puede traer su origen de una triple fuente, ó mejor, de la fuente una del Estado, pero considerado en una triple relación: como Estado todo é inorgánico, directamente: como Estado representado por un órgano particular que obra por delegación á nombre del todo, mediatamente; y como Estado compuesto que revisa mediante sus órganos, y reelabora é imprime nueva forma al producto que obtuvo de su primer trabajo como Estado inmediato é inorgánico. Total, cuarenta y cinco formas particulares, cuyo concepto nos es obligado indagar en breve y sumario análisis, para que sepamos el lugar que ocupa y el valor que tiene en ese organismo aquella que es tema y objeto preferente de nuestro actual estudio.

*a—Formas normales*

a — En la función declarativo-legislativa.

## § 22.

La primera función (1) que ejerce la Actividad jurídica es la declaración del ideal relativo de Derecho que debe ser observado por el sujeto jurídico en tal determinado tiempo, bajo el imperio de tales determinadas circunstancias; y la forma que reviste esa ideal relativo por consecuencia de esta función es la *regla* jurídica, á que solemos denominar *ley positiva* de Derecho.

En otro lugar hemos procurado definir lo que debe entenderse por *Ley* en general, en aplicación á la vida del Ser y á la de todos los seres particulares, así á la Naturaleza como al Espíritu, á su unidad y á cada uno de sus interiores términos componentes; y hallamos, como contenido de su concepto, una relación de permanencia dada en la mudanza, lo fijo, lo inmutable y necesario que subsiste como inmanente en cada uno de los fenómenos que constituyen la serie y cadena de ellos en que consiste la vida, ó en suma, la esencia misma del ser viviente considerada en la relación de su eterna inmovilidad á su temporal mudanza, materia primera y á la vez guía y dirección para la actividad del sujeto que vive. La Ley en este sentido es un elemento interior de la vida jurídica, el elemento formal de la actividad que promueve el tránsito del Derecho desde su existencia ideal á su existencia histórica.—Tambien estimamos como elemento particular de la vida del Derecho la *regla ó ley positiva*, pero distinto de ese: el primero hemos visto que acompaña á la Actividad en el hecho de la producción jurídica; la *ley positiva* la pensamos como posterior á ella; aún más, como

---

(1) Primera en el orden de la razón, que en el orden del tiempo son todas simultáneas.

algo perteneciente al primero é inmediato producto que es consecuencia de esa elaboración á que la Actividad somete el material eterno del Derecho. Para despejar ese algo que como característica atribuimos á la Ley, no tenemos sino considerar la naturaleza de ese resultado—que es el Derecho positivo—y en relación con él la regla ó ley positiva.

Que la ley positiva no se identifica con el derecho positivo, cosa es que nadie puede poner en duda, si se considera que éste no se agota todo en la ley, sino que, primero, tiene una existencia anterior á ella, y es, por lo tanto, supuesto necesario para que ella se constituya; y en segundo lugar, muestra una existencia que excede del concepto-ley, toda vez que en el Derecho positivo encontramos aspectos diferentes del representado por ella, v. gr., la sentencia ó la prestación administrativa.—Que la regla ó ley positiva no es cosa diferente del Derecho positivo, verdad es no menos palpable y evidente que la primera, porque no hallamos en ella cosa que sea distinta, ni el contenido, que es de Derecho eterno, ni la forma, que es la posición de ese contenido en el tiempo según cierta medida impuesta por las circunstancias históricas del sujeto ó sujetos en quienes residen los fines, ni la relación de forma á contenido: la conciencia común de la humanidad lo ha entendido así al traducir *regla y derecho* por una radical común (1). Si, pues, la ley ó regla jurídica no se identifica con el Derecho ni es cosa diferente de él, será una entre otras maneras de expresión cuyas la expresión del Derecho positivo en el primer momento de su realización, tal como resulta de la aplicación de la Actividad en tanto que Función legislativa, independientemente del signo que la traduzca en el mundo de los sentidos.

Según esto, el concepto particular de ley positiva podrá incluirse en cierto modo en el de la Ley general que rige á la Actividad en todo el proceso de la vida jurídica; también ella

(1) Regla, *reg-ula*, y Derecho, *di-rec-tum*, traen acaso su origen de la raíz sanscrita *rac* ó de *râj*. Véase § 1, nota 3.<sup>a</sup>

expresa una alianza y composición de los dos términos opuestos, mudanza y permanencia,—la mudanza, con respecto á la conducta humana que debe prestar cada vez nuevos y diferentes medios á los fines condicionables, por que cada vez son diferentes los estados de vida en que éstos se manifiestan,—y la permanencia, porque debe prestarlos en forma y proporción homogéneas por siempre ó durante un cierto lapso de tiempo, determinado por la situación histórica del sujeto en quien se concretan los fines. Ni una ni otra Ley la decimos simplemente de lo esencial eterno—no hay ley extraña á la Actividad,—ni tampoco meramente de lo pasajero y mudable,—pues á menudo presenciamos multitud de hechos que se cumplen unos en pos de otros en cierta manera de sucesión, y sin embargo, negamos que obedezcan á ley común, esto es, que estén enlazados entre sí por el menor vínculo: la ley la afirmamos en razón de la unión de esos dos elementos, el término que subsiste en y sobre los hechos, como material y substratum común á todos ellos, y el término que pasa de uno á otro sin más permanencia que la de cada transitorio estado.

Fuera de esta fundamental similitud de concepto, difiere la regla ó ley positiva de la Ley general por lo tocante á su origen y á su contenido: en su *origen*, porque en la segunda es enteramente objetivo y superior á la voluntad, á la cual se impone con fuerza irresistible, al paso que en la ley positiva se determina mediante la libre voluntad del sujeto activo, que en cuanto racional es soberano de su propia vida,—sin entender por eso que la voluntad sea su fundamento, ni otra cosa que la facultad en cuya virtud se mueve aquél á efectuar el Derecho posible, no según su arbitrio, sino según ley de razón inmediatamente basada en el Derecho mismo;—y en su *contenido*, porque en la Ley general es expresión de la Actividad en tanto que dirigida á dar existencia actual ó positiva al Derecho ideal, mientras que en la ley positiva expresa el Derecho mismo obtenido como producto de dicha actividad, aplicada según el plan

de esas leyes objetivas é inmediatamente consagrada á la condicionalidad de los fines humanos.

Como conclusión de estas reflexiones, podemos ya definir la *ley ó regla* de Derecho: manera necesaria de conducirse los hombres en una determinada relación jurídica de tracto continuo, ó en una serie ordenada, mayor ó menor, de relaciones jurídicas homogéneas, consonante con otra paralela de hechos ó de estados, hállese ó no concreta y reflexivamente declarada como regla exterior, y ya exprese una relación establecida entre individuos ó meramente el estado permanente, por más ó menos tiempo, de una persona social ó individual; su ministerio es el de iluminar y dirigir la voluntad, sirviéndole de norma en la realización final del Derecho; y su raíz, el principio del Derecho mismo residente en la conciencia, en ningún caso la voluntad, la cual tiene que proceder en supuesto de él, tanto para establecerla como para cumplirla y para restaurarla.

Ahora, siendo uno el Derecho y una la Actividad, una debe ser la *ley*, por más que luego, bajo esa unidad primordial, contenga variedad de modos por respecto á las personas que la declaran y á la forma de la declaración. Arbitrariamente suele restringirse el alcance de la ley jurídica, concretándola á los principios emanados de los poderes legislativos del Estado nacional, mas no existe fundamento que motive ó abone esta preferencia: el Derecho es un orden idéntico y homogéneo en todo su contenido, y si una parte de él se pone en forma de ley; evidentemente todo él deberá ponerse de igual manera; y así, la regla establecida por un individuo para sus relaciones exteriores será ley al igual de la declarada por una colectividad, sea cualquiera el signo de la expresión, hechos ó palabras, y la forma de la Actividad: tan ley es el estatuto de una Universidad, como la Constitución de un Estado, ó un uso admitido en el seno de una Confesión religiosa para sus miembros, ó una costumbre vigente en un Municipio ó en una Nación, ó un contrato celebrado entre dos individuos. Unicamente diferirán en el número de sujetos y de relaciones á que se

extienda, en el modo y eficacia de la sanción y en el grado de la soberanía que la decreta y sanciona, no siendo lícito á los círculos inferiores establecer derecho contrario al establecido legítimamente por los superiores; de tal suerte que si, por ejemplo, es ley consuetudinaria internacional, admitida por la comunidad de los pueblos cultos el estatuto personal, no adopte una nación posteriormente costumbre contraria,—y si es ley nacional en España que la tutela dure hasta los veinticinco años, no se permita un municipio erigir regla en contrario, aumentando ó disminuyendo esta edad,—y si es ley provincial en Castilla dejar en legítima á los hijos cuatro quintas partes del patrimonio, no sea lícito á un padre distribuir libremente en legados más del quinto,—y si es ley municipal en Alburquerque la comunidad absoluta de todos los bienes en el matrimonio, adquiridos antes ó después, no puedan los contrayentes introducir régimen contrario en la ley ó contrato municipal,—y si es canon general en la Iglesia Católica que anualmente se reuna sínodo en la diócesis, no pueda oponerse á él un obispo dejando de celebrarlo ó celebrándolo en otra forma de como lo prescriban los cánones ó lo admitan las costumbres provinciales ó locales, etc. Ni aun en el mismo Estado superior de Derecho cabe limitar el concepto y sentido de ley á los preceptos declarados para la totalidad de sus miembros, que también se aplica á las disposiciones de carácter menos general,—ya se extiendan á una sola clase (beneficios singulares), v. gr., á los ciegos, pupilos, dementes y otros; ya sean concesiones individuales (gracias ó dispensas),—las cuales son de necesidad en todo Estado social, por la misma naturaleza de éste, que no es un todo abstracto ni colección de sumandos homogéneos, sino organismo vivo formado de variedad de miembros, en cada uno de los cuales muestran los fines necesidades muy diversas que piden ser muy diversamente condicionadas. Tenemos, pues, por encima de la ley nacional, única á que suele otorgarse en el uso ese dictado, los tratados internacionales (de alianza, comercio, paz, etc.), que son verdaderas leyes de forma contractual;

y por debajo, como va expuesto, las disposiciones individuales (testamento, contrato, fundación, etc.), los reglamentos de policía urbana, las costumbres doméstico-jurídicas, las resoluciones del Consejo de familia, el währgeld de los germanos, etc. Por último, caen también bajo la jurisdicción del concepto *ley* aquellas disposiciones de carácter supletorio que, estando dadas por un círculo superior de Derecho para la generalidad de los círculos subordinados, únicamente tienen eficacia en el caso de no haber éstos previsto en los actos y relaciones jurídicas de su competencia ciertas circunstancias imprescindibles, como la evicción en la compra-venta, las obligaciones de los socios en la sociedad colectiva, el orden general de suceder abintestato, el *uti possideatis* en los tratados internacionales, y otros.

### § 23.

Definida así la regla de Derecho como la forma general en que se expresa éste al particularizarse en cánones concretos para el régimen libre de la vida, ocurre preguntarse ahora si esa forma ó expresión no ofrece más de una sola modalidad, ó por el contrario se clasifica interiormente en un organismo de formas particulares contenidas en su concepto y en su propio principio fundamentadas. Trayendo á la memoria el principio que rige—por lo que vimos—en doctrina de ley, debemos atender, para fijar las formas particulares de ésta, no á lo informado en ella, el Derecho en su esencia (el cual, por ser homogéneo, en nada influye en su distinción ni expresa modos singulares de ponerse, fuera de la general posición que como tal esencia jurídica determinable le corresponde), sino aquello que sirve para determinararlo como Derecho positivo, á saber: la actividad conscia y libre del sujeto que interviene como órgano y mediador para que se constituya el hecho de la relación primero, y luego la ley de las diferentes relaciones.

En otro lugar se mostró ya que las formas ó modos de

aplicación de la actividad jurídica en general á la realización del Derecho, son tres: ideal-reflexiva, sensible-espontánea, y armónica ó espontáneo-reflexiva ( § 20, b), y se ha declarado también que no son diferentes de éstas las formas como obra la actividad en el respecto de sus funciones particulares, y en la legislación, por tanto, como una de ellas ( § 20, a). Según lo cual, existirán, en correspondencia con las dos formas originarias é irreductibles de la actividad, otras dos maneras primitivas y opuestas de ley ó regla positiva, hija la una de aquella actividad natural, espontánea, irreflexiva, predominantemente histórica, sensible y *a posteriori*, producto la otra de aquella segunda actividad reflexiva, mediata, predominantemente filosófica, ideal y *a priori* en orden á la razón. Supuesta la actividad jurídica como el término mediador entre los dos modos contrarios de la existencia del Derecho, permanente y mudable, ó más claro, como la propiedad que hace pasar lo eterno y absoluto á efectivo y temporal, necesariamente habrá de cualificarse por razón de los dos referidos extremos que, gracias á su gestión mediadora, se concilian en el nuevo término Vida; y en efecto, el predominio respectivo de aquellas dos existencias da origen á dos formas generales de vida, ideal y sensible, que en el fondo se corresponden con la doble forma de la actividad, y por tanto, á dos formas generales de derecho y ley positivos. La ley consuetudinaria ó *costumbre*, nacida directamente de la vida real sin consideración inmediata á los principios, y la ley pragmática ó ideal, ó simplemente *ley* (en su sentido estricto), y mejor "ordenanza ú ordenamiento", emanada directamente de la razón especulativa é individualizada en la fantasía sin consideración inmediata á los hechos: son los dos tipos específicos que representan ambos géneros de regla positiva, pero tipos sólo, pues abraza ésta, según veremos, otras y más especies que la costumbre y el ordenamiento.

Juntas esas dos formas constituyen las dos fuentes originarias y reales del Derecho positivo legislado, y sus dos modos totales de expresión. Fuera de ellas, y atendida la

naturaleza de la actividad, no cabe que se dé otra con igual carácter de simplicidad; sin que esto signifique que ellas en absoluto sean simples, antes al contrario, afirmamos todos que en la formación de la Costumbre interviene la reflexión, aunque fragmentaria, insistemática y sin sentido de generalidad, y que, por el contrario, en la generación del Ordenamiento ó ley ideal no se halla totalmente desconocido el elemento espontáneo y mudable, siquiera por razón del estado histórico de la conciencia soberana que la formula; cuando el hecho social influye hasta en la doctrina científica, no había de ser de todo punto ineficaz en la generación de reglas de Derecho dictadas con intención positiva y con fuerza obligatoria establecidas. Les atribuimos únicamente la condición de la simplicidad, porque, predominando uno de los dos elementos en cada una, queda como ahogado, ó cuando menos subordinado, el otro, el cual apenas puede declararse con carácter de moderador por alguno de sus efectos.

Podemos representar ésta doctrina en forma gráfica aplicando á la vida del Derecho la expresión misma general que en otro lugar dimos á la Vida del Ser (§ 9). Designando algebraicamente por  $D$  el Derecho absoluto ó ideal dado como posible ó factible á la actividad; por  $a$  la actividad jurídica legislativa en su unidad, y  $a'$   $a''$  la misma en cada una de sus formas totales de acción, espontánea y reflexiva; por  $d$  el derecho positivo que nace de la concreción ó posición efectiva del Derecho ideal por obra de la actividad, y la ley ó regla positiva en que sensiblemente se expresa,—resultará que el silogismo general jurídico.



ó su traducción en la fórmula algebraica

$$a = aD \text{ ley ó regla positiva en general,}$$

se bifurcará en estas otras dos:

$d' = a'$  D ley pragmática ú ordenamiento;

$d'' = a''$  D ley consuetudinaria ó costumbre.

Ahora, ¿qué relación existe entre ambas modalidades de la regla positiva de Derecho? Al analizar las dos formas generales de la actividad jurídica (§ 20, b) se declaró ya su carácter de totalidad, y se advirtió además que ésta se extiende á todas y cada una de las actividades particulares ó funciones en que aquella general interiormente se descompone. Conforme con esto, costumbre y ordenanza no serán modos particulares de la ley positiva, sino formas totales ó que abarcan todo el Derecho—en tanto que legislativamente declarado—en todas sus relaciones: no lo escinden en dos cuantitativamente para dividirse el trabajo de la vida del Derecho por modo tal que la una lo principie y la otra lo prosiga ó lo perfeccione, ó que la una sea principal y la otra súbdita y criada suya, antes bien, por exigencia racional, las pensamos como primeras y coordinadas, y las relaciones que entre sí mantienen, como relaciones de igualdad. No es cierto—como afirma Montesquieu—que las leyes (ordenamientos) regulen las necesidades del ciudadano y las costumbres las acciones del individuo, porque tanto éstas como aquéllas se contraen á formular, en reglas positivas y concretas, el modo cómo deben obrar las personas individuales y colectivas en tanto que Estados interiores de Derecho súbditos de otro Estado superior. No es cierto—como quiere Kant y pretenden en general todas las escuelas filosóficas idealistas y abstractas,—que el principio generador del Derecho sea exclusivamente la ley (ordenamiento), ó que ésta sea la fundamental, y la costumbre puramente un auxiliar suyo, sin otro ministerio que el de aclarar, suplir é interpretar la ley, y aun derogarla con consentimiento del legislador oficial (doctrina profesada también por los más de los jurisconsultos), pues la ley no tiene más fuerza para ser obedecida que la que le presta la costumbre, sen-

sible ó latente, nacida antes del establecimiento de aquélla ó con posterioridad, ni propiamente es ley positiva una fórmula de Derecho por el hecho de su promulgación, sino por el de su cumplimiento; en cuyo sentido es de toda imposibilidad la existencia de ciudadanos pasivos, que todos, grandes y pequeños, en cuanto son ciudadanos son legisladores (1).—Pero tampoco sería legítimo inducir de aquí, como hace Savigni (2), y en general todas las escuelas doctrinarias, que la costumbre sea la única fuente y expresión legítima del Derecho positivo, ó que la ley sirva solamente como auxiliar y sustituto al consuetudinario,—para fijar ciertos pormenores que afectan un carácter indeterminado y arbitrario, hacer cesar la incertidumbre del Derecho en períodos de transición, desatar sus contradicciones, etc.; pues á los seres humanos no les es lícito abandonar su vida al instinto y á la espontaneidad, antes al contrario, tienen la obligación de intimársela en la conciencia mediante reflexión, á fin de contrastarla á la luz de los principios y corregirla y hacerla racional, enderezándola en sus torcimientos, fijándola en sus vacilaciones y contrariedades, sanándola de las afecciones morbosas que pueden acompañar á la obra espontánea del sujeto finito por causa de su propia finitud (§ 14). El pueblo es unidad, cierto, y tiene un espíritu unitario, y á su influjo desarrolla unitariamente la regla jurídica; pero es unidad de composición, constituida por una variadísima muchedumbre de unidades particulares interiores, y no siempre caminan tan acordes y unísonas que no exista con frecuencia una minoría refractaria ó rebelde al conocimiento y práctica del bien, que se desvíe del

(1) V. *Elementos metafísicos de la doctrina del Derecho*, § 46. Es falso que la cualidad del ciudadano estribe en la facultad de concurrir á la formación de la ley, sino en la cualidad de miembro de un Estado social, en el cual legisla en todo caso: en la costumbre siempre, y además con el sufragio cuando adquiere la capacidad necesaria para la vida reflexiva.

(2) Aunque otra cosa dé á entender en su *Tratado de Derecho romano*, §§ 13 y 15.

camino de la generalidad y manche la obra común, sana de ordinario en el fondo, con elementos inconexos que la hagan, por alguno de sus aspectos, imperfecta ó deficiente, haciendo indispensable el correctivo; ó por otro extremo, que una mayoría inculta ó viciada no se resista á producir reglas de Derecho exigidas por la situación actual y las circunstancias históricas en que se encuentra, por ser éstas inaccesibles á su inteligencia, lo mismo que su relación al principio del Derecho. En casos tales como esos, sólo la virtud del ideal, sustantivado en la conciencia del artista jurídico, puliendo y depurando la producción espontánea, ó expulsando los principios baldíos por extraños, ó por inadecuados, ó prematuros, ó supliendo la falta de acción de la actividad inmediata, puede redimir la vida enferma del Derecho, y por relación, la vida toda del ser finito;—que toda ella compone una cadena perfectamente eslabonada, que no se produce alteración ni mudanza en ninguno de sus términos sin que al punto trascienda á los restantes, en la medida de su virtud y de su fuerza.

## § 24.

Hasta aquí las dos formas originarias y sustantivas que dentro de la ley jurídica encuentra el análisis, habida consideración á la naturaleza de la actividad que particulariza el Derecho ideal dándole existencia positiva: la ley espontánea y la ley reflexiva, ó designándolas por sus tipos, la *costumbre* y el *ordenamiento* ó pragmática. En este punto de la indagación se han detenido las escuelas idealistas y positivistas, filosóficas é históricas, como si nada más hubiese fuera de esas dos maneras de declaración legislativa del Derecho; y acaso ni siquiera han llegado á tomarlas en su realidad genérica, y se han detenido en aquellas dos especies que nosotros estimamos únicamente como tipos. Sin embargo, la razón común nos enseña que ni la primera ni la segunda responden, en su concepto, á las condiciones de la vida racio-

nal, la cual es por esencia armónica, y por lo mismo le está vedado renunciar á ninguno de los dos elementos formales, inmediatidad y reflexión; que para responder á estas exigencias, falta á cada una de ellas precisamente lo que es y vale la otra; y como consecuencia, que no se agota en aquellas dos fórmulas todo el contenido de la ley positiva. Y en efecto, de igual manera que la Actividad jurídica se constituye, según quedó demostrado, en una esfera intermedia que trae á composición y síntesis las dos opuestas en que su primitiva unidad inmediatamente se descompone,—el Derecho Positivo producto de su trabajo, y la Ley Positiva que lo expresa en el primer momento de su existencia, revisten una tercera forma de carácter orgánico donde se resuelve la antítesis de las dos formas sustantivas y contrarias cuya insuficiencia acabamos de señalar, las cuales, integrándose en ella y fundiéndose como en una sola, se complementan recíprocamente y salvan los límites de su exclusivismo, que son un escollo, llenándose lo negativo de la una con lo afirmativo de la otra, curándose la primera de sus incorrecciones mediante la segunda, y definiéndose ésta hasta hacerse inmediatamente aplicable á la vida mediante la primera. Esta tercera modalidad de la ley positiva, expresable por la fórmula

$$d = a' a'' D,$$

y á la que puede darse el nombre de ley artística, armónica, compuesta ó como se quiera, no ofrece otra diferencia sustancial respecto de la regla ó ley positiva general que la que nace de la distinta posición de su contenido: es la misma fórmula  $d = a D$ , mas ya no en esta unidad genérica, indeterminada, indiferenciada, sino concreta, á la vez que compuesta y sintética, toda vez que concierta en si y funde, sin confundirlos, los dos elementos ideal é histórico que en las dos primeras se significan, el fondo positivo (efectuado) de la conciencia común, y la reflexión del sujeto artista que lo informa en una nueva creación de más elevados quilates. La opinión, ó la costumbre, ó las circunstancias históricas

que pudieran determinarlas, declaran los límites del ideal, su grado de relatividad, su quantum; la ley ideal ó pragmática, ó mejor dicho, la reflexión racional del artista, recompone, aclara, perfecciona y completa el material histórico y le infunde el elemento ideal de la cualidad. Ni la razón individual ni la conciencia social aisladas podrían ser legítimamente recibidas como fuentes de Derecho sin grave peligro de muerte, ó cuando menos de desfallecimiento ó de retroceso, en orden al espíritu social que mantiene la vida del Estado y á su progresivo adelantamiento. De ambas necesita la salud y desarrollo normal de las sociedades jurídicas en cada momento y siempre, así como también de su acción y reacción incesantes que conservan el movimiento y el equilibrio entre las ideas y los hechos, sin que la popular ó común por falta de libertad ó de ejercicio se convierta en rutina ó se paralice, ni por exceso de acción se precipite fuera de los carriles de la razón y de la justicia histórica; sin que, por el extremo opuesto, la oficial ó mediata cobre tales bríos que llegue á extralimitarse de su natural esfera, y de soberana por delegación pase á estimarse soberana por propio derecho, y en consecuencia, á no tomar por norte de su acción las inspiraciones del mandante, ni se atenga á éstas tan servilmente, y á tal punto se apoque y humille, que pierda todo espíritu de iniciativa para lo racional y de resistencia para lo absurdo. En una palabra, ambas deben concertarse en una sola, tomando al efecto de la reflexiva lo *que debe ser* (lo posible), y de la inmediata lo *que de eso posible es efectivo*, suprimiendo de este segundo elemento lo que se desvíe de la pauta significada por el primero, y promoviendo la aparición de lo que resulte en débito ó deficiente.

Según esto, los caminos para llegar á aquella fórmula sintética serán dos, y dos por tanto las esferas del arte jurídico: 1.ª, *crítica*, exterior-interior, que consiste en traer á sí el artista la regla producida espontáneamente, informarla en su fantasía y aclararla y corregirla mediante el ideal relativo que históricamente corresponda á la civilización en cuyo seno se produjo dicha regla, hasta que sea una fiel y

exacta expresión del derecho en su límite, sin mancha de injusticia ni mezcla de ajeno principio ni visible deformidad; 2.ª, *creadora*, interior-exterior, que consiste en individualizar primero en la fantasía el ideal hallado *a priori* reflexivamente en la razón, intimarse al propio tiempo el estado histórico de la persona social ó individual á quien va destinada aquella regla, para definirla ó cerrarla en sus racionales límites y encarnarla luego en la forma sensible del lenguaje. Como se echa de ver, en ambos casos concurren los dos elementos espontáneo y reflexivo, y toda la diferencia está en poner como punto de partida el primero ó el segundo;— y es de capital interés esta observación, porque si en la esfera de la legislación *crítica* se abstrajera el elemento reflexivo ó ideal, al punto dejara de ser ella crítica, y el artista se trocaría en mero copiante ó cronista de la costumbre, que es á donde conduciría, á ser consecuente consigo misma, la escuela empírica ó histórica, y á donde han ido á parar para despeñarse súbito en precipicios las democracias directas en algunos períodos de la Historia; y de igual modo, si en la esfera *creadora* se hiciera abstracción del elemento espontáneo, el mediador dejara también de ser artista para degenerar en órgano de la arbitrariedad y soñador de quimeras y de abstracciones sin raíz en la vida, que es á donde llevaría, si se extremase, la doctrina de las escuelas filosóficas, y á donde han llegado las monarquías cesáreas y absolutas, que han hecho de la conciencia subjetiva, cuando no del antojo individual, ley para la sociedad, pero que han visto sus edictos, ordenanzas ó pragmáticas eludidas por el llano camino del privilegio, ó incumplimentadas por la pasiva resistencia de la informe masa social á quien gobernaban.

## § 25.

Esas tres formas de orden segundo, en que inmediatamente se divide la forma total y originaria del derecho positivo (regla ó ley), se subdividen á su vez interiormente—según

queda dicho (§ 21)—por razón del modo como aplica su actividad jurídica el Estado social para informar el Derecho en cada una de ellas: por sí mismo, directamente; indirectamente, por medio de órganos especiales; y armónicamente, por ambos procedimientos en relación compuesta.

Desde luego, el todo ideal que llamamos Estado doméstico, municipal, provincial, nacional, etc., revela y manifiesta su espíritu en el mundo de los sentidos siempre mediante individuos,—lo mismo cuando se declara en forma de hechos, que cuando se traduce la regla significada por ellos en las formas del lenguaje, que cuando nace por efecto de una expresión ideal de la conciencia común, ó de una idealización del producto consuetudinario ó del juicio ó vindicta pública. Por esto, para determinar las formas de la legislación por razón de las modalidades de la actividad mediadora del Estado, no hay que atender al número de los individuos que intervienen en esa función, sino al concepto en que la ejercen: ó como inmediatas personificaciones del todo social, ó como órganos mediatos y especiales de este mismo todo para aquella función.

Cuando la acción *puede* obrarse por todos y se obra por uno ú otro indistintamente, sin más título que el título *general* de ciudadano y la capacidad general de obrar en aquella relación, sin más regla sustantiva de acción ni otro procedimiento—de ordinario—que las que le inspire su voluntad directa y propio motu en el caso concreto que solicitó su actividad, la acción es general, común, popular, anergálica: el individuo no hace consistir su condición social y modo de vida en el ejercicio de esa función; no obra como órgano especial de la sociedad jurídica, sino como la sociedad misma, presente, mediante él, en aquel punto y relación en que se ha hecho sentir la necesidad jurídica (1). Con tal representación,

(1) Al modo como cuando nos valemos del tejido celular subcutáneo (no diferenciado como órgano particular) en vez del *estómago* para nutrir y medicinar el cuerpo (procedimiento hipodérmico de la *Terapéutica*), que no porque se localice la aplicación del preparado alimenticio ó farmacéutico, ó de la sangre que ha de inyectarse, de-

los ciudadanos proceden—por lo común—espontáneamente, sin darse cuenta de que al obrar en vista de su necesidad, según el dictado de su razón, sientan una regla obligatoria para toda la sociedad, ó acaso sin acertar, á dar forma definida al vago concierto de soluciones inspiradas en muchos ciudadanos á la par por un suceso acaecido ó por una necesidad sentida en común por todos ellos; pero, también pueden proceder reflexivamente y determinar con claridad por “sí” ó “no” la regla ó decisión común, como acontece, por ejemplo, en el plebiscito, donde el Estado todo, *directamente* personificado y representado por *todos* los miembros de él que se consideran capaces para las relaciones *generales* del Derecho político, y que toman parte *efectiva* en la resolución, establece una regla general de Derecho con noticia de su generalidad.

Cuando, por el contrario, no, es indiferente que sean unos ú otros ciudadanos quienes ejerzan la función, ni basta la cualidad de miembro del Estado, ni aun la de capacidad política para las relaciones generales de la vida del Estado, sino que requiere condiciones especiales de aptitud y una delegación—mediata ó inmediata—de la sociedad, que confía el ejercicio de la función á determinados individuos poseedores de su confianza, y excluye por el mismo hecho á los demás, la acción es oficial, representativa (en el sentido más propio de la palabra) sinérgica, en fin, y se halla sujeta—de ordinario—á trámites previstos y ordenados *a priori*, de los cuales no puede separarse sin incurrir en graves responsabilidades. El individuo en este caso no obra como miembro de la sociedad jurídica, ni su presencia implica la presencia efec-

---

jamos de atribuir la función al todo de la *piel* y de calificarla de función anérgica;—ó como cuando un animal se nutre *exclusivamente* mediante la absorción de sustancias por determinado punto del protoplasma (v. gr.: los foraminíferos), que á nadie le ocurre tomar por diferenciación de *órganos* esta pasajera *localización* de la actividad digestiva, siendo igualmente aptos todos los puntos de la periferia del animal, é indiferente que se realice por uno ó por otro.

tiva y directa de la sociedad; obra como gestor de la sociedad ausente ó incapacitada, ó como intérprete ideal de sus necesidades y de sus aspiraciones, vagamente sentidas y oscuramente mostradas en la conciencia inmediata; en una palabra, ejerce la soberanía por delegación, no por derecho propio. Con semejante representación, los individuos proceden—por lo común—reflexivamente, intimándose el Derecho en la razón con toda la lucidez que al conocimiento presta la pura contemplación de los ideales históricos que en el momento actual deben hallar realización cumplida; pero también pueden proceder espontáneamente en cuanto, al par que órganos particulares de un todo, son todos á su vez, trascendiendo á aquél los efectos de esa su inmediata y espontánea vida, en el mismo concepto y por las mismas razones que la vida espontánea de los individuos que componen la colectividad; tal, v. gr., en los tribunales de Derecho los estilos ó la jurisprudencia, de naturaleza legislativa y obligatorios para todo el Estado.

En todo caso, sólo el individuo que en la creación de la ley se ajusta á las severas prescripciones de la razón científica y procede sistemáticamente y en vista del ideal eterno del Derecho, al par que del espíritu genial del Estado para quien legisla y del grado de su desenvolvimiento: que se constituye en órgano especial de la sociedad, pero sin abstraerse de su carácter común, como uno de tantos miembros de esa misma sociedad; que acierta á concertar en sí la doble cualidad de ciudadano y de representante, y en su conciencia la conciencia popular y la conciencia ideal,—alcanza á erigirse en verdadero artista del Derecho y aplicar como medicamentos eternos y como contrastes y modelos divinos, á la educación y redención de la vida social, esos ideales típicos que la reflexión científica encuentra en la razón y define en la historia. Que si, ciertamente, los individuos en cuanto de la colectividad social proceden á veces artísticamente, y concentran bastante fuerza de reflexión para idealizar sus propias creaciones, ni esto acontece con tanta frecuencia como la vida pide, ni su arte alcanza todos los quilates que avaloran el arte de las in-

dividualidades constituidas en órganos propios y mediatos del Estado (§ 20, b—§ 21 al final).

Esto supuesto, veamos en qué forma se cumple la transición de lo anergálico á lo sinérgico, y viceversa, en la vida del Derecho, ó sea, como aparece y se desarrolla, degenera y se extingue la representación por medio de órganos propios en el Estado, ó en suma, de qué modo se realiza en la comunidad jurídica la doble ley de la *Diferenciación* y de la *Reducción de órganos* (1).

(1) Se llama *diferenciación morfológica* en Anatomía natural á la transformación y separación de los tejidos en órganos especiales para las distintas funciones que en un principio han sido desempeñadas por todo el organismo anergicamente. (sin órganos, en unidad indiferenciada y conjunta); de modo que responde en la constitución del animal á una división del trabajo ó actividad fisiológica y depende de ella. Así, cuando no basta la endósmosis ni la ingestión directa por el protoplasma para nutrir un cuerpo vivo, aparece el estómago como órgano especialmente consagrado á esta función (en todos los animales al pasar del estado ovular á un cierto grado de desarrollo y diferenciación, salvo los *rhizópodos* y algunos otros, que no ascienden más de ese primer peldaño en la escala de la vida); cuando en un animal polimorfo ó compuesto no es suficiente la acción de los estómagos particulares de los diferentes individuos que lo componen, se convierte uno de ellos en estómago, encargado de nutrir á toda la colonia (v. gr.: en los pólipos hidrarios, siphonophoros, phisophorides, etc.).

La *reducción* significa todo lo contrario; supone atrofia de órganos, ya porque haya desaparecido la función con la necesidad correlativa, ya porque haya llegado á ser bastante para satisfacerla la actividad anergálica. Así, cuando la endósmosis, por circunstancias especiales, vuelve á ser suficiente para proveer á la nutrición del animal, desaparece el órgano que para esta función había nacido (verbigracia: á ciertos parásitos, como los céstodos, cuando se sitúan en una cavidad interna de otro animal, se les atrofia el canal intestinal ó aparato digestivo); el animal individual que forma parte de un animal compuesto ó de una colonia, en clase de órgano, desaparece cuando la función á que se hallaba adscrito viene á desempeñarse anergicamente por el todo *social* (v. gr.: en el género "campanularia", los individuos consagrados á la reproducción de la especie se atrofian cuando el conjunto polimorfo produce directamente yemas sexuales), ó á hacerse innecesaria (v. gr.: en las so-

Al punto que la sociedad siente una necesidad, la satisface desde luego directamente, ejerciendo por sí misma—esto es, mediante sus miembros, unos ú otros indistintamente—la función ó funciones que aquella satisfacción implica. Luego, acaso la función se localiza, ó más bien, adquiere un principio de diferenciación, fijándose con preferencia en determinados sujetos ó círculos dentro del todo social con carácter más ó menos permanente. Más tarde, adquiere autoridad semioficial y poder coactivo para ejercer su ministerio dentro de ciertos límites, recibe subvenciones si son menester, se le sujeta á cierta inspección por parte de los poderes mediatos, etc. Y por último, aparece resueltamente el órgano con el puro carácter de tal, ya por natural evolución y tránsito á un grado más alto de desarrollo, ya por generación directa, unas veces para regularizar la acción anergálica ó la semioficial, otras con misión sustantiva y propia. Continuando el mismo movimiento, el órgano, ya diferenciado en unidad, se diferencia en su contenido, y nacen para su servicio subórganos que son, respecto de él, lo que él es respecto del todo de la personalidad á que inme-

---

ciudades de "abejas", las obreras ejecutan una matanza cruel en los individuos-órganos de generación denominados zánganos, una vez fecundada por ellos la reina ó hembra). V. GEGENBAUR, *Manual de Anatomía comparada*; ALLMAN, *Reproducción de los hidroides*, *Anales de Historia Natural de Londres*, III; PÉREZ ARCAS, *Elementos de Zoología*, etc.

Las mismas leyes que rigen en un orden particular de seres ó de propiedades de ser gobiernan en lo sustancial la vida de los demás, y de aquí los préstamos que pueden y deben hacerse de los principios que á cada una descubre por su cuenta, y con aplicación exclusiva á su objeto, cuando se construyen aisladamente, y no desde su unidad en la ciencia fundamental donde todas tienen su base y raíz (Metafísica). Teniendo esto presente, no se extrañará que acudamos á la Anatomía, ó á la Patología y Terapéutica del cuerpo, ó á la Estética, etc., en busca de conceptos y de ideas y leyes que la razón común y la experiencia declaran aplicables á la vida del Estado, no por vía de ejemplo ó semejanza, sino esencialmente, pero que no han sido inducidas como categorías y conclusiones metafísicas para los seres naturales y espirituales á la vez.

diatamente pertenece. Por donde se ve que lo anergálico y lo sinergálico pueden entrar en combinación en proporciones varias,—lo mismo que lo espontáneo y lo reflexivo. En este ascendimiento progresivo del organismo, la aparición de los grados superiores no lleva consigo la muerte de los inferiores; antes bien, coexisten, y esta coexistencia es garantía de perfección y prenda de normalidad y de progreso en la vida del Estado, porque únicamente por este camino de mutua complementación puede ser aquélla realizada en forma de arte.—Cuando, por el contrario, desaparece la necesidad jurídica que determinó la producción del órgano, ó sin desaparecer deja de ser sentida, se inicia el movimiento inverso de la *reducción*, ora trasformándose los órganos del Estado en otros más ó menos distintos, ora desapareciendo del todo ó degenerando hasta cobrar formas y proporciones rudimentarias, que son para el historiador el rastro por donde induce su pasado, y que al político sirven á las veces de cabos sueltos, eslabones y puntos de partida y enlace por donde anuda lo pasado con lo presente y restaura el órgano si la necesidad viene á resurgir.—Tal ha sucedido, por ejemplo, con los gremios, los cónsules y los tribunales de comercio; con la Inquisición, con los hospicios y hospitales, con los colegios y academias, con el ministerio fiscal de España, con el patronato oficial de Massachusets, con las sociedades de patronato y con las escuelas industriales y el bedel de muchachos de Inglaterra, etc., en las relaciones del Estado con la industria, la religión, la beneficencia, la moral, etc. Por la relación estrecha en que se halla el Estado con toda la vida, no hay aplicación científica de trascendencia, cambio de alguna significación en la política, progreso ó retroceso en las teorías económicas, etc., que no encuentre un eco y deje una huella más ó menos profunda en la Constitución del Estado, siendo causa del nacimiento, desarrollo ó mudanza, fusión, excisión ó desaparición de los órganos que entran á formarlos, ó de los límites de su acción, ó de sus relaciones mutuas y con los órganos de las demás Instituciones sociales.

La Diferenciación en el Estado supone de ordinario un progreso en la vida jurídica de los pueblos, porque enderezada toda la actividad en una dirección constante por el conducto de un solo órgano, adquiere, gracias al hábito y á la experiencia, mayor facilidad y destreza, y alcanza un grado de perfección á que de otro modo no podría llegar jamás. Pero también la Reducción deriva á veces de un progreso funcional cumplido, ya porque se sintetizan en una sola, según las leyes de la biología política, dos ó más funciones antes separadas, ya porque se desentienda el Estado de oficios y cuidados á que antes atendía y para los cuales ha venido á reconocerse incompetente.

#### § 26.

Con los principios sentados en los párrafos precedentes es ya tarea llana determinar las formas terciarias incluídas en el concepto total Ley ó Regla jurídica, y la naturaleza y caracteres específicos de cada una; pero iríamos demasiado lejos, supuesto nuestro primer propósito, si intentáramos practicar un análisis que correspondiera por su extensión al interés que ofrece para la vida. Haremos, no obstante, someras indicaciones que sirvan, cuando menos, á modo de jalones, para trazar los pasos capitales en el camino de la indagación. Son, pues, esas subdivisiones:

#### De la REGLA IDEAL ( $d' = a' D$ ):

1.<sup>a</sup> *Regla ideal sinérgica* =  $a' s. D$ : decreto dictado por una individualidad soberana que, lejos de considerarse órgano del Estado, intérprete de la conciencia social, representante voluntario ó necesario del pueblo, se reputa como señor de éste, extrema ó desnaturaliza su condición de soberano y prescinde por entero de la de súbdito, pone como toda y

única fuente de Derecho su voluntad en lo que tiene de más irregular y abstracto, sin relación objetiva con la esencia de lo factible ni del agente, estimándola como absoluta é incondicionada, especie de mítica divinidad que maneja los elementos al compás de su pasión, ó de su interés, ó acaso movido de sanas y rectas intenciones, teniendo por cosa fácil calmar con un golpe de tridente el furor de las olas desencadenadas, ó ingerir en el pecho de los mortales los rencores de una guerra sangrienta que sea reflejo de la discordia que agita á los habitantes del Olimpo. La fórmula ya la dieron los jurisconsultos romanos, y precisamente tomada del natural, dándole forma preceptiva y sanción: *quod principi placuit, legis habet vigorem; sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas*; y más compendiosamente dijeron nuestros padres, con ocasión de aquella famosa disputa entre la Iglesia romana que aspiraba á la dominación, apoyada por el rey, y la española que pugnaba por mantener su independencia fuerte con las simpatías del pueblo, en el mismo siglo en que se inauguraba el renacimiento del Derecho romano: *alá van leys do quieren reys*. Fácil es concebir que por este camino, en que el derecho de una colectividad se reduce á ser vivido en el primer momento de su evolución silogística por un individuo, siendo contrario á la razón, ha debido condenarlo la práctica, y que cuando semejante principio ha regido, habrá sido burlado el rigor de su lógica por uno de los dos caminos que caben, ó por los dos juntos; ó abdicando aquella voluntad absoluta su poder en Consejos de jurisconsultos, menos apartados que ella de la vida real, ó directamente eludiendo la colectividad el precepto mediante el conocido recurso del "obedecer y no cumplir" lo preceptuado, ó indirectamente solicitando y obteniendo los particulares dispensa ó privilegio que los absolviese del cumplimiento. También es fácil colegir de aquel principio estos otros corolarios de suma trascendencia y aplicación continua á la historia y á la filosofía de la historia del Derecho; la inconstancia y versatilidad de la legislación, sujeta como está á las mil cotidianas variaciones de la indisciplinada vo-

luntad ordenadora: y la falta de correspondencia entre la legislación y la vida, ajena como está su relación de un mediador que lo considere como algo radicado, no en la voluntad, sino en las necesidades de la segunda, y en las leyes que gobiernan la producción de la primera. Que por esto, semejante clase de reglas ideales sinérgicas, ó por extemporáneas, ó por viciadas con mezcla de injusticia, más bien que derecho positivo, constituyen una enfermedad que ha padecido éste en los períodos más angustiosos de la historia de la humanidad.

2.<sup>a</sup> *Regla ideal anergálica = a' an. D*: plebiscito, regla establecida directamente por el todo de una colectividad que se estima y procede como soberana absoluta y prescinde igualmente de la relación de súbdito, ó se desliga de toda sumisión á los eternos objetivos principios del Derecho, atropellados como son por los atrevimientos de la ignorancia ú oscurecido por las nieblas de la pasión—*morbus comitialis*, como lo apellidaron los antiguos,—que adquiere proporciones infinitas, merced al contacto y choque de todos los afectos individuales, y que suele imposibilitar toda reflexión. Opuesta en todo modo á la anterior por su principio, se le iguala por sus consecuencias: el exceso del naturalismo conduce al mismo término que el exceso del idealismo; el pueblo-rey y el rey-Estado se ecuacionan; la *vox populi* como la *vox regis* se toman cual eco fiel de la *vox Dei*; reproducese la fórmula mudado al agente *quod populus tributim jussisset, populum teneat*; se juzga también la voluntad absoluta é incondicionada, y por lo mismo licenciosa, desordenada y opresora, sin más diferencia que venir la opresión aquí de los más á los menos, no de uno á todos; presenta la legislación el mismo defecto de estabilidad en las leyes, sólo que como la fuente no es ya la voluntad de uno, sino la de muchos, el camino de la evasión no es el privilegio solicitado del poder soberano, sino el movimiento de las facciones que se renuevan alternándose y trastornan la obra de sus rivales. Aparece la necesidad, instintivamente

sentida y satisfecha, de una abdicación de poder en Consejos de jurisconsultos, más cercanos á la razón, más apartados de la arena candente de los partidos; pero así como en la anterior forma su trabajo moderador procede desde el idealismo arbitrario, de que adolece la voluntad soberana, hacia la vida real, aquí va al contrario, desde la vida real, cuyos incidentes más menudos promueven la agitación de los partidos y la mudanza de la legislación, hacia los principios racionales, que son los olvidados, y que han de ser como el dique que contenga aquel perenne desbordamiento de los manantiales jurídicos.

3.<sup>a</sup> *Regla ideal sinenergálica* = a' (s. an.) D: decreto plebiscitario ó plebiscito decretado, por decirlo así, composición más ó menos cabal y perfecta de las dos formas precedentes, pues requiere que la actividad obre de los dos modos para que su producto se considere valedero y eficaz. En este caso puede suceder que sea el órgano especial á quien competa la iniciativa, y entonces la actividad comicial le da el pase, prestando su asentimiento á la promulgación; ó por el contrario, que sea la colectividad quien discuta y resuelva el plan ó proyecto, y toque al órgano superior la revisión y definitiva aprobación. De ambos opuestos procedimientos hay notorios y señalados ejemplos en la historia de Grecia y Roma. En Atenas, el Senado deliberaba sobre las leyes que convenían á la República, y luego se sometían al examen y votación del pueblo congregado en los comicios; de modo que el establecimiento y promulgación de un decreto comprendía estos dos momentos: *προβουλεύειν* (decretar el Senado) y *προχειροτονεῖν* (votar el pueblo), precedidos ambos de por sí de proposición y discusión. En Roma, redactado que había sido un proyecto de ley por un magistrado, obtenido el pase del Senado (que debía darle forzosamente), y exhibido al público durante tres ferias para que se decidiese la opinión en pro ó en contra, se leía ante los Comicios, se ensalzaban las ventajas de la ley por el proponente y se impugnaba por los

ciudadanos que la creían perjudicial (*suadere, disuadere legem*), y se votaba, quedando admitida ó rechazada: después de esto, hacia falta la aprobación del Senado para que obligase como *lex curiata* ó *centuriata* (1).

De la REGLA ESPONTANEA ( $d'' = a'' D$ ):

1.<sup>a</sup> *Regla espontánea anergática* =  $a''$  an.  $D$ : se refiere al hecho social que sirve de arquetipo á todos los afines posteriores á él, y domina con imperio absoluto, á causa de la absorción de las voluntades particulares que efectúa el espíritu unitario de una personalidad colectiva. El hecho en que se manifiesta puede ser hecho de conocimiento, de sentimiento y de voluntad, ó hecho efectivo y real en el mundo de lo sensible; ó de otro modo, hecho teórico y hecho práctico. El primero se manifiesta en forma de peticiones colectivas (2), *meetings* y *hustings*, informaciones públicas, especiales ó generales (3), y también de protestas aisladas, pero frecuentes, de fuerza cuando las manifestaciones pacíficas no están consentidas (4); por todos estos y otros caminos, el pueblo declara su espíritu, su situación por respecto á la cultura, sus necesidades y el modo de satisfacerlas, la regla jurídica que en su seno late viva y pujante, pero que necesita el respeto, cuando no el concurso y sanción, del poder oficial. Cuando

(1) Téngase en cuenta, no obstante, que las más de estas leyes votadas de esa suerte eran disposiciones administrativas (*ψήσιμα*). El movimiento de la legislación civil (*νομός*) estaba á cargo de los nomothetas en la Atica y de los pretores en Roma.

(2) Tales, por ejemplo, las que suelen preceder ó acompañar á ciertas revoluciones, como la petición de los comuneros castellanos á Carlos I y de los flamencos á Felipe II sobre fueros en el siglo XVI; de las Juntas provinciales en 1868 sobre ciertas reformas, y de las diputaciones y ayuntamientos en 1875 sobre privilegios de ciertas comarcas, etc.

(3) Ejemplo de las especiales, la información arancelaria de 1867 en España; y de las generales, la información de reforma social promovida en 1808 por la Junta Central.

(4) V. gr., las de los españoles desde 1814 á 1820 contra el régimen restaurado del absolutismo.

ese concurso no es indispensable ni aquella opresión gubernamental existe, la regla se determina y concreta y hace práctica pasando á vía de hecho, y es lo que ordinariamente y por antonomasia decimos Costumbre, y lo que solemos entender cuando de costumbre nos ocupamos. Al traducirse al exterior en un primer hecho el estado jurídico de una conciencia individual, si ésta engrana cumplidamente con la social, ó vive con ella en acabada relación de contemporaneidad, aquel hecho suyo es signo de la regla consuetudinaria que se hallaba en estado latente, y sirve de modelo á la actividad para aquel género de hechos, y viene por aquí á hacerse obligatorio para todos el obrar en la misma forma con que obró el primero siempre que traten de satisfacer jurídicamente alguna necesidad no sentida hasta entonces. Recuérdese como hecho clásico y ejemplar el modo como nació el fideicomiso en Roma. A veces aparece el hecho consuetudinario como excepción de una regla general preexistente, y se acepta luego como ley obligatoria, pero en el límite únicamente de una excepción accidental ó de un privilegio, hasta que la excepción toma cuerpo, se sobrepone á la regla general y la domina subrogándose en lugar suyo; tal, v. gr., el Derecho Mercantil respecto del Civil.

2.<sup>a</sup> *Regla espontánea sinérgica* = *a' s. D.*: prácticas y costumbres que regulan la acción oficial del Estado, ó sea, de los órganos ó poderes mediatos. Como el Estado oficial (lo mismo que cada una de sus interiores dependencias) es una persona con propios fines, y para cumplir éstos ha menester aplicar medios adecuados, obrar como toda otra persona relacionando la necesidad con el medio de satisfacerla, y como esa relación esencialmente es una sola, sus hechos son hechos consuetudinarios en los mismos casos y forma que los de las personas privadas en tanto que Estado todo ó inorgánico; de aquí los usos ó costumbres administrativas, los estilos de los tribunales, las prácticas parlamentarias, etc. En todo tiempo ha tenido importancia suma esta regla positiva; durante siglos ha sido la única forma de legislación dada para regu-

lar aquellas relaciones que eran exclusiva atribución del Estado, mayormente del poder ejecutivo, y para garantir el derecho individual contra sus abusos y arbitrariedades; las prácticas de los tribunales han dado cierta fijeza al procedimiento, á falta de buenas leyes procesales, y asegurado por aquí los derechos de los ciudadanos; aún hoy se halla encomendado á prácticas y estilos el modo de proceder el poder regulador en sus relaciones con los demás poderes; y por último, en forma de costumbres oficiales se ha producido casi todo el derecho internacional. Y poniendo ejemplos más concretos: el orden de suceder á la corona de Castilla que estableció por ley el Código de las Partidas, y que ha regido casi sin interrupción hasta nuestros días, principió por ser una costumbre que, indeterminada en un principio, vino á fijarse á principios del siglo XI y á servir de norma al rey Alfonso el Sabio; los intereses que se satisfacen al Estado en España por el tiempo que se ha demorado el pago del impuesto de derechos reales luego de fenecido el plazo, para resarcirse del rédito que le exigen sus acreedores por no poder á tiempo hacer efectivas sus obligaciones, ha sido primero una costumbre de esta clase, nacida del hecho de la compensación que se hacía en los perdones de multas otorgados por el rey por vía de gracia.

3.<sup>a</sup> *Regla espontánea sinenergálica = a'' (s. an.) D*: se da esta forma cuando la costumbre jurídica de un órgano ó poder reflexivo se comunica al pueblo ó á una de sus clases, que la acepta acaso sin darse cuenta de ello en su organización, ó en sus relaciones de vida, etc.; y viceversa, cuando asciende á ser práctica oficial, como tal práctica recibida, sin darle carácter de ley, la que en un principio ha sido costumbre ú opinión social. Principalmente en ciertas épocas en que la individualidad se dibuja muy vagamente ó carece de aquella energía y vitalidad que le permiten contraponerse, si menester es, al sentir general, el ejemplo de arriba, bueno ó malo, se hace contagioso, mayormente los hechos y costumbres del jefe del Estado y de los primeros magistrados que

presiden la acción de los diferentes poderes (1). Allí donde resulta ineficaz un *ordeno y mando*, alcanza éxito pleno el hecho ejemplar de un rey ó de un ministro, al punto imitado por las clases superiores y de éstas por las que les suceden en orden de importancia: más hizo Bernstorff con su noble ejemplo en pro de la emancipación de los colonos escandinavos, que hubiera logrado con uno y cien decretos Federico V, con ser omnipotente y absoluto. Y si se quiere autorizar la doctrina con casos más concretos, recuérdese que el mayorazgo nació consuetudinariamente, á imagen de lo que Alfonso X había establecido, tomándolo también de la costumbre, en orden á la sucesión en la corona: en el siglo pasado, y en toda Europa á la vez, la reforma de las costumbres que había de traer consigo la reforma de las leyes y el cambio de todo el régimen social, tuvo su iniciación en los reyes y en los ministros del orden superior, cundió á las clases más elevadas en saber y posición social, y continuó en dirección descendente hasta echar raíces en el pueblo y propagarse por él.—Procediendo en dirección inversa, es esta la forma como han intervenido en la legislación el *Pretor* de Roma y la *Court of Equity* de Inglaterra: con sus edictos y sentencias burlaron la dureza é inflexibilidad del Derecho antiguo, y con su *derecho honorario* y sus *precedentes* pusieron la legislación en armonía con la vida, tomando en cuenta las tendencias jurídicas espontáneas de la nación y elevándolas por la vía de la interpretación á categoría de uso oficial (§ 29, última nota).

De la REGLA ARTÍSTICA Ó COMPUESTA ( $d=a' a'' D$ ):

1.<sup>a</sup> *Regla artística sinérgica*  $= (a' a'') s. D$ : ley que nace una re-creación ó re-producción cumplida por algún órgano del Estado que vuelve reflexivamente sobre sus propios usos

(1) En tiempos de cesarismo y autocracia suele ser cierto el ingenioso dicho de aquel poeta español:

“En la vida culpable de los reyes.

No son vicios los vicios, sino leyes.”

ó prácticas, los sintetiza, aclara, corrige, expurga, completa y unifica, y les da solemnidad de ley: lejos ya del *quod principi placuit*, hay en esta obra dos términos objetivos, dos pies forzados que atajan los vuelos de la fantasía creadora y la sujetan á los límites de la razón: por una parte, la obra espontánea que se toma como material y punto de partida, y por otra, la idea jurídica producto de la reflexión, el derecho natural de que se vale el agente artista como criterio ó contraste en esa revisión y purificación que hace de sus propias irreflexivas creaciones. Revisten este carácter los reglamentos administrativos que ordenan la acción del poder ejecutivo de un modo claro, definido y obligado, distante de la peligrosa vaguedad de que adolecían las prácticas observadas anteriormente, y que en ellos han sido saludablemente interpretadas y recibido fijeza y unidad.

2.<sup>a</sup> *Regla artística anergálica* = (*a' a''*) *an. D*: ley plebiscitaria que nace de una espiritual regresión del pueblo sobre su conciencia espontánea, de una serena revisión que hace de sus propias costumbres ó prácticas de Derecho, al efecto de autorizar, revistiéndolas de forma legal, las que considera ajustadas á su situación actual y á los principios de razón, y corregir ó desechar, por el contrario, las que halle afeadas por algún vicio ó excrecencia, ó desproporcionadas con sus necesidades, ó de todo punto inservibles. Forma rara en la Historia, porque un pueblo congregado es poco accesible á la reflexión, movido como es de ordinario por las últimas relaciones del momento, ó agitado de continuo por las mil actividades y pareceres individuales que en su seno se cruzan solicitándolo á un tiempo en muy opuestas direcciones, pero de cuya unidad no acierta á apoderarse, ó enamorado por la propia fuerza del hábito de su creación espontánea, con la cual ha vivido acaso largo tiempo, y de cuyas imperfecciones, por lo mismo, con dificultad llega á persuadirse. Este trabajo crítico, no obstante, está menos expuesto que el directamente creador (*a'' an. D*), por ser más objetivo; porque, de un lado, la obra

espontánea que está llamado á juzgar sirve de dique y correctivo poderoso á todo arranque de arbitrariedad, no pudiendo tomar ya la voluntad como fuente absoluta de ley, sino como instrumento para enmendar, sustituir ó desarrollar la ya existente; y por otra parte, los principios obran más enérgicamente en su conciencia cuando se constituye enfrente de algo real para criticarlo, que cuando se pone de primera intención á dictar reglas originales de conducta encaminadas á satisfacer necesidades acaso ficticias, acaso pasajeras ó promovidas por el recuerdo de alguna grave injuria que no da lugar á la reflexión, ó por algún noble pero no meditado ni bien dirigido impulso de generosidad, de que no tardará en arrepentirse; que siempre en el consejo y la censura están más prontos á servirnos los principios que en la práctica de aquello mismo aconsejado ó criticado.

3.<sup>a</sup> *Regla artística sinanergálica* = (a' a'') (s. an.) D: forma positiva de Derecho en cuya composición entran todas las precedentes, cuyas buenas cualidades resume, cuyas negaciones elimina, cuyas oposiciones resuelve, cuyas consecuencias extremas modera por virtud de la propia combinación en que bajo ella se ofrecen; siendo por esto la verdaderamente armónica ó artística. No son ya una misma la Actividad que produce y la que re-produce el derecho; ó de otro modo, el sujeto que crea el derecho á impulsos de su propia necesidad, es distinto del que revisa lo producido para purificarlo ó idealizarlo al contraste de los principios de su razón: hay trabajo espontáneo y trabajo reflexivo, no sólo en tiempos distintos, sino además en sujetos diferentes. En las dos formas anteriores, si bien de naturaleza artística por razón de los elementos, el arte aparece deficiente y embrionario por causa de la composición, la cual es por lo común incompleta, señaladamente en la segunda, porque es dificultoso que una colectividad reduzca á fórmula definida la unidad de su pensamiento, y menos de pensamiento que haya echado raíces profundas en su propia vida. La Actividad espontánea por sí sola, ó acompañada de la popular reflexiva,

suministra el límite del ideal, pero carece de actitud para ajustarlo cumplidamente al ideal relativo jurídico evocado de la razón é individualizado en la fantasía; no sabe definir lo concreto en su propia y más adecuada forma, trasparentar en la letra el pensamiento, ni retocar la obra ejecutada de primera intención mediante su contraste con aquel otro que sirvió de material factible á la Actividad espontáneo-productora, y que á la reflexivo-crítica sirve de tipo de comparación. Sólo en el individuo es posible encontrar esta perfectísima unidad de acción que es exigida en el arte, sólo la individualidad alcanza á superponer de tal suerte el ideal archetipo al ideal positivo ó realizado, que encajen de todo en todo los capitales miembros, y sobre la pauta del príncipio recorte los salientes, ó rellene los huecos, ó componga y resuelva los desequilibrios que aparezcan en el segundo; en una palabra, no existe verdadero artista sino en la individualidad nacida con aptitud y educada convenientemente para las relaciones en que se engendra el arte (§§ 20, 25). Por esto no cabe regla positiva de Derecho que sea verdaderamente racional y artística sino allí donde concurre la conciencia individual y la conciencia social, y manteniendo cada una la sustantividad de su función propia, se armonizan, no obstante, en todas sus partes para el logro del resultado que apetece y busca con ansia la razón.

A este efecto, lo que primeramente procede, y fácil es comprender el motivo, es dar una voz á la conciencia común, sacar del seno de la colectividad sujetos determinados, individuos, que hablen en nombre de todos y escriban ó discutan la regla preexistente en forma de opinión ó de costumbre. Tal objeto tienen las *Asambleas deliberantes*, Cortes ó Parlamentos: son el representante de la razón pública, la voluntad espontánea del todo social elevada á un primer grado de reflexión que permite dar forma cierta y un principio de idealización al informe rumor ó al vago y secreto decir de una multitud que piensa, siente y quiere, pero en la cual se cruzan los pareceres más discordantes y se chocan las negaciones con las afirmaciones, incapacitándola para

decir resueltamente: *esto necesito, esto quiero*. Viene luego el *Jurisconsulto* de profesión, el artista jurídico que ha de dar forma á ese material declarado, ó revisar la obra que es fruto de esa reflexión preliminar, sometiéndola á una primera prueba para cerciorarse de que está hecha con exactitud, y retocándola luego para imponerle las condiciones de unidad y sistema que juntamente con la inmediatidad ó actualidad histórica componen el sistema de elementos integrantes en el concepto del arte. Sintióndolo así, han principiado ya los científicos á mostrar la necesidad de un *Consejo Legislativo* dentro de las Asambleas, que ejerza un ministerio artístico por respeto á la declaración y establecimiento del Derecho positivo (1).

Sin que pueda darse como exacta traducción de esta doctrina, servirá, no obstante, el ejemplo siguiente para aclararla y ponerla como de relieve. Hasta el siglo xv habíase regido Vizcaya por una multitud de costumbres forales que se conservaban en la memoria de todos los ciudadanos; en aquel siglo principiaron á ponerlas por escrito, y en el xvi revistieronlas de forma legal. Al efecto, la Junta General del Señorío designó catorce personas que *clarificasen* las dichas costumbres escritas, eliminando las superfluas y desusadas que se hubiesen escrito, agregando las que estaban en uso y no aparecían consignadas en los cuadernos, y enmendando las que les pareciesen necesitadas de reforma: hecho esto, encomendaron á un letrado y al síndico del Señorío el cargo de sistematizar ese material ya expurgado y reformado; y por último, se sometió al examen de los diputados y corregidores, los cuales declararon en su conciencia que la obra ejecutada respondía cumplidamente

---

(1) Con variantes en el principio y en el pormenor, conviene en el resultado acerca de este punto: SISMONDE, *Estudios sobre las Constituciones de los pueblos libres*, primera parte, tercer ensayo.—TAFARELLI, *Ensayo teórico de Derecho Natural*, lib. V.—STUART MILL, *El Gobierno representativo*, cap. V.—ROMAGNOSI, y otros.

á los fueros y costumbres, esto es, al estado jurídico del pueblo vizcaíno (1).

Tales son las formas terciarias del Derecho positivo en el primer momento de su vida normal, que hemos denominado *declaración legislativa*. Atribución es de la Combinatoria matemática determinar el número y forma de combinaciones posibles entre estos tipos fundamentales que rara vez se presentan en la historia del Derecho en esa su original pureza y simplicidad.

### § 27.

b'—En la función ejecutivo-administrativa.

Declarada la regla de Derecho por el poder legislativo, determinado el plan de conducta que se impone al sujeto condicionante, resuelto el contenido y la forma de la acción, ha llegado el momento de proceder á ésta, es decir, á la prestación de las condiciones útiles que en dicha regla van preceptuadas, en favor de los fines que han sido su inmediato objetivo, ó sea de las necesidades en que se manifiesta el llamamiento y la exigencia de su posibilidad. Tal es el segundo momento de la realización normal del Derecho, la segunda forma que reviste en el silogístico desenvolvimiento de su vida el Derecho positivo. Este momento es

---

(1) Otro ejemplo notable ofrece la historia del primer Código general que rigió en el antiguo Estado de Aragón: el rey (Jaime I) encargó al obispo Vidal de Huesca que de todo el Derecho aragonés que andaba esparcido y sin coleccionar, escogiese lo mejor y más conveniente al estado de aquella sociedad y formase un volumen que sirviera de norma en lo sucesivo: hízolo, en efecto, el obispo, expulsando los fueros superfluos é inútiles, corrigiendo los faltos de expresión, explicando los oscuros con interpretaciones competentes, supliendo los que faltaban, omitiendo todo lo que en ellos repugnaba á la vida del siglo XIII “y cuanto había de peligroso para las almas, favorable á la malicia”, etc. Hecho esto, lo examinaron el rey y las Cortes Generales de mancomún, y fué sancionado como ley obligatoria para Aragón.

posterior en orden de razón al anterior, y se significa como una continuación suya: lo que en aquél es término ó resultado de la Actividad, en éste es punto de partida. Allá la Actividad es teórica, propedéutica, pudiéramos decir didáctica; aquí es ya, por el contrario, práctica, pone en ejecución lo proyectado y preparado, y por esto la apellidamos acción ó *función ejecutiva*. Relacionado el medio con la necesidad en la esfera del conocimiento, viene el relacionarlos en la esfera de la acción, mediante una efectiva asimilación del primero por la segunda: sabidos los medios, la Actividad los suministra á (administra) las necesidades—ó sea, á la exigencia de los fines—y por esto la denominamos *ejecutivo-administrativa*, para distinguirla de la ejecución reparadora en la vida anormal del Derecho (§ 32).—Los dos momentos, legislativo y administrativo, se enlazan por medio de la *interpretación* (§ 28).

Anticipada esta idea de la función ejecutiva mirada desde su unidad, podemos traer nuevamente á la memoria la ley de las formas particulares de la actividad jurídica, que tiene respecto de ésta la misma aplicación que le hemos dado en su primer ministerio ú oficio de legislativa. Tres hemos hallado que son, en primer término, aquellas formas: espontánea, reflexiva, artística,—y otras tantas y tales serán, en consecuencia, las formas de la función ejecutiva, ó sea, los modos y procesos generales que observe el Estado para cumplir las prevenciones de la ley positiva. Según sea la forma de ésta—decretal, consuetudinaria ó artística—asi será la del cumplimiento, de suerte que la prestación ordenada por el poder oficial reflexivamente será ejecutada por él en igual forma, y la resuelta por la conciencia común del pueblo ó de los particulares espontáneamente, será también cumplida en modo de espontaneidad, y que ambas formas, adoleciendo de vicios semejantes á los manifestados en los §§ 23 y 24, reclamarán una composición en que cada cual sacrifique la parte negativa de su contenido y conserve todo lo positivo que es ya utilizable y componible. Ahora, cada una de estas formas, á su vez, se despliega al

interior en un sistema de modalidades terciarias por razón de los órganos que intervienen como mediadores en la obra de la realización del Derecho, resultando en total nueve formas de Derecho positivo con respecto á la función ejecutiva, paralelas y consonantes con las que, tocante á su función legislativa, acabamos de dar á conocer.

De muy distinta manera lo entienden, pero á trueque de sacrificar en el terreno de la ciencia la vida del Derecho y sus leyes, aquellos que, con atribuir al poder ejecutivo la misión de aplicar (cumplir y hacer cumplir) las leyes, lo conceptúan, no obstante, como órgano ó conjunto de órganos que desempeñan esa función; no viendo que el poder ejecutivo es primeramente poder total, que abraza íntegramente la actividad del Estado antes de su división interior en reflexiva y espontánea, y en anergálica y sinérgica; y que luego sucede á ésta en el orden racional esa doble bifurcación interior que la constituye en antítesis, y por tanto, en la posibilidad y en la necesidad de componerse ó armonizarse. Entre las leyes, las hay que se dan para que las cumpla el poder ejecutivo oficial exclusivamente, previa la correspondiente interpretación en cada caso; las hay cuyo cumplimiento se encomienda al poder oficial y á los particulares—coordinadamente, ó en relación éstos con aquél; y las hay, por último, que sólo deben ser cumplidas por los particulares constituídos en poder ejecutivo anergálico (ya espontánea, ya reflexivamente, según la naturaleza de la regla), y en este cumplimiento no tiene la menor participación el órgano ejecutivo oficial, ni en la interpretación, que es de la competencia del sujeto mismo que aplica la regla relacionando los medios con las necesidades, ni—caso de infracción y perturbación—en el restablecimiento de la regla, que toca plenamente al poder judicial.

Es evidente, ahora, que la misma ley de las formas de la actividad que tiene aplicación—según acabamos de ver—al todo de la actividad ejecutiva, la tendrá como consecuencia á cada una de las subfunciones de carácter total relativo que aquélla abraza.

Que son estas dos en número por respecto á la naturaleza de los medios suministrados, lo anticipamos ya al analizar las leyes formales de la actividad y definir sus interiores funciones; pues ó son los medios negativos (restrictivos), y la función administrativa se dirá prevención ó *Policía*, ó son positivos (económicos), y la acción ejecutiva será rentística ó *Hacienda*. La primera respeta y garantiza á cada personalidad y á cada orden de vida y de cultura la autonomía y libertad interior de existencia y de acción que por propio derecho les corresponde, y que no puede serles desconocida sin grave ofensa de la justicia y perturbación de las relaciones sociales; y al efecto, trabaja para impedir el choque de unas con otras esferas, ó la excentralización y predominio de alguna de ellas, ó la invasión de unas con el dominio de las otras, y mantener á todas y cada una en los límites de su jurisdicción inmanente y en las relaciones de buena vecindad que su coexistencia y el orden social hacen indispensable de todo punto. No se haga á otro lo que no se quiera para sí: mantenga el Estado superior á los inferiores la condición natural del *selfgovernment*, de tal suerte que ninguno atropelle ni trasponga las fronteras de los demás, como él no quisiera—en querer racional—ver atropelladas las suyas, ó intervenidos sus dominios, ó fiscalizados sus actos por los demás: tal es la máxima general que compendia el espíritu de esta primera función del Poder Ejecutivo, la función preventiva ó de policía, que por una parte es policía del territorio,—y regula la ocupación de los bienes naturales que contiene, y asegura su posesión (1).—y por otra

---

(1) Los gobiernos han acostumbrado á declararse dueños y propietarios de los bienes naturales, baldíos, minas, aguas, etc., y en vez de reconocimientos de ocupación han hecho *concesiones*, unas veces gratuitas, y otras onerosamente. No se ha considerado el Estado como custodio que guarda y asegura el orden de la ocupación, sino cual propietario que enajena ó traspasa cosas de su patrimonio; y las consecuencias han sido y siguen siendo lamentables, pues ó han

es policía de la población,—y aparta los obstáculos que pudieran oponerse á la conservación y libre desenvolvimiento de la personalidad, y entorpecer el cumplimiento y cultivo de sus fines, religioso, jurídico, moral, científico, industrial y estético.—La otra sub-función se refiere á aquellas condiciones positivas que deben prestarse á los órdenes de vida y de cultura necesitados de ellas é imposibilitados de procurárselas á sí propio por hallarse en situación de menor edad, ó por ser más extensa la esfera de sus necesidades que la de sus medios. Obrese respecto de los demás como se quisiera que los demás obraran consigo: exija el Estado de las esferas ó relaciones humanas ya desarrolladas los medios económicos que les sobren, para favorecer con ellos el desenvolvimiento de aquellas otras personalidades ó relaciones cuya existencia ó cuyo desarrollo necesita ser positivamente protegido y favorecido, á causa de encontrarse en circunstancias excepcionales de menor edad ó de accidental enfermedad y deficiencia: tal es la fórmula expresiva de esta segunda función de la actividad ejecutiva del Estado, la función económica ó de Hacienda, que—por una parte—se traduce en fomento del territorio como contenido de bienes naturales utilizables, y—por otra—en asistencia de la personalidad inválida, y eficaz protección y estímulo de sus fines racionales (1).

---

entorpecido el desarrollo de la utilización económica y el crecimiento de la riqueza, ó han viciado el concepto del Estado y de sus relaciones con la propiedad en la conciencia pública.

(1) No es posible concebir otra ni más función dentro de la actividad jurídica fuera de estas dos, y los que como Ahrens establecen tres, llamadas de existencia, co-existencia y asistencia, consideran como función propia el reconocimiento de la existencia de la personalidad—que es independiente de toda afirmación por parte del Estado—y el respeto de su autonomía—que es supuesto anterior á toda subdivisión de la actividad del sujeto jurídico: el confesar que uno existe y respetarlo como existente, no es una función: el apartar obstáculos de su camino ó conducirlo, sí; en cuanto á la garantía del *selfgovernment*, ya no toca al reconocimiento y respeto por parte del Estado, sino al respeto por parte de los demás, sostenido y ase-

Según esto, se darán en el concepto del Derecho, y en las leyes de su vida tres formas de *policía*, una espontánea, otra reflexiva y otra resultante de la composición de ambas; y por otra parte, esa misma actividad *Ejecutivo-preventiva* se aplicará (de conformidad con las leyes y costumbres de policía): ó mediatamente, por los órganos del Es-

gurado por el Estado, que es primeramente, en orden de razón, institución preventiva.

Dice Ahrens que "la primera función del Derecho consiste en asegurar á cada esfera social su autonomía (pero esto toca á la co-existencia, es policía), en establecer lo que se puede llamar su *derecho interno por el que le es permitido marchar* en sus relaciones interiores (en la casa, familia, municipio) hasta el último límite compatible con las leyes generales del Derecho: de allí resulta también la regla invocada con tanta frecuencia para la libertad personal, que todo lo que no está prohibido por una ley, jurídicamente debe hallarse permitido (*Curso de Derecho Natural*, edición tercera española, § 19)"; pero esas leyes generales del Derecho positivo que trazan los límites en que puede por naturaleza moverse el Derecho interno de las personalidades subordinadas (no que establecen ese derecho) son á su vez leyes preventivas ó de policía, pues se encaminan á impedir los choques y conflictos de unas con otras esferas inmanentes: el derecho exterior no es fin por relación al interior, sino medio para él, y por esto no puede negarle ó permitirle el obrar, tiene que limitarse á impedir que obre fuera de su círculo, esto es, en perjuicio de las demás esferas inmanentes coordinadas á ella. De no haber puesto en su verdadero punto esta distinción, han surgido disputas sin cuento acerca de la legislabilidad ó ilegislabilidad de los derechos naturales, sobre el pretendido derecho al mal, y otras á este tenor.

Luego, Ahrens, al practicar la división de los poderes, más bien arranca de la base histórica que del principio del Derecho en la razón, dando al olvido aquella distinción que hizo de funciones del Derecho, y desconociendo que son términos idénticos y sinónimos función del Derecho y función del Estado: funciones y poderes deben corresponderse en un perfecto paralelismo, y ninguna clasificación de poderes ú órganos puede ser racional si no toma por base la propia clasificación de las funciones, que son su fin inmediato y su precedente histórico. Por haberse apartado de este sencillo dictado de la razón, que la Anatomía sigue, divide erróneamente las subfunciones ejecutivas, aproximando y distinguiendo falsamente la justicia y la administración, la policía judicial y la política administrativa, etc. (ob. citada, § 120-124).

tado oficial creados *ad hoc*, ó directamente, por el público constituido en inmediato guardador de sus propios inmanentes Derechos contra toda posible agresión surgida de su seno ó venida del exterior; ó compuestamente, por el Estado oficial y por el espontáneo apoyados uno en otro y tan íntimamente enlazados, que el uno preste la acción material y la omnipresencia, y el otro dirección unitaria y principio de cohesión.—En los pueblos educados en la libertad durante siglos, y mayormente en las democracias municipales, han prevalecido las formas populares (anergálicas), ya del todo espontáneas, ya reflexivas, esto es, organizadas directamente y con independencia del Estado oficial, en hermandades ó de otra suerte, para alguno de los fines de la policía. En los límites del municipio, las proporciones del Estado son tan exiguas, que las acciones individuales se distinguen perfectamente unas de otras, y la libertad es tan amplia, que estimula á los vecinos al movimiento. De aquí esta tendencia á la agregación que crea una asociación para cada necesidad social y que debilita la acción de los poderes oficiales.—En los pueblos que han sido educados por el absolutismo, prevalecen, por el contrario, las formas oficiales (sinergálicas), porque la suspicacia y el remordimiento engendra miedo y desconfianza en el pecho de los déspotas, que se oponen á toda asociación espontánea que tenga apariencia de cercenar su poder; y por otra parte, la opresión y defecto de libertad produce repulsión y disgregación entre los individuos é indiferencia por cuanto tiene relación con el poder público ó con los extraños: saben que se comete un crimen, y su cuidado no es volar á impedirlo ó á detener al delincuente y acusarlo, sino alejarse precipitadamente y encerrarse en su casa, mientras directamente no les afecte, para evitarse hasta la necesidad de prestar una declaración como testigos.—El ideal está en una aproximación y conciliación de las dos formas, tal como se ha logrado hasta cierto punto en Inglaterra. El Estado oficial se distingue por la unidad y por la continuidad y permanencia de la acción; el común

ó in-mediato por la energía y la omnipresencia; y por esto, á donde no alcance la actividad de aquél debe extenderse la de éste (representada por todo ciudadano), previniendo toda perturbación que redunde en daño propio ó perjudi que al todo del Estado ó á alguno de sus miembros, y auxiliando la acción de aquél, como si cada ciudadano fuera un salvaguardia; y por su parte el poder oficial, haciendo más eficaz la acción espontánea por medio de instituciones populares en cuanto lo consientan las tradiciones y costumbres políticas en cada tiempo. El *gran jurado* en Inglaterra, tanto como un cuerpo judicial es una institución de policía de carácter compuesto, aplicada á varias de las esferas que la prevención administrativa abraza: las *Escuelas industriales* y el *bedel de muchachos* de Inglaterra,—las *Sociedades de Caridad para los penados* y el *agente de patronato* de Massachusets, son también instituciones de policía (al par que de beneficencia) de carácter compuesto, dirigidas, las primeras á impedir que los niños viciosos, abandonados y sin recursos, se inicien é incidan en el crimen; las segundas á evitar la reincidencia de los que han cumplido ya alguna condena (1).

---

(1) Los *Reformatories* y las *Industrial Schools* de Inglaterra fueron en un principio instituciones de fundación particular, y el ingreso en ellas de los muchachos necesitados de corrección ó expuestos á las asechanzas y contagio del vicio, era voluntario; en 1854 y 1857 se les dió el carácter de instituciones semi-oficiales, invistiéndolas del poder de detener á los muchachos comprendidos dentro de ciertas categorías y subvencionándolas, pero dejándoles la libre dirección interior, aunque bajo la vigilancia de los poderes oficiales. Posteriormente, y como no ejercieran en el grado conveniente los ciudadanos el poder de detención que á todos se había concedido, se ha instituído un magistrado especial encargado de inquirirlos y llevarlos ante el juez, único autorizado para imponer la entrada forzosa en las Escuelas Industriales. Véase *Medidas preventivas tomadas en Inglaterra para evitar que los muchachos incurran en delito*, por Carlos R. Ford; *Actas del Congreso penitenciario celebrado en Londres en 1872*, etc.

Las *Sociedades de Patronato*, creadas con el fin de recibir á los culpables ya regenerados y guiarlos y sostenerlos en sus primeros

Y esto que sucede con la Función Ejecutivo-preventiva, ocurre de igual modo en la *Ejecutivo-económica*: los medios económicos cuya prestación es atributo propio del Estado son suministrados por la actividad de éste, anergálica, sinérgica y sinanergicamente, y en cada uno de estos tres casos, en las tres formas espontánea, reflexiva y artística. En los pueblos libres ocupa un lugar muy principal la condicionalidad jurídica aplicada á las necesidades de la vida en forma *Anergálica*, ya absolutamente *inmediata*,—unas veces espontánea, otras reflexivamente (como en el caso de

---

pasos por el camino de la libertad y del bien hasta haber hallado los medios de trabajar y ganar honradamente el sustento, crecen de año en año en Europa y América en proporciones consoladoras, aunque no correspondientes al estímulo que debieran producir sus admirables resultados. Las más nacen de la iniciativa individual (Inglaterra): las menos de un acto del Gobierno (Suiza): en Massachusetts se han combinado los dos procedimientos mediante un agente de patronato ó *tutor oficial* sostenido por el Gobierno de aquel Estado y por el Comité de Caridad: también en Inglaterra han sido *reconocidas* y subvencionadas muchas por el Gobierno, adquiriendo así un carácter semioficial y en parte sinanergálico. V. *La cuestión penitenciaria*, por E. Robin; *Derecho administrativo español*, por M. Colmeiro; *La reincidencia*, por P. Armengol; *Informes del Refugio (home) industrial de Wakefield*; *Bosquejo analítico de la reforma penal y penitenciaria*, por Bonneville de Marsangy, en las *Actas del Congreso nacional para la reforma de las prisiones celebrado en San Luis, Missouri, en 1874*. *Noticias sobre el patronato en Europa, y especialmente en Italia*, por Aronne Rabbeno, en la *Revista Penal*, dirigida por Lucchini, Venecia, 1875; etc.

Las *Industrial Schools* y las *Sociedades de patronato* representan, pues, una doble prevención y tutela, un doble dique puesto entre la inocencia y el delito, para cerrar el paso de aquella á éste, y entre el delito y la inocencia para impedir el retroceso de ésta á aquella. En España, ni en pensamiento tenemos estas cosas; en 1847 R. de la Sagra exclamaba ante el Congreso penitenciario de Bruselas en estos términos: *¡Soy ciudadano de una gran nación, y nada tengo que decirlos!* Han pasado veintinueve años, y Rabbeno no encuentra que escribir respecto de España otra cosa que esta triste frase, que parece un epitafio dantesco: *la Spagna presenta il deserto*.

suscripciones públicas para aliviar los efectos de un siniestro, ó para llevar á cabo una guerra, ó para ejecutar una obra de pública utilidad, v. gr., un castillo ó una cárcel).—ya con un principio de *diferenciación* mediante asociaciones voluntarias consagradas á la práctica de aquellas obras de misericordia que son al par cargas de justicia (1), á dar de comer al hambriento y de vestir al desnudo, á sanar al enfermo y salvar al náufrago, á visitar al preso y rehabilitarlo ante la sociedad, á sostener al desvalido, dirigir al necesitado de consejo, enseñar al que no sabe, etc.; y de aquí esa multitud de fundaciones religiosas, científicas, de beneficencia, etc., y de sociedades de socorros mutuos, de cooperación, de educación, de templanza, de patronato, de refugio que llaman la atención en Inglaterra y en los Estados Unidos, rivalizando en extensión y en intensidad con lo que acontecía en la Europa municipal y feudal de los siglos medios. Al contrario, en los pueblos dominados por el absolutismo, el Estado oficial, personificado y aun sustantivado en la persona del César gobernante, absorbe toda la acción, no deja lugar á la libre espontaneidad de los particulares, y sobre erigirse en providencia universal que á todo pretende acudir, por más que lo entorpezca todo, corta los vuelos de la asociación por miedo de que en algún extremo aparezca una sombra de poder que no sea su poder y que mengüe lo absoluto de su soberanía; con lo cual la cohesión que mantenía unidos los espíritus se torna en desvío y en aislamiento, la comunión de la vida social se desvanece en esa orgía nefanda en que la libertad, el Cristo, aparece devorado por sus propios discípulos y sacrificado por el pretor, que quiere que se dé al César lo que le pertenece, á saber, todo: la Administración se erige en providencia universal, centro y circunferencia de toda la vida, el arbitrio del César se pone en lugar

---

(1) "La caridad es un deber, la caridad es la justicia", ha dicho una elocuente escritora que reúne, en proporción armónica, el sentimiento más exquisito de su sexo y la inteligencia más profunda del otro, doña Concepción Arenal.

de la razón; y todo desfallece, porque eliminado lo natural, la reflexión se torna en artificio, impedida la iniciativa individual, ahogado el esfuerzo libre y generoso, y absorbida la variedad en la unidad pancósmica del Estado y en la voluntad autoritaria del señor que preside sobre el Estado, degenera y enferma la vida, ó por exceso ó por defecto de condiciones necesarias, la rigidez y la monotonía de la acción administrativa oficial engendran desigualdad, y la desigualdad, desequilibrio, y con el desequilibrio y falta de ponderación la vida se hace monstruosa y anormal; los fines para quienes la prestación jurídica debiera estimarse simple medio, vienen á convertirse en medio para obtener el fin de la prestación económica,—única aspiración de los pueblos degradados, y único ideal de las almas á quienes se ha cortado las alas é impedido el vuelo libre del pensamiento hacia Dios y el ascenso de la voluntad hacia el bien.—Tanto la primera como la segunda de estas dos opuestas formas de la actividad administrativo-económica tienen sus inconvenientes, porque á la una le falta unidad y continuidad de acción, y á la otra elasticidad y prudencia: aquélla peca de irregular, y con dificultad proporciona el cuanto del medio al tanto de la necesidad; ésta adolece de inoportunidad y tardanza, y rara vez llega á tiempo para que su acción produzca el fruto apetecido; la una se inclina á una demasiado pronta emancipación de los fines condicionados; la otra, por el extremo opuesto, á hacer perpetua y universal la tutela (1).

Como son totales, ambas deben desempeñar el todo de la función administrativo-económica, y en su prestación va informado íntegramente todo el derecho en el momento práctico de su realización normal; pero como por otra parte son de naturaleza diferente cuanto á su forma, deben ejercerla

---

(1) Confirmación ejemplar histórica de esta doctrina es el triste cuadro de nuestros establecimientos de beneficencia, independientes de toda intervención oficial, á fines del siglo pasado, y la no menos lamentable situación de los de nuestro tiempo, privados de toda cooperación directa por parte de la sociedad. V. *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, por doña Concepción Arenal.

en relación distinta, contribuyendo la primera predominantemente con la materia de la acción, y ordenando y regulando esta acción la segunda, á fin de que unas veces por abundancia y plétora no se tuerza y deforme y desnaturalice el fin de la prestación administrativa, y otras por defecto, no queden las más apremiantes necesidades sin satisfacción y el humano destino sin cumplimiento. El ideal, pues, en esta como en las demás esferas de la vida jurídica, se halla en una composición de las dos formas de administración normal arreglada al genio y tradiciones de cada Estado y al grado de su cultura; y ya sabemos que el camino de la síntesis puede llevar una doble dirección y corriente (§ 20, 24). Una, desde el Estado oficial hacia la acción administrativo-espontánea para encauzarla y sostenerla, y hacia las asociaciones y fundaciones instituídas con este carácter por los particulares al efecto de uniformar su vida interior, ordenar y regularizar sus relaciones exteriores, corregir ó atajar los vituperables abusos de la codicia y los punibles efectos de la negligencia, moderar ó estimular su actividad, acudir con subvenciones donde creciere la necesidad y no alcanzare el ingreso, ampliar el círculo de la prestación donde apareciese sobrecrecimiento de medios, impedir que se petrifique ó enmohezca, imprimiéndole nueva dirección y señalándole nuevo objeto cuando el primitivo se hubiese agotado ó hecho imposible, segregar unos de otros, ó por el contrario, fusionar dos ó más en uno; en suma, no perturbar con arbitrarias intervenciones su libre acción interior, sino vigilar por que *sea* efectivamente lo que *debe ser* y no traspase los límites de su ideal relativo, y mantener el carácter artístico que debe revestir en sus obras para que verdaderamente sean eficaces. La otra dirección de la síntesis procede á la inversa, desde el Estado común hacia la acción oficial para vivificarla, ora directamente con su fecunda cooperación, ora indirectamente con la generosa competencia de sus asociaciones privadas; trazarle los cauces por donde debe afluir la corriente de los medios para ponerse al alcance de cada necesidad individual, colmar los vacíos y suplir las deficien-

cias de que adoleciere, ya por lo insuficiente de su condicionalidad, ya por lo extemporáneo de su acción; infundir, en una palabra, la rica vitalidad de la opinión común y de la acción pública en la rígida anatomía del Poder oficial. La primera representa, por decirlo así, la unidad introduciendo el ritmo en la variedad; la segunda, la variedad desplegando y vivificando á la unidad. Aquélla se distingue por una estática perfecta, pero por una dinámica pobre de movimiento; ésta por una dinámica poderosa, pero por una estática irregular y desproporcionada. El Estado oficial representa una máquina movida por manos mercenarias, no animada de aquel calor que sólo prestan los corazones generosos que practican el bien por el bien, no penetrada de aquel espíritu de flexible justicia y de benevolente caridad que desciende hasta el individuo, y asiste á cada cual según sus necesidades, y consulta en cada necesidad su relativa posición y el grado y momento de su desarrollo; pero el Estado común, sin máquina ni organismo definido que transmita y regule la acción, representa una actividad ciega y arbitraria en fuerza de concreta, y en gran parte resulta en movimientos contradictorios ó divergentes que se consumen en neutralizarse y acaso en pervertirse y hacerse contraproducentes ó destructores. De aquí la necesidad en que están de comunicarse los elementos positivos que caracterizan á cada una y los frutos de su iniciativa propia; de aquí la necesidad de que coexistan en todo tiempo y siempre, y vivan en perpetua acción y reacción de una á otra, para enriquecer cada vez más las síntesis orgánicas que de su unión en forma de arte se vayan engendrando en la Historia.

### § 28.

*c'.*—En la función reguladora ó armónica.

Los poderes que hasta aquí hemos conceptuado en el respecto de las formas de su acción y del derecho positivo que nace de ella, son en sí poderes parciales y relativos (no abra-

zando cada uno el todo del Poder en todos sus aspectos), y en su relación iguales y coordinados, no pudiendo prestarse uno á otro dirección ni resolver inmediatamente sus oposiciones; para esta función racionalmente existe un nuevo poder, el *poder armónico ó regulador* (que en la esfera oficial apellidamos poder presidencial ó del Jefe del Estado). La materia de su competencia es puramente la dirección de las relaciones entre los demas poderes, pero no la dirección de los poderes mismos en sí, que todos deben ser al igual de él independientes y tener un órgano regulador propio (que en la esfera oficial de la Nación lo son los presidentes de las Cortes, del Gobierno ó Consejo de Ministros, del Tribunal Supremo); de modo que es, como ellos, poder particular. Los términos *supremacía y soberanía*, propios del derecho feudal, aplicados respectivamente al poder regulador y á los poderes regulados, expresan con toda exactitud la distinta naturaleza de aquél y de éstos. El Declarativo y el Ejecutivo ejerce la absoluta soberanía—soberanía de derecho por supuesto—en todo lo referente á su instituto, son soberanos únicos tocante á la dirección de las relaciones interiores que entraña su peculiar función: el Regulador es soberano de estos soberanos, y el lugar propio de su acción radica en aquel centro á donde ambos convergen como otros tantos radios de la esfera política; pero, adviértase bien, su supremacía no recae sobre las funciones declarativa y ejecutiva, sino tan sólo sobre los órganos que las desempeñan. Ellos son tan soberanos, tan jefes en los dominios propios de su función, como el Jefe del Estado en los de la suya, y de igual modo que aquéllos no pueden intervenir en el ejercicio de ésta, tampoco puede intervenir en la de aquéllos el Jefe del Estado. Funda su razón de ser en una intervención que, respecto de los poderes regulados, es *exterior* ó de *relación*, en ningún modo interna y de contenido; pero tan esencial y necesaria con respecto al todo, como puede serlo la acción de aquéllos dentro de sus particulares esferas. Mantiene la independencia de esos poderes, oponiéndose á sus recíprocas invasiones, y la unidad de pensamiento y de acción y la

armonía que debe presidir en sus relaciones, resuelve los conflictos de atribución que surgen entre ellos, y reduce á un denominador común las contrarias tendencias declaradas entre unos y otros órganos del Estado oficial ó entre éste y el Estado común.

Hasta aquí, en la Historia, no se ha distinguido todavía de una manera práctica; bajo el régimen patriarcal están por esencia confundidos en uno todos los poderes, como en la familia; también en el absolutismo, que tiende más aún que la monarquía doméstica á absorber en la personalidad y en la soberanía del César la soberanía y la personalidad del Estado mismo: el principio constitucional no distingue ni separa los poderes; los mantiene en el jefe supremo, pero limitándolos é imponiéndole, ora comparticipes, ora delegados para cada uno de ellos: también el principio republicano confunde el poder regulador con el ejecutivo (1). No nos incumbe aquí analizar las consecuencias absurdas que para la práctica nacen de esta confusión.

Atentos, pues, meramente á la *idea* de este poder—á lo que debe ser según la razón—observaremos que, pues las leyes de la actividad jurídica, en su cualidad de objetivas, tienen aplicación á todas y cada una de las funciones comprendidas en ella, sin excepción posible, las formas que reviste el Derecho positivo como consecuencia de la actividad reguladora ó armónica son tres generales, espontánea, reflexiva y artística, determinadas luego por razón del órgano en las nueve de orden terciario que conocemos, y de las cuales tan sólo tomaremos aquí en cuenta sus tipos fundamentales (*espontáneo-energética* y *reflexivo-sinergética*) y la composición de ellos (*artístico sinenergética*).

La primera no tiene, como la acción legislativa y como la administrativa, una acción distinta é independiente, sino que va implícita en el hecho ó en la opinión que constituye

---

(1) V. gr., en las repúblicas de América y en la abolida española. Menos aún que en la nación, se ha constituido distintamente este poder en la provincia y en el municipio.

á éstas, siendo con frecuencia un mismo y solo hecho el signo complejo donde van informados los tres poderes; por desgracia no siempre sucede así, y con frecuencia proceden apartados y desequilibrados los dos primeros, pidiendo la opinión pública más de lo que la acción pública está dispuesta á dar (en medios preventivos y económicos para los fines y necesidades sociales), y no hallando en su seno raíz la acción reguladora que debiera concertar esas dos funciones, moderando la exigencia legislativa ó estimulando la administración de los medios exigidos: entonces las miradas se dirigen suplicantes hacia el poder oficial, cuando no se elevan envueltas en un coro de recriminaciones que aumentan el mal, porque cada vez se oscurece más para la conciencia de la sociedad el motivo que la produce. Otro tanto sucede con respecto á la vida anormal del Derecho, que si la acción reguladora está sana y vigorosa, hay armonía en el hecho entre el juicio público y la prestación de medios correccionales á los delinquentes á quienes condena; pero si la acción reguladora está enferma, no corresponde á los movimientos irreflexivos de una mal entendida clemencia durante la persecución y captura, ó durante el proceso, el cuidado de las prisiones, que deja desiertas y abandonadas á la débil y negligente dirección de los funcionarios públicos. En uno como en otro caso, la vida social languidece, los fines humanos son incompleta ó irregularmente condicionados, la sociedad recibe de las prisiones tantos delinquentes como les entrega, y si algún progreso se hace es porque viene de fuera, planta exótica que arrastra una vida de artificio para concluir por secarse, ó cuyos beneficios los hacen ineficaces y baldíos los mil gérmenes de mal que con maravillosa lozanía crecen espontáneamente en derredor ó logran esmerado cultivo.

La reflexivo-sinergática ú oficial (del jefe del Estado) se manifiesta independientemente de la acción declarativa y de la ejecutiva (como es natural, concurriendo la distinción de órganos para cada una y aun para sus interiores miembros), ora por medio de hechos públicos reflexivos en que

interpreta las costumbres autorizadas por el uso relativamente á los trámites del procedimiento regulador, ora mediante la intervención de carácter privado que obtiene en la acción y dirección interior de los poderes cuando por sus cualidades personales lo merece y movido de su celo por el bien público lo solicita. Cuando un poder oficial deja de cumplir su misión, ú obra de modo contrario á como es debido para cumplirla, esencialmente deja de ser institución de Derecho, pierde su cualidad de *órgano jurídico*, y el Estado queda privado de ese poder mediador y de la consiguiente representación: en apariencia todavía sigue subsistiendo, pero en realidad no existe sino una forma sin esencia, un elemento negativo, una fuerza disolvente que embaraza la libre acción del Estado inmediato ó el libre funcionamiento de los demás poderes;—ni más ni menos que sucede con la ley, que cuando deja de corresponder en su contenido al ideal relativo del pueblo ó individuo á cuya vida se impone como norma en un momento histórico determinado, deja de ser ley viva, pierde su carácter de derecho vigente, y se mantiene tan sólo como una forma extraña á la realidad, y si se la quiere galvanizar por medio de la fuerza, se trueca en un escollo donde tropieza y se tuerce la corriente de la vida. Entonces, el Jefe del Estado, cuya misión es mantener sana y entera la unidad interior del poder oficial y su concordia con el poder inmediato de la comunidad jurídica, paraliza la acción de ese miembro, ó acaso lo corta y lo renueva, ó promueve su renovación, designando nuevos representantes por formas de derecho, según se halle establecido;—al modo como acontece con la ley caduca y extemporánea que, ó es relegada expresamente á la historia del pasado y sustituida con otra más adecuada á lo presente, ó por mutuo y tácito acuerdo de los obligados cae en desuso para ser reemplazada por una costumbre que tenga fondo y raíz en su conciencia. Según lo cual, el Jefe del Estado es la personificación unitaria de la comunidad, que preside desde la cúspide el acompasado movimiento y rotación de los poderes, en-

cauzando la actividad de todos y de cada uno de tal suerte que la vida del Estado se realice en conformidad plena con el principio objetivo que idealmente la gobierna.

De aquí la dificultad que ha ofrecido en todo tiempo el problema de la generación de este poder, y en el hecho la práctica de su ejercicio; de aquí la frecuencia con que vemos la vida de los Estados seguir el compás de la vida de las personalidades que los han regido y presidido, y el extraño fenómeno de haber reducido la Ciencia durante siglos la historia de los pueblos á la crónica de sus reyes. Armonizar la acción oficial legislativa con la ejecutiva, con los mismos poderes inmediatos, con la opinión social y con las necesidades públicas, función es delicadísima y que requiere—por una parte—una voluntad ilustrada por la reflexión y el comercio continuo con la ciencia, decidida por el bien social más que por el propio, y sabedora de la posición que ocupa en el punto de confluencia de todas las fuerzas jurídicas de la sociedad á quien en el orden del Derecho representa; y—por otra—un conocimiento exquisito de las condiciones en que esta sociedad vive, el grado de su civilización en relación con su pasado y con el presente de los demás pueblos afines que habitan el planeta, las cualidades virtuosas y viciosas que lo caracterizan, sus necesidades reales y el tanto en que las conoce y en que espontáneamente las satisface; y por último, las mudanzas que se producen año por año, día por día, en estos diferentes elementos constitutivos, necesidades, opinión, cultura y demás. Ignorancia ó negligencia á menudo son causa de que esta intervención entorpezca por exceso la libre acción interior de los poderes, menoscabando su iniciativa y su independencia, y otras, por defecto, los deje abandonados á la discordia interior que mina sorpresivamente la constitución política y es fuente perenne de perturbación ó de estancamiento para toda la vida (1).

---

(1) V. *Principios de Derecho Natural*, por F. Giner lecc. 34, 33 y 42.—*Derecho público*, por Ramón Salas, 1821; lecc. 19 y 20.

Donde se logre un ordenado y activo movimiento de *self-government* por parte del pueblo con un sabio y prudente ejercicio del poder oficial por parte del Jefe del Estado, la vida jurídica social se realizará en forma de lentos progresos, libre de sacudimientos bruscos, de saltos y de retrocesos, firme en la posición vertical exenta de las oscilaciones á que están sujetos los que no trabajan por poner paz y concierto en medio de la batalla en que viven sus facultades y poderes espirituales. El primero vigilará sobre las extralimitaciones del segundo; y abrirá fáciles caminos á su acción renovando los poderes que está llamado á regular con unidad de pensamiento y de propósito; el segundo mantendrá un principio de organización en el primero y excitará ó refrenará su actividad según los casos, regularizándola y sosteniéndola para que ni se atropelle ni desmaye, llenando los vacíos que deje y encauzando la corriente de la acción allí donde amenace salir de madre. El Derecho positivo regulador habrá tomado entonces la forma artístico-sinenergálica, la más compuesta y la más perfecta de cuantas caben en el sistema general de las modalidades jurídicas; se habrá llegado á la meta por lo que respecta á esta función del Derecho.

La doctrina expuesta es aplicable á todas las esferas del Estado social, al municipio, á la provincia, á la nación, etcétera, con las diferencias que engendra naturalmente su relativa posición en la jerarquía de la sociedad. En cada una de esas esferas el poder regulador lo es, no sólo de los poderes particulares del Estado que directamente preside, sino también del mismo poder regulador que preside los Estados inferiores ó subordinados á aquél.

b—*Formas anormales del Derecho Positivo.*

a'—En la función declarativo-judicial.

## \* § 29.

Al principio del § 27 hemos afirmado que los dos momentos de que se compone la vida normal del Derecho, legislación y administración, se encadenan de tan perfecto modo, que lo que en el primero es resultado final sirve al segundo de punto de partida, y que su término mediador necesario es la *interpretación*.

La interpretación es una manera de legislar individual, encaminada á deducir de la regla que se dictó por el poder legislativo con carácter de generalidad, y libre de todo casuismo, cánones de carácter individual inmediatamente aplicables á cada sujeto y á cada concurso de circunstancias en que el sujeto pueda encontrarse colocado. Estas combinaciones de hechos, que potencialmente son en número infinito, el legislador no ha podido preverlas expresamente; su pensamiento es categórico y unitario, y hace falta, por una parte, desentrañar el espíritu del legislador bajo el velo de la letra, y, por otra, desenvolverlo, ampliarlo, á fin de que pueda atemperarse á la complejidad del caso dado ó á la manera especialísima como se presenta una necesidad en reclamación de condiciones útiles. La regla más clara y fácil de entender, mirada en su expresión de generalidad, nos aparece oscura y necesitada de una segunda gestación y elaboración cuando llega el caso de aplicarla á un particular estado de vida; y en esa reelaboración reflexiva, el sujeto ejecutor tiene que imprimir á la regla general positiva, respecto de esta situación individual, el mismo carácter concreto y específico que el legislador imprimió en la regla al Derecho natural ó eterno por relación al estado general histórico que hubo de exigirla. Según lo cual, promulgada que

sea una ley positiva, su interpretación será el medio necesario con que se capacita para regir el acto, y condición previa para la efectiva prestación de los bienes que su contenido entraña; naciendo de esta doble posición su cualidad de mediador, pues el propio supuesto en que respecto del momento legislativo es complemento, es respecto del ejecutivo punto de partida. Fácilmente se concebirá por aquí el poderoso influjo que ha de ejercer la interpretación usual en la legislación: su función principal es aplicarla desarrollándola; pero al desarrollarla la aclara, la suple, la corrige conforme á las inspiraciones de la razón común y al impulso de la necesidad histórica para quien se dió la ley, siendo en este concepto cada hecho de aplicación como un hecho consuetudinario, que por una parte confirma y consolida, y por otra elabora incesantemente y perfecciona la regla aplicada, y sosteniendo la actividad en la interpretación un carácter plástico ó creador semejante al que la distingue en la legislación. Legislar es interpretar el Derecho posible, informándolo en reglas positivas y aplicables á la vida real; interpretar es formular reglas individuales de inmediata aplicación, sacadas del Derecho positivo, haciendo al efecto de él una segunda y más concreta determinación (1).

Pero no siempre la actividad jurídica del sujeto (en quien á la racionalidad acompaña la finitud, y por tanto la posibilidad del mal) acierta con la verdadera interpre-

---

(1) Es frecuente y aun común entender la *interpretación* como función tan sólo aplicable á la inteligencia de leyes oscuras ó contradictorias, y afirmar "que si nos vemos constantemente y á cada paso en la necesidad de interpretar las disposiciones legales, consiste sólo en su evidente é imponderada imperfección y en el vicioso sistema casuístico bajo el que siempre han sido redactadas, y que abandonando este sistema, adoptado por los autores otro de más filosofía, ordenados y publicados los Códigos, cesará la necesidad de la interpretación y podrá aplicarse en todos los casos y sin dificultad alguna la letra terminante de la ley." J. F. Pacheco (*Estudios de Legislación y jurisprudencia*, § III) combate con buenas razones esta falsa creencia, con partir él mismo de un concepto demasiado estrecho de la interpretación.

tación, y con frecuencia deduce de la regla general positiva una regla particular, que contradice ó que niega el derecho en alguna de sus relaciones, suministrando al fin que requiere ser condicionado medios diferentes ó contrarios á los que preceptuaba la regla dada como supuesto al sujeto activo. De igual modo que, según en su lugar veremos, el legislador puede hacer una falsa interpretación de los datos jurídico-ideales que contempla en su razón y que toma como criterio y guía, ó de los datos históricos que la experiencia le suministra tocante á las necesidades y á los medios que se dan como términos objetivos y obligados del problema, ó de la relación entre aquellos datos ideales y esta situación histórica, y puede, en consecuencia, formular una ley que no sea en todas sus partes ley de Derecho, ya porque contenga algún principio indiferente á éste, ya porque encierre principio de Derecho pero intempestivo, es decir, extraño á la situación histórica presente, por más que pueda justificarse por relación á otra más ó menos necesitada, ya, en fin, porque lleve principios antijurídicos en ningún tiempo validables; puede de igual modo el sujeto ejecutor interpretar falsamente ó de un modo incompleto la ley positiva ejecutada, ó su necesidad individual, ó la relación que debe establecerse entre ellas, y deducir, en consecuencia, una regla individual extraña ó contraria á la general, y cuya ejecución lleve consigo una perturbación jurídica y un entorpecimiento de la vida en alguna de sus esferas ó en todas. Y como la perturbación y el mal son un accidente que no puede perpetuarse, so pena de mantener la vida enferma por siempre y elevar el absurdo á ley universal en el mundo de la razón, la actividad jurídica debe acudir al punto á restablecer la regla general establecida anteriormente, pero mal interpretada y mal cumplida, desautorizando la regla de interpretación que aparece consagrada por el hecho ilegal, y reparando los malos efectos causados en la voluntad del agente, en la persona que inmediatamente padeció la injuria y en la sociedad.

A este efecto, procede lo primero declarar los medios y ordenar el plan de conducta que debe seguirse para lograr ese resultado; y á este primer momento de la vida anormal del Derecho, dámosle el nombre de función judicial, y á la forma que recibe el Derecho positivo por consecuencia de esta acción, *juris-dictum, judicium* ó sentencia. Podremos conceptuar ésta como la forma necesaria de conducirse los hombres en una determinada relación jurídica que ha sido perturbada y trata de restablecerse, ya haya sido la infracción directa y resida principalmente en la voluntad del sujeto condicionante, para encauzar la cual es dada la sentencia, ya resida principalmente en el conocimiento, á cuya ilustración hay que proveer en la sentencia. Según lo cual, ley y sentencia se corresponden y en cierto modo se equivalen, ejerciendo la una en la vida normal del Derecho la misma función que la otra en su realización anormal. Ambas son informaciones de Derecho eterno, ó positivas determinaciones de Derecho posible impuestas como criterio de acción al sujeto jurídico; ambas son declaraciones de medios libres, la primera de medios sustantivos para los fines de la personalidad humana, la segunda de medios adjetivos para el fin de reponer la relación entre esos medios sustantivos y los fines, que ha sido torcida ó impropriamente interpretada. Ambas son teóricas, y yerran en nuestro sentir aquellos que consideran el poder judicial como poder de aplicación del Derecho positivo: ni él ni el legislativo aproximan las utilidades á la necesidad condicionable; se limitan á ordenarlas, á formular y describir el plan de esa aplicación: para ésta se contienen en el concepto del Derecho otros poderes. En ambas se coloca el sujeto activo como mediador entre el Derecho determinable (eterno allá, positivo aquí), punto de partida, y una situación histórica (ordinariamente de un pueblo ó clase allá, y aquí de un individuo ó corporación).

Y es tan viva y directa la relación, que la ley puede nacer en la sentencia y en la sentencia puede morir: la inter-

pretación individual y la sentencia judicial son el crisol donde le ley sufre la ruda prueba de los hechos, donde tiene que desprenderse de sus miembros muertos y abandonar la vestidura de oropel con que haya podido cubrirse, dando apariencia de Derecho á lo que no lo era, y donde tiene que rejuvenecerse y renovarse, exprimiendo el caudal de Derecho que en su seno atesora para que no aparezca inferior á la vida real ó en desnivel con respecto á ella. Si el legislador hace leyes tiránicas, ó impone como buenas acciones criminosas, ó condena como delitos hechos en si inocentes, al interpretarlos el individuo, tuerce ó desvía su significación, endereza su espíritu, ya que no le sea lícito tocar á la letra, y obedeciendo la ley deja burlado el propósito del que la hizo; si surge conflicto, y el tribunal, siguiendo las mismas inspiraciones que movieron al individuo, apadrina y autoriza la interpretación de éste dándola por buena, la sentencia viene á ser entonces el alma que se infunde en la letra de la ley, y que desafía por el camino del hecho el derecho torcido del legislador: el signo exterior ha quedado el mismo, pero ya no responde á su esencia, que es totalmente distinta; vemos la apariencia de un tigre feroz, y es una oveja vestida con piel de tigre. El juez se ha puesto en el lugar del legislador, y la sentencia se ha subrogado á la ley á la sombra de ésta: se trataba sólo de restablecer, y en realidad se ha establecido. Y no sucede de modo diferente cuando, sin ser tiránica la ley en un principio ni contraria á la vida, se estanca, y viene con el progreso de ésta á quedar en manifiesto desequilibrio con las necesidades y en viva y secreta pugna con la conciencia social: cuando la legislación se convierte en arca santa á que no es lícito tocar, los precedentes de la jurisprudencia y las colecciones de sentencias se sustituyen á los Códigos; éstos quedan reducidos á la proporción de verdaderas imágenes muertas, decoradas con nombres de dioses, pero que no ven ni oyen, y á los cuales se sigue tributando incienso; pero mientras tanto los tribunales recogen el poder que el legislador ha abdicado, y el Derecho

continúa desarrollándose, y viviendo y progresando el Estado: testigos el pretor y el *Jus honorarium* en Roma, el tribunal de Equidad y el *Common Law* en Inglaterra (1). Con un poder judicial independiente de todo otro poder é inspirado directamente en la conciencia popular, es imposible la tiranía.—Tan estrecha es la relación entre las dos formas de declaración del Derecho, ley y sentencia, y por tal camino los procedimientos de restablecimiento de la vida anormal se aplican á la creación y establecimiento normal de reglas positivas de Derecho (2).

Ahora, siendo una la ley positiva (§ 21), una será también sustancialmente la sentencia, por más que luego, y bajo esta

(1) No eran, sin embargo, anormales estas atribuciones legislativas del pretor romano, ni tampoco usurpadas, como pretende Heinecio, sino que las ejercía en virtud de una delegación del pueblo en el hecho mismo de su elección, según se deduce de Cicerón (*Ad. Att.*, VI, 1) y Gayo (I, 6). El presidente de la *Court of Equity* ha conquistado facultades análogas á las del pretor, porque también ha sido semejante la necesidad de concordar por este camino indirecto la legislación escrita con el derecho popular y la opinión social: Holtius, *De jure pratorio tum apud romanos, tum apud anglos aa jus civile supplendum et emendandum*. Famosos jurisconsultos de nuestro tiempo han propuesto el restablecimiento de esta magistratura ú otra semejante en el Estado, juzgándola completamente necesario para la función de relacionar la legislación con el derecho consuetudinario: Schrader, *Los edictos de los pretores romanos aplicados al estado actual de la legislación*; Savigni, *Tratado de derecho romano*; Bornemann, *Desarrollo del derecho en Alemania y su porvenir*; y Roder, *Principios de Derecho Natural*.

(2) Santo Tomás comprendió esta analogía del poder legislativo y del judicial al estudiar las causas que hacen insuficiente la ley natural, exigiendo que sea completada por la ley humana, y preferible determinarlo todo por medio de leyes antes que dejar su resolución al arbitrio de los jueces: 1.º, porque es más fácil hallar algunos hombres de saber que redacten buenas leyes, que un gran número de jueces hábiles para juzgar en las circunstancias particulares; 2.º, porque los legisladores pueden meditar largo tiempo antes de formular la ley, al paso que los jueces fallan en el acto; 3.º porque los legisladores estatuyen para la generalidad y para el porvenir, y en ellos no influyen las circunstancias de la actualidad (*Summa theol., quest. 91 y 95*).

unidad, pueda desplegarse en variedad de modos por respecto á las personas que la declaran y á la forma de la declaración. Suele darse á entender por sentencia exclusivamente las declaraciones emanadas de los órganos judiciales del Estado oficial, pero con semejante modo de interpretar y de traducir la palabra, se restringe el género del concepto significado en ella á una de sus especies, porque si hay unidad y homogeneidad en la ley, y una parte de ella puede ser infringida é interpretada judicialmente, podrá serlo de igual modo toda ella en todo su contenido, que es todo el Derecho, ora se trate del juicio que forma cada sujeto sobre sus actos injustos cometidos en la esfera inmanente y sobre el modo de reparar la injusticia, ó por árbitros constituídos para fallar en asuntos privados ó en cuestiones internacionales, ó por un padre respecto de sus hijos, ó por el consejo de familia, ó por la Sociedad en forma de opinión y de rumor público, ó de mudo y terrible fallo en la *Lynch-law*, ó por una asociación pública ó privada, científica, religiosa, económica, etc., ó por los Congresos legislativos, ó por los superiores jerárquicos en la Administración por respecto á la conducta de sus miembros, etcétera, etc. Diferirán tan sólo en la forma y extensión de la ley sobre cuya infracción se basen, en el modo y eficacia de la *executio* y en el grado de la soberanía que la formula, pues en lo demás son de la misma esencia, revisten una misma forma y se rigen por unos mismos principios. Los autos y providencias de juez que no versan sobre la interpretación privada de una ley no son sentencias, sino leyes auxiliares del juicio dictadas por el poder judicial mismo, en virtud del principio de que todo órgano ejerce todas las funciones, una propia, que es la principal, y las demás como subordinadas y para su servicio.

## § 30.

Hemos indicado ya que, no obstante la unidad de forma que vemos reviste el Derecho positivo en la sentencia, pueden distinguirse en y bajo ella modalidades particulares enlazadas á modo de organismo y lógicamente deducibles. A este fin, no podemos atender á la ley, que pudiera revestir una forma y otra distinta la sentencia fundada en ella, sino directamente al Derecho positivo en su principio, ó bien á la actividad que lo causa, la cual no es en sustancia distinta en el declarar derecho legitimamente que en el declararlo judicialmente, como no es distinta de la ley patológica la fisiológica. Siendo la actividad jurídica una propiedad del sujeto racional finito mediante la cual hace pasar lo eterno posible á temporal efectivo (§ 16), necesariamente habrán de cualificarse sus productos por razón del modo como los engendra, sea cualquiera la naturaleza de ellos, que no ha de proceder por diferente camino cuando se consagra á crear leyes que cuando á formular sentencias.

Atentos, pues, al resultado de la indagación que hicimos anteriormente al intento de fijar en tesis general los modos de aplicación de la actividad jurídica á la realización del Derecho (§ 20), encontraremos, en consonancia con aquellos dos primitivos y originarios, espontáneo y reflexivo, dos formas opuestas é irreductibles de sentencia jurídica: una irreflexiva, inmediata, hija de la actividad espontánea, sensible, natural, predominantemente histórica, y más bien arrastrada por el hecho que movida por el principio; otra deliberada, mediata, hija de la actividad reflexiva, indirecta, predominante filosófica é ideal, llevada más bien del rigor de los principios generales de la razón que atenta á la individualidad del hecho presente. La *sentencia popular*, ora dictada en forma de opinión ó de rumor público, ora declarada en forma de hecho penal, ó más bien de vindicta, y la *sentencia magistral*, formulada por

juez de oficio en tribunal unipersonal, son los dos tipos de ambas maneras de sentencia, pero no se ciñen á ellos, que la sentencia es género comprensivo de variedad de especies, y dos de ellas, y no más, son esas que como tipos acabamos de consignar.—Tales son las dos fuentes originarias y reales del Derecho positivo judicial y sus dos modos de expresión. Fuera de ellas, y atendida la naturaleza de la actividad, no cabe que se dé otra con igual carácter de simplicidad, ó más bien en grado tan débil de composición, pues en absoluto, ni una ni otra son formas simples, que esto lo hace imposible la propia naturaleza del espíritu, y no sería más dable concebir un pueblo de tal modo poseído de la pasión que se abstrajera en absoluto de los principios que un juez tan ofuscado por la luz de los principios abstractos y la rigidez de las leyes, que en absoluto se divorciará de la actualidad y no dejará en su alma el más leve resquicio por donde pudiese penetrar el grito de la conciencia pública. Les atribuimos únicamente la condición de la simplicidad, porque predominando en ellas uno de los dos elementos, queda como ahogado el otro, el cual apenas puede declararse con carácter de moderador por alguno de sus casi siempre leves é insignificantes efectos (1).

Ahora, ¿qué relación existe entre ambas modalidades de la sentencia judicial? Aplicando á esta función particular de la actividad jurídica lo hallado en otro lugar para la actividad jurídica en general (§ 20. b), podemos afirmar desde luego que la sentencia espontánea y la reflexiva, ó designándolas por sus tipos, que el juicio popular ó el juicio magistral no son modalidades particulares de la sentencia, sino formas totales, esto es, abarcan una y otra todo

---

(1) Como el asunto de este libro ha de limitarse á una de las formas de la legislación, á la *costumbre*, no nos detenemos en comprender estas ideas, para hacerlas más visibles, en símbolos y fórmulas algebraicas, como hicimos respecto de la ley; pero los lectores podrán ejecutarlo fácilmente por el diseño de las consignadas en el § 23 y siguientes.

el Derecho en su estado de perturbación y todo el proceso de la actividad tocante á la declaración de medios para repararla; la una es la declaración entera, en todas sus relaciones, hecha por la razón (individual ó social, social de ordinario) reflexivamente; la otra es igualmente toda la declaración, pero hecha por la razón reflexiva (individual ó social, de ordinario individual); de suerte que si por obedecer á alguna exigencia ideal-histórica hubiésemos de concertarlas, no sería su unión más total que lo es cada una de ellas, y no haría sino doblar y reforzar la forma y la garantía del procedimiento, ni dividiríamos en dos la operación para distribuir entre ellas cuantitativamente sus momentos; ni las estimaríamos como desiguales, ó como siendo la una superior y la otra subordinada, sino como simultáneas en su acción y paralelas en importancia.—Por esto carecen de razón las escuelas doctrinarias que pretenden tomar el juicio formulario y magistral como el único valedero y que puede garantizar la verdad de la interpretación legal, y desestimar el juicio del convencimiento íntimo, el juicio del primer impulso ilustrado por las pruebas, en una palabra, el juicio del sentido común, como vago, inestable, débil y movedizo, refractario á la razón, y más presto á ceder al impulso de las pasiones que al dictado de la conciencia desapasionada. Pero no han visto los peligros que la filosofía y la historia aunadas denuncian en esta forma extrema de proceder: nada como el hábito más ocasionado á endurecer, y, por decirlo así, á atrofiar las más nobles facultades del alma, y á abandonar la actividad á una rutina y á un formalismo que es la desesperación y el tormento de la vida, tan varia por su naturaleza y tan enemiga de todo monótono procedimiento: no se puede abandonar á su arbitrio el criterio probatorio, ni la calificación de los hechos, ni la penalidad, y la ley se lo da hecho todo, mediante un sistema de encasillados que hacen de él un autómatá, ó más bien el servidor de una máquina de calcular: dados tales y cuales hechos, dispuestos en tal ó cual forma por un sujeto de tal edad, y acompañados

de tales ó cuales circunstancias, las tablas de la ley, semejantes á tablas de logaritmos, le muestran é imponen taxativamente la solución del problema judicial; y habituado el juez á esta mecánica impía, que sacrifica la individualidad desentendiéndose de otros cien términos esenciales del problema y aun los matices de esos mismos que son tomados en cuenta, se enmohece, se hace refractario á toda inspiración de la conciencia pública, y aun de la propia conciencia, y con el hábito de la ley ó de los principios abstractos que le sirven de guía, ahoga en su alma el remordimiento: el legislador puede declarar derecho cuanto se le antoje y sancionar leyes tiránicas, seguro de que los tribunales mantendrán la interpretación literal y serán el más firme sostén de su absolutismo: estereotipada su razón en la ley, abdicado su personal criterio, persuadido de su infalibilidad por la infalibilidad que atribuye ciegamente al legislador á quien sirven y á la perspicacia de su profesión y de su experiencia, no podrán comprender que en esa aparente anarquía del clamor público, que en los movimientos de indignación ó de misericordia del pueblo, pueda existir un elemento de vida más sano que el que ellos representan, y al estudiar la historia pasarán por delante del jurado como se pasa por delante de una monstruosidad, como pasaban los arquitectos de los siglos XVII y XVIII por delante de las catedrales ojivales, encogidos los hombros y creyendo de buena fe que estaban contemplando delirios. ¡Todo el pueblo en los comicios tributos juzgando en apelación y sin sumisión á la ley escrita las causas criminales, en los tiempos más gloriosos y prósperos de la República Romana! ¡Casi todo el pueblo de Atenas fallando en única instancia los crímenes de los ciudadanos durante su siglo de oro! ¡Todos los hombres libres formando en los plácitos el gran tribunal de la tribu germánica, ó del condado castellano y catalán, y pronunciando á una sobre el delito y sobre la pena! ¡Qué monstruosidad!

Pero si carecen de razón las escuelas doctrinarias al rechazar el juicio del sentido común y aferrarse al magistra-

do de profesión, no la tienen mayor aquellas escuelas idealistas democráticas que, partiendo de principios abstractos, han intentado erigir en único poder judicial la actividad espontánea, y en única forma de juicio, el juicio que designaremos por su tipo, el juicio popular, desechando en absoluto el de magistrados, ó á lo más admitiéndolo, no como coordinado, sino como regulador y auxiliar de aquél, juzgándolo sospechoso y más amigo de la ley que del Derecho, del legislador que de los legislados, ó teniéndolo por barrera muy baladí contra las invasiones y abusos é infracciones jurídicas de los demás poderes. Pero si peligros acusan la razón y la enseñanza histórica en el juicio magistral, no los denuncia menores en el juicio de la conciencia espontánea, mayormente si es anergálica. Pasemos por alto el peligro de la venalidad, porque lo mismo amenaza en los magistrados que en el juicio popular, y no es fácil decidir en presencia de la Historia de la Administración de justicia cuál de las formas de juicio ha resistido con más firmeza las sollicitaciones de los litigantes que fiaron su causa á la venalidad. Fijémonos únicamente en aquello que es privativo de cada uno, y además de carácter permanente ó radicado en la propia naturaleza de la conciencia. Lo que en los magistrados es rigidez, dureza, herrumbre, en la conciencia común es inseguridad, oscilación, cambios repentinos de sentimientos, desigualdad de juicios para hechos que pueden ser iguales; la interpretación de la ley cambia con demasiada rapidez; y aun llega la ley á hacerse inútil; mas atento á las apariencias, demasiado impaciente para esperar las pruebas, incontinenti falla por el primer impulso, haciendo traición á sus propias máximas "con frecuencia engañan las apariencias, no se debe acusar á nadie sin oírlo", etc., y quisiera inmolar al acusado como delincuente, aun antes de haberse enfriado la sangre de la víctima. Mañana se arrepentirá y le levantará estatuas; hoy condena á Phocion, á Manlio, á Graco, ahogando acaso con el tumulto su defensa. No comprenderá que un tribunal deje pasar meses de tiempo antes de juzgar un reo á quien

la opinión pública ha sentenciado desde un principio, ni se dará racional explicación de que el tribunal lo condene ó absuelva cuando el clamor popular lo ha absuelto ó condenado.

## § 31.

Tales son las dos formas sustantivas y originarias que dentro del concepto total Sentencia encuentra el análisis racional, y el carácter más culminante de cada una: la Sentencia espontánea, por lo común afectada del vicio del naturalismo, y la Sentencia reflexiva, de ordinario más cercana á la abstracción y al idealismo que á la razón histórica. Pero si la vida ha de ser verdaderamente humana, ha de seguir punto por punto la pauta de sus eternas leyes y las leyes eternas de la Historia no están sujetas al accidente fortuito de los hechos, ni las desvirtúa una mala dirección del arbitrio humano, ni detiene su acción en presencia de una voluntad perversa, refractaria al bien, rebelde á las ideas, que lejos de labrar su propia santificación y progreso, se goza en acumular deméritos: la vida humana esencialmente es vida ideal, gobernada por principios; las leyes de la vida humana son objetivas, superiores á la voluntad, flotan sobre todas las aberraciones del entendimiento y sobre todas las flaquezas y torcimientos de la voluntad; y aun allí mismo donde parece que han naufragado los principios, aparecen rodeados de su eterna aureola á reparar los estragos de la tempestad, á sanar las heridas que el sujeto abrió por acaso en su propia vida y acallar el interior desorden de su alma. Ya lo dijimos: la esencia, lo ideal, crea y cura, es fuerza generatriz y medicatriz á un tiempo, y lo mismo gobierna la vida en tiempo normal y determina sus progresos, que la dirige en situación anormal y la rescata de sus caídas; sustancia divina que sostiene al espíritu y lo nutre cuando sano, y le sirve

de eficaz medicina cuando enfermo! Por esto no podemos abandonar la vida en absoluto á la espontaneidad, á ese instinto humano, tan viva pero tan irregularmente iluminado por la luz interior, tan objetivo, tan cercano á la voz de la razón, pero tan expuesto á tomar por inspiraciones suyas el eco tentador de su propia pasión: si no pudimos aceptar la nuda espontaneidad como fuente de vida normal, menos podemos admitirla como fuente y rectora de ella en estado de perturbación: el choque rudo que produce en la fantasía un suceso extraordinario, parece que hace saltar una chispa vivísima que por un instante oscurece la tibia luz de su razón y el resplandor de las ideas, y en ese minuto de turbación interior, á la luz de esa falsa aurora, cree leer preceptos divinos donde sólo hay engañosas solitaciones de su pasión.

Lo mismo, pues, que para establecer la ley y condicionar la vida sana, es obligado para restablecer aquélla y rescatar la vida enferma no dejarse vencer al peso de los hechos y saber mantenerse en el círculo de acción de los principios. Pero si la vida ha de ser verdaderamente humana, no ha de perderse de vista la naturaleza de las ideas, estimándolas como principios abstractos que, á modo de una proyección geométrica, se aplican por igual á todo género de edificación, ó que, á manera de panacea, se propinan en igual proporción á todo linaje de enfermedad; ni las leyes en que se hacen efectivas esas ideas, como recetas que se imponen con toda la rigidez de su letra á toda suerte de necesidad, por individual y propia que sea la combinación de sus elementos y el medio ambiente en cuyo seno se manifiesta. Lejos de esto, las ideas, en medio de su absolutividad, son, con respecto á la vida, relativas; al descender á ésta y condensarse en hechos, el ideal toma formas y proporciones finitas que nacen de la propia finitud en que se muestran los fines de la vida, y por tanto, la vida misma que está realizando en el tiempo aquel ideal relativo, hasta allí en estado de posibilidad, y las leyes, en medio de su generalidad, son, con respecto á sus últimas aplicaciones, indivi-

duales, y componen su interior de tantas reglas de carácter individual como son las situaciones de la vida que caben en ella. Lo cual vale tanto como decir que las ideas, y lo mismo las leyes positivas que las especifican, han de tomarse con peso y medida, en proporción en que lo exijan las necesidades racionales de cada ser. Así como el legislador concreta al Derecho ideal en forma de ley para una necesidad sentida (por lo común) en el seno de una colectividad ó de una clase,—así el juzgador concreta y especifica la ley según el modo peculiar como aparece esa necesidad en cada individuo; y si para la primera función es fuerza intimarse en la conciencia el estado común que engendra aquella necesidad, á fin de interpretar conforme á ella, ó saber si espontáneamente ha sido bien interpretado, el Derecho ideal,—para la segunda función es preciso más, intimarse la situación peculiarísima del individuo á quien se opone la ley, para interpretar conforme á ella ó determinar si interpretó bien ó mal la ley positiva cuya infracción le es imputada. Por esto no podemos tomar como exclusiva fuente de vida jurídica la reflexión, que obrando mediatamente ó por un doble proceso, con frecuencia al regreso del espíritu se abstrae de la actualidad y de sus condiciones finitas; atraída por la luz de los principios abstractos, ó de las leyes positivas tomadas en clase de principios, los contempla en su absoluta unidad, y se olvida de descomponerlos penetrando en el interior, compuesto de ideales históricos, cada uno de los cuales refleja su todo en una relación, y es aplicable á alguna particular situación de la vida; ó bien, privado del suficiente lastre para no desestimar las circunstancias en que vive, las contempla desde tan alto, que á su vista desaparecen los individuos, y no considerando sino las masas, les aplica rígidamente un mismo patrón, las mide por un mismo rasero, y sobre todas las necesidades hace llover un mismo maná, y sobre todas las injusticias un mismo bálsamo.

De estas premisas surge una conclusión importante: pues ni una ni otra forma de juicio responden por su naturaleza á las condiciones de la vida racional, la cual es esencialmen-

te armónica, y—por otra parte—existen en ambos, aunque aisladamente, los dos elementos en cuya combinación se engendra esa armonía que la razón pide, y de tal suerte, que en la una se encuentra el que para ser completa le falta á la otra, y viceversa, resulta que idealmente no se agota en estas dos formas todo el concepto Sentencia. Y en efecto, ya vimos cómo el Derecho positivo en general, y la ley positiva en particular, revisten una tercera forma de carácter orgánico que resuelve la antítesis de las dos precedentes, y fundiéndolas las complementa una por otra y las priva de aquel elemento negativo que á la primera la hacía prescindir en buena parte del elemento ideal y á la segunda del histórico. Pues esto que acontece con el Derecho Positivo y con la ley positiva que lo informa en el primer momento de su vida normal, ocurre con la sentencia, que es la forma que toma en el primer momento de su existencia y realización anormal. En esta composición artística de aquellos dos elementos judiciales contrapuestos, la sentencia común ó espontánea declara los límites de la ley positiva, ó si ésta falta del todo ó es deficiente y no basta, el Derecho ideal determina su grado de relatividad, su quantum, en presencia de la interpretación práctica que le ha dado el individuo y de las circunstancias especiales que han promovido esa interpretación; la sentencia magistral ó reflexiva representa por una parte el elemento de la ley positiva, ó en su defecto del ideal, y por otra la actividad intelectual artística que ejecuta la conciliación de uno y otro, interpretando previamente los datos experimentales, purgándolos de toda inconexión y accidentalidad por inoportuna, ó por extraña, ó contraria al caso discutido, regularizándolos mediante leves adiciones ó sustracciones, hasta reducir el conjunto al modelo ideal que tiene su raíz más ó menos honda, más ó menos visible, en los dos opuestos juicios, y los sirve de lazo y vínculo común.

Para lograr este resultado, es evidente que debe principiarse por dar una vez á la conciencia común, sacar del seno de la multitud sujetos determinados, individuos, que hablen

en nombre de todos y declaren el sentir general. Tal es el jurado, el representante de la razón pública, la voluntad espontánea del todo social elevada á ese primer grado de reflexión que permite dar forma concreta al rumor indeterminado al pensamiento vago y secreto de una multitud en cuyo seno se cruzan los sensatos con los atolondrados y se mezclan las afirmaciones con las negaciones, incapacitándola para decir resueltamente *sí ó no* (1). Al jurado se agrega-

---

(1) En este llamamiento de la conciencia jurídica espontánea hacia su interior para apoderarse del sentir general y darle una expresión concreta, se funda el carácter educador del jurado, que algunos han considerado como efecto primordial y como objeto casi exclusivo del jurado, poniendo en un lugar muy secundario el fin judicial (v. gr., Tocqueville, *La democracia en América*, cap. VIII; exagera el sentido contrario Pisanelli, *De la institución de los jurados*). En ese trabajo de reflexión, el sujeto contempla con más ó menos claridad el ideal, y no hay cosa alguna tan propia para educar en cualquier esfera de la vida como la familiarización del espíritu finito con sus propios ideales. Esa educación, tratándose de la vida común, donde la reflexión sistemática es una excepción rarísima, es tanto más eficaz y pronta cuanto más en relación con los hechos se presenta el ideal, cuando, por ejemplo, se evoca para ejercer con él un ministerio crítico sobre sucesos y conflictos ordinarios de la vida común. Esa reflexión despierta en el fondo del alma multitud de energías que el predominio de la vida del sentido había aletargado, y que para lo sucesivo serán prenda de progreso moral, porque coadyuvarán á una más intensa y activa realización del bien. El que adquiere el hábito de aplicar las ideas ó las leyes positivas á los hechos ajenos, se inclina, como por una natural gravitación, á respetarlas y á practicarlas en sus propios hechos, avergonzándose de ser severo con los demas y tolerante consigo mismo. Sólo florecen los ideales y tienen estabilidad las leyes allí donde echan raíces en la conciencia. Y sujeto ó sociedad que respeta y cumple por convicción las leyes, también sabe defenderlas y hacerlas respetar y cumplir, constituyéndose en polizone, en acusador, en soldado y en juez, todo á un mismo tiempo. El que una y otra vez ha tenido que constituirse en magistrado, se cree en el deber de no desmentir el carácter de tal en la vida común; y el que ha colaborado con personas superiores en grado de cultura, pugna y trabaja por hacerse digno de ellas y de su trato en la vida común.

rá el *magistrado* de profesión, el artista jurídico, que ha de dar forma á las declaraciones de aquél y á las de la ley, concertándolas en una sentencia donde, ó se absuelva á un reo, autorizando la interpretación que hizo de la ley, en el hecho denunciado, ó declarándolo irresponsable, ó se decida entre la interpretación dada por dos ó más sujetos sobre un mismo hecho, aclarando la ley, ó en su defecto declarando el Derecho, ó se reforme la interpretación, reponiendo el sentido propio de una ley infringida y se propongan los medios de reparar los efectos de la infracción.

Ahora, si la sentencia ha de ser verdaderamente artística, es condición precisa que jurado y magistrado obren con unidad en todo el proceso judicial, desde el principio hasta el fin; que no se divida el trabajo de tal suerte que, por ejemplo, el primero, estimado absurdamente como medio de prueba, pronuncie sobre el hecho, y el segundo sobre la ley que á tal hecho es aplicable, que con esto no se lograra sino una combinación hipostática y exterior de las dos formas de procedimiento, contraria á la razón: la conocida regla *ad quæstionem facti non respondent iudices, ad quæstionem juris non respondent juratores*, explica el origen histórico del jurado ó sus vicisitudes en algún pueblo, pero no su fundamento racional ni el modo de su constitución. Por otra parte, tampoco cabe en lo posible juzgar del hecho independientemente de la ley, cuando la ley existe, si el criterio ha de ser legal y no ha de desnaturalizarse la esencia de la función judicial; y es tan natural y sencilla esta observación, que jamás en la historia se han separado uno de otro elemento, hecho y derecho, en el juicio; en la antigüedad vemos al pueblo griego en el Helio y al romano en el Foro votar sobre la existencia ó no existencia de tal delito; y en nuestro tiempo, en Inglaterra y en todos los países que con más ó menos fortuna la han imitado, declara también el jurado sobre la culpabilidad ó inculpabilidad del reo, á cuyo efecto el magistrado le explica sumariamente la doctrina jurídica que las leyes penales consignan para casos semejantes, y á veces hasta

las consecuencias penales de su declaración (1). Se aunan la razón común del jurado y la razón científica del magistrado, no las fuentes del conocimiento experimental é ideal separadamente; por tanto, no habría razón en pretender que el uno conociese del hecho en que se interpreta la ley y no de ésta, y el otro de la ley y no del hecho. Se trata de reparar el sentido de una regla positiva que ha sido torcida ó equivocada por un sujeto; la operación es simple, no admite semejante distinción, y á ella deben concurrir los dos elementos espontáneo y reflexivo, esto es, el jurado, representante de la conciencia común que dió la ley, y que acaso ya la ha modificado en su opinión ó en sus costumbres, y el magistrado, depositario del espíritu del legislador oficial que formuló determinadamente aquella ley, ó que sin formularla la dejó á su cuidado; porque

---

(1) "El veredicto es una composición del hecho y del derecho... Cuando los letrados se empeñan en confundir á los jurados y al público, estableciendo en el veredicto una distinción entre el hecho y el derecho, olvidan que... los términos mismos de la declaración comprenden la decisión sobre el hecho y sobre el derecho; la palabra *culpable* da á entender un culpable en el sentido de la ley, pues un simple hecho no es delito si la ley no lo declara tal: toda declaración de culpabilidad ó inculpabilidad abraza, pues, la ley y el hecho" (Phillips, *Facultades y obligaciones de los jurados*, capítulos V y IX).—"Es afirmación común que la institución de los jurados tiene por objeto distinguir en los juicios la cuestión de hecho de la de derecho, y que en esta distinción funda su esencia... Semejante opinión me parece, no sólo falaz, sino peligrosa por todo extremo, y por esto considero necesario combatirla y mostrar que no tiene fundamento en la historia ni en la razón... Los jurados definen con las cuestiones de hecho las de derecho" (Pisanelli, *De la Institución de los jurados*, cap. III): sin embargo, más tarde declara que el jurado debe fallar sobre *una parte* tan sólo de la causa.—En parecido sentido se expresa Ahrens, *Curso de Derecho natural*, 3.<sup>a</sup> edición española, § 123.—Forsyth considera como una anomalía la facultad que tienen los jurados ingleses de pronunciar veredictos *generales*, esto es, de decidir á un tiempo las cuestiones de ley y las de hecho; en su sentir sólo deberían dar veredictos *especiales*, ó sea, decidir el punto de hecho únicamente (W. Forsyth, *Historia del juicio por jurados*).

*ejus est interpretari cujus est condere* (1). Lo que sí cabe y se hace es dejar al jurado el juicio sobre la cualidad de la interpretación individual, ó sea sobre la calificación legal del hecho, y reservar á la ley la determinación de la cualidad y cantidad de la pena necesaria para la reparación, ó en otras palabras, cabe y está en uso separar la declaración de *culpabilidad* de la de *penalidad*. La traducción errónea de estos dos conceptos por los términos *hecho* y *derecho*, acreditada por Montesquieu, y un falso análisis filosófico de la operación compuesta del juicio (2), han inducido á error en el continente acerca de la verdadera naturaleza del jurado, y lo ha hecho establecer sobre bases equivocadas en todos los pueblos europeos donde rige en la actualidad, lo mismo que en la suspendida ley española. Esto sin contar con que semejante principio anula la acción del magistrado como juez (3), y lo convierte en

(1) De aquí la necesidad, no suficientemente satisfecha hoy, de que se comuniquen los tribunales su espíritu y sentido mediante la publicación de las sentencias ejecutorias. Acrecentamiento de ilustración jurídica con este perpetuo comercio de sus luces; unificación de la jurisprudencia y enriquecimiento del derecho consuetudinario; disminución del número de apelaciones y recursos de casación, etc.; tales serían las ventajas de esta reforma, que por otra parte reclama la opinión pública, demasiado interesada en la acción de los tribunales para no manifestar el deseo legítimo de ejercer el derecho de inspección y vigilancia sobre jueces, abogados y demas órganos de la administración de justicia.

(2) Boncenne, *Teoría del procedimiento*, t. I.

(3) "Según nuestra constitución, el jurado ocupa el primer lugar y los jueces el segundo, siendo como auxiliares suyos; el jurado es el encargado de examinar la causa y fallarla en el todo; la única atribución del juez es explicar con claridad la ley, tal como puede ser hipotéticamente aplicada á la declaración, y hecha ésta, aplicar la pena señalada por la ley ó pronunciar la absolución" (Phillips, *ob. cit.*, capítulo VI.—"¿Son realmente los jurados, según la ley española, "jueces de hecho" exclusivamente? He aquí una cuestión que no dudamos resolver en sentido negativo... Según los artículos 743 y 750, los jurados van á decidir todas las grandes cuestiones de Derecho penal, no quedando á los magistrados otro trabajo ni más resolución que abrir el Código Penal y buscar el

un funcionario de policía que guarda el orden de las discusiones, habiendo hecho necesario armarlo con el derecho de veto para salvar las consecuencias. Aun cuando se le considerase en realidad como el derecho vivo, como el depositario autorizado del espíritu del legislador, no se hallaría principio que abonase esa división del trabajo entre la conciencia común y la conciencia reflexiva; y lo que es más, tampoco encontraría justificación en la historia de la institución, examinada en sus orígenes y en su desarrollo, hasta que en Inglaterra la hicieron acaso necesaria circunstancias accidentales que no existen en el continente (1). Así en Egipto y Grecia como en Roma y Alemania, lo mismo los *nembdæ* de Suecia y de Noruega que los *escabinos* de Francia y los *thanes* de Inglaterra, de igual modo que los condes, barones, valvasores, etc., que en el régimen feudal juzgaban á sus iguales, todos pronunciaban sobre la delincuencia ó inocencia del hecho denunciado y sobre la penalidad con que debía castigarse aquélla, según la ley ó la costumbre preestablecida, ó simplemente según su conciencia jurídica en el punto manifestada (2).

---

artículo en que pueda estar comprendido el delito que el jurado declara haberse cometido y formar la escala de la graduación de la pena, según las circunstancias atenuantes ó agravantes que éste ha querido también apreciar... Los verdaderos jueces de derecho son los jurados" (T. Gómez Rodríguez, *El Jurado*, 1.<sup>a</sup> parte, cap. I).

(1) El estado, de horrible confusión de la legislación inglesa y su inmovilidad verdaderamente romana, que hizo necesaria una rica farmacopea de *remedios de Derecho*, ficciones, etc., para acomodar la interpretación del *Common Law* al progreso de la opinión pública en materia de Derecho. Acaso sucedió esta división, más aparente que real, hacia el reinado de Enrique III. V. Boncenne, *ob. cit.*; Meyer, *Origen y progreso de las instituciones judiciales*; Rodríguez Pinilla, *El Jurado y su establecimiento en España*, etc.

(2) También en Tortosa, según el Código tortosense del siglo XIII, pronunciaban los ciudadanos, presididos por el veguer, sobre el delito y sobre la pena; y aun tenían aquéllos derecho á instruir por sí la sumaria cuando el veguer desatendía este cuidado. Modernamente se han instituído en Alemania para los delitos leves, *tribunales de regidores* (semejantes á los antiguos de los escabinos y al tribunal del

Ya en el párrafo anterior hemos afirmado la totalidad de las dos formas opuestas de juicio y la igualdad de condición en que deben armonizarse y entrar á funcionar: no está justificada la exclusión del juez en el juicio previo sobre la criminalidad del hecho, —antes bien, debe procurar intimárselo más profundamente que el jurado mismo, á ser posible,—ni la exclusión de éste en el juicio definitivo sobre la penalidad: juntos deben determinarla, conforme á lo que exijan las circunstancias en cada caso para los efectos de la reparación; y á este fin debe desaparecer del Código toda tasa penal, que aparte de lo absurda en toda clase de delitos (1), arranca declaraciones de inculpabilidad á los jurados siempre que éstos hallan que la pena de la ley excede las proporciones del delito: formulada la sentencia por el magistrado, él y el jurado deben aprobarla, y en previsión de algun grave disentimiento, debe otorgar-

asesor de Ibiza y Formentera en España), compuestos de un juez de profesión y dos adjuntos del pueblo elegidos por el distrito, los cuales pronuncian sobre el delito y sobre la pena.

(1) Ya el sano sentido de nuestro *Feijóo*, en el siglo pasado, le había hecho decir en su discurso *Paradojas políticas y morales* que “la materia penal no se debe ligar á la letra de la ley, sino remitirse al arbitrio de los jueces, los cuales, considerando la edad y capacidad del delincuente, la gravedad y circunstancias del delito, y mucho más que todo el número de veces que ha pecado, pueden determinar la pena que según su buena razón responde.”—En igual sentido se expresa *Ahrens*: “Es necesario que se dé á los jueces una latitud bastante grande, dentro de ciertos límites, para pronunciar una pena mayor ó menor, según la individualidad del caso” (*Curso de Derecho natural*, § 35).—Y *Röder*, poniendo más lejos la vista, y fundado en la imposibilidad de determinar *á priori* las penas de un modo enteramente justo, no ya mediante la ley, pero ni aun mediante el fallo del juez, toda vez que su efecto, como el de los medicamentos, sólo puede conocerse con seguridad por su ensayo y experimento, quiere que se deje abierto el primer fallo para ulteriores revisiones y modificaciones de la pena en sentido de aumento ó disminución, en conformidad con los resultados de la constante observación del reo, y en virtud de los informes de los empleados de la prisión sobre su conducta y progreso relativo en el bien (*La pena correccional: Doctrinas reinantes sobre el delito y la pena*).



se á uno y á otro el derecho de oponer su veto á la promulgación (1). Si no reconociésemos á los jurados capacidad bastante para aplicar un principio ó una ley penal á un hecho denunciado como criminal, cuando los jurados se colocan en situación de reflexionar acerca de él, no sería lícito exigirles responsabilidad por interpretaciones prácticas ó hechos ejecutados en estado común de irreflexión y á cuya criminalidad se da por fundamento la ley interpretada.

De este modo se corregirán y templarán una por otra las dos formas de enjuiciamiento: en el fondo, oponiéndose á las alas del espíritu reflexivo los pies de plomo de la razón común; á la pura contemplación del ideal, la pura contemplación del hecho; á las insidiosas tentaciones de arbitrariedad, el celo suspicaz y la desconfianza excesiva del pueblo; en la forma, al arrebató y apasionamiento del juicio común, la madurez y la continencia del juicio profesional educado por el discurso y por el hábito; á la fecunda vitalidad de la costumbre, la fijeza de la ley; al acicate de la pasión, el freno de la ciencia: en el fondo y la forma, á la unidad, la dualidad sintetizada, que es garantía de acierto, porque, como dice el Evangelio, en dos y no en uno se encuentra la verdad. De este modo se prestarán recíprocamente las condiciones necesarias y el necesario apoyo para no caminar rodeados de vacíos, privados del contrapeso del principio opuesto, y no caer en los abismos de la injusticia: ni el uno se apartará del sentido real de la vida, ni se extraviará el otro incurriendo en absurdos idealismos, ni les faltará dirección racional y consejo ilustrado, ni se quedarán

---

(1) Hasta ahora sólo se ha reconocido ese derecho á los magistrados respecto del veredicto de los jurados, no á éstos contra el fallo de aquéllos. En Ginebra y en la suspendida ley española, cuando los magistrados declaran por unanimidad que el jurado ha incurrido en error grave y manifiesto al pronunciar el veredicto, someten la causa á un nuevo jurado; en Francia basta para ello el voto de la mayoría de los magistrados; en Inglaterra tiene el derecho de veto, no el juez que preside el jurado, sino el Tribunal superior de los doce grandes jueces.

por exceso ó defecto fuera de los límites del derecho. A menudo la conciencia pública y la conciencia de los magistrados disienten por tan radical modo, que á no servirse mutuamente de dique, ejecutarían actos de que no habían de tardar en arrepentirse: con ser uno mismo el punto de partida, el hecho denunciado y la razón jurídica, y proceder en vista de un mismo ideal y moverse al influjo de unas mismas circunstancias, llegan á conclusiones tan divergentes como la afirmación y la negación. ¿Cuántas veces no ha visto la Historia al pueblo amotinado arrancar de manos del verdugo al inocente condenado por el tribunal después de un largo y detenido examen de las pruebas y minuciosa confrontación con los preceptos legales? La conciencia pública, y con ella el jurado, absolvía á Guillermo Peen, á quien los magistrados querían condenar á muerte como reo de sedición (1). ¿Y cuántas otras, por el contrario, se le ha visto gritar: ¡Crucifixe! ¡Crucifixe! contra el justo, á la puerta misma del pretorio, pronunciada ya la sentencia de absolución?

---

(1) En esta famosísima causa del siglo XVII, en la cual no se sabe qué admirar más, si la firmeza heroica de los reos ó la proterva y desvergonzada tenacidad de los magistrados, y sobre la cual existe un libro con este significativo título: *Las antiguas y justas libertades del pueblo aseguradas en el proceso de Guillermo Peen y Guillermo Mead*, etcétera, el ínclito asesor Howel, irritado por la inquebrantable resolución del jurado, que antes que declarar contra su conciencia y contra la Constitución, sufrió y resistió insultos, amenazas, atropellos, hambre, multas y prisiones, exclamó lleno de despecho: "Hasta este día no había llegado á comprender la razón de política y de prudencia que obligó á los españoles á consentir y sufrir la Inquisición en su territorio, y seguramente no irán bien las cosas en Inglaterra mientras no admitamos una institución parecida á la Inquisición de España." Guillermo Peen gritaba por el contrario: "Someto esta cuestión á vuestras conciencias, jurados, vosotros, que sois mis únicos jueces... vosotros, que sois ingleses, no olvidéis nuestros privilegios, no abdicáis nuestros derechos." En una y otra locución se expresa la doble y opuesta tendencia del juicio común y del juicio reflexivo, y en ambas se hace patente una de las causas que produjeron la caída de las libertades en España y su conservación en Inglaterra.

## § 32.

La misma ley de razón que rige las formas particulares terciarias de la regla positiva de Derecho (§ 21, 25) tiene cumplida aplicación á la sentencia judicial, y no será difícil á nadie ejecutarla por sí propio siguiendo la pauta trazada en el § 26, y procediendo sobre la base de las tres formas de enjuiciamiento que hemos apellidado sentencia espontánea, sentencia reflexiva y sentencia artística (§ 29, 30).

En las consideraciones precedentes acerca de la combinación de las dos formas en una compuesta, no las hemos tomado ya como particulares secundarias, en su carácter general y abstracto, independientemente de los órganos. sino como particulares terciarias en sus tres tipos de ideal sinérgica, espontánea-energética y artística-sinenergética. No nos detenemos más en este punto, porque nuestro estudio se ciñe á las formas de declaración legislativa del Derecho, y no á todas.

## § 33.

b'—En la función ejecutivo-reparadora.

Declarada ya la cualidad de la interpretación individual (la criminalidad ó la inocencia del reo), y determinados los medios de Derecho que deben aplicarse para reparar los efectos causados por la infracción jurídica objeto de la sentencia (la pena), ha llegado la hora de cumplirla, procediendo desde luego á publicar esa declaración en que se afirma y se establece el derecho, negando todo valor legal al hecho condenado, y á la prestación de los medios penales que en ella van preceptuados en favor de aquellos que han padecido directa ó indirectamente con la perturbación.

Tal es el segundo momento de la realización anormal del Derecho positivo, la segunda forma que éste reviste en el desenvolvimiento de su vida en estado de reparación. La sentencia enseña lo que debe hacerse, desempeña una función didáctica, es el conocer que precede á la acción, la teoría que va delante de la práctica; le sucedé lógicamente la reparación efectiva, la ejecución de lo que está previsto y dispuesto en la sentencia, y por esto la denominamos *función ejecutivo-reparadora*. Y de igual modo que los dos momentos que componen la vida normal del Derecho (legislación y administración) se enlazan por medio de la interpretación individual, sirve también aquí la interpretación de vínculo que enlaza los dos momentos constitutivos de la vida anormal (juicio y reparación); sólo que así como allá la interpretación verifica un como desarrollo de la regla general y extracción de las reglas individuales prácticas que en potencia contiene para cada uno de los sujetos comprendidos en el grupo social á quien se impone, la interpretación aquí verifica ese desplegamiento interior de la sentencia en reglas individuales para cada una de las situaciones en que ha de hallarse el sujeto en el curso de la reparación y desde el principio hasta el fin (1).

Cuanto á sus formas, la actividad reparadora no se se-

---

(1) Sobre "cómo cada paso que avanza la pena en su cumplimiento pide una nueva especie de juicio y una nueva revisión del fallo... porque cumplir la pena no es ejecutar un programa sin variantes ni cambios algunos, sino, poner con conciencia del fin los medios que en cada caso y en cada momento sean precisos y reclame la individualidad del culpable para conseguirlo." V. *El Derecho penal*, por L. Silvela, § 90. El autor opina, y con razón, que "la ejecución de la pena no debe entregarse á la Administración"; pero no por esto es menester encomendarla á los tribunales—que ante todo son poder teórico, sancionador,—como no encargamos al poder legislativo la ejecución de las leyes administrativas porque caigan fuera de la competencia del poder correccional. Falta indagar si es racional, como parece, la exigencia de un nuevo poder homólogo al administrativo, que sea respecto del judicial lo que aquél es respecto del legislativo, y al igual de ellos independiente y propio.

para de las leyes de la actividad jurídica en general, cuya fuerza y valor hemos mostrado en aplicación á la legislación, á la administración preventiva y económica, y últimamente al enjuiciamiento, y puede adelantarse, por consiguiente, que todas tres, espontánea, reflexiva y artística, concurrirán á informarla como en segundo término bajo su unidad, y de igual manera las nueve de tercer orden, espontáneo-sinergálica, espontáneo-anergálica, espontáneo-sinanergálica, reflexivo-sinergálica, etc. No lo entienden así aquellos que no admiten como poder reparador (ó en su caso administrativo) sino el órgano que dentro del Estado oficial está consagrado al desempeño de su función, ó sea, á cumplir y hacer cumplir los fallos dictados por los Tribunales; pero semejante manera de entender es radicalmente contradictoria con la naturaleza de la actividad y el concepto de sus leyes. El primer obligado por la sentencia es el mismo perturbador, y la primera actividad que debe consagrarse á su cumplimiento, su propia actividad. De fuera podrán venirle medios reparadores, pero estos medios no lograrán su objeto mientras él no se los asimile, mientras él no se reconozca autor de la infracción y necesitado de enmienda, mientras no restituya las cosas al ser y estado que tenían antes de cometido el hecho injusto, y enderece su voluntad torcida, aceptando en su conciencia, sobre la falsa interpretación que dió al Derecho, su afirmación ó reafirmación consignada por los jueces en la sentencia. Las menos veces alcanzan estos medios por sí solos á restaurar el orden exterior del Derecho; el interior, nunca. Ahora, claro está que esa asimilación puede operarla reflexiva é irreflexivamente, de igual modo que la sociedad la prestación.

Eso que es verdad respecto del todo de la actividad reparadora, lo es también en orden á cada uno de sus interiores momentos ó subfunciones. Al enumerar las leyes formales de la actividad, anticipamos ya cuáles eran éstas con relación á los medios objeto de la prestación, que, ó son de naturaleza negativa, ó entonces la ejecución se dirá

*coactiva* (civil militar), ó son de carácter positivo, y la acción ejecutiva será propiamente *correccional* ó penitenciaria. La primera tiene por objeto someter por virtud de la fuerza, en cuanto al alcance de la fuerza se encuentre, la voluntad rebelde, que, aun después de pronunciado legítimamente el fallo sobre su conducta y trazado el plan de la corrección, se resiste á practicar la reposición de derecho que le es exigida, ó acaso se dispone á proseguir obrando en la misma torcida dirección que hizo necesaria la sentencia; y al efecto, detrae del patrimonio de una persona ó del territorio de un pueblo el objeto ó localidad que pertenece á otro y que aquél se niega á entregarle ó á restituirle, ó en su caso una equivalencia económica por vía de indemnización; ó bien lo sujeta de hecho á convenir en ciertas concesiones de respeto ó reconocimientos de poder contrarios á hechos precedentes. La segunda subfunción se refiere á aquellas condiciones de existencia, dirección y cultura, económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc., de que debe rodearse al delincuente para que, derramando sobre él irradiaciones de luz y de calor, crezca y se desarrolle en su conciencia la semilla del bien, y deje secar y expulse los abrojos y la cizaña que casi por completo la habían ahogado.

Según esto, se darán en el concepto de las leyes de la vida del Derecho, por una parte, tres formas de condicionalidad coactiva ó de *fuerza pública*, espontánea, reflexiva y compuesta; y por otra parte, esa misma actividad jurídico-coactiva se aplicará, ó mediatamente por los órganos del Estado oficial creados *ad hoc* (ejército permanente, guardia civil, etc.),—ó directamente, por el público constituido en inmediato ejecutor de la sentencia, haya sido ésta dictada por sí propio, ó por el poder legislativo oficial constituido en jurado, ó por tribunales ordinarios, ó por árbitros (levantamientos en masa),—ó compuestamente, por el Estado común y por el oficial, apoyados uno en otro y tan estrechamente enlazados, que el uno preste la acción material y la omnipresencia y el otro dirección unitaria y prin-

cipio de cohesión (somatens, landwehr, etc.) Bajo el régimen democrático, y muy señaladamente en el municipal, han prevalecido de ordinario las formas populares (aner-gálicas), ya irreflexivas, ya reflexivas, esto es, con un principio de organización dada con independencia del Estado oficial; y por el contrario, en los pueblos regidos por gobiernos absolutos han sido más comunes las formas oficiales (sinergálicas), por las mismas razones que hicimos valer al indicar las formas de la actividad preventiva ó policía: las milicias permanentes, la carrera de las armas y las quintas son hijas legítimas del absolutismo. El ideal estriba aquí también en una aproximación y conciliación de esas dos formas constitutivas, tal como se logró hasta cierto punto en España en el siglo XVII y se ha logrado en Alemania en el actual, haciendo que todo ciudadano sea soldado (como debe ser, según vimos, polizonte y juez á un mismo tiempo), pero con un sistema intermedio de organización que haga eficaz la obra espontánea, y sin los inconvenientes de la permanencia reuna las ventajas que son debidas á la unidad de pensamiento y de acción en este linaje de operaciones jurídicas. En otro lugar hemos hecho ver cómo el ejercicio de toda función es altamente educador y beneficioso para el progreso social, y no escapa á esta regla general la función coactiva. Por una parte, crea hábitos de obediencia y disciplina social y vínculos de subordinación y de respeto, cuya falta en los pueblos neolatinos es causa permanente de atraso y malestar político; que sólo allí donde la soberanía no es un oficio de los menos y la obediencia una obligación de los más, donde todos saben ser alternativamente y á la par autoridad y súbditos, donde el mandar no toma formas ni maneras de triunfo, ni el obedecer se estima como una humillación, sólo allí puede afirmarse con verdad que existe disciplina social, jerarquía permanente y racional cohesión entre los miembros, que de otro modo parecen electricidades del mismo nombre en perpetua repulsión y pugna de intereses y de afectos. Por otra parte, sirve de regulador á la fuerza y de

dique á la violencia, oponiéndose á los movimientos anárquicos de las muchedumbres que comprometen seriamente el orden social, y á los intentos despóticos del poder oficial que quebrantan ó ponen en peligro la libertad, y librándose por este camino de ser esclavizada la moral ó materialmente por gobiernos y facciones. Donde el pueblo (lato sensu, el Estado común ó inmediato) no esté interesado directa y personalmente en el ejercicio del poder y en la conservación de las instituciones, se mirará como extraño á ellas y no mostrará empeño ni tesón en defenderlas cuando peligren, ni en corregirlas cuando se maleen, ni en restaurarlas cuando caigan: acaso considere el Derecho como un apéndice de la fuerza oficial que le obliga á ejecutar los actos ordenados por el legislador, y el temor y la violencia como los únicos estímulos del obrar jurídico, y entonces estimará como meritorio el burlar la acción de la ley y oponerse á su cumplimiento.

Y esto que sucede con la función reparadora-coactiva, se aplica de igual modo á la *reparadora correccional*; los medios penales ó de enmienda, cuya prestación incumbe á la sociedad, son suministrados por ésta en las tres formas, espontánea, reflexiva y artística, y todas tres anergálica, sinérgica y sinanergálicamente. Las mismas circunstancias que hemos hecho notar en los gobiernos libres y en los gobiernos absolutos por lo que á la actividad administrativa respecta, tienen cumplida aplicación al caso presente, y por las mismas razones. Se trata de regenerar el sentido ético del Derecho en el espíritu de un hombre culpable, y esta redención exige un sacrificio: el sacrificio de toda inclinación perversa, de todo apetito desordenado y de todas las malas pasiones y sombríos propósitos que le indujeron á cometer el crimen. Pero el mal no se ahoga sino con el exceso del bien, y es difícil que la semilla del bien germine espontáneamente sin auxilio y cultivo de fuera, cuando el alma se halla sumida en las tinieblas y penetrada por el frío del error y del pecado. Sucede en el orden del espíritu lo mismo que en el mundo de la Naturaleza: cuando las nubes son muy negras y den-

sas, los rayos del sol no tienen bastante fuerza para resolverlas y disiparlas, y la tierra permanece en la oscuridad es menester que antes los vientos las quebranten y esparzan con su fuerza, ó con su baja temperatura las congelen y precipiten.—Para esto hace falta, lo primero, apartar al delirante del medio social ordinario donde pudieron más en él las sollicitaciones de la maldad que las enseñanzas y el influjo de los espíritus rectos y justicieros; no ciertamente para condenarlo á vivir en otra atmósfera homogénea por el lado de la perversión, donde no pueda respirar otra cosa que miasmas asfixiantes y letales para su alma, ya debilitada y enferma (*prisión en común*)—que esto equivaldría en otra relación á pretender resucitar al ahogado por el humo arrojándolo en un albañal,—sino para aislarlo de ambas en absoluto y circundarlo de un ambiente tal de luz y de calor, de verdad y justicia, que al mismo compás con que se vayan agostando y desapareciendo los abrojos y la cizaña que se habían posesionado de su espíritu, nazcan y se desarrollen la buena voluntad y los rectos propósitos que antes se habían atrofiado ó permanecido en estado embrionario y del todo latente; para extrañarlo, en suma, de los dominios del vicio, de la ignorancia, del delito, de la impiedad, y aproximarle á los representantes de la virtud, de la verdad, de la religión y del derecho. Ahora bien, á la constitución de ese ambiente deben concurrir la comunidad jurídica *inmediatamente* y los órganos establecidos en ella para esta función como *mediadores* ó agentes suyos (funcionarios): que si para impedir el mal es exigido el obrar en esas dos formas, general y especial, inmediata y mediata, anergálica y sinérgica, con mayor razón son requeridas para extirparlo, una vez producido, y asegurar sobre su ruina el imperio del bien. Escuela, lecturas, conferencias y biblioteca, novela correccional escrita *ad hoc*, trabajo, visitas y pláticas de género diverso, ejemplos vivos de abnegación y de bien, todos estos elementos que son medio de influir en los espíritus viciados, son incompletamente suministrados cuando no acuden el poder oficial y el poder común cada uno

en el orden y grado de su competencia, y á la par los dos, á la ejecución de la sentencia, esto es, al cumplimiento de la pena; á la enmienda del culpable. La actividad correccional anergálica procede, ya como absolutamente inmediata, involuntaria é inconscia—en el caso de la *prisión intermedia* del sistema penitenciario irlandés y de la *licencia condicional* del inglés (1),—ya con un principio de diferenciación—en el caso de las *Sociedades privadas para la visita y educación de los delincuentes presos* (2); sinérgicamente se aplica por medio de órganos ó funcionarios del Estado, constituídos con la exclusiva misión de doctrinar á los culpables y volverlos al camino del bien por medio del trabajo, lecciones, visitas diarias y obligatorias, etc., en las escuelas, templos, talleres y celdas de estos hospitales del espíritu que llamamos prisiones, como se practica de un modo imperfecto en casi todos los pueblos, y de un modo eficaz y racional en Bélgica. El más vulgar dictamen de la razón común reclama el doble concurso y cooperación de los órganos permanentes del Estado oficial y de sociedades voluntarias fundadas por los ciudadanos para contribuir á los fines de la pena; y la experiencia ha confirmado las conclusiones de la razón científica y del presentimiento común. Ya nos son conocidos los caracteres opuestos de aquellas dos formas de actividad inmediata y mediata: la una es enérgica y potente, pero irregular; la otra, por el contrario, débil, pero constante é igual; son como dos mitades que necesitan unirse y obrar de mancomún para reconstruir la unidad

---

(1) V. *El Sistema Crofton*, por Mary Carpenter; *Bosquejo analítico sobre la reforma penal y penitenciaria*, por Bonneville de Marsangy; *Actas del Congreso penitenciario de 1872*; Lastres, *Estudios sobre sistemas penitenciarios*, etc.

(2) V. gr., la Sociedad Neerlandesa para la reforma moral de los presos; la Sociedad de Patronato de los presos protestantes de París; la Sociedad de Patronato para los presos licenciados de Londres, etcétera. V. *Actas del Congreso penitenciario de 1872*; *La cuestión penitenciaria*, por E. Robin, etc.

compuesta de la actividad del Estado. Como son totales, deben ejercer ambas el todo de la función correccional; pero como por otra parte son de distinta naturaleza, deben ejercerla en relación distinta, dando la primera predominantemente la materia de la acción, y ordenando y regulando esta acción la segunda, á fin de que unas veces por exceso de medios no entorpezca el curso y proceso natural de la corrección, y otras por defecto no deje abandonado al culpable á sus solas fuerzas ó á la acción oficial, cuyo carácter mercenario merma su prestigio ante el penado, y cuyo modo de proceder, por lo común rígido y mecánico, le quita mucho de su eficacia (1). No escapa, pues, esta particular función á la ley general que rige la vida de las restantes en la unidad del Derecho: también ella tiene su ideal en la unión sintética de las dos contrapuestas modalidades en que se manifiesta la actividad jurídica de los seres racionales finitos frente á frente de la realidad factible.

---

(1) Sobre la necesidad de esta intervención directa de la sociedad en la reforma de los penados, véase C. Arenal, *La beneficencia, la filantropía y la caridad*; Suringar, *De las visitas á los presos*; Robin, *Cuestiones penitenciarias*; *Actas del Congreso penitenciario de Londres*; L. Silvela, *El Derecho penal*; Lastres, *Estudios sobre sistemas penitenciarios*; Monlau, *Patología de la criminalidad*; discurso en la Academia de Ciencias morales y políticas, etc. Este último discurre la manera de determinar, más de lo que se ha practicado ó proyectado hasta aquí, la comunicación de los penados con la sociedad por medio del *patronato individual*: "Todo delincuente (dice), desde su encarcelamiento hasta su liberación, debería elegir un protector ó patrono de oficio entre los individuos de las clases sociales cultas y pudientes, patrono gratuito y benévolo que se encargase de hacer valer los derechos de su ahijado, de hacer rectificar el fallo si hubiere lugar, de visitarle ó estar en correspondencia con él, de protegerle, instruirle, socorrerle, y de procurar, en fin, por todos los medios su rehabilitación moral y social; su acción se extendería al periodo de la libertad condicional." Ampliando este principio, el Sr. Monlau lo aplica felizmente á la higiene social.

## § 34.

c'—En la función reguladora.

De igual manera que á las demás funciones, alcanza á ésta la posibilidad esencial, y por desgracia, hasta aquí en la historia, la realidad, de ser ejercida en forma contraria á como prescriben las leyes racionales de la vida del Derecho.

Queda mostrado ya (§ 28) que la vida jurídica en este respecto se realiza normalmente, y disfruta de salud el cuerpo político, cuando se logra un ordenado y activo movimiento de *self-government* por parte del pueblo con un sabio y prudente ejercicio del poder oficial por parte del jefe del Estado. El derecho positivo regulador toma, por el contrario, formas anormales cuando se destruye la proporción y el desequilibrio se extrema de tal modo, que en la *Comunidad social* lleva á la *anarquía* al desconocimiento más absoluto de las propias necesidades y del estado de su conciencia jurídica, al abandono de sus fines y racional destino, al retrainimiento en las elecciones ó á la elección de asambleas incultas ó torpes, incapaces por ignorancia ó por mala voluntad para dar forma á la opinión pública, y más para idealizarla, ó á la agresión continua contra los órganos ejecutivos,—y en el *Jefe del Estado* conduce á la arbitrariedad y al *despotismo*, al aislamiento de la vida social y al olvido de sus necesidades reales, ó al menosprecio de la opinión, al soborno de los poderes ó á la tolerancia de sus abusos é invasiones de jurisdicción, al encumbramiento de personas que la conciencia pública rechaza, ó viceversa, á la opresión de la vida religiosa y de la vida científica, al menoscabo de los intereses económicos, al provecho de la generalidad pospuesto al beneficio personal, al desconcierto introducido donde debía mantener la armonía, en una palabra, al poder unitario con-

fundiendo la relación con los términos relacionados y puesto enfrente de la acción inmediata de la Comunidad jurídica. Cuáles sean esas dos formas anormales, es lo que nos queda por considerar.

Desde luego la posibilidad de una perturbación en orden á la actividad reguladora implica la posibilidad de una reparación, y ésta á su vez lleva consigo la exigencia de que los poderes reguladores puedan también ser regulados, esto es, vigilados en el ejercicio de su función y corregidos, mantenidos en su estado de normalidad ó repuestos en él, á fin de que por su culpa no padezca la salud ni peligre la vida del Estado. El Derecho debe ser guardado y garantido, no sólo cuando lo quebrantan los poderes legislativo, ejecutivo, etc., sino también cuando lo niega el poder unitario ó regulador. ¿Pero quién velará sobre él, quién lo moderará ó estimulará, quién lo sujetará en los carriles de la razón y lo repondrá en ellos, y será como su inspirador y auxiliar cuando funcione ordenadamente, y como su superior y corrector cuando delinca ó yerre? ¿Quién regulará al poder regulador? Hobbes advirtió que para juzgar y castigar al soberano habría que instituir otro poder por encima de él, y para juzgar y corregir á éste, otro, y así indefinidamente; y Kant notó también que para que hubiese un poder con facultad bastante para oponerse al jefe supremo cuando ha violado la Constitución, sería preciso que reuniese por lo menos tanto poder como él, en cuyo caso éste y no aquél sería el supremo, lo cual es contradictorio, sin contar con que también contra él habría que tomar nuevas garantías: fundados en lo cual, han declarado ambos al Jefe del Estado absoluto é irresponsable. Otra hubiera sido la consecuencia á haber conocido ó tenido presente: 1.º, que el poder supremo ó regulador reviste en el Estado dos opuestas formas y reside en dos personalidades diferentes; una, el poder regulador general ó anergálico, ejercido inmediatamente por el todo de la Comunidad jurídica; otra, el poder regulador especial ó sinérgico, que reside en un individuo y es ejercido por

ei á nombre de la Comunidad; 2.º, que el poder subsiste sólo como medio para cumplir el Derecho, y que únicamente en tanto que éste se cumple es aquél poseído legítimamente, y que esencialmente se pierde desde el instante en que dejan de ser ejercidas las funciones correspondientes ó se ejercen en contradicción con su propia naturaleza. Así como una ley no es ley tanto por el hecho de su promulgación como por el de su cumplimiento, no mostrando carácter de tal ni mereciendo tal nombre una fórmula doctrinal jurídica dada sin un límite ideal referido á una determinada personalidad en un determinado estado de vida, ó dejando de mostrar aquel carácter y de merecer aquel nombre tan pronto como pierde este equilibrio y concordancia con la realidad actual,—un órgano jurídico no es tal órgano por el hecho de su constitución, sino por el del ejercicio de las funciones para que ha sido constituido, y desaparece de derecho esa representación desde el momento en que pretende regirla, por la ley, de su capricho, menospreciando la de su deber, escrita unas veces y otras no en la Constitución, pero presente siempre en la conciencia. Por esto, cuando tal acontece, si el infractor es uno de los órganos ó poderes regulados, el Jefe del Estado suspende su acción ó la eficacia de alguna de sus manifestaciones ó lo corta de raíz disponiendo al punto su renovación; pero tratándose del poder mismo regulador, el caso es distinto: los otros poderes no pueden declarar incapacitada á la persona que lo ejerce, ni corregirla ó reemplazarla, porque, en su cualidad de subalternos y relativos, ocupan una posición totalmente opuesta á la que requiere la función de regular: semejante acción legítimamente sólo puede venir de un poder total, independiente, y que, siéndole por lo menos coordinado en tiempo ordinario, quede constituido *ipso facto* y por propio derecho en superior cuando sobreviene el accidente de la acción anormal.

En efecto, el poder *oficial* (Jefe del Estado) y el *común* ó social (de la Comunidad toda inmediatamente), no sólo regulan ó dirigen, cada uno en su esfera, á los demás po-

deres, sino que se dirigen y corrigen uno á otro; son entre sí *co-reguladores*. Aquel de los dos que mantiene sana su actividad y obediente á las prescripciones de la justicia, adquiere una superioridad real y de derecho sobre el que tuerce su dirección y abdica su soberanía en el hecho de desdeñar el ejercerla ó de ejercerla errada y abusivamente. Cuando esa implícita abdicación es sólo parcial, manifestada únicamente en alguna parte de sus funciones, en esa parte sólo queda subordinado el poder correlativo regulador; pero si la violación es tan general que motiva la privación de toda su soberanía, el otro queda sustancialmente convertido en superior y constituido en único poder regulador: el derecho que normalmente vive por igual en los dos, se refugia todo en uno solo, y desde allí trabaja por regenerar la salud del otro ó restituirlo á nueva vida, cuando éste le ahuyenta de sí con su irregular y antijurídica conducta. Inútil parece hacer notar que la solución del problema de la co-regulación se hace imposible desde que se niega que el poder reside simultánea y permanentemente en los dos extremos á la vez, en la Persona social y en el Órgano que la representa, y que la soberanía de ambos es igualmente propia y sustantiva, sin que al uno le venga de una concesión graciosa ni de una pura delegación al otro: si el poder, según la concepción kantiana, existiera tan sólo en los órganos oficiales—reyes, congresos, etc.—el razonamiento de Hobbes y de Kant sería legítimo, y el pueblo carecería de todo remedio legítimo que no fuese la resignación ante los excesos y las arbitrariedades de su supremo representante, una vez esté constituido; si, por el contrario, únicamente en la sociedad radicara la soberanía y los órganos oficiales fuesen meros mandatarios y ecos serviles ó ejecutores mecánicos de la voluntad social, necesarios tan sólo relativamente (porque la extensión del territorio y otros obstáculos semejantes hacen imposible el gobierno directo), tendrían razón los que niegan al Estado oficial toda iniciativa de corrección ó de resistencia ante las arbitrariedades y delirios de la sociedad

comprometida en las angustiosas convulsiones de la más desenfrenada anarquía ó en la lenta descomposición á donde la arrastran las fluctuaciones y el empirismo de una ciega inexperiencia.

Hasta aquí la actividad co-reguladora en su unidad: despleguemos ahora su interior en las modalidades particulares que abraza cada uno de sus dos opuestos términos (Poder co-regulador *oficial* ó del Jefe del Estado, y poder co-regulador *social* ó del Estado mismo inmediato).—En primer lugar, dicha actividad, por razón de la cualidad, ó de la dirección, ó del medio, es *ordinaria* ó indirecta y *extraordinaria* ó directa, según se fíe exclusivamente la corrección á la acción de la fuerza medicatriz espontánea, lenta, pero segura, de la sociedad, sin alterar en nada su Constitución, ó, por el contrario, se imprime á su organismo un modo de ser especial, á propósito para posibilitar ó dirigir el restablecimiento del derecho positivo regulador, acompañese ó no del empleo de la coacción material, ó sea, de la fuerza.—Por razón de la libertad con que procede, la actividad co-reguladora es *espontánea, reflexiva y artística*, lo mismo que en las demás esferas de la vida anormal del Derecho (judicial y reparadora), y en esto se distinguen, por ejemplo, las leyes de la diferenciación y de la reducción de órganos realizadas en el Estado, de las mismas realizadas en los seres naturales.—Por razón de la cantidad ó de la extensión, la actividad co-reguladora es *total* ó *parcial*: “objetivamente”, porque, ó mira á todas las esferas del poder regulador, ó á una ó algunas solamente, dejándolo libre en cuanto á las demás que son ejercidas según derecho: “subjetivamente”, porque unas veces afecta al poder regulador de todo un Estado compuesto, v. gr., de una nación, y otras sólo de uno ó de algunos de sus Estados componentes, v. gr., de uno ó varios municipios, ó de una ó varias provincias.—Analizaremos sumariamente cada una de estas formas.

La actividad co-reguladora “ordinaria ó indirecta” tiene como medios principales: por parte del Jefe del Estado, la

*reformación de la conciencia jurídica de la sociedad* por medio de la propaganda contra el desarreglo y mal uso de los poderes ejercidos directa é inmediatamente por el todo social, efecto de perversión anárquica, ó de ignorancia, ó de inacción y de indiferencia; y por parte de la Comunidad, *la reforma consuetudinaria de la Constitución y la flexibilidad de ésta*, contra el juicio incompleto ó irregular y desordenado de su función por el Jefe del Estado, y la desarmonía de los demás órganos constitutivos del poder oficial, efecto de arbitrariedad, ó de ineptitud, ó de enemiga interior, etc. De ambos encierra notabilísimos ejemplos la historia de Inglaterra, señaladamente en nuestro siglo.—La educación, en rigor, más es una condición profiláctica que medicatriz, pero en el Reino Unido recibe esta aplicación, pues á tal punto se respetan las manifestaciones de la opinión y de la costumbre, que, aunque sean contrarias á la justicia y el poder oficial lo reconozca así, obedece, sin embargo, sus preceptos, mientras trabaja por reformarlos ilustrando la inteligencia de los ciudadanos y persuadiéndolos de su error en orden á tal ó cual ley, institución ó procedimiento, ó mientras los reforman aquellas individualidades que consagran su vida al servicio de una idea práctica y el partido que se forma en torno suyo con la mira de ganar la opinión por medio de la propaganda, y con ella la llave de la legislación (1).—Cuando, por el

---

(1) Ejemplo notable de este prudente y ya tradicional proceder de la política inglesa, es el arte con que á principios del siglo presente fué convencida de error y transformada la opinión pública, que se resistía tenazmente á otorgar al Canadá y Australia las instituciones libres y la semi-autonomía de que hoy disfrutan con resultado decisivo para las colonias y la metrópoli, sin que haya habido necesidad de erigir en ésta una dictadura, ni de acometer en aquélla una insurrección separatista (V. St. Mill, *El Gobierno representativo*). La famosa *Liga de Manchester* se constituyó con el fin especial de conseguir, por el medio pacífico de la propaganda la reforma de las leyes agrícolas y el mejoramiento de las clases obreras, reforma que tantos intereses y privilegios hería y que tantas resistencias encontraba, por lo mismo, en la opinión de las clases más poderosas: logrado su objeto, refor-

contrario, el Estado común (el todo social de la comunidad jurídica) está sano y ejerce acertadamente y con espíritu de justicia su soberanía directa, pero el Estado oficial no atempera á él ni ajusta á su compás la legislación, y mantiene en clase de vigentes leyes ó códigos ó constituciones escritas que no responden á la opinión común ni á sus necesidades y contradicen su actual modo de ser y de pensar, se establece el equilibrio por una especie de acuerdo tácito en cuya virtud la Comunidad social modifica en el *hecho* el fondo sustancial de la Constitución ó deroga la ley escrita, y el poder oficial se contenta con salvar su letra simplemente. El Jefe del Estado se abstiene de obrar positivamente, como es su deber, y esto causa una irregularidad; pero en cambio se abstiene de obrar negativamente, y con esto deja libre el camino del remedio al pueblo, que es quien verdaderamente legisla, gobierna y *reina* (1). Pero esto, que se practica en Inglaterra, no siempre es hacedero en aquellos otros países donde el pueblo ni reina ni gobierna, donde los órganos oficiales ó funcionarios se consideran como sus señores, no como sus servidores y ministros, donde, lejos de abdicar los magistrados su poder en el pueblo, abdica éste su soberanía en aquéllos, donde las magistraturas no entienden sino de mandar, mientras al pueblo no alcanza sino el obedecer. Entre los dos vicios es preferible el primero, porque es más fácil de precaver y remediar.

---

mada en ese punto la Constitución, la Liga se disolvió. La *Land-tenure association* tiene por fin la generalización de la propiedad territorial mediante la acción indirecta del Estado, y también su inmediato objetivo es, no la violenta conquista del poder, sino el convencimiento de la opinión que puede ponerlo en sus manos. Wilberforce, O'Connell, Cohen, Odger, Plimsoll y otros, pueden considerarse como verdaderos órganos de la actividad co-reguladora del Estado inglés en determinados momentos de su historia y para puntos concretos de su vida política.

(1) Sobre estos caracteres de la Constitución inglesa, véase F. Giner, *Estudios jurídicos y políticos*, la Política antigua y la Política nueva; Fischel, *La Constitución de Inglaterra*; Gneist, *Selfgovernment*, etcétera.

La actividad co-reguladora "extraordinaria ó directa" procede en el mismo doble caso que la anterior, cuando por falta de hábitos y sentido político, ó por urgencia de remedios heroicos, ó por otras causas, no puede fiarse el restablecimiento á la acción insensible de la vida espontánea, sea provocada en aquel sentido ó simplemente tolerada.—Lo natural y lógico sería en el primer caso (perturbación de la vida del Derecho por hechos de la sociedad) que el pueblo, y aun sus órganos particulares, se sometieran de buen grado á la dirección suprema y omnilateral (interior y exterior) del Jefe del Estado, trocado de tal suerte de poder regulador, que era de las fuerzas, por decirlo así, plásticas y generadoras que alimentan la corriente de la vida normal, en poder regulador de las fuerzas medicatrices y regeneradoras (educación, trabajo, moralidad, religión, etc.) que actúan ó pueden actuar en el seno de la sociedad enferma ó incapacitada por tiempo para la vida ordinaria del Derecho y recaída en menor edad. Lo natural sería en el segundo caso (perturbación de la vida jurídica por el Jefe del Estado) que éste conociera su ineptitud ó su mala voluntad para dirigir y moderar la acción de los poderes oficiales, concertándolos entre sí y con los poderes anergálicos del Estado común, y voluntariamente se corrigiese ó abandonara su puesto, para que pudiera ser colocado en él otro individuo más á la altura de lo delicado y dificultoso de esta función. Pero puede no suceder así; hasta aquí ha sucedido rara vez en la historia; y como el Derecho, por ser elemento constitutivo de los seres racionales, no puede quedar un instante sin realización en una ú otra forma, como el Estado no puede arrastrar perpetuamente una vida enfermiza, que torne la ley biológica del progreso en ley de retroceso hasta paralizarse ó consumirse del todo y sufrir ignominiosa muerte, no removiéndose por sí misma la causa que produce la perturbación, ó que, producida, no la remedia, no abdicando voluntariamente su soberanía el poder supremo que atropella y niega ó desconoce la ley bio-

lógica del Derecho, exige la razón jurídica que se ponga á su servicio la *fuerza* como instrumento material para lograr aquel resultado, apartando todo obstáculo y venciendo toda resistencia injustamente opuesta por la Comunidad jurídica en el un caso, ó por el Jefe de esa Comunidad en el otro, y sujetándolos, en lo que cabe, á la obediencia de la razón para que el orden del Derecho quede restaurado y la vida regular del Estado restablecida.— Cuando el Jefe del Estado infringe la ley de su naturaleza y pierde su razón de ser, y por tanto, ante el Derecho, su ser mismo; cuando desoye la voz de la opinión que unánimemente lo condena, ó del plebiscito, que lo rechaza, etc., y á pesar de ella insiste en ejercer una función para la cual se ha mostrado incapaz en el entendimiento ó en la voluntad, puede el Estado valerse de la fuerza para deponerlo y sustituirlo con otro que interprete mejor sus necesidades y deseos, ú obligarle á obrar en determinado sentido ó á rectificar el curso de su acción, ora tocante al veto, ora tocante á la suspensión ó supresión de órganos, etc. Esto es lo que históricamente ha recibido el nombre de *revolución*, aunque viciado con multitud de sentidos torpes ó relativos, y confundido desde Aristóteles con toda empresa de fuerza, aun criminal, enderezada á derribar los poderes oficiales (1).— Cuando, por el contrario, las extralimitaciones, ó la inacción, ó la falta de ponderación y de equilibrio entre las diversas funciones, radican en el todo del Estado ó Comunidad ju-

---

(1) La revolución, dejando expedita la actividad del Estado, embarazada antes por la acción abusiva ó errada de su Jefe, posibilita el curso de las reformas que estaba interrumpido; y como reacción natural contra el pasado, ó por temor al porvenir, suelen plantearse atropelladamente, sin dar tiempo á reflexionarlas y madurarlas, y en proporción mayor de lo que consiente y demanda el estado jurídico de la sociedad. Pero no constituyen la revolución estas reformas que le siguen, como suele entenderse, sino la acción que despeja el camino: libre éste, deben pasar en igual forma que hubieran pasado á no haber sido entorpecido, y acaso conducidas, para que no se precipiten, por la dictadura tutelar, que es lo opuesto de revolución.

rídica, y ésta se resiste á deponer temporalmente el ejercicio de alguna de ellas que ya poseía y para la cual se ha incapacitado, ó pretende conquistar alguna otra antes de haber adquirido la necesaria aptitud para desempeñarla racionalmente (v. gr., el titulado "sufragio universal", con que un pueblo poco culto saca de su seno Asambleas tan incapaces como él y más destituidas que él de sentido moral; ó el "selfgovernment" con que desatiende el cumplimiento de sus fines), ó, por el contrario, se resiste á cooperar en el grado debido á su cumplimiento (no queriendo designar las personas que han de representarlo, ó no sabiendo obedecerles, etcétera), el Jefe del Estado debe servirse de la fuerza para sujetarlo á su tutela suprema, interrumpir el ejercicio de su soberanía, señaladamente la acción generadora de los órganos oficiales, y aun la acción de los órganos mismos, y resumirla en sí como representante central y unitario que es de todo el Estado, para proceder al punto á la aplicación de aquellos medios indirectos que han de reformar la conciencia viciada de la sociedad, levantarla de su postración y envilecimiento, restituirla á la vida del bien y encaminarla á una pronta emancipación. Históricamente se ha dado á esto el nombre de *dictadura* (tutelar), término todavía vago é indeterminado, é involucrado con otros que no pertenecen á la terapéutica, sino á la patología política, como poder absoluto, tiranía, autocracia, despotismo, etc. (1).—Finalmente, cabe la forma compuesta de una revolución que se da un dictador en lugar del Jefe á quien derroca, á fin de que corrija las perturbaciones existentes en el Estado sin

---

(1) Algunos emplean la voz despotismo como equivalente á la dictadura, v. gr., Guizot, *Orígenes del Gobierno representativo*, t. I, lección 19; Stuart Mill, *El Gobierno representativo*, cap. XVIII; Tayac, *Principios de Política positiva*, lib. III, cap. I, etc., que lo aceptan como una necesidad en determinadas circunstancias. No es lícito, sin embargo, confundir los dos términos en uno solo: el primero ha sido tenido siempre como un accidente patológico, al paso que el segundo tiene ganado en la historia de la República romana el derecho de ocupar un puesto principal en la Ciencia de la Terapéutica política.

los peligros de un desbordamiento anárquico, y lo guíe en el camino de su restablecimiento hasta tanto que haya adquirido otra vez hábitos de vida normal.

Como se ve, pues, tampoco aquí se desmiente el concepto del Derecho y de su vida en orden á la "coacción" (§ 6): lo mismo que en las otras dos ramas del Derecho positivo anormal, es en ésta un elemento hipotético y contingente, en ningún modo necesario, por las mismas razones que hicimos valer al ocuparnos de las funciones Ejecutivo-preventiva y reparadora (§ 33). El despotismo y el terror en que suelen traducirse y degenerar, ó que suelen acompañarles, no son ni siquiera hipotéticos en poco ni en mucho, antes bien elementos inconexos que contradicen la idea sustancial de aquellas dos formas de derecho, tornándolas en instituciones de injusticia y promoviendo la reacción hacia el contrario vicio.—Debe evitarse, sin embargo, lo más posible, por temor á esta degeneración tan difícil de evitar, el empleo de la fuerza, y proceder á él con mucha cautela y previa racional espera y ensayos de reforma normal. Conformes ambas con la razón, la actividad co-reguladora directa y la indirecta, carece la primera de los peligros que ofrece la segunda, y debe ser preferida siempre que no reclamen ésta circunstancias de mucho peso. Cuando la acción viciada del Estado puede ser corregida lenta é insensiblemente por la actividad espontánea estimulada ó dirigida por el poder oficial, y cuando la acción oficial, lejos de imponer sus creaciones injustas mediante la fuerza, las deja rectificar en el uso ó consiente que sean tenidas como no existentes, carece de razón de ser (bajo este respecto), y sería inoportuno y dañoso y contrario á la justicia relativa histórica el empleo de la coacción material (cuyo objeto en todo caso no es otro que el de posibilitar el curso regular de la vida ó la prestación indirecta de condiciones medicatrices) y la transformación del régimen constitutivo vigente. Si los medios ordinarios bastan para corregir las costumbres dañadas ó rectificar los deseos equivocados y la opinión torcida del pueblo, y éste no se opone á su aplicación, ¿á qué fin la dictadura?

Y si, en el otro extremo, una ley, por ejemplo, nace muerta, y en el pueblo obra bastante energía creadora para desusarla y llenar en la realidad de la vida el vacío que deje, y el poder que la decreta no obliga con la fuerza á su cumplimiento, ¿para qué la revolución? (1). La noble respuesta del vizconde de Ortes á Carlos IX vale más que una revolución.

Tampoco aquí se desmiente el concepto de la vida del Derecho en cuanto á las leyes formales de la actividad jurídica (§ 20, b): también la dictadura y la revolución, como formas racionales de la vida anormal del Derecho positivo regulador, pueden producirse espontánea, reflexiva y artísticamente. Por regla general, las revoluciones son efecto

---

(1) El juicioso Suárez reconoce en el pueblo, respecto de la acción injusta del poder oficial, este doble derecho: no cumplir la ley que dicta, si es injusta ó contraria á la costumbre ú opinión social; derribarlo, si degenera en tirano. Y tirano se hace, no cuando dicta ó deja dictar leyes injustas, sino cuando compele con la fuerza á su cumplimiento.—Ya la legislación romana reconocía que las leyes no obligan sino en tanto que han sido aprobadas por el uso: *Ipsæ leges nulla alia ex causa nos tenent, quam quod iudicio populi receptæ sunt* (L. de quibus, § 1, ff. De legibus). Y en nuestros días los Estados Unidos han reducido á los tribunales el poder de no aplicar una ley que consideran contraria al espíritu de la Constitución, con lo cual tienen los particulares un medio de sustraerse al cumplimiento de leyes que hieren sus derechos fundamentales ó de obligar al poder legislativo á reformar la Constitución y ponerla de acuerdo con la opinión pública (Tocqueville, *De la democracia en América*, lib. I cap. VI). Más todavía urge armar á los jueces, de un modo eficaz y no ilusorio, con la facultad de desusar ó no aplicar los decretos de la Administración cuando un ciudadano reclame el *derecho de no obedecer*, por considerarlos opuestos á la Constitución ó á las leyes, y ser, no obstante, obligado por la fuerza á su cumplimiento ó castigado. Sin esto, la libertad política es una palabra vana.

Otra cosa sería, sin embargo, cuando la irregularidad de la función del Jefe del Estado pasara de mera dolencia accidental á regla permanente de acción, aunque el pueblo no lo atendiera, porque faltándole de hecho un órgano tan importante, pronto se resentiría su vida por defecto de reflexión, y el día que se malease se hallaría privada de regulador. Lo mismo en el caso de que el decaimiento del espíritu popular sea tan extremo que muestre facilidad para recibir todo género de órdenes, justas ó injustas, aun sin el móvil de la coacción.

de movimientos espontáneos ó irreflexivos, sobre todo cuando tienen por origen la irritación que causa en la multitud la conducta desatentada é injusta del Jefe del Estado ó la permisión y tolerancia de los abusos cometidos por los demás poderes; pero también puede ser reflexiva, puede ir precedida de tentativas de reforma pacífica para evitarla, y aun se ha visto consignada por escrito como derecho en algunas constituciones (1). Por el contrario, las dictaduras nacen de ordinario reflexivamente, sobre todo cuando son constituídas por decisión de los representantes del Estado, y aun pueden hallarse previstas en la constitución de las circunstancias que deben determinar su establecimiento y legislados los límites de su acción discrecional y sus condiciones (2); pero también puede nacer espontáneamente, renunciando de hecho la Comunidad social al ejercicio de algunas de sus atribuciones políticas, ó dejando caer en desuso algunos de sus poderes y no oponiéndose á que el Jefe del Estado los vaya concentrando en su persona, ó asumiéndolos éste por medios indirectos, sin descubrir á las claras su intento ni advertirlo el Estado, ó advirtiéndolo, pero no obrando con la necesaria eficacia para impedirlo: así han nacido en la Historia muchas dictaduras que, como las de César y Augusto y de los Reyes Católicos, se han trocado á la postre en violentos y repugnantes despotismos.

Finalmente, la actividad co-reguladora puede ser *total* y *parcial*: objetivamente, por razón de la cantidad de poder cuyo ejercicio temporalmente pierde el Estado ó su Jefe, ó sea por el grado de su incapacidad; subjetivamente, por

---

(1) V. gr., en la antigüedad, en la Constitución de *Creta*; en la Edad Media, en la pactada entre las Hermandades generales de *Castilla* y Sancho IV en forma de compromiso, 1282, y en la impuesta por la Unión *Aragonesa* á Alfonso III (privilegio de la Unión, 1287): en los tiempos modernos, la Constitución *Francesa* de 1793.

(2) V. gr., la Constitución de la antigua *República romana* y las modernas *Constituciones españolas* (art. 31 de la Constitución de 1869 y Ley de Orden Público de 1870), en circunstancias graves y extraordinarias para la seguridad del Estado.

razón de la personalidad incapacitada y privada de poder. —Lo primero es evidente, porque no siendo la capacidad algo abstracto y general, sino capacidad para esta ó aquella función, concreta y específicamente, puede atrofiarse ó desaparecer para una ó algunas solamente y no para todas, en cuyo caso, no sería lícito ante la razón extender á éstas el veto y la Dictadura y *reducir* los órganos que funcionan ó pueden funcionar regularmente; en cuanto no tiene que educar, semejante institución carece de razón de ser y es contraria al derecho:—y respecto de la Revolución, porque unas veces va dirigida contra el Jefe del Estado para destituirlo, y otras para obligarlo á obrar en un determinado sentido ó abstenerse, v. gr., para que renueve el poder ejecutivo que no ejecuta las leyes ó violenta su significado, ó para que convoque el poder legislativo, ó para que no oponga su veto á tal ley ó reforma reclamada con insistencia, etc. Y así como ninguno de los poderes regulados (Parlamentos, Gobiernos, etcétera) puede ejercer legítimamente la dictadura, tampoco la revolución puede mirar á ninguno de ellos directamente; sólo el Jefe del Estado y el Estado mismo general, ó sea la Comunidad, como poderes unitarios y co-reguladores que son, pueden ponerse en relación directa para compelerse recíprocamente al cumplimiento de sus respectivas funciones, ó en su caso á cesar en ellas.—La totalidad ó particularidad de la revolución y de la dictadura se manifiestan en el Estado cuando es éste compuesto, cuando es un sistema de Estados, cada uno de los cuales, al mismo tiempo que parte del todo y participe por tanto del espíritu común que le da unidad, es todo á su vez, y realiza en consecuencia una vida característica y propia, distinta de la de esos otros todos coordinados que componen con él aquel Estado superior; y como puede presentarse la incapacidad en uno ó alguno de éstos (verbigracia, en uno ó más municipios, en una ó más provincias) y no en todos, sería injusto privar de tutela al Estado inferior por consideración al superior, ó extenderla á éste por causa de aquél; y como, por otra parte, puede suceder que no todos los poderes reguladores de los Estados

inferiores desempeñen su función de un modo contrario á las leyes ó á la opinión y necesidades públicas, carecería de justificación ante el Derecho toda medida de carácter general que en tal caso pretendiera tomarse en uno ú otro sentido. Pero como el poder regulador de los Estados interiores no es ya supremo en toda relación, sino subalterno á su vez respecto del Jefe del Estado superior (v. gr., el de un municipio respecto del de la provincia, el de ésta respecto del de la nación) la acción co-reguladora de aquellos Estados no puede ser nunca revolucionaria, sino de denuncia ante este Jefe superior, para que corrija ó deponga al Jefe subordinado, ó en su caso ante los tribunales: otro tanto acontecerá con la nación cuando pase á ser parte y miembro de un Estado superior étnico ó continental. No se comprende, en efecto, la revolución sino entre dos poderes correlativos privados de superior común que pueda decidir entre ellos cual representante de la razón jurídica (1), como no se concibe la guerra entre dos Estados desde el punto en que dejan de ser autónomos para entrar á formar parte de otro superior: la revolución *es* á la guerra *como* la relación entre el Jefe del Estado y el Estado mismo *es* á la relación entre dos Estados independientes.

En todo esto discurrimos sobre el supuesto de hallarse enfermo uno solo de los dos poderes reguladores y el otro en estado de salud. Pero ¿y cuando el mal alcance á los dos á un mismo tiempo?—Para situación tan desesperada, y sin embargo, no rara en la Historia hasta aquí, la ciencia política no posee remedio: dos personas igualmente postradas y enfermas no pueden asistirse y medicarse mutuamente; la

---

(1) Las revoluciones principales, v. gr., las de los castellanos y aragoneses en el siglo XVI, fueron más bien revoluciones nacionales sostenidas contra el absolutismo del rey Jefe de la Nación por una provincia, y no secundadas por las demás á causa del apartamiento en que se mantenían, no bien apretados aún los lazos de la nacionalidad, y llevadas de la falsa consideración de ser extraños á cada una los asuntos interiores de las demás y no sufrir directamente el ataque sus privativas legislaciones.

ciencia se cruza de brazos, impera el método expectante en todo su rigor; la enfermedad corre á cargo exclusivo de la Naturaleza. Si la fuerza interior plástica se trueca espontáneamente en medicatriz y puede más que la fuerza disolvente del mal, el Estado revive, se regenera, reanuda con nuevos progresos el curso interrumpido de su vida y el hilo roto de su tradición: testigo la Europa del siglo XVIII, librándose por sus propios esfuerzos de la lepra del absolutismo, antes que la revolución de Francia y las guerras del Imperio trastornasen é interrumpiesen la obra de la curación. Si, por el contrario, la transformación de la actividad no se realiza ó es tan débil que se deja vencer al poder incontrastable de la dolencia, el Estado desfallece cada vez más, atrofiándose uno tras otro todos sus órganos, y acaba por morir: ejemplo triste y elocuente la Roma imperial, no haciendo nada por empaparse en el espíritu del estoicismo, del cristianismo y de la nativa libertad de la Germania, y disolviéndose lentamente hasta desaparecer del todo, más bien á impulsos de su propia podredumbre que al empuje y fiereza de los bárbaros.

### § 35.

En todo tiempo se ha sentido la necesidad de hallar un principio que explicase la relación entre las sociedades humanas y los Jefes que presiden su vida jurídica, y como consecuencia, se ha establecido doctrina acerca de la revolución y la dictadura, bien que con frecuencia torcida, y las más de las veces incompleta é incierta, fundada en pura opinión y conocimiento precientífico, por no haber tomado como base el principio mismo del Estado y su vida en la razón.

La primera vez que aparece planteado el problema de la revolución en la historia del pensamiento, recibe solución en aquella forma criminal que tan persistente eco había de encontrar en todas las edades, la forma del tiranicidio: pre-

guntado MENG-TSEU si el súbdito tiene derecho de destruir y matar á su príncipe, responde que el que hace un hurto á la justicia se llama tirano, como el que hace un robo á la humanidad se llama ladrón; ambos son *aislados, réprobos*, y por esto, matar á un tirano no es matar á un príncipe, sino á un réprobo, á un robador de la justicia.—PLATÓN no estudia la revolución sino como la serie de evoluciones que determinan el tránsito de la Sociedad desde la aristocracia á la timocracia, y sucesivamente á la oligarquía, á la democracia y al despotismo: en otra parte, sin embargo, apunta como preservativo contra las sediciones la fijación de un límite máximo y mínimo á la posesión de bienes, para que no existan ricos y pobres en la ciudad; donde implícitamente declara su concepto de revolución.—A ARISTÓTELES se debe la teoría de las revoluciones más completa que se ha formulado hasta el presente, pero sólo bajo el punto de vista de las causas que las promueven, no de los principios que las justifican: uno de sus traductores (*Barthelemy*) observa muy oportunamente que las revoluciones modernas no han inspirado obra ninguna seria que pueda ponerse al lado del capítulo que les consagra en su tratado de Política el filósofo stagirita. Sus conclusiones, sin embargo, no tienen valor universal, por haberlas deducido de datos de la experiencia más bien que de categorías de razón: nos dejó un cuadro acabado de las agitaciones interiores de las ciudades griegas, pero no pudo remontarse á la causa fundamental y primera de aquellos hechos, ni acertó á verla sino por alguno de sus particulares y relativos aspectos. De estos dos principios legítimos, dice, la igualdad de todos los ciudadanos ante el Derecho y su desigualdad de méritos ante el Poder, extremados por el Gobierno en uno ú otro sentido, ya humillando las superioridades legítimas y estableciendo una igualdad artificial que irrita á las altas clases en los gobiernos democráticos, ya desconociendo la legítima igualdad y ordenando el Estado bajo el pie de una desigualdad arbitraria y de un orden privilegiado que subleva el ánimo de los demagogos en los gobiernos oligárquicos, dimanán las

revoluciones, y mediante ellas, pasa el Estado de la democracia á la oligarquía ó de la oligarquía á la democracia. A esta causa general se agregan otras de orden secundario: incluye en el concepto de revolución las sediciones que se dirigen, no á reformar la Constitución, sino á conquistar el poder por el poder, las conjuras de los delincuentes que por huir del castigo se sublevan, y hasta querellas puramente individuales. Analizadas las causas, expone los "remedios". —Por último, CICERÓN trae de nuevo al campo de la Política el principio del tiranicidio con motivo del asesinato de Julio César (1).

Los primeros Padres de la Iglesia prescribieron la obediencia incondicional de las autoridades; establecidos por Dios los príncipes, hay que reverenciarlos como los primeros después de Dios y obedecerles sin reserva, *etiam discollis*; aunque tomen nuestros bienes; no hay derecho á resistirles, que sería resistir á Dios; la Iglesia, compuesta de los ciudadanos de la Jerusalén celeste, debe servir bajo los reyes de la tierra; el Pontífice es súbdito del Emperador. Así se expresan SAN PABLO, TERTULIANO, SAN AMBROSIO, SAN GREGORIO, SAN AGUSTÍN y otros. Es verdad que este último añadía: *quosque Ecclesia libèretur* (2). Y en efecto, cuando la Iglesia se vió triunfante, no tardó en sostener otro lenguaje: al principio de la libertad religiosa, proclamado en nombre de la conciencia humana, sucedió el de que la Iglesia cristiana tenía derecho para subsistir como poder propio al lado del Estado, gobernar el mundo al par del Emperador, y regirse independientemente de él, aun en lo civil; este nuevo principio sirvió de transición al de la superioridad de la Iglesia respecto del Estado; y éste, por fin, al ya

(1) Libros sagrados del Oriente, *Meng-tseu*, lib. I; Platón, *Leyes*, y Aristóteles, *Política*, traducción de Azcárate; Cicerón, *De Officiis*. Bodin, en su famosa *República*, no ha hecho apenas otra cosa que repetir la doctrina de Aristóteles sobre las revoluciones.

(2) San Pablo, *Rom.* XIII, 1, 7; Tertuliano, *ad Scapul.*, c. 2; San Ambrosio, *Orat. de basil. tradendis*; San Agustín, *de catechiz rudib.*, c. 31; San Gregorio, *Epist. 61 ad Maurit. Imperat.*

decisivo para nuestro objeto, de que la Iglesia ha recibido su poder de Cristo y los reyes de la Iglesia, y que, por consiguiente, á ésta compete plenamente la facultad de juzgar si el Jefe del Estado obra como justiciero ó como tirano, y absolver á los súbditos del juramento de obediencia á fin de que puedan resistirle y deponerlo en el caso de que no reine según el Derecho. Esta última fase de la doctrina cristiano-política, que atribuye á la Iglesia el carácter de tutora y directora suprema del Estado, y de mediadora por quien Dios declara el juicio de los reyes y la condenación de los tiranos, aparece ya desarrollada en el siglo IX con las FALSAS DECRETALES, NICOLAS I é HINCARIO; extremóse con GREGORIO VII, que llega á señalar el origen de los reyes en hombres criminales, enemigos de Dios é inspirados por el diablo; y acabó de extraviarse con JUAN DE SALISBURY, que proclama por vez primera en la Edad Media el pretendido derecho de dar muerte al príncipe, cuando lejos de combatir por las leyes y la libertad del pueblo suprime aquéllas y reduce á éste á la servidumbre (1).

Desde el siglo XIII al XVI se desarrolla la doctrina de la revolución, secularizándose del todo en el XIV con los primeros escritores que reivindicaban la independencia del poder civil respecto de la Iglesia.—SAN BUENAVENTURA sustenta la opinión de que los cristianos, en lo que va contra Dios ó contra la recta razón y la costumbre, no están obligados á obedecer á sus soberanos, y que éstos pueden ser por causa justa desposeídos, porque Dios no les ha dado el poder ó la soberanía sino á condición de no abusar de ella (2). SANTO TOMAS analiza el problema más intencionadamente; y sus soluciones son más explícitas y de mayor alcance. La soberanía, dice, pertenece á la multitud ó á quien la representa; pero el príncipe puede haber adquirido esa represen-

(1) Falsas Decretales, *Privil. del Monast. de S. Medardo*, atribuído á Gregorio el Grande; Nicolás I, *Carta al obispo de Metz, Auxencio*; Hincario, *De divorcio Loth. et Teuto*; Juan de Salisbury, *Politicus*, lib. VIII, c. 5, etc.

(2) *Lib. Sentent. II, distinct. 44.*

tación por violencia ó por simonía, y puede ejercer sus poderes abusiva é injustamente: en el primer caso, no posee verdadero poder, y los súbditos tienen derecho de rechazarlo, aunque también de legitimarlo con su implícito consentimiento; en el segundo, esto es, cuando el gobernante por legítimo título en vez de buscar el bien común procura solamente el provecho propio, ya no es gobernante, sino tirano y sedicioso, y la autoridad tiránica no es justa, ni puede, por tanto, calificarse de sedición su destronamiento (1). Para evitar la tiranía es menester elegir un rey de condiciones tales que la hagan improbable, y apartarlo de la tentación limitando su poder; si á pesar de esto llega á tiranizar, sóportese algún tiempo para evitar males mayores que el de su gobierno; mas al fin, si la multitud tiene la facultad de elegir rey, podrá derrocarlo sin incurrir en infidelidad, aun cuando se hubiese sometido á perpetuidad, porque el poder real no es lo mismo que el poder doméstico, y el rey es para el reino, que no el reino para el rey; pero si la elección se hizo por una autoridad superior, á ella compete exclusivamente el remedio (2).—MARSILIO DE PADUA sostiene que el poder de establecer las leyes compete de derecho al pueblo, y, por tanto, que el único soberano debe ser él ó su mejor parte designada por sufragio libre para que la represente: el poder ejecutivo es dependiente del legislativo, y á éste corresponde constituirlo, juzgarlo, corregirlo, deponerlo y mudarło cuando se extravía, antes que llegue á convertirse en déspota (3).

Los escritos de los siglos XVI y XVII presentan caracteres diametralmente opuestos bajo el punto de vista del principio de la revolución: en el primero, la ciencia política elabora una como síntesis de las doctrinas políticas de la Edad Media, y presenta, en consecuencia, un carácter marcada-

(1) *Summa Theol.*, quæst. 90, a. 3; q. 42, a. 3. *Comm. sentent.*, sup. XLV distinct. q. 1, 4.

(2) *De regimine principum*, lib. I, c. 6; lib. III, c. 2.

(3) *Defensor pacis*; *De translatione imperii*.

mente liberal, bien que á veces acompañado de tendencias y soluciones eclesiásticas, autocráticas y demagógicas en torpe y desmañada y ecléctica combinación que acusa el carácter de transición del siglo: en el segundo, perdida la tradición liberal—salvo en Inglaterra, donde la reaviva la Revolución,—y arrastrada la ciencia por el poder avasallador del hecho, formúlanse conclusiones absolutistas donde naufraga la dignidad humana, y se abandona y sacrifica la causa real de la justicia y el destino de los pueblos en aras de los imaginarios derechos de los reyes.

Así, aparte de los fundadores de la Reforma y algún otro muy raro (LUTERO, CALVINO, HEMMING, GENTILIS, etc.) que separándose de la teología escolástica de la Edad Media extreman la doctrina de la sumisión predicada por los primeros Padres de la Iglesia, y condenan como injusta y perniciosa toda revolución, aun por motivos justos y contra autoridad tiránica, la mayor parte de los tratadistas del siglo XVI y primeros años del XVII optan por la democracia en mayor ó menor grado y en una ú otra forma, y reconocen el derecho de deponer al Jefe del Estado, y acaso de matarlo (LANGUET, ALTHAUSEN, HOOKER, HOTMANN, BOUCHER, KNOX, POYNET, BUCHANAM, SUAREZ, MARIANA, MARQUEZ, GRETZER, etc.)—Parte *Languet* de la ficción de un pacto entre el pueblo y el rey, expreso ó tácito, natural ó civil: el pueblo ha creado al rey no para honrarlo, sino para imponerle una carga en pro de la comunidad: ó es ministro de la ley ó es tirano; cediósele la soberanía á condición de que la ejercería rectamente; si la tuerce, no será perjuro el pueblo que da por roto el contrato y le niega la obediencia y le depone. Si se trata de un usurpador sin título, como no le liga ningún pacto con el pueblo, el pueblo puede derrocarlo, mas también puede legitimar su poder aceptando tácitamente el hecho consumado; si se trata, por el contrario, de un príncipe con título legítimo, pero que abusa del poder, esto es, de un tirano, ya no pueden deponerlo los particulares, que sólo son soberanos en conjunto, sino los magistrados, que son sus tutores y guardianes. Y este hecho

no podrá ser convencido de sedición.—*Boucher*, como *Hottmann*, afirma la superioridad del pueblo respecto del rey y la legitimidad de la justa rebelión; pero añade que si el príncipe es usurpador pueden darle muerte los particulares y el poder público; cuando posee legítimamente la soberanía, pero la ejercita en daño de los particulares, sólo el poder tiene autoridad para ajusticiarlo. Así revivió la odiosa doctrina del tiranicidio, transmitida desde J. de Salisbury por algunos frailes mendicantes (v. gr. Juan Petit, absuelto por el Concilio de Constanza) y acaso por Santo Tomás (1)—*J. Poynt*, observando que los gobernantes tienen diversos grados de autoridad, según los países, y que en algunos la ejerce por sí misma la multitud, saca en conclusión que los reyes y los príncipes han recibido su soberanía por delegación del pueblo, y que sería poco racional pretender que no puede retirarla en caso de abuso de poder, ó usurpación de atribuciones, etc.: su discípulo *Buchanam* considera como la más justa de las guerras la guerra contra un tirano.—Para *J. de Mariana* el rey es inferior al pueblo, de quien deriva su soberanía, legítima sólo en virtud de su consentimiento: el gobierno absoluto no se comprende sino sobre esclavos: el pacto en cuya virtud se le encomienda es condicional, incluye la cláusula de que les dejará siempre su libertad y que jamás obrará despóticamente, y que si se pervierte y degenera en tirano, podrán aperebirlo, y si no se enmienda, declararlo enemigo público y condenarlo á muerte: calificado de tirano por la Asamblea de la nación ó por la opinión pública, puede ser ajusticiado como un reo ordinario ó ser asesinado por un particular.—El más ilustre de todos estos escritores fué *F. Suárez*, predecesor de *Gentile* y de *Groot* en la iniciación de la Filosofía del Derecho como ciencia: según él, la soberanía no reside en un hombre en particular, sino en el pueblo; nace con el cuerpo político mismo, no por virtud de un pacto, sino como una propiedad constitutiva de su naturaleza; por esto la democracia es el

(1) Por un pasaje dudoso de los cit. *Comm. Sentent.*, sup. XLV, q. 2.

estado natural de la sociedad: Para conciliar luego estos principios, que tomaba de la razón, con el hecho vigente en su tiempo, recurre como todos á una ficción: la soberanía es enajenable, no delegable, y toda enajenación de soberanía es absoluta é incondicionada; así el pueblo ha podido trocar su estado natural en monarquía absoluta, en virtud de una renuncia y cesión semejante á la que hizo el pueblo romano por la *lex regia*: en tal caso se despoja voluntariamente de la libertad, y el rey no puede ser privado del poder. Sin embargo, el pueblo legisla mediante la costumbre y puede resistir la ley que sea contraria á ella, y si el príncipe obliga por medio de la fuerza á su cumplimiento y se hace tirano, el reino puede legítimamente hacerle la guerra. Por desgracia, su vigoroso genio no supo librarlo de la enfermedad política de su tiempo, que hacía vulgar y corriente la doctrina del tiranicidio ó monarcomachia, y la sustentó crudamente á impulsos de una fe extraviada y en beneficio de la religión ("cuando el rey hubiere sido depuesto y excomulgado por el Papa") en otra obra que causó no poca agitación en Europa—También *Juan de Márquez*, aunque tan amigo de ensalzar el poder real con menoscabo de los derechos del pueblo, autoriza el asesinato del tirano con usurpación, esto es, cuando no ha sido llamado á la soberanía por elección ó por derecho hereditario, etc. (1).

En el siglo XVII la necesidad de defender la revolución inglesa y el asesinato legal de Carlos I contra los partidarios de los Stuardos, ó el natural influjo que había de ejercer aquel hecho sobre el pensamiento reflexivo, produjo varios escritos que sirvieron de lazo entre las doctrinas avanzadas del siglo XVI y las del XVII, y en las cuales, ora se llega al regicidio con MILTON, ora se estatuyen las primeras

---

(1) Languet, *Vindicia contra tyrannos*; Buchanam, *De jure regni apud Scotos*; Hooker, *Constitución eclesiastica*; Mariana, *De rege et regis institutione*; Hotman, *Franco-Gallia*; Boucher, *De justa Henrici III abdicatione*; Poyntet, *Tratado del poder político*; Domingo de Soto, *De justitia et jure*; Suárez, *Tratatus de legibus, Defensorem fidei catholicae*; Márquez, *El Gobernador cristiano*, etc.

bases del régimen constitucional moderno con LOCKE. Halla éste que el pueblo es quien por derecho instituye el poder legislativo, pero que al hacerlo no abdica en absoluto su soberanía, sino que se reserva implícitamente la facultad de preservarse de sus abusos, así como de reprimir al príncipe que ejerce el poder ejecutivo—cuando usurpe la legislación ó impida la reunión de las Cámaras, ó cambie las bases de la elección, ó entregue la nación á una potencia extranjera, en suma, cuando se sirva del poder contra el pueblo y no para el pueblo,—por medio de una revolución, si falta otro medio legal: esta revolución no tendrá los caracteres de la rebeldía, porque sólo son rebeldes los que se alzan contra las leyes ó las menosprecian é infringen.—Fuera de éstos, los publicistas de aquel siglo, en su mayor parte, sostienen el derecho absoluto de los reyes sobre los pueblos (HOBBS, FILMER, SAUMASIUS, QUEVEDO, SEPULVEDA, BOSSUET, LOYSEAU, LEBRET, PUFFENDORF, etc.).—Las conclusiones de *Hobbes* tienen por principio el materialismo más brutal y grosero, que identifica al hombre con la bestia y con la fuerza el derecho, y deduce con bárbara lógica de premisas arbitrarias la necesidad de erigir un poder despótico que haga posible la vida social. El acto primitivo por el cual se constituye el poder civil no es un contrato, porque antes de la institución del Estado se halla la multitud sola, sin nadie enfrente con quien contratar, y al tiempo de ser instituido, *ipso facto* deja de existir la multitud como tal: hay sí contrato, pero sólo entre los miembros, para convenir en que no resistirán al poder soberano que habrá de levantarse sobre ellos, que querrán lo que él quiera, y tomarán sobre sí la responsabilidad de sus acciones, y no se reservarán la más mínima parte de poder; no interviniendo el príncipe en ese pacto de enajenación tampoco queda obligado, y por grandes que sean sus excesos contra los súbditos, jamás es injusto con ellos, porque se ha subrogado en la personalidad de todos y nadie puede ser injusto consigo mismo. Por tanto, no pueden destronarlo á pretexto de mal gobierno, ni juzgarlo,

ni castigarlo, ni matarlo, porque sería arrebatarse el poder ó darse la muerte á sí propios. Cierto que se halla sometido á las leyes naturales, pero no á las civiles, porque como el derecho absoluto reside en el individuo, al renunciarlo en el Estado, se hace este señor del derecho.—A un resultado semejante llega *Filmer* por otra ficción histórica (ya prevista y combatida por Suárez) que supone el origen del poder político radicado en Adán, le atribuye naturaleza doméstica y paternal, y considera á los reyes como sucesores de Noé por juro hereditario, declarándolos, en consecuencia, irresponsables é inviolables.—*Bossuet* toma un punto de partida semejante al de Hobbes: antes de la institución del gobierno reina la anarquía, no hay pueblo soberano que pueda transmitir el poder con trabas ni sin ellas; la soberanía nace cuando cesa la anarquía, sometiéndose todos al soberano, esto es, cuando queda extinguido el poder de todos, y como no ha mediado pacto, no ha podido reservarse el pueblo el poder de reivindicar la soberanía ni aun de trazarle otros límites que los que le dictan las leyes naturales, el temor de Dios, la equidad natural y su interés propio. Los reyes son cosa sagrada y los primeros después de Dios; es obligado respetarlos con religión: son el Estado mismo, superiores á las leyes, y no hay fuerza que pueda obligarlos á observarlas, fuera de la conciencia; ni aun á pretexto de religión es lícito sublevarse; el pueblo no tiene contra ellos otra apelación que al cielo, ni más derecho que el de pedir á Dios su enmienda.—*Quevedo* parte de esta otra ficción, que viendo Dios cuán mal se gobernaban los hombres por sí después del pecado, determinó bajar en una de las Personas á regir y redimir el mundo y enseñarle la política de la verdad y de la vida, y que por tanto se halla ésta contenida en el Evangelio. La corona, dice, no es entretenimiento sino tarea, y sólo es buen rey el que sirve á sus Estados, no el que los goza; quien divierte al rey no le sirve, le depone. Pero no porque sea tirano hay derecho á destronarlo; al bueno se le ha de amar, al malo sufrir: pues Dios consiente al ti-

rano, siendo quien puede castigarlo y deponerlo, con más razón habrá de consentirlo el vasallo, cuyo primer deber es obedecerle.—Por estos patrones están cortados los demás (1).

En el siglo XVIII casi en absoluto desaparece la doctrina de la revolución; Montesquieu y Rousseau, no dogmatizaron acerca de ella, y KANT dedujo de sus inmortales análisis conclusiones que favorecían el poder absoluto de los reyes. Si es un deber humano, dice, entrar en una sociedad jurídica, también lo es el obedecer á los que se hallan en posesión del mando supremo y del poder legislativo, y no poner sus títulos de adquisición en tela de juicio: toda Constitución debe tenerse por inviolable y sagrada; podrá mejorarse, pero por medio de reformas, no de revoluciones, porque para fallar entre el pueblo y el soberano sería menester que existiera otro con tanto ó más poder que éste, y sobre los dos otro tercero, etc., lo cual es contradictorio, y si un artículo de la Constitución autorizara al pueblo para sublevarse contra el soberano, dejaría de ser soberana esa legislación constitucional, lo cual es también contradictorio. El único poder regulador y moderador del Jefe del Estado debe ser la opinión manifestada por la prensa.

En nuestro siglo muy poco se ha adelantado, á la verdad, en el desarrollo de esta interesante rama de la Ciencia política. En general, se le ha prestado muy escasa atención, á pesar de la tenaz insistencia con que la han solicitado los hechos políticos, y no obstante hallarse imbuídos los publicistas en aquel espíritu doctrinario de los inventores del "justo medio" inaugurado por Montesquieu y Rousseau, dogmatizado por los primeros Ministros de Luis Felipe é inspirado y alimentado en el eclecticismo escéptico de Cou-

(1) Hobbes, *De civit imperium, De civit eccl.*; Saumaise, *Defensio regia pro Carolo I*; Filmer, *Patriarca*; Puffendorf, *De jure. nature et gentium*; Quevedo, *Política de Dios y Gobierno de Cristo*; Marco Bruto; Bossuet, *Politique tirée de L'Écriture Sainte, Cinq. avertissements aux protest.*; Ginés de Sepúlveda, *De regno et regis officio, etc.*

sin, que ha sido el vínculo común de todas las escuelas y partidos, y que ha dado siempre más importancia al estudio de la Constitución y renovación de los poderes del Estado que al conocimiento de su naturaleza y de su destino y misión en el mundo de la sociedad. Así puede sentarse la singular afirmación de que no poseemos hoy aún el racional objetivo principio del término Revolución, con haber sido uno de los que más han jugado en la vida política de nuestro siglo, y que se está todavía en significados parciales y relativos, unos contradictorios con su esencia, otros reales, pero incompletos é insuficientes para servir de base á una doctrina que tenga toda la firmeza de una verdad probada y científica, y por tanto, para ser tomado como criterio cierto en el juicio de lo pasado, y como seguro guía en la práctica del presente ó del porvenir. Quién la considera como un instrumento con que Dios castiga los pecados de los pueblos; quién, al contrario, como un medio de que la Providencia Divina se vale para guiar á la humanidad hacia el cumplimiento de su destino en el mundo; quién como el triunfo de la filosofía y aun de la filosofía positivista; quién como un hecho de fuerza para derrocar el poder oficial del Estado; quién como mudanza en la forma ó en el espíritu del gobierno de los Estados, llevada á efecto con violencia y resistida por una parcialidad más ó menos numerosa; quién como la conversión total del gobierno de un pueblo de monárquico en republicano ó de republicano en monárquico; quién como el acto exterior del hombre y de las colectividades mediante el cual intentan por la fuerza establecer un orden de relaciones jurídicas en sustitución del vigente tenido por malo; quién, en suma, como un mal absoluto, quién como un bien necesario, y quién como una medicina accidental; naciendo de aquí el haber sido condenada desde los más opuestos campos (STHAL, GUIZOT, ROSCHER, AHRENS, GINER, etc.) y desde los más opuestos campos admitida (HALLER, DE-MAISTRE, DONOSO, TAPARELLI, ALCALA GALIANO, FERRARI, PROUDHON, etc.). Todas las

direcciones de los siglos pasados, desde el escolasticismo hasta Kant, han hallado eco y autorizada representación en el nuestro; pero realmente se ha adelantado muy poco en la investigación de aquellas bases racionales que han de abrir camino á la concordia de tan múltiples y divergentes pareceres (1).

(1) Haller, *Restauración de las Ciencias Políticas*; Sthal, *¿Qué es Revolución?*; Donoso Cortés, *Consideraciones sobre la Diplomacia, Lecciones de Derecho Público*; Alcalá Galiano, *Lecciones de Derecho Constitucional*; Ahrens, *Curso de Derecho Natural*; F. Giner, *Principios de Derecho Natural*; Roscher, *Fundamento de la Economía Política*; Ferrari, *Filosofía de la Revolución, Historia de las revoluciones de Italia*; Proudhon, *Teoría del Progreso, La justicia en la Revolución*; Taparelli, *Ensayo teórico de Derecho Natural* (al aplicar la ley general de la vida al desenvolvimiento del Estado, y establecer las condiciones según las cuales nace el Gobierno de hecho y se transforma en gobierno de derecho, haciéndose injusta la obstinación de la justicia contra la violencia afortunada, y legitimándose el hecho consumado; doctrina inmoral, donde se da como posible la prescripción de la iniquidad, se establece un divorcio entre la utilidad y la justicia y se antepone aquella á ésta, todo por haber reducido el problema á pura cuestión personal entre un usurpador y un pretendiente, y distribuído arbitrariamente entre ellos la autoridad civil y la política. Tomo I, cap. V, arts. I, II); F. Canalejas, *La reacción ó las revoluciones*; Pascal Duprat, *Las Revoluciones*; A. Aguilar y Cano, *Las Revoluciones, estudio filosófico-jurídico* (Revista de Filosofía, Literatura y Ciencias de Sevilla, t. IV, 1873); G. de Azcárate, *Legitimidad de las Revoluciones* (Revista de España, Feb. 1876); J. L. Giner, *¿El derecho de instrucción es tal derecho?* (Revista de España, t. XI, 1869. Este distinguido publicista, cuya vigorosa inteligencia y proverbial integridad tan grandes y fundadas esperanzas habían hecho concebir para la ciencia y la política, cuando acaba de arrebatarlo á la patria y á sus amigos una tenaz dolencia, opina en esta interesante Monografía que la insurrección es legítima, porque no adquiere forma jurídica ni entra, por tanto, á constituir materia y objeto de un derecho; no hay derecho en las revoluciones, y sí sólo un hecho fatal, á veces necesario en los tiempos que corremos: la ley, como tal ley, obliga á todos, y sólo después de cumplida cabe protestar y pedir su reforma, si se juzga mala. El remedio para no sucumbir bajo el despotismo, sin apelar á la insurrección, es la *protesta pasiva* ante el abuso y la injusticia de los poderes, no entrando á respirar la atmósfera corrompida que aquéllos le preparan), etc.

Menos han disentido los tratadistas que—incidentalmente casi siempre—han discurrido acerca de la dictadura. No ya Aristóteles, cuya doctrina sobre la tiranía se resiente del hecho de las Constituciones griegas, y más bien que una teoría de la tutela política parece una escuela de despotismo, á semejanza de la abierta con su Príncipe por Maquiavelo, aunque con un sentido moral de que casi en absoluto carecía éste; pero PLATÓN ya descubre en la dictadura un sentido objetivo jurídico cuando dice que para obligar á los hombres á aceptar leyes sabias en sustitución de otras malas y realizar con prontitud útiles reformas, es una fortuna que haya al frente del Estado un tirano joven, dotado de memoria, penetración, valor, energía, sentimientos elevados, y, sobre todo, templanza. Y SAN AGUSTÍN, ampliando discretamente esa vaga indicación platónica, reconoce en la dictadura el carácter tutelar que realmente constituye su naturaleza, sosteniendo que, cuando el pueblo sea justo y moderado, su tutor debe abandonarle la facultad de elegir magistrados que lo gobiernen, pero si llega á depravarse... y hay un hombre de bien con poder bastante, debe quitar á ese pueblo la facultad de conceder los honores, y encomendar el gobierno á los pocos que haya buenos ó á uno solo...—Concréta la más todavía MAQUIAVELO, que en este punto, y aparte de los medios criminales que como de costumbre no vacila en recomendar, discurre con profundidad y, en el fondo, atinadamente: si se quiere establecer una república, dice, en un país de muchos nobles, es preciso exterminarlos todos: la libertad requiere necesariamente la igualdad, porque la desigualdad engendra corrupción, que es causa de que la libertad se pierda; ahora bien, para mantener la libertad en un Estado corrompido, lo mismo que para restablecerla y para fundar y regenerar la igualdad, no bastan los medios ordinarios, antes bien son perjudiciales; es preciso ser uno y hacerse dueño absoluto del Estado por medio de la fuerza. Por desgracia, este hecho supone de ordinario un hombre ambicioso y malvado, mientras que el proyecto de reformar un Estado en su organización política supone un ciudada-

no generoso y probo, y rara vez se encontrará un hombre de bien que quiera seguir caminos reprobados para llegar á un buen fin, ó un hombre perverso que se avenga á sacrificar en aras del bien la autoridad adquirida injustamente. —Rousseau siguió en este punto á Maquiavelo.—En el presente siglo, doctrinarios, positivistas, imperialistas y demócratas han expuesto la necesidad de la dictadura, ya para que preste su brazo de hierro contra el despotismo de abajo á la razón y la justicia (ANCILLON); ya para que en tiempo de revolución, el dictador, identificándose con ella, ponga su voluntad en lugar de la que la nación no puede expresar todavía, y lleve su voz mientras dure la tempestad política (SISMONDI); ya cuando las leyes son benéficas y tutelares, pero viciosas las costumbres, y es necesario contener las revoluciones en su justo límite (DONOSO CORRÉS); ya cuando se hace preciso regenerar el Estado en disolución, y en medio de la tempestad, próxima á naufragar la nave del Estado, aparece un hombre designado por la voz pública como el único capaz de sacarla á puerto, ó cuando hay que guiar á los pueblos á la libertad, y es menester humillar con el despotismo de ésta el despotismo de la servidumbre y salvar la patria con los mismos medios que de otra suerte la esclavizarían (NAPOLEON III); ya cuando buscando el reinado de las leyes se perpetúa el desorden por no darse con la fuerza que para gobernar legalmente se necesita, ó para conservar lo ganado en las revoluciones, poniendo término á los excesos que se emplearon para la conquista, y aun tomando algo de lo antiguo y amalgamándolo con lo nuevo (ALCALA GALLIANO); ya cuando el orden social y la salvación del pueblo dependen de un determinado individuo que por sus títulos de legitimidad, ó de genio político, ó de rectitud, ó por la grandeza de sus empresas, aparece á los ojos de la multitud como su única y toda esperanza, en cuyo caso, aunque haya adquirido por modo injusto el poder, se halla la multitud obligada á obedecerle en igual medida que lo está el individuo á evitar el exterminio de los suyos; y como al deber corresponde el derecho, si los ciudadanos deben obediencia

á ese individuo, él tiene derecho de obtenerlo para el bien común (TAPARELLI); ya cuando un pueblo no puede sostener el gobierno representativo, por carecer de capacidad ó de voluntad para ejecutar todo lo necesario para sostenerlo y cumplir los deberes y funciones que impone, ó por desconocer el principio de obediencia, ó al contrario, por una extrema pasividad y sumisión pronta á la tiranía, ó por vicios positivos en el carácter nacional, por incultura, etc., ó por ser un pueblo bárbaro ó semibárbaro y necesitar para desarrollarse la tutela de un pueblo libre (STUART MILL); ya cuando un pueblo, por ignorancia y grosería ó corrupción profunda, no se halla capacitado para dirigir sus propios destinos; pero en todo caso, la dictadura, semejante al derecho del tutor en la persona y bienes del pupilo, es precaria y se extingue al llegar la mayor edad ó rescatarse la pérdida actitud; cuando las leyes, el gobierno y la existencia misma de la sociedad están en peligro, acontece lo mismo que con las enfermedades extremas, en las cuales los remedios violentos son los mejores (PH. DE TAYAC), etc. (1).—No bastan, sin embargo, estas vagas afirmaciones de los publicistas para que pueda darse por satisfecha la Política ó ciencia del Estado, y esto por dos razones: la primera, porque no van precedidas de una indagación seria sobre los conceptos del Derecho, del Estado y del Poder, que dé á sus afirmaciones

(1) Platón, *Leyes*, lib. IV; San Agustín, *De lib. arbit.*, cap. I; Maquiavelo, *Disc. sobre T. Livio*, lib. I, cap. 9, 15, 18; Ancillón, *Espíritu de las Constituciones políticas*, pág. 103; Donoso Cortés, *Lecciones de Derecho público*, lec. 10; Sismondi, *Estudios sobre las Constituciones de los pueblos libres*, t. I, pág. 195, seq.; Guizot, *Historia de los orígenes del gob. represent.*, t. I, lec. 19; Taparelli, *Crítica de los órdenes representativos*, parte I, cap. III, § 3; Napoleón III, *La idea napoleónica y Sueños políticos*, t. I, de sus obras, *Historia de J. César*, lib. IV, cap. X; Alcalá Galiano, *Lecciones de Derecho Constitucional*, lec. 18, 20; St. Mill, *El Gobierno representativo*, cap. I, II, XVIII; Ph. de Tayac, *Principios de Política positiva*, lib. III, cap. I, lib. V, cap. XI; pág. 68 y 171; Vizconde del Pontón, *La libertad política en Inglaterra*; P. Duprat, *Las Revoluciones*, cap. XIII, dictadores y dictaduras; Villeaumé, etc.

carácter de conclusión racional, en vez de ser anticipaciones hijas de una pura opinión; y en segundo lugar, porque, aun manteniéndose en los límites del conocimiento precientífico, apenas han hecho otra cosa que exponer la necesidad de tal institución, sin detenerse á formular las leyes de su constitución y las formas de su procedimiento, ni las enfermedades de que puede adolecer, ni las perturbaciones que puede con sus abusos motivar, ni los modos de precaverlas y de remediarlas.

Esta carencia de doctrinas sobre problemas tan vitales como son los comprendidos en la rama de la Política que se ha llamado *Física ó Medicina del Estado*, influye perniciosamente en la marcha de los sucesos, dirigidos por hombres y partidos en cuyo espíritu no alumbran las ideas sino con el pálido y vacilante resplandor de los vagos presentimientos. Hasta el presente, únicamente ZACHARIAE y RODER se han ocupado de establecer las bases de una Enciclopedia de las Ciencias Médico-jurídicas, que urge sobremanera desarrollar (1).

---

Dejando nosotros aquí esta general enunciación y concepción de las formas del Derecho Positivo, entraremos desde luego en el análisis más detenido de aquella particular que

---

(1) Zachariae, *Cuarenta libros*, lib. VI, sec. V; Roder, *Política*, § 46.—P. F. Monlau ha indicado también alguna de sus ramas, la Nosología, Etiología, Sintomatología, Semeiótica y Terapéutica, en su *Patología de la Criminalidad*, discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, donde compara el Cuerpo Social y sus dolencias con el cuerpo humano y las enfermedades corporales. Puede consultarse también un discurso del profesor D. Alejandro San Martín, titulado *La Terapéutica individual y social*.

La Medicina Política había sido ya prevista por *Aristóteles*, que enlaza la teoría de las enfermedades del Estado (despotismo, oligarquía, demagogia) con la de las formas de Gobierno, y consagra un capítulo á la profilaxis, ó sea, á las causas de conservación de los Estados. También *Bacón* dedica uno de sus Ensayos á las *perturbaciones polí-*

motivó el propósito de este libro, á saber, de la forma legislativo-consuetudinaria. Para otros ó para otra ocasión el indagar y asentar la doctrina de las demás, y los principios que deben dirigir su realización práctica en la Vida del Estado.

## FIN

---

*ticas y sediciones*, donde analiza los pronósticos, los materiales, las causas y los remedios; pero tocante á estos últimos, semi-maquiavélico como es, más que á restablecer la salud extirpando las causas, enseña al Gobierno el modo de librarse de ellas sin satisfacer las quejas del pueblo: ha tomado sus principios de la realidad; su maestro ha sido la mezquina y criminal política francesa del siglo xvi, como la de Maquiavelo lo fué la política italiana del siglo xv.

Algunos les han dado carácter normal—como *Scioppius*, que estudia la manera de conservarlas y acomodarse á ellas, en igual línea que las formas ordinarias y regulares de gobierno, y como estados patológicos que piden ser estudiados y contemplados desde el punto de vista de la Terapéutica; y otros han negado su existencia, como *Hobbes*, que deduce lógicamente de sus principios que lo que se llama tiranía, oligarquía, demagogia, no son enfermedades sino por aprensión, que realmente son formas idénticas á la monarquía, aristocracia y democracia.



# INDICE

|                                                                                                    | Págs.   |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| <b>Otorgamiento del premio.....</b>                                                                | IX      |
| <b>Lema de esta obra.....</b>                                                                      | XIII    |
| <b>Prólogo de D. Gumersindo de Azcárate.....</b>                                                   | XV      |
| <b>Introducción:</b>                                                                               |         |
| <i>Objeto de este estudio.....</i>                                                                 | 1       |
| Importancia presente de los problemas jurídicos .....                                              | 5       |
| Determinación del que sirve de tema á este trabajo.....                                            | 9       |
| La costumbre según el sentido común.....                                                           | 10      |
| Enciclopedia de la costumbre de derecho.....                                                       | 13      |
| <i>Plan consiguiente:</i>                                                                          |         |
| De la parte filosófica.....                                                                        | 18      |
| De la parte histórica... ..                                                                        | 21      |
| <i>Modo de proceder en él:</i>                                                                     |         |
| Medio ó fuente para el conocimiento de la costumbre.....                                           | 25      |
| Método para su indagación .. ..                                                                    | 30      |
| <i>a—Concepto del Derecho (§§ 1-6).....</i>                                                        | 33-60   |
| <i>b—Concepto de la Vida:</i>                                                                      |         |
| <i>a—Consideraciones preliminares acerca de él (§ 7).....</i>                                      | 66      |
| <i>b—Indagación racional del concepto Vida (§§ 8-9).....</i>                                       | 72-80   |
| <i>c—Leyes de la Vida (§ 10).....</i>                                                              | 87      |
| <i>c—La Vida del Derecho:</i>                                                                      |         |
| <i>a—Fórmula de su concepto (§ 11).....</i>                                                        | 94      |
| <i>b—Examen de estos elementos: 1.º Derecho ideal (§ 12).....</i>                                  | 99      |
| 2.º El derecho positivo (§§ 13-15).....                                                            | 103-116 |
| 3.º La actividad jurídica (§ 16).. ..                                                              | 121     |
| <b>Leyes de la Vida del Derecho.</b>                                                               |         |
| 1.º— <i>Ley fundamental:</i>                                                                       |         |
| <i>a)—Objetiva, ó por relación al Derecho: el bien jurídico (§ 17)..</i>                           | 126     |
| <i>b)—Subjetiva, ó por la relación á la actividad del Estado: la libertad jurídica (§ 18).....</i> | 128     |

|                                                                  | Págs.   |
|------------------------------------------------------------------|---------|
| 2.º— <i>Leyes particulares:</i>                                  |         |
| Objetivas: reales, formales, reales-formales (§ 19).....         | 131     |
| 1.º Esenciales ó reales:— <i>a</i> )..                           | 131     |
| 2.º Formales:— <i>a</i> ).....                                   | 132     |
| 3.º Reales-formales:— <i>a</i> ).....                            | 133     |
| 3.º— <i>Leyes particulares:</i>                                  |         |
| Subjetivas: Reales, formales, orgánicas (§ 20) .....             | 134     |
| <i>a</i> )—Reales.....                                           | 134     |
| <i>b</i> )—Formales.....                                         | 140     |
| <i>c</i> )—Orgánicas. . . . .                                    | 146     |
| <b>Formas del Derecho positivo.</b>                              |         |
| Consideración previa (§ 21).....                                 | 151     |
| <i>a</i> — <i>Formas normales:</i>                               |         |
| <i>a'</i> —En la función declarativo-legislativa (§§ 22-26)..... | 153-173 |
| <i>b'</i> —En la función ejecutivo-administrativa (§ 27).....    | 185     |
| <i>c'</i> —En la función reguladora ó armónica (§ 28).....       | 197     |
| <i>b</i> — <i>Formas anormales del Derecho positivo:</i>         |         |
| <i>a'</i> —En la función declarativo-judicial (§§ 29-32).....    | 204-228 |
| <i>b'</i> —En la función ejecutivo-reparadora (§ 33) .....       | 228     |
| <i>c'</i> —En la función reguladora (§§ 34 y 35). . . . .        | 237-252 |
| Conclusión .....                                                 | 268     |



# OBRAS QUE FORMAN LA BIBLIOTECA DE D. JOAQUÍN COSTA

|                                                                                                                                       | Ptas. |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Teoría del hecho jurídico individual y social.....                                                                                 | 7     |
| 2. La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses.....                                                                   | 7     |
| 3. Estudios jurídicos y políticos.                                                                                                    | 7     |
| 4. Reorganización del Notariado, del Registro de la propiedad y de la Administración de Justicia.....                                 | 5     |
| 5. Reforma de la Fe pública.....                                                                                                      | 4     |
| 6. El juicio pericial (de peritos prácticos, liquidadores, peridores, terceros, etc.) y su procedimiento.....                         | 3     |
| 7. Los fideicomisos de confianza.....                                                                                                 | 4     |
| 8. Poesía popular española, y Mitología y Literatura celtohispanas.....                                                               | 10    |
| 9. Estudios ibéricos. (La servidumbre entre los iberos. Litoral español del Mediterráneo en los siglos v-vi, antes de J. C.).....     | 6     |
| 10. Colectivismo agrario en España. (Doctrinas y hechos.)..                                                                           | 12    |
| 11. Reconstrucción y europeización de España.....                                                                                     | 6     |
| 12. Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España, urgencia y modo de cambiarla.....                             | 14    |
| 13. Crisis política de España. (Juegos florales en Salamanca,.).....                                                                  | 1,50  |
| 14. El problema de la ignorancia del derecho como culpa y sus relaciones con el sistema individual, el referendum y la costumbre..... | 1,50  |
| 15. Derecho consuetudinario del Alto Aragón.....                                                                                      | 7     |
| 16. Derecho consuetudinario de España.....                                                                                            | 7     |
| 17. Primera campaña de la Cámara Agrícola del Alto Aragón.....                                                                        | 2     |
| 18. La fórmula de la Agricultura española: tomo I.....                                                                                | 8     |
| 19. Idem id.: tomo II.....                                                                                                            | 6     |
| 20. Agricultura armónica (expectante popular).....                                                                                    | 2     |
| 21. Política hidráulica. (Misión social de los riegos en España.).....                                                                | 3,50  |
| 22. El arbolado y la patria.....                                                                                                      | 2,50  |
| 23. La tierra y la cuestión social..                                                                                                  | 2,50  |
| 24. Marina mercante y marina de guerra.....                                                                                           | 1,50  |
| 25. La vida del derecho, con prólogo de D. G. Azcárate.....                                                                           | 5     |

## EN PRENSA Y EN PREPARACIÓN

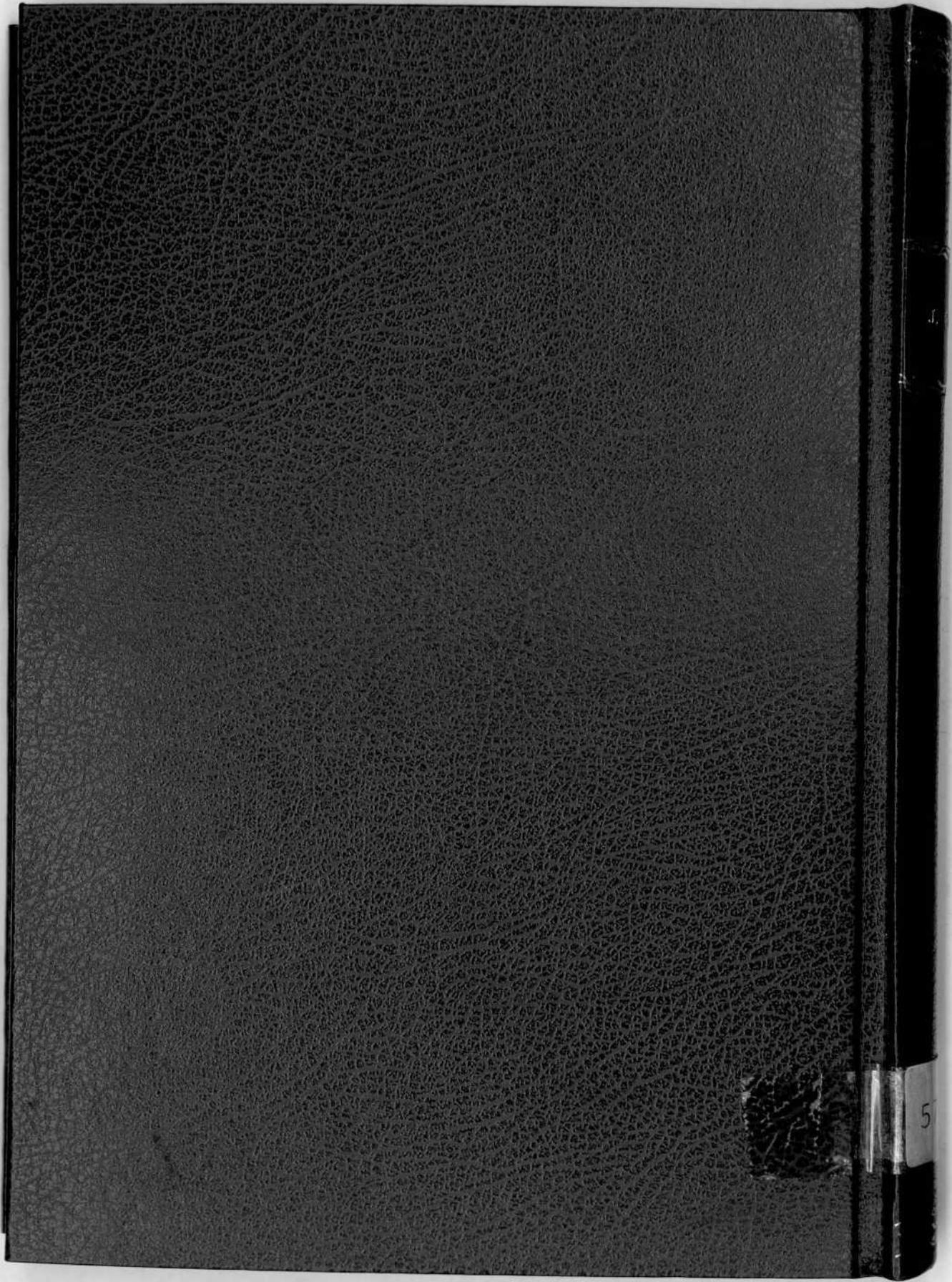
1. Tranvías y ómnibus: estudio de derecho administrativo.
2. Los Ayuntamientos y las alineaciones de calles.
3. El Consejo de familia en España. (Comentarios al Código civil y jurisprudencia establecida, con notas de procedimiento.)
4. Ideas apuntadas en la Exposición de París de 1867.
5. Islas líbicas: Cípris, Cerne, Hesperia.
6. Último día del paganismo y... primero de lo mismo. (Obra póstuma.)
7. Plan de una historia del derecho español en la antigüedad.
8. El comercio español y la cuestión de Africa.
9. El conflicto hispano-alemán sobre la Micronesia.
10. La enseñanza de la Agricultura.
11. Regeneración y tutela social.
12. Problemas de derecho aragones.
13. Cartas á un Obispo: historia de un despojo.
14. Escuela y despensa: Problemas pedagógicos.
15. La patria de Viriato.
16. La Guinea española.
17. Política geográfica, según Joaquín Costa.
18. La religión de los celtíberos.
19. Política hispano-marroquí.
20. Problemas prologados.
21. Mi partido político.
22. Estímulos comerciales.
23. Justo de Valdediós (novela).
24. Cómo deben ser los Municipios. (Discursos pronunciados en Zaragoza.)
25. «Dar de comer al hambriento» (problemas obreros y casas baratas).
26. La generación del poder.
27. Epístola republicana.
28. El faro de los niños.
29. Por qué fracasó la «Unión Nacional».
30. Lo gastado en la guerra, ¡si se hubiese gastado en la paz...!
31. El pesimismo nacional.
32. Zaragoza á Costa... Costa á Zaragoza.
33. Influencia del clero en el progreso de la nacionalidad.
34. Excerpta (reunión de varios trabajos).
35. «Revista Nacional» (órgano de la Liga Nacional de Productores).
36. Soter ó el último tirano (en colaboración con D. Manuel Bescós).
37. Colectivismo, comunismo y socialismo en derecho positivo español. (Ensayo de un plan.)

Estas obras pueden adquirirse en las principales librerías de España, y en el depósito «Biblioteca Costa», calle de las Naciones, 2 y 4, hotel, Madrid.









5

J. COSTA

5709