

L

4909

~~Handwritten scribbles~~

del Puro
Giner

2

Röder.

Principios de Derecho natural

traducidos del alemán

por

Francisco Giner

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Madrid.

Entrega 1.^a

Precio: 6 reales.



(Está en prensa la entrega 2.^a)



Madrid,

Imprenta, estereotipia y galvanoplastia de Aribau y C.^a

(sucesores de Rivadeneyra),

impresores de Cámara de S. M.

Duque de Osuna, 3.

1875.

Principios de Derecho natural.



Introduccion.

I.

Determinacion del problema y del camino (método) para su solucion.

§ 1.

En todo tiempo han tenido ciertas ideas fundamentales principalísima importancia para la direccion entera y desarrollo de la historia humana, asegurando siempre por esto mismo á aquellos espíritus superiores, que lograron anticiparse á la generalidad en comprenderlas claramente y hacerlas valer en la vida, un predominante y bienhechor influjo, no ya sobre su propio pueblo, sino áun mediatamente sobre toda la sociedad de su época y de las demas épocas posteriores. Hállase en primera línea entre estas ideas la del Derecho, juntamente con las de lo Bueno, lo Verdadero y lo Bello, con las que se enlaza por indisoluble manera, mediante su comun origen, en la primera y fundamental verdad de la razon, á saber: la idea de Dios. El progreso ó retroceso de la Humanidad dependen constantemente, segun el testimonio de la historia, de que estas tendencias ideales y morales penetren en la vida con mayor pureza y energía y en círculos cada vez más amplios, ó que, por el contrario, se debiliten y reduzcan su accion á un corto número de hombres, ya que no se paralice por completo.— Así tambien precedió siempre á todo momento de grandeza y elevacion de un pueblo una nueva excitacion y fortalecimiento moral, del propio modo que á su exterior decadencia y ruina la interna disolucion de todos sus elementos éticos y de cultura. Ni es ménos cierto que apénas se pierde ó debilita la confianza de los individuos ó de los pueblos en los bienes ver-



daderamente superiores de la vida humana, en los poderes morales de ésta, aunque sólo sea en un determinado respecto, extiéndose pronto el mal á todos. Únicamente así se explica el fenómeno de que la injusticia, la arbitrariedad, la tiranía, no ya destruyan á la larga la firme creencia en la verdad eterna del Derecho ántes de toda ley meramente humana, sino que al punto engendra una indiferencia glacial hácia lo justo y lo injusto, y áun hácia toda noble aspiracion, hácia todo lo que hace hombre al hombre, de suerte que irremisiblemente, más tarde ó más temprano, la corrupcion moral y el olvido de Dios y del deber, logra digno término en un egoismo desenfrenado y vergonzoso.

Pero es harto más triste ver esta indiferencia en aquellos que del cultivo teórico ó práctico de la jurisprudencia han hecho profesion cardinal de su vida : ver que para nada se cuiden del Derecho y de su santidad, ni aprendan á distinguirlo de la injusticia, ó lo olviden, si es que lo aprendieron; cayendo de este modo, no sólo en abierta contradiccion consigo mismos, sino tambien necesariamente en una rutina vulgar, servil y mecánica, desde el momento en que dejan á un lado la cuestion, á todas luces primera y más importante para su oficio, á saber : la de *qué sea* el Derecho, ó se contentan con darle una respuesta, tomada, no de la eterna y esencial naturaleza del Derecho mismo, sino meramente de lo que, bajo el influjo de las limitaciones históricas, encuentran establecido en tal ó en cual época por la ley de los hombres.

Ahora bien : la acertada y completa solucion de este problema es lo que constituye el asunto de una exposicion científica del llamado *Derecho natural* ó de la *Filosofía del Derecho* : ya que ésta debe conducirnos al conocimiento de aquellas ideas tocante al Derecho y al Estado que no dependen del espacio ni del tiempo, del accidente ni de la voluntad, y que al par de la razon misma y de todos sus principios y leyes, son inmutables. Concebir claramente é informar en la vida estas ideas de una manera adecuada para constituir en la sociedad un orden racional jurídico y político, fué en todos tiempos y lugares, á sabiendas ó no, fin invariable de las aspiraciones de los pueblos, y ha llegado á ser decididamente, en los tiempos modernos más que nunca, asunto vital para las naciones cultas, en cuya historia ocupa lugar preferente.

Sin este exacto conocimiento de lo justo y de lo injusto en su pura y única verdad universal, falta la primera y más esencial condicion para el debido cumplimiento del Derecho en la vida, esto es, así para un juicio fundamental y desapasionado de lo que tienen por Derecho los Estados actuales, como para el constante y ulterior mejoramiento, conforme al progreso de la vida, del orden jurídico existente, aún imperfecto, en todo cuanto pertenece á la obra reflexiva, y por consiguiente más precisa y concreta de la legislacion. Do quiera y siempre se ha mostrado la idea del Derecho como un resorte también fundamental, como un principio determinante de la vida social humana y de todas sus instituciones, como una fuerza viva, en suma. Ninguna otra necesidad se ha dejado sentir con mayor energía ni más pronto en todas épocas que la de constituir un orden jurídico cualquiera, por más que la idea de este orden en los grados inferiores de la civilizacion no haya sido ni podido ser comprendida durante largo tiempo en toda su naturaleza, sino en tal ó cual de sus aspectos tan sólo, y al principio únicamente en el más exterior, flotando en su espíritu como un presentimiento más ó ménos velado, é incapaz de expresarse en otra forma que en la de la costumbre, tan irregular é insegura.

Para resolver ahora de un modo universalmente inteligible el problema á que acabamos de referirnos, se requiere ante todo *mostrar*, mediante una investigacion imparcial, los datos que nuestra propia conciencia nos ofrece sobre el Derecho y el Estado, en relacion con la naturaleza y vida humanas, *deduciendo* luégo los principios generales que constituyen el objeto de nuestra ciencia, en atencion, así á los resultados de esta *experiencia interna* como á los de la *externa*, esto es, á los hechos de la vida social á que dichas ideas se refieren: pues, sólo de esta suerte es posible fundarla de una manera interior y exteriormente estable, ó lo que es lo mismo, darle una firme base subjetiva y objetiva (1). Este procedimiento, llamado *subjetivo-analítico*, y único que puede conducirnos con seguridad al principio de nuestra ciencia, parece, pues, ser también el adecuado para el presente ensayo.

(1) Correspondiendo siempre todo exterior á un interior y viceversa, deben probarse, rectificarse y completarse uno por otro.

II.

Reflexiones preliminares sobre el concepto y nombre de la Ciencia del Derecho natural.

§ 2.

Ya en la antigüedad hallamos expresada más ó ménos claramente la idea de un Derecho que no es en sí obra humana, sino ley universal, eterna y divina, infundida en nosotros (1). Sin embargo, la constitucion sustantiva de una ciencia de este Derecho es sólo fruto de los últimos siglos: pues únicamente despues de romper, á consecuencia del movimiento religioso del siglo XVI, las cadenas que impedían toda libre indagacion, se produjo más concreta y universal que nunca la aspiracion á un *saber completamente cierto* del Derecho, con independencia de toda autoridad é influjo exterior, así como de toda ley eclesiástica ó política, y especialmente de la fé ciega en la Biblia y en el Derecho romano: por esto los modernos escritores de Italia designan con frecuencia el Derecho natural como una « ciencia protestante », á cuyo desarrollo cooperan, sin embargo, con extremado celo.

A partir de esa época, comenzó á buscarse un Derecho que no tuviera en la arbitrariedad y el acaso su fuente (el principio de su conocimiento y fuerza obligatoria), sino en la

(1) Sirvan de testimonio los siguientes pasajes, tan conocidos como oportunos, de **Ciceron** en su *Or. pro Milone*, c. IV: « Est enim haec... non scripta, sed nata lex: quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus: ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus. » — Id. *De legibus*, I, 4: « Hanc video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingenii excogitatam nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia » etc. — *Ibid*, I, 5: « Natura juris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda natura. » — *Ibid*: « Non ergo a Praetoris edicto, neque a XII tabulis, sed ex intima philosophia haurienda juris disciplina. » — § 11. *Inst. de jure nat. gent. et civ.*, I, 2: « Sed naturalia quaedam jura, quae apud omnes gentes peraeque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque inmutabilia permanent, ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata. »

naturaleza y *destino* imperecederos del hombre : sólo, pues, en la razón, y que precisamente por esto fuese como *lex legum*, según el dicho de Bacon, bien común de todos á la par : un verdadero Derecho universal (*jus universale*) para todos los pueblos y tiempos, y á la vez, ya que no la única, la primera y más importante base de juicio de todo derecho positivo.

Conforme á este sentido, intentóse á la par constituir una ciencia que encerrase las eternas verdades sobre lo justo y lo injusto, y á la cual se han venido dando muy diversos nombres, tales como Teoría filosófica del Derecho, Filosofía del Derecho, Metafísica del Derecho, Ciencia fundamental del Derecho, Dicoología, ó bien, elípticamente, por su objeto, Derecho racional, Derecho normal, general (privado, político y de gentes), y sobre todo y con mayor frecuencia *Derecho natural*. Este último nombre es en verdad muy equívoco, aún en el caso en que no se le confunde con el de *Ciencia del Derecho natural*, y adolece de indeterminación, si se entiende por natural solamente lo propio de la esencia *inmutable* (así racional como sensible) del hombre : pues que el Derecho positivo, fundado sin duda asimismo en ésta, es en lo tanto no ménos natural que aquél. Esta denominación, no obstante, según el uso del lenguaje, indica sólo el Derecho *racional*, esto es, cognoscible por la pura razón (*a priori*) y que es por consiguiente el que más corresponde al φύσει (κοινὸν) δίκαιον de los griegos y al *jus gentium* de los romanos (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*), á diferencia del Derecho positivo constituido en un pueblo (históricamente efectivo, actual, vigente), fundado en gran parte sobre el accidente y la voluntad arbitraria y que es el νόμῳ (ἴδιον) δίκαιον ó *jus proprium civitatis i. e. quod quisque populus ipse sibi jus constituit (sive suffragio, sive rebus ipsis et factis)* s. *jus civile*.

Pero de modo alguno debe concebirse el Derecho natural en el sentido del *jus naturale* de los romanos (*quod natura omnia animalia docuit*) ó en el de Espinosa, casi conforme con éste, y según el cual abraza todo lo que acontece con interior necesidad, á consecuencia de la esencia ó naturaleza de algun sér, v. gr., á causa de su mayor fuerza (1).

(1) V. **Espinosa**, *Tractatus theologico-politicus*, c. XVI.

Tampoco ha de entenderse por Derecho natural el correspondiente á un pretendido *estado de naturaleza*, ora se conciba éste como una situación imaginaria de completa insociabilidad y aislamiento, ora de sociedad, pero inorgánica y anterior á la fundación del Estado. Para representar al supuesto hombre natural en la primera de esas situaciones, tomáronse los colores que prestára un hombre desde muy temprano aislado y agriado por la desgracia hasta un punto de fiereza verdaderamente salvaje; olvidando que, si en verdad cada hombre es por naturaleza un sér singular, un individuo, es también juntamente un sér social; y que si bien podemos concebirlo prescindiendo de las múltiples relaciones en que se halla do quiera en la realidad, jamás podemos ni debemos colocarlo fuera de ellas.

En cuanto al estado de naturaleza en el segundo sentido, es positivo que lo hallamos de hecho en la vida de los pueblos, mas sólo como un fenómeno histórico y singular, que cuando no significa decadencia, ofrece como un primer comienzo y ensayo de formación extremadamente imperfecto y correspondiente sólo á la edad de su infancia: por donde es imposible elevarlo á criterio y norma, á ménos que no se quiera, por extraño modo, poner en lo pasado el ideal de la vida. Si el hombre no nace bastante ágil ya desde el principio, como por lo comun el animal, sino que trae la capacidad y destino de perfeccionarse incesantemente, no es lícito pretender que en una edad particular de un individuo ó un pueblo, incluso la de la madurez, se hallen á la vez realizados todos los principios para el desenvolvimiento de la vida jurídica humana, ni tomarlos de allí por consiguiente. Antes al contrario, si la ciencia del Derecho natural debe enseñarnos estos principios con respecto á *todos* los grados y situaciones de la vida, sanos ó enfermos, permanentes ó transitorios, sólo puede construirse sobre el conocimiento de la naturaleza entera del hombre, como sér racional y sensible en la unidad de sus fuerzas y aptitudes esenciales, y sobre la ley de su desarrollo.

Por dos razones se vino á parar á estas consideraciones sobre un estado y derecho de naturaleza fantaseado de tal ó de cual modo. Primeramente, porque se imaginó, en tiempos de gran inferioridad en la investigación filosófica, poder hallar en un momento sensible, exterior é histórico de la Humanidad lo que sólo cabe deducir de la interior contemplación

de lo que corresponde á la naturaleza del hombre y de la sociedad, y debe por esto realizarse: momento que con más decision se trasportaba á aquella época paradisiaca en que los hombres, nacidos puros de la mano del Creador, no habian aún caído en la culpa y el pecado. En segundo lugar, por haber sentido la necesidad de prescindir de la existencia del Estado para llegar á explicarla y á afirmarla con plena conciencia, esto es, derivándola de un orden de cosas anterior á él. De todos modos, para fundar científicamente el Derecho y su organizacion política, jamas puede bastar como punto de partida esa supuesta libertad natural, ó más bien libertinaje y disolucion, ya imaginaria, ya efectivamente histórica. Sólo en el Estado y mediante él llega el hombre á ser hombre completo. Este y no otro es, pues, su verdadero estado de naturaleza. De aquí que el Derecho natural deba considerar y ser aplicable al hombre principalmente como ciudadano del mundo y del Estado en general, no de tal ó cual determinado Estado.

III.

Importancia de la Ciencia del Derecho natural.

a) Ojeada histórica á los diversos modos de exponerla.

§ 3.

Quizá la importancia de ninguna otra ciencia ha sido objeto de tan diferentes juicios como la de la Filosofía del Derecho, ya con razon, ya sin ella, segun se consideren los varios modos con que ha sido tratada: porque áun despues de haberse libertado de las extravagancias á que conducia la hipótesis ya indicada del estado de naturaleza, ha venido cultivándose, por lo comun, de un modo casi tan infructuoso y siempre tan científicamente imperfecto, como habrá ocasion de mostrar más adelante (1). Donde salió mejor librada (como en la escuela de Wolff y en algunos escritores modernos), de tal suerte se la confundió con la Moral, que sólo con la mayor circunspeccion pudo hacerse de ella uso en la vida, y que los hombres consagrados á la práctica del Derecho quisieron oír

(1) V. los §§ 71, 72, 74 y siguientes.

hablar de ella todo lo ménos posible, ya que precisamente sentían á cada paso necesidad de hallar la distincion esencial entre ambas esferas.

En la opuesta direccion, no ménos errada (principalmente abierta por Kant y Fichte), se cayó en un radical divorcio entre la Filosofía del Derecho y la Moral, igualmente que entre ambas y la vida. La primera, sobre todo, apénas fué más que una inanimada armazon de fórmulas vagas y huecas, que nada ó casi nada servian para la vida, ántes violentaban todo lo histórico y existente. Y para prestar algun contenido á esas fórmulas fué menester, apremiados por la necesidad, tomarlo de un determinado derecho positivo, por lo comun del romano, cuyos principios se recortaron con bastante arbitrariedad, trayéndolos á una expresion todo lo más general y vana posible, á fin de atribuirles inconsideradamente un supuesto valor universal.

Al despertarse un sentido verdadero de la Historia, no podia por ménos de engendrarse profunda aversion hácia un proceder de tal modo erróneo y desautorizado. Mas tan legítima como era esta repugnancia, tan desafortunadas fueron las primeras tentativas para emprender otro mejor camino. Porque de un lado, á nadie satisfacía en manera alguna aquel árido y seco formalismo; miéntras que de otro, se llegó á perder toda esperanza de encontrar una idea del Derecho, verdaderamente viva y fecunda, con que poder sustituirlo, y por tanto, en suma, de la posibilidad de toda Filosofía del Derecho. Así pudo satisfacerse la aspiracion de algunos (Hugo) con discurrir arbitrariamente, aunque por lo demas con gran talento é interesante fuerza de observacion, sobre las instituciones jurídicas de los más diversos tiempos y pueblos, creyendo poder dar á tales comparaciones y juicios, completamente faltos de solidez y de base, y guiados casi por entero de consideraciones de mera utilidad exterior, el nombre de una Filosofía del Derecho positivo. En lo esencial, toda la llamada escuela histórica (Savigny, Eichhorn, Puchta, etc.) llegó á este desesperado punto de vista, sin pasar más allá; aunque no atreviéndose á confesarlo abiertamente y sabiendo, muchísimo mejor que Hugo, su verdadero fundador, disimular este defecto radical por medio de bellas apariencias y utilizando magistralmente los puntos vulnerables de sus contrarios.

Quizá peor todavía fué lo que aconteció á nuestra ciencia cuando se comenzó á amparar con su nombre una nueva escolástica política, que, á sabiendas ó no y por modos en verdad muy diversos, se propuso como fin la apoteosis de lo existente á favor de un falso barniz filosófico. Tal aconteció en primer término con Hegel y con sus más genuinos discípulos, quienes oscurecieron y rebajaron ó, á lo ménos, merced al tormento de un método tan pesado como ininteligible, falsearon y desnaturalizaron muchas de las más sencillas y elementales verdades, cooperando por su parte, no á hacerlas patrimonio y bien comun de todos, ántes alejando de ellas por extremo la conciencia áun de los hombres más cultos, y divorciándolos radicalmente de todo cuanto pueda trascender á filosofía.

Enteramente por otro camino se intentó, poco más ó ménos, lo propio por Stahl, que apoyándose afanoso en meras creencias reveladas, que expone con sutileza verdaderamente bizantina, y en toda clase de metáforas é imágenes impropias y nebulosas, con notorio desprecio de toda filosofía y especialmente de toda lógica (1), pretendió rodear de una falsa aureola gran parte de ideas é instituciones jurídicas, principalmente hijas de la Edad Media y que, por fortuna nuestra, han quedado rezagadas largo tiempo há, y envolver en las nieblas de un misticismo confuso las ideas conquistadas en áspera lucha por nuestra época, á fin de impulsar á los hombres y á la ciencia del día á retroceder al camino de aquellos buenos tiempos antiguos.

Cabe esperar ya hoy, sin embargo, que al fin se reconozca toda la alta importancia que la Filosofía del Derecho tiene para la ciencia y la vida jurídicas, cuando es lo que debe ser, y que todos los beneficios que por su naturaleza puede producir, los producirá al cabo ántes de mucho, desde que ha comenzado á romper, merced principalmente á Krause, las ligaduras del escolasticismo y el misticismo políticos, al par que del formalismo puramente negativo é infructuoso, renaciendo con decisiva importancia para el continuo y bien ordenado desar-

(1) Sobre este punto, véanse especialmente las oportunas reflexiones de **Liebe** en los *Anales críticos de Schneider* (*Schneider's krit. Jahrb.*), 1847, núm. 4, entre otras, p. 330, etc.

rollo de la sociedad; y desde que, por último, se ha intentado con sorprendente éxito hacer patrimonio comun de los hombres sus fecundas verdades, por medio de una exposicion á todos accesible (1).

b) Razones generales de su importancia.

§ 4.

Prescindiendo de los imperfectos ensayos de Filosofía del Derecho, ya indicados, y propios muchas veces á inspirar desaliento, tiene nuestra ciencia, considerada en sí misma, al par

(1) El principal mérito en este respecto será siempre de Cárlos Cristian Federico **Krause**, muchos de cuyos escritos filosóficos explican magistralmente en el sistema de la ciencia el Derecho y el Estado en relacion con el organismo de la sociedad; especialmente deben citarse sus *Lecciones de Filosofía pura de la Historia* (*Vorlesungen über die reine Philosophie der Geschichte*), edicion póstuma de 1843, así como ya ántes las relativas al *Sistema de la Filosofía* (*Vorlesungen über das System der Philosophie*; 1828) y su *Ideal de la Humanidad* (*das Urbild der Menschheit*) 1811 (a). Tambien ha dado Krause un tratado especial de la Ciencia jurídica y política, en el espíritu de todo su sistema, como parte del mismo, fundada metafísicamente y en rigurosa forma *sin-tético-deductiva*, en su *Compendio de Filosofía del Derecho* (*Abriss der Philosophie des Rechts*, 1828), cuyo ámplio desarrollo en las lecciones explicadas sobre este texto, se publicará en su dia (b). Muchas consideraciones excelentes contenia ya su *Fundamento del Derecho natural* (*Grundlage des Naturrechts*), dado á luz en 1803, y cuya continuacion se halla entre sus manuscritos inéditos.

La gran fecundidad de las doctrinas fundamentales que tocante al Derecho y al Estado ha expuesto Krause no se ha hecho patente por completo hasta que su discípulo Enrique **Ahrens**, que en su *Cours de Droit naturel ou de Philosophie du Droit* (Paris y Leipzig, 1840, casa de Brockhaus y Avenarius) procede enteramente de dichos principios, pero prescindiendo de todo lo que dista aún harto de las concepciones reinantes y que por esto no puede esperar todavía ser universalmente reco-

(a) El ilustre **Sanz del Rio** publicó en 1860 una refundicion de este libro con el titulo de «*C. F. Krause: Ideal de la Humanidad para la vida*, con introduccion y comentarios por D. Julian Sanz del Rio»: refundicion que en realidad debe ser considerada más bien como una obra enteramente nueva, aunque inspirada en la del filósofo aleman. Posteriormente, en 1871, se ha hecho una 2.^a edicion (póstuma) aumentada con el célebre *Discurso inaugural* que en 1857 pronunció en la Universidad de Madrid su insigne profesor de Historia de la Filosofía. (N. del T.)

(b) Esta publicacion ha tenido lugar en 1874 con el titulo de *Sistema de la Filosofía del Derecho: lecciones para toda clase de personas ilustradas* (*Das System der Rechtsphilosophie*, etc.) y bajo la direccion del mismo *Ræder*. (N. del T.)

que toda Filosofía, un valor sustantivo en cuanto es conforme á las exigencias del hombre pensador y á la dignidad de nuestro

nocido en su importancia mediante un desenvolvimiento rigurosamente científico de la Filosofía del Derecho. Su luminosa exposicion *analítica*, su exacto acomodamiento á la exposicion usual en las legislaciones positivas y su flexibilidad para entrar en un sinnúmero de aplicaciones, son cualidades extremadamente propias para traer á clara conciencia las verdades fundamentales jurídicas y políticas en relacion al problema social entero. El primer ensayo para dar á conocer en Alemania este trabajo importante, merced á un extracto sumario de él, fué nuestra indicacion detallada en los *Anales críticos de Jurisprudencia alemana de Richter y Schneider* (*Richter's und Schneider's krit. Jahrb. für deutsche Rechtsw.*), 1839, entrega 10, y 1841, entrega 5; aunque tambien en los *Anales de Heidelberg* (*Heidelb. Jahrb.*) 1840, p. 481-501, puso de manifiesto su importancia R. de **Mohl**, como se hizo en los de Halle (*Hall. Jahrb.*), 1841, entrega de Junio, núm. 153-155, etc.

La prediccion de Mohl de que esta obra haria época en Francia, y en general en todos los pueblos de lengua latina, se ha confirmado desde entónces sorprendentemente: pues desde 1840, en cuyo año apareció completa la primera edicion francesa, hasta hoy, se han seguido cinco ediciones numerosas (sin contar una furtiva) la última de las cuales es de 1859 (a). Además se han dado á luz: una traduccion portuguesa, una refundicion en Lima y una traduccion española que ha tenido ya dos ediciones (b). En Italia no sólo se ha publicado traducida en cuatro ediciones por lo ménos (que quizá sean cuatro traducciones distintas, á juzgar por el diverso lugar de cada una), sino que ha merecido el honor de una tentativa de refutacion de De Giorgi y Bigoni elevada á la categoría de libro y que es harto defectuosa para no haber aprovechado más bien que dañado á su adversario. Últimamente, se ha traducido tambien al húngaro, al holandés, etc. Durante algun tiempo tambien ha parecido cumplirse la otra profecía de Mohl «de que en Alemania la mayoría de los que cultivan como profesion el Derecho natural no se dejarán apartar de la tranquila posesion de las teorías de **Kant**, **Hegel** y **Stahl**, únicas salvadoras.» Sin embargo, hoy ya no es de temer este peligro, habiendo aparecido posteriormente una traduccion alemana de la 2.^a edicion francesa por **Wirk**, así como la esmerada refundicion que en la misma lengua hizo el autor en 1852 de su obra, que se agotó inmediatamente, y á la cual nos referimos sólo en nuestras indicaciones. Indudablemente que desde **Grocio** acá, ningun libro de Filosofía del Derecho ha tenido éxito semejante, frente al cual es verdaderamente ridículo que algunos colegas hagan de él caso omiso como si no existiese.

(a) A esta debe añadirse la 6.^a edicion francesa de 1863, publicada en Leipzig y refundida y ampliada en dos tomos (*N. del T.*)

(b) Hoy son ya tres: la primera del señor **Navarro Zamorano**, en dos tomos (1841); la segunda, por el señor **Flamant**, en un tomo (1864); y la tercera por los Sres. **Rodríguez Hortelano** y **Asensi**, en un tomo tambien (1873). (*N. del T.*)

sér no admitir las instituciones *exteriores* de la vida jurídica, meramente como tales: esto es, como un puro hecho y accidente feliz ó desgraciado, sin penetrar en sus últimas *interiores* razones y explicarlas por éstas. Tal es la ciencia que nos eleva sobre los estrechos límites de las circunstancias jurídicas y políticas actuales, hasta un punto de vista superior, que dilata los horizontes del espíritu, despierta, excita y da libertad al pensamiento, aviva el sentimiento de lo justo y nos impide caer en la estrecha preocupacion, enemiga de todo progreso, de que cuanto ha llegado á ser histórico y vigente es necesario, y cuanto no lo ha logrado, imposible. Y qué poderoso sea el imperio de una ú otra de estas preocupaciones, aun sobre los más grandes genios, no meramente sobre los juristas (que ya Bacon, por razones análogas, acusaba con harta justicia de un *e vinculis sermocinari*), se ve por el ejemplo de Platon y Aristóteles, ninguno de los cuales pudo libertarse de dos de los más torpes errores de la antigüedad, á saber: el de absorber al hombre en el ciudadano y el de reputar útil é imprescindible la esclavitud, á la sazón establecida en todas partes. Así quedó reservado atacarlas sólo á algunos de aquellos sofistas, para los que nada habia sagrado y cuyas argucias escarnecian toda moralidad. No es ménos cierto que hay quien llega hasta á negar la posibilidad de realizar lo que ya históricamente se ha experimentado sin saberlo ellos, y con tanta más razon la de todo cuanto hasta hoy no ha llegado á ensayarse; pero el que tal ó cual cosa todavía no se haya establecido ni reconocido como justa, puede depender de razones no ménos accidentales que las del supuesto contrario (1).

Sólo á la Filosofía del Derecho es dado procurarnos plena claridad sobre la idea de este objeto en su relacion con la vida, y, por tanto, sobre la ciencia de la Política, indispensable para el adecuado concierto de ambas. Llévanos aquella á la acertada crítica del Derecho positivo en sus puntos de luz y de sombra; nos asegura, por un lado, contra su precipitada so-

(1) Con razon halla **Mohl** hasta á lo que él llama «novelas políticas» (utopías) la ventaja de que han despertado en los hombres cultos a conviccion de que las instituciones jurídicas históricamente existentes no son las únicas justas é imaginables y que ántes bien son ocasion, sino causa, de muchas miserias.

prestima, que podría descaminarnos hasta hacernos tomar en todo el orden jurídico y político una parte meramente pasiva, y, por otro, contra la opuesta ligereza de menospreciar ese mismo Derecho, ya en general, ya en tal ó cual pueblo ó tiempo, al par que contra todo exagerado y nimio escrúpulo en su aplicacion: mostrando á la vez cómo y por qué debemos conformarnos con lo que de imperfecto tenga todavía *inevitablemente*, hasta tanto que sea ya posible lograr algo mejor y superior, pero sin que jamás confundamos dicha imperfeccion inevitable con la que hasta hoy, sin serlo, no se ha evitado ni corregido. No es, pues, lícito, dirigir á esta ciencia la objecion (que sólo contra una errada manera de tratarla debe encaminarse) de que favorece á las indiscretas censuras y ataques al orden social existente, siendo, por tanto, su enseñanza peligrosa y subversiva: objecion, que, sin embargo, tan frecuentemente se le opone. Antes al contrario, juzgando con la mayor libertad las instituciones de su tiempo, puede y debe cada cual ser un buen ciudadano, y aún el verdadero conocimiento jurídico es en los miembros del Estado condicion altamente importante y fundamental para su justa voluntad (para su sentido jurídico), ya que sólo lo que se conoce puede ser libremente querido.

Además, así como no hay otro antídoto radical contra el error más que la verdad y no los medios meramente exteriores y de fuerza, v. gr., la censura ó la pena, así también sólo una Filosofía del Derecho firmemente construida puede proteger contra ciertas opiniones insensatas y corruptoras, quizá á la orden del día, como los ensueños socialistas y comunistas, ó la quimera de una única constitucion política, capaz de hacer feliz á todo el mundo, ó la supuesta necesidad de sacrificios humanos para la llamada expiacion de los delitos, y otras semejantes.

e) Importancia especial para las personas consagradas al Derecho y á la Administracion de Justicia.

§ 3.

La Filosofía del Derecho presta también utilidad inmediata á los hombres que hacen de éste su profesion, abriéndoles el único camino para la acertada inteligencia científica de toda

institucion positiva, puesto que les enseña á conocer su íntima conexion con la idea del Derecho, y, por tanto, sus últimas y eternas razones, llevándoles de este modo á estimar el verdadero sentido y espíritu interno de los principios históricos. De esta suerte hace posible en todos respectos la animacion y penetracion ideal de los materiales jurídicos, sin ella áridos, confusos y groseros: trae luz, orden, unidad, en suma, verdadero carácter científico (por oposicion á la mera rutina, ininteligente, codiciosa y mecánica), así al estudio como á la aplicacion del Derecho.

Por lo que hace al *estudio* del Derecho, jamas podríamos orientarnos en el inextricable dédalo de gran número de preceptos é instituciones jurídicas, sin el hilo de Ariadna que nos ofrece la Filosofia del Derecho, faltándonos todo presentimiento de una superior base homogénea de esta variedad que, en cuanto no halla eco alguno en *nosotros mismos*, queda como cosa exterior, heterogénea, que no se deja sujetar á concepto, que, por tanto, no podemos, digámoslo así, digerir, esto es, asimilarnos verdaderamente y aplicar á la vida, y que, á lo sumo, se implanta en el espíritu por el camino puramente mecánico de la memoria. No entenderemos en su razon y origen, ni los preceptos actualmente en vigor, ni su génesis, si carecemos de la idea del Derecho y con ella de la clave fundamental para conocer cuanto en la Historia realmente ha sucedido y sucede: toda vez que sólo en esa idea se da el germen y raíz de toda concrecion positiva, por más que luego se desdoble y ramifique hasta lo infinito. Sin este primer comienzo, no hay progreso ni resultado alguno posible en el estudio del Derecho, si es que ha de ser verdaderamente conocido: lo cual no cabe en manera alguna por medio de un aprendizaje servil, que á ninguna facultad superior del espíritu interesa.

Por lo que concierne ahora á la segunda relacion, ó sea á la *aplicacion* del Derecho, el valor y la utilidad real y práctica de la mera noticia empírica de las prescripciones vigentes en un determinado país no van más allá de los límites de una reducida esfera de tiempo y espacio: ya que deja sin resolver innumerables cuestiones que todos los dias ocurren (especialmente en el llamado Derecho internacional privado), y cuyo origen y eficacia no pertenecen exclusivamente á

aquella estrecha esfera (1); además de que pierde toda su utilidad al punto que se verifica un cambio importante en la legislación de un país, v. gr., por la adopción de un nuevo código. Por el contrario, un sentido más libre y comprensivo, cuya sagacidad ha acerado el cultivo de la Filosofía del Derecho, sabe decidir siempre y doquiera lo procedente: ya que el juicio de toda reforma legislativa que no sea meramente arbitraria nace, de suyo y casi de un modo inmediato, del conocimiento de lo que podríamos llamar sus dos premisas, ideal é histórica, á saber: tanto de la idea jurídica que á ella ha presidido, cuanto de las circunstancias y necesidades de la vida y sus modificaciones, que no deben influir menos.

Es indudable que la idea del Derecho, como tal idea, en su generalidad absoluta, jamas puede tener vigor *inmediato, exterior y formal*. A la Filosofía del Derecho no toca, pues, en verdad, usurpar el lugar de los códigos; pero tiene en cambio necesidad y validez *internas*: ya que si la naturaleza humana en sí misma es indestructible, lo es por igual aquella idea, profundamente arraigada en sus entrañas. Según esto, compréndese de suyo y así se reconocerá en general, que dicha idea, en todo lugar y tiempo, sabe hacerse valer de tal ó cual modo, aunque las más veces sin saberlo ni quererlo aquellos en quienes y mediante quienes se actúa. Por este camino mejora gradual é imperceptiblemente la práctica en toda la esfera jurídica, en lo privado como en lo político é internacional, y aún mediatamente la jurisprudencia de los tribunales. Donde con más facilidad así acontece, es donde un legislador previsor y circunspecto concede prudente latitud al discreto arbitrio judicial; mientras que en el caso contrario, los jueces se acostumbran á anteponer al espíritu de la ley su letra muerta y á convertirse más y más cada vez en simples máquinas (2).

(1) Véase sobre esto el excelente ensayo segundo de las *Ilustraciones de Bornemann al Derecho prusiano* (*Eroerterungen im Gebiete des preussischen Rechts*, 1855).

(2) Por ejemplo, donde al que se ha casado con tres mujeres no se le acusa de bigamia, ó donde, atados por los principios artificiosos que establece la ley en materia de pruebas, se ven obligados á absolver al padre que niega tenazmente haber cometido incesto con su hija, condenando no obstante á ésta si confiesa!

En verdad, cuando la ley no deja duda alguna, hay que exigir al juez (y considerándolo desde el punto de vista jurídico-positivo hay que exigirselo en *todos* los casos) que aún cuando sea quizá á expensas del verdadero Derecho *material*, como suele tambien llamarse, y, por tanto, prescindiendo de toda Filosofía, decida segun la ley, esto es, segun el Derecho *formal*, porque *ita lex scripta est*: que de consiguiente no se deje llevar, ora de sus opiniones individuales divergentes, ora de las de cualquier otro jurisconsulto, sobreponiéndose á la concepcion jurídica de la comunidad social que reina á la sazón expresada de un modo concreto (1).

Mas en casos extraordinarios, y á pesar de todas las exhortaciones de las cátedras y los manuales, no se cree dispensado de su conciencia el juez para reconocer como buena una notoria injusticia legal (2), ni aún paliándola (como Feuerbach exige) por medio de una proposición de indulto aneja á la sentencia; ántes al contrario, sabe poner remedio á ella por sí mismo y eludir la ley evidentemente injusta, obedeciendo al verdadero Derecho, bien por medio de distinciones, bien apoyándose en otros juicios anteriores, etc.

De todos modos, sólo la Filosofía del Derecho, que inspirada en éste nos procura su conocimiento, puede impedir que la Administración de justicia olvide su noble y sagrada misión, reducida á cumplirlo, no ménos que el que descienda á la rutina y al manejo puramente mecánico de los preceptos legales, cuando no á un juego criminal, excitado por la sed del lucro y la ganancia (3). Sólo á esta ciencia, además, es

(1) Segun cuenta **Hugo** de una Facultad de Derecho alemana, que, fundándose en el *Derecho natural* de **Nettelbladt**, se declaró contra la servidumbre rusa. De suyo se entiende que en un Estado que no reconozca esclavitud alguna personal, son completamente inadmisibles las rigurosas consecuencias de cualquiera de estas formas que haya podido nacer en el extranjero, y que, ántes por el contrario, el esclavo ó siervo debe hallar en él cumplida protección. Véase **Kind**, *Quaestiones forenses*, t. II, cap. LXXVII.

(2) V. gr., condenar á muerte á un judío que ha tenido trato ilícito con una cristiana, segun prescribe una ley de Hesse-Darmstadt, dada en el último tercio del siglo XVIII!

(3) Notables ejemplos de ello trae **Bosmini** en su *Filosofía del diritto*, 1841, T. I-Introd.

dadó prevenir la ciega sujecion á la letra muerta, su servil é ininteligente repeticion y el fárrago de autoridades y textos impertinentes ; garantizando, por último, una exacta interpretacion y aplicacion por analogía en el Derecho positivo, segun ahora verémos.

d) Relacion con la interpretacion y la analogía.

§ 6.

No pocas veces se hallan en las leyes y contratos (incluso en el Derecho internacional y federal) oscuridades y ocasiones de duda, en especial sobre si lo que literalmente se dice es lo que realmente se ha querido decir. Para resolver estas dificultades se hace indispensable entónces volver al fundamento de la ley (*ratio legis*) y aplicar á ésta la interpretacion llamada lógica (1). Es ademas imposible que ninguna legislacion particular sea perfecta, si se entiende por tal que haya de prever la decision de todos los casos concebibles. Unicamente la Filosofia del Derecho tiene esta perfeccion, en cuanto abraza en sí los principios más generales y absolutamente aplicables á todas las circunstancias, sin excepcion.

El juez, al cual bajo ningun pretexto es lícito negarse á declarar el derecho (2), ha de decidirse en cada punto legalmente indeciso, primeramente, por lo que la ley para casos análogos prescribe (*analogía de ley*). Pero cuando halla que los preceptos legales referentes á varios casos análogos son por el contrario enteramente diversos y aún opuestos (lo cual es tanto más frecuente, cuanto más sueña una legislacion casuística con agotar la posibilidad, perdiéndose de esta suerte en el pormenor), ó bien cuando ninguna resolucion de caso análogo se halla en la ley, suele acudir para llenar estas lagunas, ya al espíritu de la legislacion entera (la llamada *analogía de*

(1) Sólo en nuestro tiempo ha comenzado á concertarse la lógica jurídica con la del sano sentido comun, de la cual casi por completo se habia divorciado. Respecto de los principios de la interpretacion, se debe esto especialmente á **Savigny**; y respecto de la prueba en el procedimiento criminal (V. la p. 15, nota 2) á la introduccion del juicio por jurados.

(2) Véase, por ejemplo, el Código Napoleon, art. 4.º

Derecho), ya, por último, á la *naturaleza del asunto*. Para hallar uno ú otro camino, necesita servirse en estos casos de la *Ciencia* como guía, que por esto modernamente y de un modo muy vago se ha querido establecer como fuente supletoria en el llamado *Derecho de los jurisconsultos*.

El espíritu de todo Derecho positivo en general, ó de una cualquiera de sus instituciones particulares, es, sin embargo, á veces difícil y aún imposible de descubrir (1): tal acontece, por ejemplo, en el Derecho comun penal de Alemania, cuyos factores (romano, canónico y germano), como Feuerbach ha mostrado perfectamente, aparecen á su vez dominados por el espíritu de sus elementos, á menudo sumamente discordes entre sí.

Ahora bien, si se quiere dar algun sentido concreto á la equívoca expresion «naturaleza del asunto», debe sólo entenderse por ella la índole característica, esto es, la esencia y fin de ciertas relaciones é instituciones jurídicas, por ejemplo, del feudo, de la pena, del matrimonio, etc., con lo cual las cuestiones que nacen de las diversas disposiciones legales sobre las mismas, así como sus vacilaciones é interiores contradicciones, tienen que hallar solucion. Y así entendida, coincide plenamente la llamada naturaleza del asunto con el ya mencionado espíritu de la ley.

Sin duda que, mezclándose en este espíritu, como á veces sucede hoy todavía, justicia é injusticia (segun, por ejemplo, se mezclan en el espíritu del Derecho penal ideas de mera intimidacion), y necesitando, pues, en estos casos depurarlos

(1) Véase el *Tratado de Derecho penal* de **Feuerbach** (*Lehrb. des peinl. Rechts*) 13.^a edicion, § 102, *b*, nota *f*. —Del espíritu de la retribucion no nace, v. gr., lo mismo que del de intimidacion ó del de correccion. Donde por tanto se hallan juntas en una misma legislacion ciertas consecuencias de este último, p. ej., la prescripcion de las penas, con las que proceden de los otros, tales como la pena capital, etc., allí visiblemente hay falta de *unidad interna*. Si la pena en sí justa debe imponerse, prescindiendo de que el delincuente la desee para su bien (considerándola, pues, como un beneficio), ó de que él ú otros vean en ella sólo un duro mal, y como tal la teman, no hay en el primer caso para qué conmutarla. A esto, empero, deberia aspirarse en rigor con Feuerbach, si por el contrario fuese *esencial* que todos la considerasen como un daño, y que el delincuente mismo la sintiese como tal.

continuamente de tales vicios, exigen con apremio la santidad del Derecho y la dignidad de su ciencia y de su aplicacion, que no sólo en verdad el legislador, sino todos los miembros del Estado, y en especial aquellos á quienes está confiada la administracion de justicia, contribuyan cuanto puedan á esta superior trasfiguracion del elemento histórico positivo. Para ello hemos de aspirar á concebir las diversas relaciones é instituciones jurídicas á la sazón existentes, en la interior conexión con que, merced al supremo é inmutable fin, á todas comun, de aplicar y cumplir el Derecho del modo más prudente y atinado, se hallan enlazadas, tanto entre sí y con el todo de la organizacion histórica á que pertenecen, como con las condiciones y exigencias de la misma vida real en su continuo progreso: y pues por una parte nacen de ésta, y por otra, como posteriormente veremos, pone el Derecho á su vez las condiciones para ella y para ese mismo progreso, es manifiesto que sólo en esta recíproca y viva relacion puede ser cumplidamente estimado, así como aplicado de la manera que corresponde á tan importante problema. En la suposicion, única admisible, de que el legislador haya tenido en cuenta las verdaderas necesidades de la vida humana, aspirando por medio de su obra á satisfacerlas en cuanto sea posible, se comprende que ante todo debe esperarse de la Filosofía del Derecho una luminosa guía para penetrar en los más profundos motivos y propósitos de la legislacion.

Sólo con este superior espíritu, deducido de las últimas razones de todo verdadero Derecho, se puede, por tanto, hallar la recta interpretacion y suplemento de la ley positiva en general y en particular, *con tal que* se tengan á la vez presentes y en su justa medida las váriás limitaciones y obstáculos que se ofrecen en el estado general de la vida y del sentido propio de la época y del pueblo, y que son, por tiempo, insuperables; así como que se mantenga firmemente, segun es necesario para la evolucion gradual de aquel estado, todo lo que conforma con la idea del Derecho y ha llegado á ser ya reconocido en dichas instituciones (1). De esta suerte es nuestra cien-

(1) Comp. la *Enciclopedia jurídica* de **Ahrens** (*Juristische Encyclopädie*), p. 74.

cia, no sólo un importantísimo medio de *interpretar*, sino de *suplir* todo Derecho positivo, ofreciendo un último é indispensable recurso y fuente auxiliar para los casos en que los demás medios son ya insuficientes. Así ha de entenderse, tanto la apelación expresa á los «principios naturales del Derecho», que hace el Código civil austriaco (en su párrafo 7), sino su influjo normal en general, hasta el punto de que jamás sea lícito suponer el intento de excluirlo, aún allí donde la legislación guarda silencio sobre el particular (1).

e) Importancia para la legislación y la organización jurídica en lo porvenir.

§ 7.

La Filosofía del Derecho es también ciencia de inmensa importancia para la vida jurídica y política venidera, en la cual sólo ella puede ver claro, sobre todo en nuestros tiempos de proporcionado y súbito progreso en todas las esferas de la vida social, y con especialidad en la del Derecho y el Estado: por lo cual, precisamente nuestra ciencia, que suministra el verdadero criterio esencial para la exacta apreciación y solución de tantas cuestiones palpitantes de la época presente, v. gr., en el Derecho internacional, en el constitucional, en el penal, en el de propiedad, etc., etc., responde á una apremiante necesidad contemporánea: ya que, según después veremos, constituye una de las dos ciencias, sin las cuales es inconcebible la Política (como doctrina de las reformas en la constitución y régimen del Derecho y el Estado), y por consiguiente, toda buena y justa legislación.—Para ennoblecer y mejorar á sus conciudadanos, necesita, indudablemente, el legislador, levantarse en cierto modo sobre su tiempo (2), considerando claramente lo que le falta y cómo ha de remediarse, á saber, *qué* es á lo que debe aspirarse entonces, y *cuándo* y *cómo* puede gradualmente lograrse: pues que al Derecho vigente sólo es lícito pretender por razones internas subsistir como tal,

(1) Por esto **Heffter** ha llamado con toda exactitud al Derecho natural internacional y á lo que de él dimana (v. gr. que los tratados deben observarse), «Derecho inteligible de por sí», y también «Derecho de los Estados que se da á conocer con interior necesidad, y que es, pues, también reconocido (?) ó se supone que lo es.»

(2) Véase el § 60.

ínterin se destruyen los obstáculos que se oponen á su depuracion y perfeccionamiento. Cuando falta la conciencia filosófica de la idea del Derecho, falta tambien la condicion fundamental para elevarse á puntos de vista universales y acertados, y todo criterio áun para dar provisionalmente preferencia relativa á una organizacion entre várias, todas igualmente posibles miéntras no se las juzga.— Do quiera que esto acontece, mal pueden las leyes llevar el sello de la unidad y del espíritu; sino tan sólo é inevitablemente el de lo artificial, fragmentario é inorgánico.

Nadie que conozca los grandes monumentos legislativos de los tiempos modernos y la historia de su aparicion, puede olvidar tampoco cuán grande y bienhechor influjo ha ejercido sobre ellos la cultura filosófico-jurídica de sus autores. Las ideas progresivas de los espíritus ilustrados, especialmente en la esfera del Derecho penal, penetraron abundantemente para bien de la humanidad en los legisladores y los jueces, y en general en los contemporáneos, y traerán, sin disputa, aún mejores frutos, dando el primer golpe de muerte á los procesos por hechicería, al tormento, á la frecuencia y barbarie de las ejecuciones, á las mutilaciones, á la marca, la picota, los azotes y otras crueldades análogas.

Parte general.

Indagacion y explicacion del principio del Derecho.

Seccion primera.

Datos de la conciencia sobre la fuente de conocimiento del Derecho.

Capítulo primero.

Imposibilidad de conocer el Derecho por la Historia.

I.

Imperfeccion de nuestro conocimiento histórico.

§ 8.

Para llegar á conocer con claridad la verdadera relacion del Derecho natural al histórico y efectivo (al llamado positivo), necesitamos, ante todo, examinar atentamente la fuente de conocimiento y la naturaleza fundamental de uno y otro. Sólo mediante esta exacta investigacion podremos resolver si quizá descansan en prejuicios insostenibles, y hasta dónde, las nociones sobre este punto reinantes hoy todavía en los hombres consagrados á su estudio; y si, en este caso, cabe más bien justificar y preferir aquella suposicion usual (la más adecuada al modo de ver precientífico del sentido comun) segun la cual se admite la posibilidad de conocer en pura razon (*a priori*) la eterna esencia del Derecho y del Estado (*status juris s. justí*), como una idea é ideal inmutable, conocimiento que constituye el único objeto de la ciencia del Derecho natural ó Filosofia del Derecho; no pues en su evolucion y manifestacion temporal, que, por el contrario, se dice ser

asunto de la ciencia del Derecho histórico, esto es, del Derecho que ha llegado á obtener vigor en la historia.

Si ahora nos preguntamos en primer término de dónde proviene en nosotros la idea del Derecho como ley eterna, universal y necesaria para todos los hombres, como una exigencia infinita, conforme á la cual, cada uno de por sí y todos juntos deben regir y gobernar su vida, ¿podrémos quizá responder que la hemos recibido *de lo exterior*? ¿Acaso la hemos abstraído de la percepcion y comparacion de lo que en tales ó cuales lugares se halla establecido como Derecho, de lo que existe en el tiempo, de los hechos, ó en otros términos, como resultado general, en cierto modo, de una informacion tocante á lo que los individuos y los pueblos tienen por Derecho, ya nos atengamos para este fin á la simple mayoría, ya tomemos un término medio, ya procedamos por cualquiera otro camino? En suma: ¿hemos llegado á la idea del Derecho por la experiencia é historia externas?

Y pues hasta hombres de grande inteligencia intentan persuadirse ellos mismos, y persuadir á los demas, de que en efecto, y por análoga manera á como en la investigacion de la naturaleza se hace con tanto éxito, puede alcanzarse y abstraerse y destilarse—por decirlo así—la verdadera idea del Derecho, en todo su contenido, de los hechos y fenómenos aislados de que la historia jurídica nos da noticia, es doblemente necesario exponer con mayor detenimiento las razones que muestran por completo lo insostenible de semejante afirmacion.

Un concepto del Derecho formado por el camino de la mera abstraccion de fenómenos y acontecimientos empíricos sólo sería (lo mismo que cualquier otro concepto abstracto) verdaderamente general, esto es, aplicable y adecuado á todo lo que en sí debe abrazar, cuando hubiese sido producido en vista de todos los particulares, no meramente de más ó ménos, así como, v. gr., una determinacion y clasificacion artificial de los seres naturales, exclusivamente tomada de *algunos* de sus caracteres (del pico, de los piés, de los dientes ó de los estambres), jamas puede expresar su *naturaleza entera*: ó, en otros términos, se necesitaria para este fin una abstraccion completamente general (*universal*), en lugar de la cual, el procedimiento á que nos referimos no da, á lo sumo, más que una

semi-generalidad y casi universalidad, toda vez que nos falta el perfecto conocimiento del Derecho positivo de todos los pueblos y tiempos que aquel exige. Falta es esta que no podrá ménos de existir siempre, aunque la investigacion de lo pasado hiciese posible lo imposible: pues ni hemos llegado todavía al término de la Historia, ni es dado á hombre alguno prever y sujetar á cálculo lo que en los siglos venideros se verificará en el órden jurídico. Pero aún cuando así no fuese, y pudiera concebirse que algun dia la vida correspondiese tan perfectamente al Derecho, que cupiera derivar de ella por tal camino un concepto verdaderamente universal de éste, es decir, que abrazase y agotase todo su contenido, restaria saber todavía si realmente se habia llegado á alcanzarlo: y la respuesta fundamental-y satisfactoria á esta cuestion es completamente inconcebible sin el previo conocimiento científico de la infinita y esencial exigencia de la razon á la vida humana y á la libre voluntad que el concepto del Derecho notoriamente implica, y mediante lo cual da éste la clave de la inmensurable esfera de lo *posible*, que *debe ser gradualmente efectivo*.

Ahora bien, si de una parte es por necesidad insuficiente, como despues verémos más al pormenor, todo concepto del Derecho abstraído de la mera experiencia externa, por no serle dado jamas exceder el límite de lo que hasta entónces ya se ha *realizado*, es, por otra parte, tan innecesario conocer todas las manifestaciones jurídicas, así efectivas como posibles, para alcanzar el verdadero concepto vivo y fecundo del Derecho, como lo sería para tener la idea de la esfera, esperar á haber visto todas las esferas posibles.

II.

Que nuestra vida se halla todavía léjos de su plenitud.

§ 9.

Para que pudiésemos encontrar la idea racional del Derecho con todo su contenido en la vida jurídica y política presente, sería menester (segun Hegel de hecho afirma) que esta idea, y por consiguiente, toda determinacion racional y esencial en la esfera del Derecho, estuviese ya hoy completamente expresada en las leyes, instituciones y costumbres actuales, por

lo ménos en las de los pueblos civilizados. Que tal suposicion es notoriamente inadmisibile, se muestra tanto más, cuanto que es indudable que la vida jurídica constituye sólo una parte, un aspecto, un problema de la vida entera humana: y pues lo que del todo se dice vale necesariamente de la parte también, el desarrollo del Derecho y del Estado ha de caminar próximamente al mismo paso que el de la cultura general. Sólo cuando ésta hubiera alcanzado en nuestros días el punto culminante de su madurez y plenitud, cabria, pues, asegurar otro tanto sin flagrante contradiccion respecto de aquella esfera especial. Ahora bien; nadie, incluso Hegel mismo, ha osado afirmar lo primero: su aseveracion respecto del Derecho queda, pues, completamente en el aire, y reviste casi la apariencia de un sarcasmo cuando todavía añade á dicha aseveracion que todos, sepámoslo ó no, nos hallamos perfectamente satisfechos con el actual órden de cosas é instituciones. Su principio de que «todo lo racional es real y todo lo real racional», segun el cual no cabria concebir cosa alguna racionalmente posible que ya no hubiera sido efectuada, contiene de hecho, en radical oposicion con el sano sentido comun y con la experiencia diaria, una apoteosis de lo *existente*, como tal, más grave aún que la que puede censurarse á la escuela histórica: pues ésta, cuyas doctrinas Hegel mismo combate, halla principalmente el bienestar en lo pasado, hácia el cual ha hecho lo posible por obligarnos á retroceder. Tanto segun una, cuanto segun otra de ambas direcciones, no nos queda que hacer más que extasiarnos en ociosa admiracion ante la historia efectuada hasta hoy, y aprender tan sólo á concebir *que y por qué* debe ésta de hoy más estacionarse, si no volver atras.

Nada hay, por el contrario, más cierto, que la conviccion de que aún los pueblos más cultos no han alcanzado, ni con mucho, ese punto culminante en toda su vida y civilizacion; que ántes bien nuestro tiempo progresa sin cesar y más rápidamente que sus anteriores; que, además, cada uno de estos progresos trae á la conciencia otras necesidades jurídicas más numerosas y elevadas, engendrando nuevas relaciones y problemas, v. gr., por respecto á la prensa, á las ediciones furtivas, etc., de las cuales ninguna época anterior pudo tener presentimiento siquiera y que en vano se han pretendido indiscretamente hacer entrar por fuerza en los estrechos moldes de

las ideas romanas; por último, que estas necesidades reclaman indeclinablemente disposiciones nuevas también, más delicadas y comprensivas. Suficiente testimonio de esta profunda reacción sobre el Derecho da la comparación, aunque sea superficial, del desarrollo de éste con la transformación que en todas las relaciones de la vida han producido especialmente el sinnúmero de descubrimientos é invenciones, desde la del arte de la imprenta, hasta la del aprovechamiento de la fuerza del vapor y la de los ferro-carriles en nuestros días.

Por todo lo cual podemos con plena razón esperar que lo más y mejor, en ésta como en todas las restantes esferas, sólo á lo porvenir tocará realizarlo.

Lo que sí es cierto y ha conducido sin duda á aquella extremada glorificación de lo existente, es que jamás, ni en lugar alguno donde vivan hombres, puede su vida contradecir *por entero* á la razón y á todas sus leyes, incluso la del Derecho: y que, en consecuencia, el exámen atento de lo que ha sido y es efectivo en la historia, nos mostrará siempre y doquiera mayor ó menor conformidad al Derecho en tal ó cual respecto, si bien este elemento y fondo esencial se halla hasta hoy imperfecto y limitado de mil modos, y mezclado de injusticia.

III.

Que los principios jurídico-positivos se contradicen con frecuencia.

§ 10.

Hallamos además en el Derecho positivo grandísimo número de preceptos divergentes y aún radicalmente contradictorios, y esto, no ya en diversos pueblos, sino que muchas veces en una misma nación y hasta en una misma época. Mal podría hallarse y mostrarse, por tanto, como por mera conclusión de la experiencia histórica (por abstracción empírica), sin elevarse, pues, á la *idea* del Derecho sobre la *igual realidad efectiva* (de puro hecho) de estas diversas disposiciones, qué es lo que hay en ellas de verdaderamente justo y qué de injusto: pues si entendiésemos por Derecho lo *común á todos* los pueblos en la historia, excluyendo, por consiguiente, de este concepto todo lo individual y diferente, como tal, tendría-

mos sólo una noción comun ó *abstracta*, seca y estéril, casi enteramente privada de contenido. Así, por ejemplo, del matrimonio, si prescindiésemos de la monogamia y de la poligamia (que, siendo entre sí contradictorias, debieran excluirse por igual del Derecho), no quedaria más idea que la de una arbitraria union entre los sexos. Si consideramos lo insostenible de este procedimiento abstracto, el cual, como que extrae de grado en grado todo el contenido sustancial del Derecho, á pesar de que Feuerbach lo declare por modo extraño acertado, habrémos de afirmar que, de varios preceptos contradictorios, pueden estar conformes con el Derecho, ya uno sólo, ya todos juntos (en cuanto cada cual de ellos es el mejor, dadas las circunstancias á que responde, esto es, relativamente); mas para probar uno ú otro extremo de esta afirmacion se requiere por necesidad apoyarse en la idea del Derecho y comparar con ella la manifestacion positiva. Así se hace comunmente, aunque á las veces por medio de rodeos, sin darse de ello cuenta, y aún no pocas (especialmente por parte de los históricos) engañándose á sí propios. Proceder de otra suerte, apelar para dicha prueba de nuevo á la historia en círculo vicioso, equivale á repetir lo que tantas veces se ha venido haciendo desde Carneades hasta Hugo; es decir, á justificar todo hecho por sí mismo exclusivamente, ó, en otros términos, sólo porque ha sabido abrirse camino y mantenerse en la vida real. Y si cualquier hecho, puramente como tal (una disposicion arbitraria, una costumbre, una sedicion triunfante), es ya Derecho, la injusticia no existe.

Sólo se consigue disfrazar tan evidente peticion de principio cuando se añade la limitacion de que lo existente, para ser reconocido como Derecho, ha de explicarse, á lo ménos, en relacion con otros hechos y estados históricos, ya presentes, ya anteriores: pues si es verdad que la historia nos muestra muchas veces las circunstancias que han producido una manifestacion jurídica y política y revelan plenamente su origen, sin embargo, no por esto siempre puede excusarla con ellas y ménos justificarla, aunque no sea más que por un cierto tiempo: tal acontece, por ejemplo, con la faida, la esclavitud, el tormento. Y en vano se intentará persuadir al sano sentido comun de que el Derecho de los chinos, v. gr., es, en general, tan bueno como el de los pueblos civilizados de Europa, ó de

que cualquiera determinada institucion jurídica del Asia, como la poligamia ó la poliandria, debe equipararse con nuestro matrimonio (y ¿por qué no su politeismo con nuestro mono-teismo?); toda vez que, indudablemente, cada uno de estos hechos, no sólo tiene su historia, que áun dura, si que tambien viva raíz en la conciencia subjetiva del pueblo. De todos modos, exige, no la historia en verdad, á la cual únicamente toca narrar lo pasado, sino la idea una, la idea misma é íntegra del Derecho, en su aplicacion á todos los tiempos y pueblos, que la diversidad de situaciones y necesidades históricas de la vida obtenga siempre la atencion conveniente en la produccion jurídica; pero sería grave error el de creer que todo lo existente es fiel expresion de las necesidades reales que en su tiempo impulsan á la sociedad: v. gr., la completa inmovilidad que trae consigo la organizacion de las castas en la India, ó la quema de las viudas, aparentemente voluntaria, y en realidad forzosa.

Si el hecho de la pura arbitrariedad y de la fuerza ha de sustituir al Derecho, cambiando á su compas á cada hora lo justo y lo injusto, convengamos en que, de esta suerte, queda por completo negado aquél, cortando el nudo en vez de desatarlo, pues que lo rebaja á la esfera de un puro mecanismo accidental y humano destituido de todo interior fundamento, y olvida en absoluto la base de *unidad* inmutable sobre que descansa todo el aspecto temporal y mudable de la naturaleza del hombre, y de toda su accion, incluso en la esfera del Derecho.

Tal acontece tambien en la nueva y un tanto diversa forma que á la afirmacion, ántes contradicha, se ha dado por algunos antiguos y nuevos sofistas, ya al declarar paladinamente que «es Derecho lo que place al poder» (mediante lo cual viene, en cierto modo, á considerarse el Derecho como *derecho del más fuerte*, sujeto á meras leyes físicas), ya como hoy suele decirse, en términos algo más eufemísticos, «que todo Derecho es positivo», esto es, que nace siempre en el Estado y sólo de la autoridad y su coaccion: de suerte, que ántes que haya leyes ó jueces, sólo puede hablarse de deberes de conciencia moral entre los hombres (1).

(1) Tal es la opinion, que pronto examinaremos más detenidamen-

Á tan errónea opinion, por más que se la embellezca de mil modos, ha dado ocasion probablemente el presentimiento de dos verdades que una torpe inadvertencia ha desnaturalizado, convirtiéndolas en dos errores: la primera, que el Derecho siempre tiene, y ha de tener, una forma vária y enteramente concreta, sin que por esto se autorice la confusion de esta forma con su esencia eterna é inmutable, confusion que sería tan inmotivada como la del espíritu y el cuerpo; y la segunda, que sin duda, para que en cierto modo se asegure el cumplimiento de lo justo, no puede por ménos de haber Estados y autoridades, lo cual es muy otra cosa que pretender que el Derecho, por razon del cual existen y son necesarios unos y otras (ó, lo que es lo mismo, que es su fundamento y principio), se convierta en creacion suya, confundiendo, pues, la *existencia* del Derecho con su *garantía*.

Verdad es que, prescindiendo de tan evidentes precipitaciones, este mismo procedimiento en círculo vicioso sería tambien el de aquel que intentase apoyar la legitimidad de la existencia y accion de la autoridad, así como del deber de obediencia civil que dicha legitimidad engendra, sobre el Derecho que, bajo aquel supuesto, la autoridad misma *hace*, sin que ántes él por sí existiese. La completa insuficiencia de toda decision tocante á la legitimidad del poder y fundada sobre el puro hecho de su posesion momentánea, harto se nota, ya que no en caso de usurpacion de aquél por sorpresa ó por conquista, seguramente, á lo ménos, en la contienda entre varios pretendientes á un trono.

Si queremos evitar este círculo indefinido y no prescindir de todo procedimiento filosófico, ningun otro medio nos queda que el de probar *fuera y sobre* su mera existencia y poder de hecho la legitimidad de la autoridad, y, por consiguiente, su derecho á legislar y gobernar; no, pues, en *otros* hechos históricos (ni por tanto en la revelacion positiva por la Sagrada Escritura, que ademas ha tenido siempre interpretaciones extremadamente diversas), sino en la divina revelacion mediante la ra-

te, de **Hugo** y de **Stahl**. Véanse, por el contrario, **Jhering**, *Espíritu del Derecho romano* (*Geist des römischen Rechts*), t. I, p. 115, etc., y **Schilling**, *Derecho natural* (*Naturrecht*), prólogo.

zon, como fuente de conocimiento del expresado derecho, y en general de todos.

Muy pocas veces se ha tenido el valor de proceder lógicamente negando de plano la existencia de verdadera *relacion jurídica entre la autoridad y los súbditos*, por no existir sobre ambos una tercera entidad imparcial y superior, capaz de decidir entre ellos por medio de disposiciones positivas. Igualmente raro es ver negada la *relacion jurídica de los pueblos entre sí*, negacion fundada en análogo pretexto. Pero con bastante más frecuencia se ha puesto en duda dicha relacion *entre los individuos*, prescindiendo del Estado y la autoridad, aunque su próxima analogía con la que média entre los pueblos, y que acabamos de indicar, de tal modo obliga por necesidad á admitirla, que precisamente tenemos que agradecer al estudio de esta última por Hugo Grocio en los tiempos modernos las primeras consideraciones acertadas sobre el Derecho natural de los individuos.

IV.

Que en la Historia aparecen mezclados lo justo y lo injusto.

§ 11.

No es lícito dar al olvido que, en virtud de la libertad inherente á la voluntad humana, la historia muestra á un tiempo el bien y el mal, y por tanto lo justo y lo injusto, y necesariamente ha de acontecer así, toda vez que los hombres son limitados, y se hallan *expuestos al error*: lo cual tanto se aplica á los gobiernos, que harto lo muestran con sus hechos, como á los gobernados; tanto á nuestros predecesores y aún todavía más por su cultura indudablemente menor, como á nosotros mismos, de lo que dan suficiente testimonio los juicios de Dios, los procesos por hechicería y el tormento. Por esto jamas puede probarse, apelando al mero hecho de una práctica ó de una costumbre, que su contenido sea verdaderamente conforme al Derecho y ya por completo inmejorable. La importancia real y supuesta de la tradicion para la obra jurídica exige que posteriormente (1) la examinemos con todo detenimiento.

(1) En el § 59.

V.

Que la Historia nos muestra sólo manifestaciones jurídicas aisladas y mudables, mas no su ley.

§ 12.

Sin duda que el Derecho mismo no es, por esencia, cosa alguna exteriormente sensible, perceptible, pues, por los sentidos externos y como material en cierto modo (1). Sólo sus formas y manifestaciones altamente desiguales entre sí y pasajeras, es lo que puede conocerse mediante la experiencia é historia externas; mas no bien intentamos determinar lo justo desde un punto de vista tan exterior y en perpétua mudanza, se nos escapa de entre las manos ese Proteo, y acabamos por dudar de todo Derecho (2), con Montaigne, que no acertaba á concordar la infinita variedad de los fenómenos jurídicos de diversos tiempos y lugares con aquella racional unidad y universal valor que á la justicia ha atribuido siempre la sana razon comun. Como pura ciencia experimental, abraza siempre la Historia tan sólo hechos y estados reales, enteramente *individuales* y determinadamente informados en la vida en épocas y pueblos dados, indicando exclusivamente lo que existe en tal ó cual lugar, cómo ha venido á ser y á realizarse;

(1) Hasta qué punto se ha desconocido que la materia del Derecho es ideal ó ética, no sensible ó física, dificilmente se ve en cosa alguna con más claridad que en la torpe manera, hoy todavía reinante, de concebir la *trasgresion jurídica* y, por tanto, de medirla (en la relacion penal) predominantemente por el daño exterior y muchas veces puramente accidental que se produce, por ejemplo, en el robo, el incendio, las lesiones, etc. Esta concepcion radicalmente desacertada, y por esto mismo (como especialmente se advierte con respecto á la teoria de la tentativa) completamente irrealizable, es el cáncer de nuestras legislaciones actuales, en punto á la determinacion, así de los delitos, como de las penas.

(2) Esto ha sido perfectamente mostrado por **Poli** en sus *Saggi di scienza politico-legale*, I, 1, p. 8, etc., y posteriormente por **Giorgi**. V. nuestra Memoria sobre los servicios que á la Filosofía del Derecho han prestado los italianos en los tiempos modernos (*über die neueren Leistungen der Italiener auf dem Felde der Rechtsphilosophie*), publicada en la *Revista crítica de Jurisprudencia extranjera* (*krit. Zeitschrift für Rechtsw. des Auslands*) de **Mittermaier**, t. xxv, p. 84 y 231.

en suma: da sólo un concepto é imágen históricos, lo mismo del Derecho y del Estado, que en general del hombre y de la vida en su continúa trasformacion y série.

Ningun conocimiento de esta clase, ó sea meramente experimental, tocante al carácter de *algunas* organizaciones jurídicas y políticas, aún las más perfectas, y aunque sean cuantas hasta hoy se han producido, podrá jamas enseñar lo que *deben ser todas* do quiera y siempre, en virtud de la *permanente necesidad* ó ley de su naturaleza: faltándole, de esta suerte, la única nota precisamente que constituye el conocimiento filosófico. Antes al contrario, es manifiesto que sólo quien posee ya exacta idea del Derecho y del Estado se halla en situacion de juzgar si las manifestaciones históricas de éste orden, ó sea los determinados preceptos é instituciones particulares (ora exclusivamente peculiares de un pueblo, ora más ó ménos comunes á varios), se han constituido como debieran y hasta qué punto; así como quien ignora en qué consiste la naturaleza y destino de *el hombre* no podrá aprender en manera alguna, por más exactamente que conozca la vida y tendencias históricas de *los hombres*, si éstas son, ó no, conformes con aquélla.

VI.

Que la induccion de una ley mediante sus efectos sólo es segura en la esfera de la Naturaleza.

§ 13.

La conclusion regresiva desde las manifestaciones particulares de la vida jurídica á la ley que á todas ellas sirve de fundamento, no puede conducirnos á un resultado seguro como el que se obtiene en la investigacion de la Naturaleza: pues que sólo en ésta iguales causas producen siempre *por necesidad* efectos tambien iguales, hasta el punto de que basten un corto número de observaciones, con tal que sean exactas, para comprobar una ley. Ahora bien; siendo puramente éticos los organismos del Derecho, y no al modo de las producciones del orden físico, con las cuales repugna y es vicioso compararlos, entra siempre en ellos la libertad moral del hombre, con su influjo completamente incalculable, engendrando efectos más ó ménos diversos. Por esto, la recomendacion que en los tiem-

pos modernos se ha querido hacer del llamado *método inductivo* de las ciencias naturales para la del Derecho no tiene sentido alguno.

Todo lo que antecede ha mostrado de un modo irrefragable que el conocimiento de la idea del Derecho, esto es, de su esencia, es tan imposible sacarlo (abstraerlo) de la observacion de los diversos ensayos concebibles para informarla en cada tiempo y lugar, como lo es buscar el conocimiento de la naturaleza de lo bello ó de la del círculo en el de todas las obras de arte ó todos los círculos que puedan imaginarse; así como que dicho conocimiento para nada supone tampoco esta intuicion empírica (1): que ántes al contrario, sucede con el Derecho enteramente lo mismo que, v. gr., con la esfera, la cual nadie puede ver *como tal*, esto es, conocer que es esfera, si no halla de antemano en su espíritu, aunque no se dé cuenta de ello, el concepto de esta forma, ó en otros términos, si no conoce previamente qué es lo que hace esfera á la esfera: que, por consiguiente, la idea del Derecho, al par de tantas otras, como son las de Dios, Razon, Naturaleza, Causa, Tiempo, Espacio, Moralidad, etc., de ningun modo pueden explicarse por la percepcion sensible de los hechos particulares de la vida, sino que por su *origen* y por su *contenido* son conceptos *no sensibles, absolutos*, esto es, *fundamentales y primarios*.

La Filosofia del Derecho sólo trata de la eterna verdad de éste, sólo del Derecho absoluto, ó como dice Hugo, *perentorio*.

Las razones expuestas sirven á un tiempo para rectificar en lo principal las opiniones, que tantos puntos de contacto tienen: 1.º, de los sofistas griegos (2); 2.º, de los modernos escépticos (Montaigne, Hume, etc.); 3.º, de la llamada Filosofia cristiana (en el sentido revelado) del Derecho, derivada de la nueva escuela de Schelling, y expuesta principalmente por Stahl; 4.º, de Hegel y su escuela.

(1) Con la claridad magistral de siempre lo ha mostrado así nuestro gran historiador **Spittler**, señalando lo que, en general, puede y no puede la Historia, en sus *Lecciones de Política (Vorlesungen über Politik)*, § 1, etc. Compárense tambien nuestros *Principios de Política del Derecho (Grundzüge der Politik des Rechts)*, t. I, §§ 3 y 4.

(2) V. nuestros *Principios de Política*, I, § 14.

Capítulo segundo.

De otros datos de la conciencia, contra el supuesto carácter sensible de la naturaleza y fuente del Derecho.

§ 14.

Lo que hasta aquí (1) hemos hallado respecto del Derecho y de nuestro conocimiento del mismo, se confirma, además, por los siguientes hechos incontrovertibles de nuestra conciencia.

1.º *Todos juzgamos involuntariamente sobre la justicia ó injusticia* de cuanto en la vida en general y en cada caso particular acontece : no sólo, pues, sobre las instituciones y leyes que en los Estados históricos se presentan, así como sobre el modo de cumplirse, en una palabra, sobre su organización entera jurídica y política, sí que también y principalmente sobre los derechos que ésta nos atribuye ó nos niega, ó atribuye ó niega á otros. Hecho es éste, que no se destruye porque sepamos que muchas veces provienen tales juicios, no del claro conocimiento del Derecho, mas de un presentimiento inseguro únicamente, que en ocasiones los hace precipitados y erróneos.

Tiene lugar este hecho más ó menos, en todos los grados de la cultura individual y social, atestiguando siempre que los hombres no hallan la última razón del Derecho en cosa alguna *exterior*, ni en los preceptos legales, ni en las ideas y costumbres reinantes, sino exclusivamente en su *interior*. No pudiendo sustraernos á la necesidad de formar estos juicios, harto menos los impedirían el mandato de la autoridad, ó la opi-

(1) Especialmente en los §§ 8 al 13.

nion pública, ó las preocupaciones de clase, que evitarían, á lo sumo, su expresion y manifestacion.

2.º En estos juicios involuntarios sobre lo justo y lo injusto, nos hallamos *enteramente libres en nuestro interior*, es decir, desligados é independientes de cualquiera otra autoridad que la de la razon. Únicamente á los preceptos de esta propia legislacion interna nos reconocemos obligados en absoluto, por lo mismo que somos seres racionales; sólo á ellos obedecemos con libertad y espontaneidad, é íntegramente; mientras que las leyes externas no obtienen nuestra adhesion sino en tanto que aparecen, no como meramente externas, y por tanto extrañas ó contrarias á nuestra conciencia, sino acordes con nuestro interior (1).

Al dictado de la razon, áunque lo percibimos inmediatamente cada cual en nuestra propia intimidad tan sólo, no podemos ménos de atribuirle un valor universal, que excede de nuestra persona, toda vez que tenemos conciencia de que no se funda en meras representaciones, afecciones y sentimientos individuales, sino en las leyes eternas del espíritu humano.

3.º Nos atribuimos tambien, y de un modo no ménos involuntario, *la facultad innata de decidir propia y sustantivamente*, así como entre el bien y el mal, lo verdadero y lo falso, lo bello y lo feo, lo que en general y en cada caso es en sí *justo ó injusto*, y, en tal concepto, debe ó no prevalecer en la vida.

Consideramos, juntamente, que de esta facultad, en verdad, ningun hombre carece por completo; pero que puede desenvolverse y perfeccionarse como si en cierto modo sólo existiese en gérmen la idea directriz del Derecho en nosotros, desarrollándose y aplicándose gradualmente mejor ó peor bajo el influjo de las circunstancias favorables ó adversas. Procede de aquí la gran diversidad de opiniones que en este punto separa á los individuos, á las clases y áun á pueblos y épocas enteras, así como el cambio y la extension con el tiempo de estas opiniones, mediante el progreso de la civilizacion, y en especial del conocimiento del destino humano y del modo de obrar que á él corresponde. De aquí mismo nace tambien la

(1) Por esto es de suma importancia que los ciudadanos puedan convencerse de la bondad de las leyes por la publicacion de sus fundamentos, pues sólo entónces cabe esperar su *voluntaria* obediencia.

obligacion de cultivar nuestro juicio en esta esfera por medio de una reflexion profunda, rectificándolo más y más cada vez, léjos de abandonarnos á nuestro mero sentido comun ó á un presentimiento nebuloso, á un cierto «tacto ó instinto», que suele erróneamente llamarse sentimiento de justicia, mas que, por sí sólo, jamas puede ser suficiente.

4.º Nos reputamos, en consecuencia, perfectamente *autorizados*, moral y jurídicamente, para formar tales juicios libres, siendo conscientes de que, de esta suerte, en nada absolutamente faltamos á la obediencia para con la autoridad, á que sabemos que estamos exteriormente obligados.

5.º Afirmamos tambien que la verdad respecto de lo justo y de lo injusto *es por completo independiente de la circunstancia accidental é histórica de que otros la reconozcan por tal, ó áun nosotros mismos*, esto es, de toda opinion y arbitrariedad (ora de los jurisconsultos, de los tribunales, del Gobierno, ora hasta de todo un pueblo ó una época); como igualmente afirmamos que lo es tambien del hecho de haber ya alcanzado ó no vigor jurídico.

6.º Por último, todos sentimos un placer y bienestar involuntarios en el Derecho, como en todo lo esencial á nuestra racional naturaleza, y disgusto y resistencia hácia la injusticia. De aquí que no podamos ménos de aspirar absoluta y universalmente, y sabiendo, en conciencia, que al Derecho corresponde ser reconocido en la vida, á que nosotros y todos contribuyamos para que sea cada vez más fielmente realizado y conforme á la vida misma, á fin de que ésta se purgue y aleje de sí la injusticia: en suma, á que lo que rige en nombre del Derecho no sea meramente juzgado, mas tambien reformado por éste. Y en efecto, es nuestra tendencia tan poderosa en este sentido, que nadie puede sustraerse por completo á ella, y todos siempre por mil caminos, y áun sin saberlo y hasta sin quererlo, merced á una cooperacion tácita (*tacitus civium consensus*) saben hacerlo valer, especialmente de aquella admirable manera, que dentro de poco examinaremos (1), y que puede, en verdad, designarse como una *defensa del Derecho por sí mismo contra la injusticia*.

(1) V. § 17.

Capítulo tercero.

Relacion del Derecho positivo con el natural, y de ambos con la Filosofía del Derecho positivo y la Política.

I.

Necesidad y naturaleza del Derecho positivo.

§ 15.

Indudablemente, la idea del Derecho, como las del Hombre, la Moralidad, la Belleza y otras, es esencialmente diversa de aquellos conceptos eternamente verdaderos, que (á semejanza de los matemáticos, por ejemplo, los de la línea, el número, etc.) se refieren á lo que no sólo se desenvuelve en la vida y el tiempo: pues que expresa un principio que *debe ser actuado*, esto es, idénticamente cumplido por todos los hombres donde, cuando y como quiera que vivan: perteneciendo, por consiguiente, á la esfera de aquellos conceptos que contienen *exigencias incondicionales* (absolutas) para toda la vida humana, en las diversas formas individuales que muestra en cada tiempo, ideas que, precisamente por esto, se llaman ideas prácticas, postulados ó conceptos obligatorios (*Sollbegriffe*).

Pero si bien la razon es la única fuente de conocimiento para esta eterna idea del Derecho universal humano, no ha de olvidarse:

1.º Que la Filosofía del Derecho sólo puede formarse como *parte* de la ciencia filosófica del hombre y de la vida humana, en general, y al par con esta misma á su vez, bajo el supuesto de multitud de principios generales de experiencia sobre el hombre como sér individual y social, sobre su relacion con el

mundo exterior, y ante todo con Dios mismo, esto es, de una *divinarum atque humanarum rerum notitia*, como la llamaron los romanos, ó una Antropología jurídica ó política, como dicen los modernos (1). Esta es la única é indispensable materia que la idea debe construir en forma científica.

2.º Que el grado de perfeccion de cualquier sistema científico del Derecho universal humano, depende necesariamente del que á la sazón alcanza la ciencia general que presupone, del más constante y cumplido exámen de sus datos, y especialmente de que no eleve á criterio absoluto un particular estado ó período de la vida humana, v. gr., la edad madura; sino que, hasta donde sea posible, abrace todas las diferencias y contrastes, así regulares como irregulares y defectuosos, que en la idea del hombre se incluyen: en suma, su vida *entera* en su gradual desarrollo. Infracciones de esta última ley, las hallamos á cada paso en el antiguo Derecho natural, y precisamente de esta insostenible generalizacion y nivelacion nacia en muy principal manera su inutilidad para las relaciones concretas y efectivas (*reales*) de los hombres, tan extremadamente desiguales entre sí.

Ahora bien, como en ningun tiempo finito cabe agotar toda la riqueza de lo posible en la esfera de lo verdadero, lo bueno y lo bello, así tampoco, segun ya hasta aquí se ha mostrado, pueden la idea ni el ideal del Derecho manifestarse con toda perfeccion y fidelidad en época particular alguna; si bien, no por esto es lícito concebirlos como distantes, extraños y apartados de la realidad (2) y de la vida. Nada más contra-

(1) V. el *Derecho natural (Naturrecht)* de **Hugo**, 4.ª ed., §§ 3 y 38.

(2) Si **Hegel** se hubiera limitado en su principio famoso y ántes citado (§ 9), de que «todo lo racional es real, y todo lo real racional», á proclamar resueltamente aquella verdad que ya **Ciceron** indicaba *quod est ante pedes nemo spectat, coeli scrutantur plagas*: si, por consiguiente, sólo hubiera provocado un riguroso exámen de lo que subsiste como Derecho en nuestros Estados civilizados, para aprender á entender la justicia ya *parcialmente* realizada en él, y separar solamente lo torcido, nada habria que objetarle, sino el que una verdad tan clara para el sano sentido comun la haya anublado enteramente, por el modo tan afectado de expresarla, y que haya mezclado con ella un error que ha podido convertirla en arma peligrosa de dos filos. Se ha intentado aclarar aquel principio en el sentido (en todo caso, altamente contrario al uso del lenguaje, y que cae en círculo vicioso) de que sólo aquello

dictorio, en efecto, con la naturaleza del Derecho, que convertirlo en un estrecho concepto á este modo, en una vana fórmula abstracta, que á nada conduce, en vez de comprenderlo en permanente accion y reaccion con la vida, determinado por ésta y determinándola á su vez.

Ya ántes nos ha aparecido el Derecho, y nos aparecerá más y más todavía, en lo que ha de seguir, como una de aquellas ideas que encierran absoluta y permanente exigencia para su realizacion. En su origen y duracion, no es meramente una *posibilidad* para el hombre, sino una *necesidad* al par de la razon: necesidad que en parte ya *ha sido* efectuada en el curso del tiempo, y que *debe* serlo aún en todo aquello que hasta hoy no lo ha logrado (1). Así es que siempre ha llegado á reconocerse y cumplirse más ó ménos en el Derecho positivo (el *aquí y ahora* vigente) mucho que es conforme á la idea racional y universal de este principio: ó en otros términos, el Derecho actual es *en parte* racional en todos los lugares, ya que sería contradictorio que seres racionales viviesen entre sí como *completamente* irracionales, esto es, en completa rebelion contra el Derecho natural; pero en parte tambien, y por razones que dentro de poco indicaremos, la idea del Derecho no ha penetrado bastante todavía para hacerse valer en la vida: por lo que constituye su ulterior cumplimiento un problema y fin permanente de ésta. De aquí que doquiera notemos, por tanto, una perpétua lucha de aquella idea por in-

que es conforme á la idea debe ser reconocido como verdaderamente «real». Pero segun muchos pasajes de las obras de Hegel (v. gr., en su *Filosofía del Derecho*, 1.^a ed., p. VII), y segun todo el espíritu de su doctrina, que eleva al Estado á propio fin de sí mismo, á modo como de una corporalizacion del espíritu divino, se puede ver sólo en aquella frase una sentencia autoritaria en que se afirma atrevidamente haberse logrado *ya hoy* la conciliacion que la razon *exige* de la idea con la vida; por más que Hegel no pensase renunciar en manera alguna al derecho de censurar todo aquello que en el estado actual de las cosas le desagradaba.

Con razon **Mehring**, en su libro de *El formalismo en la teoría del Estado* (*Der Formalismus in der Lehre vom Staat*), ha hecho resaltar el error de la opinion filosófico-jurídica hegeliana, que en aquel principio se expresa. V. además el § 74.

(1) Sobre estos diversos *modos de ser* (*necesidad, posibilidad y efectividad*), segun los cuales ha de considerarse el Derecho, comp. **Krause**, *Compendio de Derecho natural* (*Abriss des Naturrechts*), p. 36 y 69, etc.

formarse individualmente, merced al progreso, ó lo que es igual, á la purificacion y complemento de lo que con mayor ó menor claridad y perfeccion se ha estatuido como Derecho.

Mas de que el Derecho en su idea ó esencia sea eternamente *uno* y el *mismo* para todos, no se sigue que pueda, ni deba ser entendido en todas partes de igual manera, ni manifestarse en *idéntica* forma.

Antes bien, de la relacion de esta idea con la vida toda y del estrecho enlace que sostienen en su recíproca accion, se deriva la *necesidad* de que sea concebido é informado con propia originalidad en cada pueblo y tiempo, ó en otros términos: *cada determinado Estado necesita un derecho positivo ó histórico efectivo especial* (derecho relativo ó, como Kant dice, provisional).

Esta individualizacion del Derecho depende esencialmente:

1.º De todas las condiciones y circunstancias dadas en la realidad, completamente independientes en su mayor parte de la voluntad humana, y á las cuales ha de referirse y aplicarse aquella idea, tales como nacionalidad, civilizacion, religion, costumbres, modo de vida, clima, situacion y demas, ó sea del determinado material existente y por completo individualizado que él debe animar y modelar ó, más bien, mediante el cual ha de conseguir su informacion, y que suele ser muy diverso segun el tiempo y los lugares (1).

2.º De la opinion social más ó ménos clara y acertada tocante á lo justo y lo injusto, determinada por estos mismos influjos, y que es, por tanto, muy diversa y característica.

Si todo ensayo para producir individualmente una construccion jurídica ha de corresponder siempre en su conjunto al carácter original de ese material y de esa opinion, conforme á lo cual se traza y ejecuta el plan de la obra, debe tambien toda diversidad, ya existente, ya en vias de desarrollo en una y otra esfera, repetirse en el Derecho que sobre ellas se levanta.

(1) Acertadamente dice sobre esto **Sexto Cecilio**, en el conocido pasaje de **Aulo-Gelio** (*Noctes att.* xx, 1, 22): «Non ignoras, legum opportunitates et medelas pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus, ac pro utilitatum praesentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est fervoribus mutari atque flecti, neque uno statu consistere, quin, ut facies coeli et maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus varientur.»

Se concibe, pues, por ejemplo, que el Derecho de un pueblo todavía inculto, especialmente en lo tocante al matrimonio, la familia ó la pena, tenga por fuerza que ser muy otra cosa que el de una nacion civilizada (1); y que ademas, bajo el influjo de necesidades especiales aquí ó allá predominantemente sentidas, cada pueblo desenvuelva más bien un aspecto que otro: tal aconteció, v. gr., á los romanos, que han introducido primeramente en la historia el derecho privado, porque en ellos se despertó tambien por vez primera, en todo el mundo antiguo, la idea de la persona y la conciencia de sus prerogativas.

Todo Derecho *positivo* es, con efecto, un mero ensayo tan sólo más ó ménos feliz para dar á la eterna idea del Derecho aquel cuerpo, aquella aplicacion y expresion que *por respecto* á los hechos históricos y efectivos de un tiempo y un lugar determinados (esto es, *relativamente* hablando) es la más adecuada, ó por mejor decir, la única adecuada, como la única que corresponde al ideal *individual*. Se le puede, por consiguiente, denominar tambien Derecho *relativo* ó *histórico*, á distincion del absoluto, ideal é idéntico para todos los pueblos y edades, incluso, pues, para lo venidero.

Si la bondad y la justicia absolutas encierran una exigencia válida para todas las épocas y lugares; si constituyen pues lo que necesariamente ha de realizarse sin atender á relacion alguna, ó sea en *todas* relaciones y circunstancias (lo único mejor), ha de ser en todos momentos el criterio determinante exclusivo, merced al cual deberá *conservarse*, *reformarse* ó *suprimirse* lo existente. Segun esto, es completamente inconcebible que lo que es absolutamente bueno y justo cambie jamas en *sí mismo*: por donde no hay que hablar de mudanza en ello, ni de que sea en tiempo alguno su aplicacion imposible, aunque lo parezca.

Por esto tampoco es en rigor exacto, lo que suele decirse, elípticamente: que constituciones, instituciones y leyes ab-

(1) Así, por ejemplo, el espíritu de *venganza* y de *retorsion* (*talio*) anima el derecho penal de todos los pueblos rudos y que no se han elevado aún sobre la esfera de lo sensible, mientras que el espíritu de penitencia y correccion penetra cada vez más en el de los pueblos cultos, despues de atravesar por los grados intermedios de las penas de escarmiento.

solamente buenas en sí no lo son relativamente, esto es, por respecto á tal pueblo ó tiempo. Sólo es verdadera esta afirmacion en el sentido de dar á entender que *los hombres* y las *situaciones* de la vida mudan sin cesar, por lo cual aquellos no son siempre igualmente capaces de entender y apropiarse v. gr. el bien que contienen leyes en sí excelentes, ni de utilizarlas y aplicarlas por tanto como es debido; ántes en el progreso de la civilizacion y poco á poco, es como puede y debe sólo aumentar esta capacidad. Síguese de aquí, que la justicia ideal jamás puede *prescindir* de las condiciones históricas (abstractamente) al introducirse en la vida, y que toda especie de ensayo prematuro, esto es, no justificado *todavía*, choca contra uno de los dos supuestos (el histórico) de todo derecho positivo, y puede en lo tanto llamársele una injusticia *histórica*, por la cual precisamente pierde aquella idea el único suelo en que puede arraigar y prosperar.

Así, la mision de todo derecho positivo sólo puede consistir en la más exacta determinacion del modo temporal y localmente posible y necesario de cumplir la idea del Derecho: en la hábil eleccion y aplicacion de todas las fuerzas y medios, así espirituales, como corporales, que deben conducir á este fin. Al igual de todos los conceptos generales que encierran exigencias prácticas, también éste en su unidad y universalidad abraza á la vida en cuanto eterna é inmutable; pero jamás puede, contradiciendo á esta misma vida en la total é infinita variedad de sus formas esencialmente *individuales*, determinadas, concretas, dar sino el gérmen que ulteriormente ha de desarrollarse, la base de la *ley* que puede satisfacer por completo á esas formas. Y sólo mediante la propia y libre determinacion de las personas jurídicas de diverso género y grado (las comunidades local, nacional, etc.), y por consiguiente distintas en su peculiar carácter, puede aparecer sobre aquella base comun una verdadera ley positiva.

II.

Lo llamado *positivo* (temporal) en el Derecho, por oposicion á lo eterno.

§ 16.

De las consideraciones anteriores resulta con claridad suficiente que el Derecho eterno, en su inagotable y divina idea racional, es lo *único* permanente (*perentorio*, segun la expresion de Hugo) en todo cambio posible de las manifestaciones jurídicas, sin que pueda prescindirse más de él que de la misma naturaleza humana con la que se halla indivisamente enlazado. En efecto, esta idea aparece como el gérmen y primer comienzo (principio) de todo Derecho positivo, gérmen capaz y necesitado á un tiempo de infinito desarrollo, y que constituye, por decirlo así, su propia tendencia genética y vital ó, en otros términos, como la fuerza creadora activa y eficaz en todas las determinaciones jurídicas y que, á la par, las conserva y renueva incesantemente: el verdadero fundamento que las pone y arraiga.

Síguese de aquí, que sólo puede llamarse *positivo* en el Derecho lo que conforma con su idea; miéntras que, por el contrario, las más veces lo que así se denomina, esto es, lo condicional en lugar y tiempo, lo individual, la accion de los hombres para informar el Derecho (merced á la cual llega éste á regir, ya en la forma del precepto explícitamente declarada, ya en la de la tradicion y costumbre) es precisamente en gran parte puramente *negativo*, como quiera que entraña la contradiccion ó limitacion del verdadero Derecho, necesitando, por consiguiente, de constante reforma, por lo que lo ha designado Kant como Derecho meramente *provisional* é interino.

Con no menor evidencia se ve por esto cuán radicalmente erróneo es sobreponer la manifestacion histórica del Derecho, en tiempo y lugar limitada, al Derecho mismo, la forma á la esencia, la obra humana y finita á la idea infinita y divina: pretender que el Derecho transitorio y hasta una sola de sus evoluciones, v. gr., la romana, se eleven á «Derecho universal», sustituyendo á aquel eterno principio, como si éste se agotara en ella por completo, extinguiendo su imprescriptible

exigencia para ser cada vez más y más reconocido en la vida, ó como si pudiera considerársele (segun la tan sabida opinion de Ulpiano) sujeto á un verdadero cambio por adición y supresion.

Lo que sí es cierto, y en ello tal vez está la clave de estos errores, es que la idea del Derecho no tiene aplicacion alguna *inmediata* en la vida (1), sino que su accion sobre esta sólo se ejerce por el camino, modo y forma que, segun la conviccion, á la sazón reinante en cada pueblo, determina éste, ó, en otras palabras, sólo en completa consonancia con las instituciones y leyes que en él por entónces existen; pues sin duda que á nadie es lícito, aunque se apoye en el que reputa mejor saber y parecer, sobreponerse subjetivamente y por fuerza á la opinion comun que expresan aquellas (2).

El Derecho temporal y positivo no ha de concebirse, pues, en hostil *oposicion* al eterno, sino como abrazado en éste, merced á una constante aproximacion, en que *debe* cada vez más y más *penetrarse* de la idea, como *se penetra en efecto*, segun va creciendo la civilizacion humana.

III.

Necesidad de resolver constantemente esta oposicion mediante el progreso del Derecho positivo.

§ 17.

La *necesidad del progreso gradual* de todo Derecho positivo se funda:

1.º En que ninguna *forma histórica* puede jamas ser una *obra de arte jurídico perfectamente bella*, y tal que corresponda por completo al estado de vida y cultura propio de su tiempo, y por consiguiente, á lo que exige el puro ideal del Derecho en el límite de aproximacion posible, ó lo que es igual, al *tipo ejemplar* de un derecho verdaderamente histórico, al ideal ju-

(1) V. § 5. — Es, sin embargo, muy defectuosa la comparacion que hace **Hugo** al declarar tan inaplicable la Metafísica del Derecho á los juicios de los Tribunales como las leyes de la Física general á la prescripcion de los medicamentos.

(2) V. § 4.

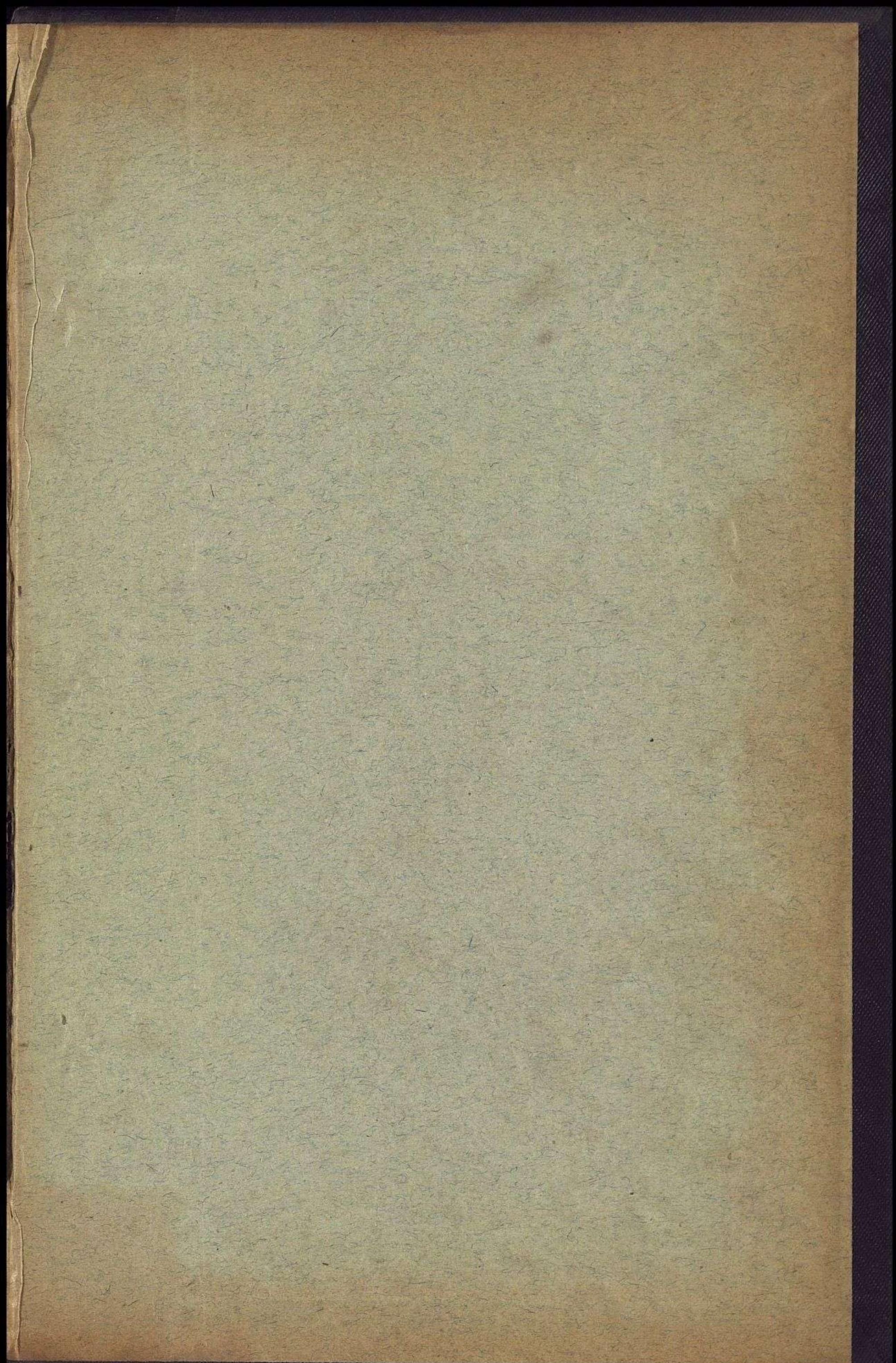
rídico individual; ántes bien, toda manifestacion positiva se halla inevitablemente, en varios sentidos, afectada de imperfecciones, lagunas, contradicciones internas, aberraciones, torcimientos, errores en el fin y en los medios, los cuales no siempre son herencia de los tiempos anteriores: pues que en manera alguna nos es dado prever toda la plenitud de la vida.

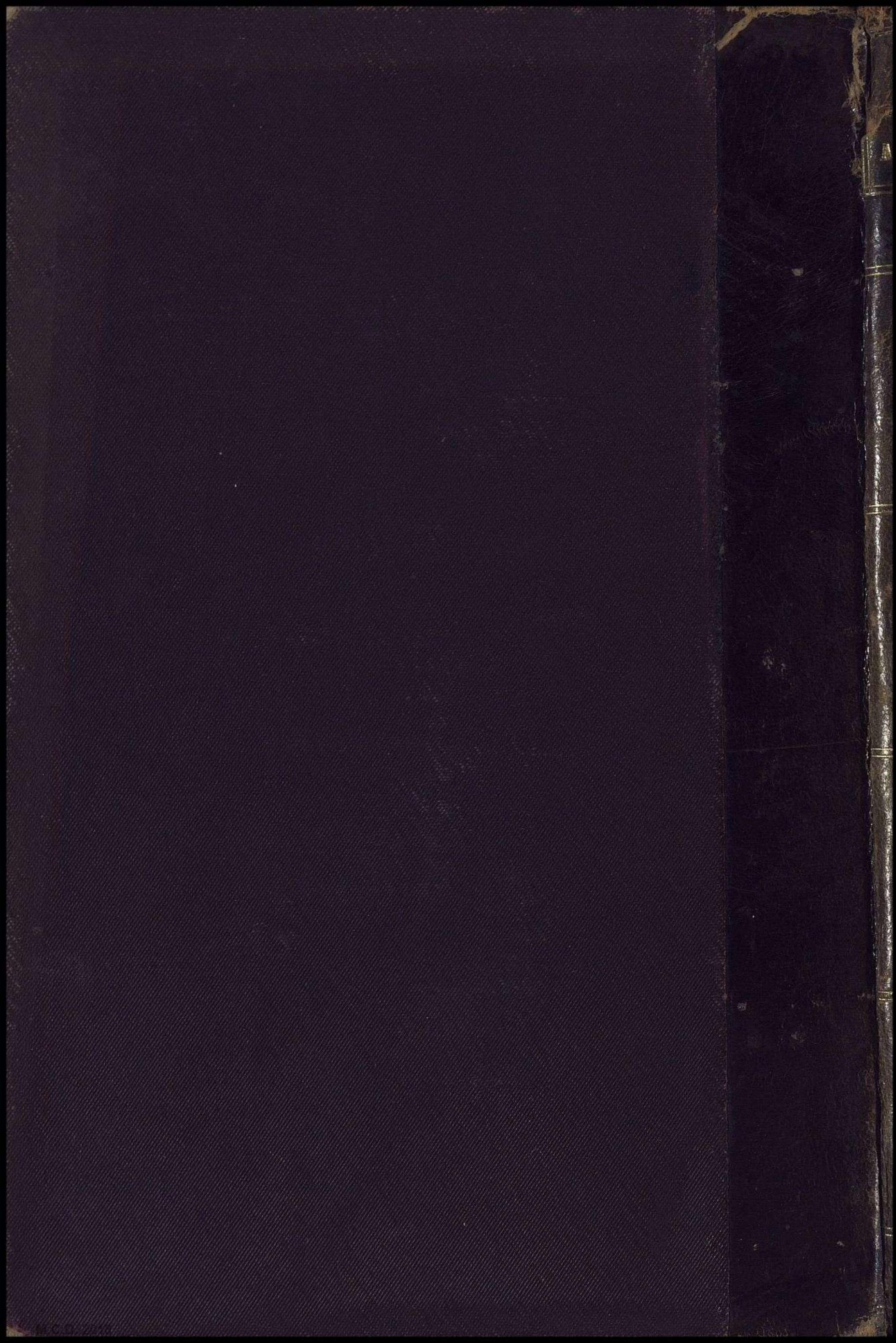
2.º En que el estado de civilizacion de cada pueblo, como el de cada individuo, igualmente que su desarrollo, es siempre *desproporcionado* en muchos sentidos, ya por precocidad, ya por atraso; todo lo cual tiene que revelarse por necesidad en su concepcion y constitucion jurídicas y políticas, en cuya esfera sólo en parte puede reflejarse con claridad la idea, que es el principio que pone unidad en ella.

3.º En que la ley de que la vida jamas puede *estacionarse*, ántes está sujeta á la continúa corriente del devenir y el cambio (en progreso ó regreso) rige tambien en el órden jurídico: de consiguiente, cada determinacion actual de este órden, tan luégo como ha quedado retrasada y como herida de muerte por el progreso general de la vida ó por la superior concepcion del Derecho que necesariamente se enlaza á aquél, tiene que procurar de nuevo su armonía con ambos elementos, por el sólo camino posible de su concertada reforma.

Pero es indudable que la vida de todos los pueblos, tal como es, no puede ni debe sin previo exámen suponerse perfecta ya y cumplida; sino que todavía en muchos respectos ha menester madurar y humanizarse harto más, ya sea de la misma, ya de análoga manera á como han ido desapareciendo, v. gr., la poligamia ó las penas crueles é insensatas. Y pues los pueblos, con el progreso de sus costumbres y sus sentimientos, cada vez más delicados, se aproximan de dia en dia á aquel término ideal, adquieren á la par una impresionabilidad y receptividad tambien crecientes para informar su derecho en igual grado, ó por lo ménos semejante (1): lo cual basta para explicar el

(1) Donde existe ya una receptividad semejante, puede concebirse tambien la asimilacion y apropiacion de un derecho extranjero (suponiendo ciertas modificaciones por la ley, las costumbres ó la determinacion de los individuos), y hasta *un* código general civil para *varios* pueblos. Ménos realizable es esta comnuidad en el derecho público, y por tanto la imitacion de constituciones políticas ó de la





ANEXO DE LA OBRA

DON. RODA

FOLLETOS

16

L
4909

Capítulo tercero

*Relacion del Derecho positivo con el natural
Filosofía del Derecho positivo y*

I.

Necesidad y naturaleza del Derecho

§ 15.

Indudablemente, la idea del Derecho, como la Moralidad, la Belleza y otras, es esencialmente de aquellos conceptos eternamente verdaderos (como los de los matemáticos, por ejemplo, los de la geometría, etc.) se refieren á lo que no sólo se describe en el tiempo: pues que expresa un principio eterno, esto es, idénticamente cumplido por sí mismo, donde, cuando y como quiera que vivan los seres, consiguiente, á la esfera de aquellos conceptos, á las *exigencias incondicionales* (absolutas) para las que, en las diversas formas individuales que se presentan en el tiempo, ideas que, precisamente por esto, son verdades, postulados ó conceptos obligatorios.

Pero si bien la razón es la única fuerza que puede dar origen para esta eterna idea del Derecho universal, no debe olvidarse:

1.º Que la Filosofía del Derecho sólo pertenece á la parte de la ciencia filosófica del hombre y no de la naturaleza en general, y al par con esta misma á su vez, á una multitud de principios generales de la vida del hombre como sér individual y social, sobre

x-rite

mm

colorchecker CLASSIC