

LA LUCHA POR EL DERECHO

R. von Ihering

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL
DISTRITO FEDERAL

Serie "Grandes Juristas"

Mag. Lic. Saturnino Agüero Aguirre
Director de la Comisión

DIRECTORIO

COMISION ESPECIAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETIN JUDICIAL

Mag. Lic. Saturnino Agüero Aguirre
Presidente

Mag. Lic. Joaquín Madrigal Valdez
Salas Civiles

Mag. Lic. José Tristán Sánchez Canales
Salas Penales

Mag. Lic. Jorge Sayeg Helú
Salas Familiares

Lic. Jorge Valentín Vázquez Cstellanos
Juzgados Civiles

Lic. Juan Carlos Velázquez Manzanita
Juzgados Penales

Lic. José Luis Zavaleta Robles
Juzgados Familiares

EDITORES

Adriana Canales Pérez
Raziel Garrido Maldonado

LA LUCHA POR EL DERECHO

R. VON IHERING

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

PRESENTACION

La serie **Grandes Juristas** que edita este Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, como ya lo hemos apuntado en otros volúmenes, tiene el propósito fundamental de difundir el pensamiento jurídico de los grandes maestros del Derecho. Este objetivo se cumple cabalmente con la publicación de una de las obras más importantes del gran jurisconsulto alemán **Rudolf von Ihering: La Lucha por el Derecho** (*Der Kampf ums Recht*, 1872).

De la obra de **Ihering**, prolífico autor, sobresalen, además: **El fin en el Derecho** (*Der Zweck im Recht*); **Jurisprudencia en broma y en serio** (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*); **El espíritu del Derecho Romano** (*Der Geist des römischen Rechts*) entre otras.

Rudolf von Ihering nació en Aurich, antiguo reino de Hannover, el 22 de agosto de 1818 y muere en Göttinga el 17 de septiembre de 1892. Fue hijo de un abogado, por lo que al inicio de su vida científica se interesa por el estudio del derecho. Existe poca información acerca de los principales acontecimientos de su vida que fueron pocos y simples. El camino que sigue **Ihering** es el de la enseñanza y educación de la

juventud. A partir de los veinticinco años, ya es **Privat Docent** en la Universidad de Berlín, dedicado a la enseñanza universitaria. En la cátedra expone las teorías que luego ordena y presenta en libros, y desde aquélla, ejerce su influencia en la formación actual de la ciencia del derecho alemán.

Y debe de haber sido esa influencia inmensa, porque **Ihering**, profesor a la alemana, en el recto sentido pedagógico, no es el profesor-orador que priva en los países de habla hispana, no es el catedrático que se limita a exponer dogmáticamente, **Ihering** es el profesor que sí se relaciona con sus alumnos, que trabaja a su lado y que aprende con ellos. Su seminario jurídico, verdadero laboratorio donde se estudia práctica y positivamente el derecho, alcanza fama universal.

En 1872, **Ihering** aceptó una cátedra en la Universidad de Göttinga. Desde ese año vive y trabaja en y para la Universidad, a la cual acuden cuantos quieren orientarse en la Filosofía del Derecho. En diferentes ocasiones, las grandes universidades germanas de Berlín, Leipzig, Heidelberg le hicieron ofertas para ocupar un cargo, mismas que rechazó. Con vocación decidida al estudio del derecho, y queriendo consagrarse por entero a esta ciencia, prefirió la vida tranquila y ordenada de una ciudad universitaria pequeña, a la vida más movida y brillante de aquellos centros de población y cultura. En pago de esta devo-

ción por las ciencias, y como prueba de aprecio al profesor, se le rinde un homenaje mundial el 22 de agosto de 1888. En una ocasión fue propuesto como candidato para el Parlamento de Alemania del Norte, pero no fue electo; la política no era para él.

Aunque tenía poca experiencia como litigante, estaba firmemente convencido de la necesidad de hacer jurisprudencia práctica; cuando fue profesor en Basle, tuvo la oportunidad de estar en contacto con abogados practicantes y jueces, quienes en ocasiones acudieron a él para solicitar su opinión en importantes materias. *Ihering* cumplía entonces setenta años.

Ihering fue un hombre dedicado en alma y vida a la ciencia del Derecho, un romanista convencido. Debió ser al principio discípulo de Savigny; pero después sentó su propio rumbo, pues se le considera uno de los más firmes continuadores del espíritu de la escuela histórica que veía en el pasado, la explicación del presente. Posteriormente se convierte en franco y leal adversario, ya de Savigny, ya de Puchta, ya de Bruns.

Ihering ve el derecho de manera excesivamente material y egoísta, por la influencia que en su educación jurídica ejerce el estudio del derecho romano y la preparación de sus ideas fundamentales bajo la acción de los partidarios de la escuela histórica en pro de aquella admirable construcción lógica de un

derecho racional, que es la grande obra del pueblo rey. Las obras de *Ihering* son fundamentalmente de contenido jurídico, pero de muy diverso carácter. Por una parte, tenemos disertaciones aisladas e independientes sobre puntos importantes del derecho en general, del derecho romano, del derecho positivo alemán, con un fin de propaganda eminentemente científica, también tenemos obras de proporciones verdaderamente monumentales, pero de índole diversa, mientras unas tienen un carácter histórico, o al menos filosófico-histórico, y se refieren a un determinado derecho positivo (el romano), otras, por el contrario, son de carácter filosófico, verdaderos tratados de filosofía del derecho.

Ihering sostenía que la idea de "La naturaleza del derecho" era un impulso firme para esta dirección y rumbo del derecho moderno, y que la índole de la escuela del derecho natural proclamaba una doctrina universal para elevar el derecho por encima del tiempo y el espacio.

No es fácil ubicar filosóficamente el pensamiento del maestro. Para unos es un racionalista, para otros utilitarista, y hay quien lo considera como perteneciente a la escuela sociológica del derecho. Sin embargo, su racionalismo se apoya en los datos históricos; su sociología toma en consideración los valores culturales, y su utilitarismo, las realidades sociales. En general su pensamiento se orienta hacia una con-

cepción global, nunca puramente naturalista de la comunidad.

La gran contribución de *Ihering* a nuestra ciencia es su concepción de la lucha humana por mantener el orden jurídico, a la que atribuye el carácter de un deber ético del individuo.

Estos son algunos de sus principales trabajos:

- 1842 **Dissertatio de hereditate possidenda.**
- 1844 **Abhandlungen aus dem römischen Rechts.**
- 1847 **Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen.**
- 1857 **Jahrbucher für die dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.**
- 1852-1858 **Geist des römischen Rechts.**
- 1867 **Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.**
- 1868 **Ueber den Grund des Besitzschutzes.**
- 1870 **Die Jurisprudenz des täglichen Lebens.**
- 1872 **Der Kampf ums Recht.**
- 1877-1883 **Der Zweck im Recht.**
- 1879 **Vermischte Schriften juristischen Inhalts.**
- 1881 **Gesammelte Aufsätze.**
- 1885 **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz.**
- 1889 **Der Besitzwille, or Possessory Intention.**
- 1894 **Vorgeschichte der Indo-Europäer und Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts.**

La lucha por el Derecho es una obra clásica tanto por igualar su contenido como por su trascendencia. En efecto, el maestro alemán realiza en ella una magistral defensa del Derecho desde el punto de vista del Derecho Privado, Público y de Gentes. Expresa que el fin del Derecho es la lucha contra la injusticia. Dice también que esta lucha durará tanto como el mundo. La lucha no es un elemento extraño al Derecho, antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea.

Ihering sostiene que el Derecho no es más que el resultado del trabajo sin descanso de generaciones y generaciones que desplazan sus esfuerzos para conformar su derecho con el propósito de mantener la paz. “El Derecho —dice el autor— no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la representación de la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo”. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia; se complementan recíprocamente: “y el Derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza”

Sin embargo, para *Ihering*, muchos hombres no comprenden esta permanente lucha por el Derecho,

porque pasan su vida disfrutando de la paz y el orden que otras generaciones les heredaron. Así, gozarán de esta paz perpetua, hasta que despierten con el ruido de los primeros cañonazos y, otra vez, como lo hicieron sus ancestros, iniciar la lucha por el Derecho.

Y en este sentido tenemos que ser muy precisos: para *Ihering* la paz no es más que el resultado de continuos y penosos esfuerzos de generaciones pasadas, esto es, que el disfrute de la tranquilidad, y el orden del que goza una sociedad, no es más que la expresión del sacrificio de sus antepasados.

Es, indudablemente, este hecho el que hace que nazca entre los pueblos y su Derecho un vínculo permanente. Puede afirmarse que la energía y el amor con que un pueblo defiende sus leyes y sus derechos, están en relación directamente proporcional con los esfuerzos y trabajos que le haya costado alcanzarlos.

En el Capítulo Segundo, denominado "El interés en la lucha por el Derecho", *Ihering* destaca que la lucha por el Derecho puede darse desde las bajas regiones del Derecho Privado, hasta las alturas del Derecho Público y del Derecho de Gentes. *Ihering* afirma que esta lucha aparece clara y nítidamente en el Derecho Público y en el Derecho de Gentes; pero donde se torna difícil encontrar el substrato de tal lucha

es en el Derecho Privado. No se trata solamente de dilucidar, desde el punto de vista material y práctico, entre lo tuyo y lo mío, sino de encontrar qué es lo que verdaderamente se defiende: el honor, la vida, el patrimonio.

Para *Ihering*, cuando un individuo es lesionado en su Derecho, tiene que decidir entre cederlo o resistir a su adversario. En todo caso, deberá hacer siempre un sacrificio: el derecho a la paz o la paz al derecho.

Aparentemente, esta cuestión se reduciría únicamente a considerar cuál de estos sacrificios es menos oneroso, pero en la realidad esto no es así, sino que tiene otras profundas implicaciones. En la antigüedad, como ahora, no se luchaba sólo por el valor material de la cosa, sino que se defendía en la cosa, el derecho de cada uno, su honor, su persona misma. Se explica, pues, que no es el prurito de luchar por luchar, sino que implica algo más: la razón ideal, la defensa de la persona y de su sentimiento del derecho.

Cuando el que litiga se propone semejante fin y va guiado por tales sentimientos, no hay sacrificio ni esfuerzo que tenga ante su vista peso alguno. No litiga la devolución del objeto, sino que se reconozca su derecho; esto es, debe cumplir con esa voz interior que le dice que no le está permitido retirarse de la lu-

cha, que tiene que cumplir con su percepción del derecho; en una palabra, que el proceso no es sólo una cuestión de interés, sino que se ha convertido en una cuestión de carácter.

Ihering sentencia que la actitud que asumen aquellos individuos o pueblos que optan por no luchar por su derecho, porque es entendible que esto suceda, debe ser condenable, porque es contraria a la esencia misma del derecho, porque está predicando la fuga ante la injusticia.

El Capítulo Tercero, "La lucha por el Derecho en la esfera individual" *Ihering* lo inicia aseverando: el que se ve atacado en su derecho, debe resistir; que ésta es una manifestación instintiva de todas las criaturas animadas; pero que el hombre tiene que defender, además, su existencia moral, derivada de la conciencia que tiene del derecho. El hombre, sin esta percepción del Derecho, se rebaja a la condición de bruto. Llega a afirmar, siguiendo a Enrique Kleist, que "más vale ser un perro que ser un hombre y verse pisoteado". Dice, también, que toda injusticia es una acción arbitraria, esto es, un ataque contra la idea del Derecho. El dolor moral que nos causa la injusticia voluntaria, varía tanto como la del dolor físico.

Ihering, para ejemplificar cuán importante es esta percepción, nos ilustra refiriéndose a un cam-

pesino y a un militar: nos propone sentarlos en los bancos del jurado, luego, acusarlos, primero al oficial de un delito sobre el derecho de propiedad y al campesino sobre una cuestión de honor y finalmente cambiar los papeles y se verá qué diferencia existe en los veredictos. Es indudable que el campesino tendrá en muy alta estima la tierra que cultiva y el ganado que cuida porque constituyen la base de su existencia; en cambio, el militar defenderá con el mismo coraje su honor. Procediendo de esta manera, no hacen más que obedecer a la ley particular de su conservación moral.

El grado de energía con el cual el sentimiento se levanta contra la lesión es una regla cierta para conocer hasta qué punto un individuo, una clase o un pueblo sienten la necesidad del Derecho.

El dolor que el hombre experimenta cuando es lastimado, es la declaración espontánea, instintiva, violentamente arrancada de lo que el Derecho es para él, en su personalidad, primeramente, y como individuo perteneciente a una clase, después; la verdadera naturaleza y la importancia real del derecho se revelan más completamente en semejante momento y bajo la forma de afección moral, que durante un siglo de pacífica posesión.

Los que no han tenido ocasión de medir experimentalmente este dolor, no saben lo que es el Derecho, por más que tengan en su cabeza todo el **Corpus**

Juris, porque no es la razón, sino el sentimiento el que puede resolver esta cuestión.

La fuerza del Derecho —dice *Ihering*— descansa, como en la del amor, en el sentimiento, y la razón no halla cabida cuando aquél impera.

Sentir el dolor y permanecer indiferente, soportándolo con paciencia sin defenderse, constituye una negación del sentimiento del Derecho, que las circunstancias pueden excusar en determinados casos, pero que en general no dejarían de traer graves consecuencias para el sentimiento del mismo.

En el capítulo Cuarto, *Ihering* intenta probar, como él mismo lo afirma, que “la defensa del Derecho es un deber que tenemos para con la sociedad”.

Si hemos de aceptar que una nación no es más que el conjunto de individuos que la componen, el Derecho de un país, no es más que la suma de los derechos individuales; por eso, no basta, para que el Derecho y la Justicia florezcan, que el juez y el policía cumplan con su deber; es indispensable que cada uno contribuya por su parte a esta magna obra “porque todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esa víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad”.

Porque el asesinato judicial, sostiene el maestro de Göttinga, es el verdadero pecado mortal del De-

recho. El que estando encargado de la administración de justicia se hace asesino, es como el médico que envenena al enfermo, como el tutor que hace perecer a su pupilo. El que ha sido víctima de una injusticia, corrompida y parcial, se encuentra violentamente lanzado fuera de la vía legal, se hace vengador y ejecutor de su derecho, y no es raro que, lanzado por la pendiente, fuera de su fin directo, se declare enemigo de la sociedad, bandolero y homicida.

Ihering va estableciendo una evidente relación entre el derecho individual y el derecho en la esfera social. Se pregunta que cómo es que quien no está acostumbrado a defender con valentía su derecho personal va a defender de igual forma el derecho de la colectividad.

Afirma que los únicos que pueden luchar por el Derecho Público son aquellos que defienden el Derecho Privado; por lo tanto, reitera que en el Derecho Público y en el de Gentes es donde se recogen los frutos cuya semilla se ha sembrado y cultivado por la nación, en el Derecho Privado. La verdadera escuela de la educación política no es para un pueblo el Derecho Público, sino el Derecho Privado.

Concluye este capítulo, sosteniendo que la fuerza de un pueblo responde a la de su sentimiento del Derecho; proclamando la independencia de los tribunales y reformando el procedimiento, se llegará, se-

guramente, a acrecentar la fuerza del Estado, mucho mejor que aprobando el más alto presupuesto militar.

En el último capítulo de esta interesantísima obra, el autor hace referencia a la lucha por el derecho con el derecho de su país. Compara el derecho alemán con el derecho de los romanos y no oculta su admiración por el de estos últimos.

Sostiene que “nuestro derecho (alemán) no conoce otra medida que la del materialismo bajo y burdo, no mira la cuestión más que desde el punto de vista del interés pecuniario” y pone el ejemplo del juez que para agilizar un juicio sobre asunto de poca importancia, ofrece pagar él mismo al demandante, la suma en litigio, incomodándose al no ser aceptada su resolución; este sabio magistrado no comprendía que lo que el demandante reclamaba era su derecho y no la suma de dinero. Agrega que la pena pecuniaria, el medio idóneo utilizado por el magistrado romano ha cambiado en el derecho alemán, convirtiéndose en uno de los recursos más lamentables de que la autoridad se sirve para ensayar el porvenir de la injusticia.

Se queja *Ihering* de que no es la imperfección del Derecho lo que le preocupa, sino el sentimiento amargo de que “el Derecho bueno pueda ser pisoteado sin que existan medios para remediarlo”.

Este sobresaliente autor termina reconociendo que es la moral quien debe indicarnos la naturaleza del Derecho. Que, como la sentencia bíblica, la realización del Derecho sólo se consigue luchando por él.

Al difundir los estudios más trascendentes de los grandes maestros del derecho, como el presente, el **Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal** cumple con el propósito de coadyuvar en el acrecentamiento de la cultura jurídica de nuestra sociedad.

MAG. LIC. SATURNINO AGÜERO AGUIRRE
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

AGOSTO DE 1992

CAPITULO PRIMERO

INTRODUCCION

El Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es substancialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones a las que el Derecho debe siempre procurar una solución, hasta el punto, que puede decirse que el Derecho no es en su conjunto y en cada una de sus partes más que una constante respuesta a aquella doble pregunta. No hay un sólo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que propone y los medios para llegar a él. Mas el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La idea del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha es el medio para alcanzarlo.

Se podrá objetar que la lucha y la discordia son precisamente lo que el Derecho se propone evitar, porque semejante estado de cosas implica un trastorno, una negación del orden legal, y no una condición necesaria de su existencia. La objeción podría ser justa si se tratase de la lucha de la injusticia contra el Derecho; pero aquí se habla de la lucha del Derecho contra la injusticia. Si en esta hipótesis el Derecho no lucha, es decir, no hace una heroica resistencia contra aquella, se negará a sí mismo. Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el Derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, pues, un elemento extraño al Derecho, antes bien es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea.

Todo Derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de Derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban, por lo que todo Derecho, tanto el Derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos. El Derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el Derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el Derecho en su impotencia; se complementan recíprocamente: y el Derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.

El Derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Si abrazamos en un momento dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una Nación, desplegando sin cesar para defender su Derecho tan penosos esfuerzos como los que hace para el desenvolvimiento de su actividad en la esfera de la producción económica e intelectual. Todo hombre que lleva en sí la obligación de mantener su Derecho, toma parte en este trabajo nacional, y contribuye en lo que puede a la realización del Derecho sobre la tierra.

Este deber, no se impone sin duda a todos en las mismas proporciones. Miles de hombres pasan su vida felizmente sin lucha, dentro de los límites fijados por el Derecho, y si nos presentáramos a ellos hablándoles de *lucha por el Derecho*, afirmando que el Derecho es la lucha, no nos comprenderían, porque siempre fue para ellos el reinado de la paz y del orden. Bajo el punto de vista de su personal experiencia, tienen perfecta razón; hacen como todos aquellos que tienen riquezas heredadas y que han recogido sin pena el fruto del trabajo de otros, que niegan esta proposición: *la propiedad es el trabajo*. La causa de esta ilusión, viene de que los dos sentidos en que se nos ofrecen la propiedad y el Derecho, pueden descomponerse subjetivamente de tal manera, que, el goce y la paz estén de un lado, y la lucha y el trabajo estén del otro. Si formuláramos igual pregunta a los que lo vean bajo este último aspecto, contestarán todo lo contrario. El Derecho

y la propiedad son como *la cabeza de Jano*, de doble rostro; estos no pueden ver más que uno de los lados, aquéllos el otro, y de ahí resulta el diferente juicio que forman del objeto.

Lo que manifestamos del Derecho, se aplica no sólo a los individuos, sino también a generaciones enteras. La vida de las unas es la paz, la de las otras es la guerra, y los pueblos como los individuos, son, por consecuencia de ese modo de ser subjetivo, llevados hacia el mismo error: nos alimentamos en ocasiones del sueño de una larga paz, y nos creemos en la paz perpetua, hasta el día en que suene el primer cañonazo, viniendo a disipar nuestras esperanzas, haciendo con tal cambio nacer una generación, tras la que vivió en placentera paz, que vivirá en constante guerra, que no disfrutará un sólo día, sino a costa de tremendas luchas y de rudos trabajos. Así se reparten, en el Derecho como en la propiedad, el trabajo y el goce, sin que por esto, su correlación sufra el menor detrimento. Si vivimos en la paz y en la abundancia, pensemos que otros han debido luchar y trabajar por nosotros. Es necesario pensar en los tiempos del Paraíso si se quiere hablar de la paz sin la lucha y del goce sin el trabajo, porque nada se conoce en la historia que no sea el resultado de penosos y continuos esfuerzos. Más adelante desenvolveremos el pensamiento de que la lucha es para el Derecho, lo que el trabajo es para la propiedad; y que relativamente a su necesidad práctica y a su dignidad moral, debe ser colocado en absoluto en la misma línea. Con esto venimos a

rectificar una falta de omisión de que con razón se acusa a nuestra teoría; y no sólo a nuestra filosofía del Derecho, sino también a nuestra jurisprudencia positiva. Nuestra teoría, fácil es notarlo, se ocupa mucho más con la balanza que con la espada de la justicia; lo limitado del punto de vista puramente científico bajo el que mira el Derecho, que es lo que hace aparecer a éste menos bajo su lado real, como idea de fuerza, que bajo su lado real, como un tejido de principios abstractos, ha impreso, según creemos, a toda esta manera de ver la cuestión, un carácter que no está muy en armonía con la amarga realidad. El desenvolvimiento de nuestra tesis dará la prueba de lo que decimos.

El Derecho comprende, como es sabido, un doble sentido: objetivo que nos presenta el conjunto de principios de Derecho en vigor, el orden legal de la vida; y el sentido subjetivo, que es, por decirlo así, el enunciado de la regla abstracta en el Derecho concreto de la persona. El Derecho encuentra en esas dos direcciones una resistencia que debe vencer, y en ambos casos debe triunfar, o mantener la lucha. Por más que nos hemos propuesto directamente como objeto de estudio el segundo de esos dos puntos de vista, no debemos dejar de establecer, por la consideración del primero, que la lucha, como hemos afirmado anteriormente, es de la misma esencia del Derecho.

He ahí para el Estado que quiere el reinado del Derecho, un punto incontestable que no exige prueba alguna. El Estado no puede lograr mantener el orden legal, mas que

luchando continuamente contra la anarquía que le ataca. Pero la cuestión varía de aspecto si se trata del origen del Derecho y se estudia, bien sea su nacimiento bajo el punto de vista histórico, o bien la constante y continua renovación que en él se opera todos los días ante nuestra vista, tal como la supresión de títulos en vigor, la anulación de artículos de leyes que están rigiendo, en una palabra, el progreso en el Derecho. Si sostenemos, en efecto, que el Derecho está sometido a una misma ley, bien se trate de su origen o bien de toda su historia, establecemos una teoría diferente de la generalmente admitida en nuestra ciencia del Derecho Romano. Según esta doctrina, que llamaremos con el nombre de sus dos principales representantes, de Savigny y Puchta, sobre el origen del Derecho, éste se desenvuelve insensiblemente sin dificultad, como el lenguaje. No es necesario según afirma tal doctrina, luchar; la investigación misma es inútil, porque esa fuerza de la verdad que secretamente obra en la vida, avanza con paso lento, pero seguro y sin violentos esfuerzos, y el poder de la persuasión va produciendo poco a poco la luz en los corazones, que obrando bajo su influencia, lo revisten de una forma legal. Una regla de Derecho nace, pues, tan sencillamente como una regla gramatical, y para explicar según esta teoría, cómo el antiguo Derecho Romano viene a permitir al acreedor vencer al deudor insolvente o autoriza al propietario de un objeto robado para reivindicar la cosa en cualquier punto donde la encuentre, basta decir, que es parecido modo a como fue introducido en la vieja Roma la regla de *cum rigiendo* la

procedencia.

Esta era la idea que yo tenía sobre el origen del Derecho cuando dejaba la Universidad y bajo cuya influencia he estado muchos años. ¿Podrá ser verdad? El Derecho, es necesario concederlo, se desenvuelve sin necesidad de investigaciones inconscientemente, empleando la palabra que se ha introducido, orgánica e intrínsecamente, como el lenguaje. De este desenvolvimiento interno es del que se derivan todos esos principios de Derecho que los decretos semejantes e igualmente motivados interponen poco a poco en las relaciones jurídicas, así como esas abstracciones, esos corolarios, esas reglas que la ciencia saca del Derecho existente, por medio del razonamiento, y pone luego en evidencia.

Mas el poder de estos dos agentes, las relaciones y la ciencia, es limitado; pueden dirigir el Derecho existente, impulsarle, pero no les es dado derribar los diques que impiden a las aguas tomar un nuevo curso. No hay más que la ley, es decir, la acción voluntaria y determinada del poder público que tenga esta fuerza, y no por azar; sino en virtud de una necesidad, que es de la naturaleza íntima del Derecho, por lo que todas las reformas introducidas en el procedimiento y en el Derecho positivo, se originan de leyes. Sin duda puede suceder que una modificación llevada a cabo por la ley en el Derecho existente, sea puramente abstracta, que su influencia esté limitada a ese Derecho mismo, sin notarse en el dominio de las relacio-

nes concretas que estén establecidas sobre la base del Derecho hasta entonces en vigor; en este caso la operación es como una reparación puramente mecánica, que consiste en reemplazar un tornillo o una rueda usada por otra mejor.

Pero llega el caso frecuente de que una modificación no puede operarse más que hiriendo o lesionando profundamente Derechos existentes e intereses privados; porque los intereses de miles de individuos y de clases enteras, están de tal modo identificados con el Derecho en el curso de los tiempos, que no es posible modificar aquél sin que vivamente repercuta en tales intereses. Si se pone entonces el principio del Derecho en frente del privilegio, se declara por este solo hecho, la guerra a todos los intereses, se intenta arrancar un pólipo que se adhiere con todas sus fuerzas. Una consecuencia del instinto de la conservación personal, es que los intereses amenazados opongan a toda tentativa de tal naturaleza, la más violenta resistencia, dando vida a una lucha, donde como en otras parecidas, no serán los razonamientos, sino las fuerzas encontradas las que decidirán, produciendo frecuentemente el mismo resultado que el paralelogramo de las fuerzas, el cambio de las componentes en una diagonal.

Este es el único medio de explicar cómo las instituciones después de hallarse tanto tiempo condenadas en principio, encuentran todavía modo de vivir durante siglos, y no es la *vis inertiae* quien las mantiene, sino la oposición, la resistencia que hacen los intereses atacados.

Cuando el Derecho existente es defendido de tal modo por los intereses a su calor creados, el del porvenir no puede vencer sino sosteniendo una lucha que dure muchas veces más de un siglo; y mucho más si los intereses han tomado el carácter de derechos adquiridos. Entonces hay dos partidos uno al frente del otro, llevando cada uno escrito en su bandera, *santidad del Derecho*; y el uno llama santidad al Derecho histórico, al Derecho del pasado; y el otro, santidad al Derecho que se desenvuelve y se renueva sin cesar, al Derecho primordial y eterno de la humanidad en el constante cambio. Existe pues un conflicto de la idea del Derecho consigo misma; y para los individuos que después de haber sacrificado a la defensa de sus convicciones, todas sus fuerzas y todo su ser, sucumben al fin bajo el juicio supremo de la historia, es un conflicto éste que verdaderamente tiene algo de trágico. Todas esas grandes conquistas que en la historia del Derecho pueden registrarse; la abolición de la esclavitud, de la servidumbre, la libre disposición de la propiedad territorial, la libertad de la industria, la libertad de conciencia, no han sido alcanzadas sino después de una lucha de las más vivas que con frecuencia han durado varios siglos, y muchas veces han costado torrentes de sangre. El Derecho es como el Saturno devorando a sus hijos; no le es posible renovación alguna sino rompiendo con el pasado.

Un Derecho concreto que invoca su existencia para pretender una duración ilimitada, la inmortalidad, recuerda al hijo que levanta el brazo contra su madre; menospre-

cia la idea del Derecho, sobre la cual se apoya, porque el Derecho será eternamente *el mudar*; así lo que existe, debe ceder pronto sus puestos al nuevo cambio, porque como advierte el célebre autor del *Fausto*:

*...Todo lo que nace
debe volver a la nada.*

El Derecho considerado en su desenvolvimiento histórico, nos presenta, pues, la imagen de la investigación y de la lucha; en una palabra, de los más penosos esfuerzos. El espíritu humano que forma inconscientemente el lenguaje, no encuentra violenta resistencia, y el arte no tiene otro enemigo que vencer que su pasado; el gusto existente. Pero no es así en el Derecho en tanto que es fin; colocado en medio de esos confusos engranajes donde se mueven todos los diversos intereses de los hombres, el Derecho debe estudiar y buscar constantemente el verdadero camino, y cuando lo ha encontrado, derribar todos los obstáculos que se oponen y le impiden avanzar. Si está fuera de duda que esta marcha es regular y tan interior como la del arte y la del lenguaje, no es menos cierto que se verifica de una manera muy distinta, y en este sentido es necesario rectificar resueltamente el paralelo tan ligera y tan generalmente admitido, que Savigny ha establecido, entre el Derecho de una parte, y el lenguaje y el arte de la otra. Falsa en teoría, pero no peligrosa, esta doctrina como máxima política, es uno de los errores más fatales que pueden imaginarse, porque viene a aconsejar al hombre

que aguarde, cuando él debe obrar y obrar con todas sus fuerzas y con pleno conocimiento de causa. Le invita a esperar, diciéndole que las cosas se hacen por sí mismas, que lo mejor que puede hacer es cruzarse de brazos y esperar confiadamente lo que saldrá poco a poco de esa fuente primitiva del Derecho que se llama opinión pública en materia de legislación. De ahí nace la aversión de Savigny y de toda su escuela a la iniciativa del poder legislativo, y que Puchta haya desconocido completamente en su teoría del Derecho consuetudinario el verdadero sentido de la costumbre. La costumbre no es para Puchta, más que un medio de descubrir la persuasión legal; pero este gran talento había olvidado completamente observar y sentar que esa persuasión comienza a formarse solamente cuando ella obra, que es esta acción misma quien le da el poder y la fuerza de dominar; en una palabra, que el Derecho consuetudinario, como de cualquier otro puede decirse: el Derecho es una idea de fuerza. Puchta, sin embargo, no hacía más que pagar su tributo a la época en que vivía. Corría el periodo romántico de nuestra poesía, y si no repugnase aplicar esta idea a la jurisprudencia, tomándose el trabajo de comparar las direcciones seguidas en este doble terreno, no llegaría a admirarnos la idea de poder llamar a esta escuela, la escuela romántica del Derecho. Y es en verdad una idea romántica, el representarse el pasado bajo un falso ideal, y figurarse el nacimiento del Derecho sin trabajo, sin esfuerzo alguno, sin acción, como las plantas nacen en los campos.

¡La triste realidad nos convence de lo contrario! A poco que la contemplemos, nos muestra a los pueblos que no llegan a establecer su Derecho, sino a precio de grandes esfuerzos, y a estas cuestiones tan graves que se amontonan tumultuosamente, podemos añadir todo el testimonio del pasado, cualquiera que sea la época sobre la que hagamos nuestras investigaciones. No queda para la teoría de Savigny más que los tiempos prehistóricos, acerca de los que no tenemos datos; pero, permítaseme una hipótesis; opondremos a la doctrina de Savigny que nos presenta el Derecho naciendo simplemente de la persuasión popular, nuestra teoría, que es diametralmente opuesta; y será necesario concedernos que tiene al menos con la época prehistórica la analogía respecto al desenvolvimiento histórico del Derecho, y que creemos tiene la ventaja de una y más grande semejanza psicológica. ¡La época primitiva! Fue un tiempo respecto del que reina la moda de adornarle con todas las más bellas cualidades, se hace de él una edad que no conoció más que la verdad, la franqueza, la fidelidad, la sencillez, y la fe religiosa. El Derecho sería ciertamente desenvuelto en términos semejantes, sin tener necesidad de otra fuerza más que del poder de la persuasión legal, el puño no hubiera sido más necesario que la espada. Pero es hoy un hecho probado, que esta piadosa época, aunque haya tenido todas esas virtudes, no ha podido establecer su Derecho más fácilmente que las generaciones posteriores. Estamos convencidos de que no ha formado el Derecho, sino después de un trabajo más penoso todavía, que el de otros periodos;

estamos seguros de que principios del Derecho Romano tan sencillos como de los que hemos hablado: el poder dado al propietario de reivindicar su cosa de todo poseedor, la facultad dada al acreedor de vender en servidumbre al deudor insolvente, no han llegado a estar en vigor, sino después de un combate de los más encarnizados. Sea de esto lo que quiera, dejando el pasado al testimonio auténtico de la historia nos basta esto, para poder decir que, el nacimiento del Derecho es siempre como el del hombre, un doloroso y difícil alumbramiento.

¿Deberemos pues, dolernos de que esto sea así? No ciertamente, porque esta circunstancia, en virtud de la que los pueblos no llegan al Derecho sin penosos esfuerzos, sin trabajos innumerables, sin luchas continuas y hasta vertiendo su propia sangre, es precisamente la que hace nacer entre los pueblos y su Derecho ese lazo interno, que al comienzo de la vida, en el nacimiento, se establece entre la madre y el hijo. Se puede decir de un Derecho ganado sin esfuerzo, lo que se dice de los hijos de la cigüeña; un zorro, o un buitre puede perfectamente robarles; pero ¿quién arrancará fácilmente al hijo de entre los brazos de su madre? ¿Quién despojará a un pueblo de sus instituciones y de sus Derechos alcanzados a costa de su sangre? Bien puede afirmarse que la energía y el amor con que un pueblo defiende sus leyes y sus Derechos, están en relación proporcional con los esfuerzos y trabajos que les haya costado alcanzarlos. No es solamente la costumbre quien da vida a los lazos que ligan a los pueblos con su

Derecho, sino que el sacrificio es quien los hace más duraderos, y cuando Dios quiere la prosperidad de un pueblo, no se la da por caminos fáciles, sino que les hace ir por los caminos más difíciles y penosos.

En este sentido no vacilamos en afirmar que la lucha que exige el Derecho para hacerse práctico, no es un castigo, es una bendición.

CAPITULO II

EL INTERES EN LA LUCHA POR EL DERECHO

La lucha por el Derecho concreto de que vamos a hablar en esta segunda parte, tiene como causa una lesión o una sustracción de este Derecho. De que ningún Derecho, tanto el de los individuos como el de los pueblos, esté fuera del cambio y variación, resulta que esa lucha puede verificarse en todas las esferas del Derecho, desde las bajas regiones del Derecho privado, hasta las alturas del Derecho público y del Derecho de gentes. ¿Qué son sino, a pesar de la diferencia del objeto en un litigio, de las formas y dimensiones de la lucha, la guerra y las revoluciones, la *ley de Lynch*, el cartel de desafío en la Edad Media y su última expresión en el duelo moderno? ¿Qué son, en fin, la defensa obligatoria y esa lucha de los procesos, que son sino escenas de un mismo drama *la lucha por el Derecho*?

Para tratar de un objeto de importancia tan general, elegimos la menos ideal de todas sus formas, la lucha legal por el Derecho privado; porque precisamente en este caso, es donde la verdadera causa del proceso puede las más de las veces escaparse, no solamente a la penetración del público, sino también a la de los mismos hombres de ley; mientras que el móvil aparece en todas las formas del Derecho, sin oscuridad claramente, y el espíritu más apático comprende que los bienes en cuestión, merecen supremos sacrificios y nadie se pregunta: ¿Por qué luchar, no será mejor ceder? El grandioso espectáculo que ofrece el desenvolvimiento de las fuerzas humanas más grandes, junto con los más costosos sacrificios, se arrastran irremisiblemente al hombre y le elevan a la altura de lo ideal. Pero es otra cosa cuando se trata de la lucha por el Derecho privado; por lo estrecho del círculo de intereses relativamente frívolos, en el cual se mueve; pues; siempre la cuestión de lo mío y de lo tuyo con su prosa inseparable, parece relegada exclusivamente a esa región donde no se calcula más que las ventajas materiales y prácticas, y además que, las formalidades a que su acción está sometida, haciendo difícil su empleo, la imposibilidad también que tiene el sujeto de proceder libre y enérgicamente, no contribuyen a disminuir una impresión ya de suyo desfavorable. En otro tiempo en que cuestiones semejantes se zanjaban también en la lid, en ese eterno problema de lo mío y de lo tuyo, se hacía claramente resaltar la verdadera significación de la lucha. Cuando la espada era la llamada a poner término a las guerras de lo tuyo y de lo mío,

cuando el caballero de la Edad Media enviaba el cartel de desafío, los que presenciaban la lucha podían colegir perfectamente que, no se luchaba sólo por la cosa en su valor material, por sólo evitar una pérdida pecuniaria, sino que se defendía algo más, se defendía en la cosa el Derecho de cada uno, su honor, su persona misma.

¿Pero para qué evocar tan viejos recuerdos a fin de llegar a una explicación que la historia del presente, -aun cuando diferente en la forma, pero exactamente igual en el fondo- puede darnos tan bien como el pasado? Echemos en efecto una mirada sobre los fenómenos de la vida actual; hagamos algunas investigaciones psicológicas sobre nosotros mismos y llegaremos a las mismas conclusiones.

Cuando un individuo es lesionado en su Derecho, se hace irremisiblemente esta consideración, nacida de la cuestión que en su conciencia se plantea, y que él puede resolver según le parezca; si debe resistir al adversario o si debe ceder. Cualquiera que sea la solución, deberá hacer siempre un sacrificio; o bien ha de sacrificar el Derecho a la paz o la paz del Derecho. La cuestión presentada en estos términos, parece limitarse a saber cuál de ambos sacrificios es menos oneroso. El rico, por ejemplo, podrá en un caso abandonar por la paz una suma para él insignificante; mientras que un pobre sacrificará la paz porque será para él la misma suma de relevante importancia. La lucha por el Derecho no sería, pues, más que una pura regla de cálculo, en la que se pasaría de un

lado, las ventajas, y de otro, las pérdidas; y de esta especie de balance nacería la decisión.

Sabido es que esto en realidad no es así. La experiencia diaria nos presenta procesos, en los cuales el valor del objeto del litigio, no tiene ninguna relación con el sacrificio probable, los esfuerzos y gastos de dinero que será necesario hacer. El que ha perdido un *thaler* no dará dos seguramente por encontrarlo, y la cuestión de saber cuánto deberá dar, no es en realidad más que una operación de cálculo. ¿Por qué, pues, no sucede así en el proceso? Que no se diga que se espera ganarlo y que las costas recaigan sobre el adversario, porque muchos hay que la certidumbre de pagar caro el triunfo, no es bastante para que no entablen una acción en justicia. ¡Cuántas veces el magistrado que hace cargo del mucho gasto del litigio a una parte, oye como respuesta: “Quiero intentar el proceso a toda costa!”

¿Cómo nos explicamos esta actitud que bajo el punto de vista del interés bien entendido, es un contrasentido manifiesto?

Bien conocida es la respuesta que se da ordinariamente, diciendo: es la manía de litigar, el puro amor al embrollo, el deseo ardiente e irresistible de hacer daño al contrario.

Pero dejemos esta especie, y en lugar de dos individuos, pongamos dos pueblos. El uno arrebató ilegalmente al

otro una legua cuadrada de terreno inculto y sin valor; ¿Qué hará este último? ¿Deberá declararle la guerra? Consideremos la cuestión bajo el punto de vista en que se coloca esa teoría *de la manía de litigar* cual si se tratase de juzgar la conducta del campesino, a quien un vecino ha arrebatado algunos pies de terreno, y a quien por tanto se ha perjudicado en su propiedad. ¿Qué es, qué vale una legua cuadrada de terreno estéril, en comparación con una guerra que costará la vida de miles de individuos, que sumirá en dolor y en la ruina al pobre y al rico, que destruirá cabañas y palacios, que hará gastar los millones del Tesoro público y amenazará quizá la existencia del Estado? Hacer tales sacrificios por semejante causa, ¿No es el colmo de la locura?

Tal sería el juicio si fuese posible pesar con la misma balanza, al campesino y al pueblo. Pero todos se guardarán bien de dar al segundo el mismo consejo que al primero. No hay nadie que no afirme que un pueblo que no resistiese ante semejante violación de su Derecho, confirmaba su propia sentencia de muerte. A un pueblo que sufriese que le ocupen y conquisten impunemente una legua cuadrada de su terreno, se le iría poco a poco ocupando todas las demás hasta que no le quedase nada, y que dejase de existir como Estado, y no merecería en verdad más digna muerte, ni suerte mejor.

Si, por consiguiente, el pueblo debe recurrir a las armas cuando se trata de una legua cuadrada sin ocuparse de su

valor, ¿Por qué el campesino de que hemos hablado no deberá hacer lo propio? ¿Será necesario detenerlo con este decreto o sentencia: *quod licet Jovi non licet bovi*? Así como no es solamente por defender un pedazo de tierra, sino que es sobre todo por su existencia, por su independencia y honor, por lo que un pueblo toma las armas; análogamente en las acciones, en los litigios, en los que existe una gran desproporción entre el valor del objeto y los sacrificios de cualquier naturaleza que es inevitable hacer, no se va al proceso, no se litiga por el valor mezquino, quizá, del objeto, sino por una razón ideal, la defensa de la persona y de su sentimiento del Derecho; cuando el que litiga se propone semejante fin y va guiado por tales sentimientos, no hay sacrificio ni esfuerzo que tenga ante su vista peso alguno, pues ve en el fin a que tiende, la recompensa de todos los medios que emplea. No es el interés material atacado quien pone al individuo que recibe tal lesión en camino de reclamar una satisfacción, sino el dolor moral que le causa la injusticia de que ha sido víctima.

La gran cuestión para él no es la devolución del objeto que muchas veces dona a un establecimiento de beneficencia, lo que puede moverle a litigar; lo que más desea, es que se le reconozca su Derecho. Una voz interior le grita que no le está permitido retirarse de la lucha, que no es sólo el objeto que no tiene valor alguno, sino su personalidad, su sentimiento del Derecho, y la estima que a su propio valor se debe, lo que está en litigio, en una palabra, el

proceso es, más que una cuestión de interés, una cuestión *de carácter* .

Pero la experiencia nos enseña también que otros individuos colocados en situación semejante, toman una decisión del todo contraria, prefieren la paz a un Derecho tan trabajosa y penosamente conquistado. ¿Cómo podremos juzgarles? Bastará decir, ¿Es una cuestión de gusto y de temperamento; éste ama la paz, aquél el combate, y bajo el punto de vista del Derecho, ambos son respetables, porque todo interesado puede elegir entre abandonar su Derecho o hacerlo valer? Consideramos esta manera de proceder que se encuentra frecuentemente en la vida como perfectamente condenable y contraria a la esencia misma del Derecho; si fuera posible suponer que llegase alguna vez a prevalecer, se destruiría el Derecho mismo, porque predica la fuga ante la injusticia, mientras que el Derecho no existe sino luchando contra ella.

Por nuestra parte, oponemos el doble principio que vamos ahora a someter a la atención del lector. Resistir a la injusticia es un *deber* del individuo para *consigo mismo*, porque es un precepto de la existencia moral; es un *deber* para con la *sociedad*, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general.

CAPITULO III.

LA LUCHA POR EL DERECHO EN LA ESFERA INDIVIDUAL.

El que se vea atacado en su Derecho, debe resistir; éste es un deber que tiene para consigo mismo. La conservación de la existencia es la suprema ley de la creación animal, y así se manifiesta instintivamente en todas las criaturas; pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender además su existencia moral, que tiene por condición necesaria el Derecho: es, pues, la condición de tal existencia que posea y defienda el Derecho. El hombre sin Derecho, se rebaja al nivel del bruto¹; así los romanos no hacían más que sacar una lógica consecuencia de esta idea, cuando colocaban a los esclavos, considerados bajo el punto de vista del Derecho abstracto, al nivel del

¹*En la novela de Enrique Kleist, intitulada Miguel Kolhaas y de la que más adelante volveremos a hablar, el autor pone en boca de su héroe: Más vale ser un perro que un hombre, y verse pisoteado.*

animal. Tenemos, pues, el deber de defender nuestro Derecho, porque nuestra existencia moral es directa y esencialmente atacada en su conservación; desistir completamente de la defensa, cosa hoy no muy común, pero que pudiera llegar a ser puesta en uso, equivale a un suicidio moral. Así, y de esto se desprende, el Derecho no es más que el conjunto de los diferentes tratados o títulos que le componen, y de los que cada uno es como el reflejo de una condición particular para la existencia moral; en la propiedad como en el matrimonio, en el contrato como en las cuestiones de honor, en todo esto, es legalmente imposible renunciar a uno de ellos sin renunciar al Derecho de todos. Pero puede suceder que seamos atacados en una o en otra de esas esferas, y este ataque es el que estamos obligados a rechazar, porque no basta colocar estas condiciones vitales bajo la protección de un Derecho representado por los principios abstractos, es imprescindible además, que el individuo descienda a la esfera de la práctica para defenderlas, y la ocasión se presenta cuando la arbitrariedad osa atacarlas.

Toda injusticia no es, por lo tanto, más que una acción arbitraria, es decir, un ataque contra la idea del Derecho. El poseedor de mi cosa, de la que se cree su propietario, no niega en mi persona la idea de la propiedad; invoca sólo un Derecho, en frente del mío, y toda la cuestión aquí queda reducida a saber quién es el propietario. Pero el ladrón, el bandido, se colocan fuera del dominio legal de la propiedad; niegan que la cosa me pertenezca, y niegan

a la vez la idea de la propiedad, una condición por lo tanto esencial a la existencia de mi persona; generalícese si no su manera de obrar, y la propiedad desaparecerá en la teoría y en la práctica. Así, no atacan solamente a mis bienes, sino también a mi personalidad, y si yo tengo el Derecho y el deber de defenderme, cuando soy atacado, en este caso, sólo el conflicto de este deber, con el interés superior de mi vida, puede a veces dar lugar a otra decisión: por ejemplo, un bandido teniéndome entre sus manos, y a quien se le ocurre ponerme en la alternativa de entregarle la vida o la bolsa. Pero mi deber es, en los demás casos, combatir por todos los medios de que disponga, toda violación al Derecho de mi personalidad; sufrirlo sería consentir y soportar un momento de injusticia en mi vida, y esto es lo que nunca puede ser permitido. Mi posición frente al poseedor de buena fe, es completamente diferente; en este caso no es a mi sentimiento del Derecho, a mi carácter o a mi personalidad, sino a mis intereses a quien pertenece el dictar la conducta que he de seguir, porque toda la cuestión se reduce entonces al valor que el objeto pueda tener; el balance de las ventajas, y en vista de él decidirme por el litigio o renunciar a él. Las transacciones entre las partes en que se exponen y se juzgan los cálculos más o menos acertados acerca del asunto, es el mejor procedimiento en estos casos. Pero puede llegar el asunto a un estado, en que la tirantez de las partes o cualesquiera otra circunstancia haga difícil el arreglo, que los cálculos se extremen por cada parte a su favor, llegando cada uno de los adversarios

a suponer mala fe en el otro, y entonces comienza la cuestión, bien que desenvolviéndose judicialmente bajo la forma de una injusticia objetiva (*reivindicatio*) revisitando psicológicamente para la parte el carácter de que hablamos en el caso precedente de una lesión calculada y la tenacidad con la cual el individuo defiende su derecho, es partiendo de ese punto de vista, tan motivada y justificada como la que puede y debe usarse en el caso citado del ladrón. Tratar en semejante estado de disuadir a la parte, haciéndole ver los cuantiosos dispendios que resultarán, las malas consecuencias que por todos conceptos arrojará de sí el litigio, no es más que perder el tiempo, pues no se obra entonces por el interés material, la cuestión viene a degenerar en una cuestión de competencia, y la sola esperanza que puede abrigarse, es la de llegar a hacer obrar, y si se resiste, para cortar de algún modo esa resistencia, se puede cambiar otra vez la cuestión, bajo el punto de vista del interés, y alcanzar en su caso la transacción. Bien es verdad que esa resistencia sistemática, por decirlo así, esa prevención y desconfianza de algunas partes, no nace muchas veces del carácter y modo de ser del individuo, sino más bien de su educación y profesión; así en el campesino es en quien resulta más difícil de vencer esa desconfianza. La manía de los litigantes que se colocan en este caso, no es más que el resultado de los dos móviles que le hacen especialmente obrar, el sentimiento de la avaricia, o amor exagerado a la propiedad, y la desconfianza. Nadie entiende tan bien sus intereses como él, ni los defiende tan obstinadamente, y

no hay nadie que lo sacrifique todo tan fácilmente a un pleito. Esto que parece una contradicción, no lo es en realidad. Es que justamente su sentimiento y amor por el Derecho es tan excesivo y es tan profundo y está tan desenvuelto, que cualquiera lesión es para él muy sensible, y la reacción en su caso muy violenta. Esa manía por el litigio es un vicio, una exageración que causan su desconfianza y su amor a la propiedad, y que se parece a lo que los celos producen en el amor, que toman el aguijón contra uno mismo y hacen perder lo que se quería conservar.

El Derecho Romano antiguo ofrece una interesante prueba de lo que acabamos de decir; expresa precisamente bajo la forma de principios legales, esa desconfianza del campesino que supone en todo conflicto que su adversario obra de mala fe; aplicaba a toda injusticia objetiva, la consecuencia ligada a una injusticia subjetiva, es decir, una pena al que perdiese el litigio. No era para el individuo en quien se había exaltado, o mejor, exagerado el sentimiento del Derecho, una satisfacción suficiente la de restablecer la perturbación sufrida en su Derecho, exigía aun una reivindicación especial de la ofensa que su adversario, culpable o no, le había podido hacer. Así sería hoy entre nosotros si los campesinos hubieran de dictar las leyes. Esta desconfianza desapareció al principio del mismo Derecho Romano, a consecuencia del progreso que hizo distinguir dos clases de injusticias culpable y no culpable, o subjetiva y objetiva (ingenua como decía Hegel).

Esta distinción no es, sin embargo más que de una importancia secundaria para la cuestión que aquí nos ocupa; a saber, qué conducta debe seguir un individuo lesionado en su Derecho, ante la injusticia. Tal distinción expresa bien bajo qué punto de vista el Derecho mira la cuestión; fija las consecuencias que la injusticia entraña; pero no dice nada del individuo, ni explica cómo la injusticia exalta el sentimiento del Derecho, que no se regula según las ideas de un sistema. Un hecho particular, puede producirse en circunstancias tales que la ley considere el caso como una lesión del Derecho objetivo y el individuo pueda fundadamente suponer mala fe, injusticia notoria por parte de su adversario, y es perfectamente equitativo que sea su propio juicio quien le dicte la conducta que debe de seguir. El Derecho puede darme contra el heredero de mi acreedor que no conoce la deuda y someta su pago a mi prueba, la misma *condictio ex mutuo* que me da contra el deudor que niega impunemente el préstamo que yo le he hecho o rechaza sin causa el reembolso; pero yo no podría menos de considerar de distinta manera el modo de obrar de uno y de otro. Asimilo el deudor al ladrón que trata de apoderarse de algo mío con pleno conocimiento de causa, como el ladrón viola el Derecho, con la sola diferencia de que puede cubrirse con una capa de legalidad; por el contrario, comparo al heredero del deudor, con el poseedor de buena fe, pues no niega que el deudor deba pagar, sino que combate solamente mi pretensión; como deudor, puedo aplicarle todo cuanto he dicho de aquél a quien le comparo, puedo

transigir con él, hasta desistir; pero debo siempre de perseguir al deudor de mala fe y debo hacerlo a toda costa, porque es un deber, y de no cumplirlo, sacrificaría con este Derecho, el Derecho todo.

Pero se dirá: ¿el pueblo sabe acaso que el Derecho de propiedad y el de obligaciones son condiciones de la existencia moral? No, sin duda; ¿pero no lo siente? He ahí una cuestión que esperamos resolver inmediatamente, y de una manera afirmativa. ¿Qué sabe el pueblo de los riñones, del hígado, de los pulmones, como condiciones de la existencia física? Pero no hay quien deje de sentir un daño cualquiera en el pulmón, un dolor en los riñones o en el hígado y que no tome las precauciones necesarias para contrarrestar el mal de esta especie. El dolor físico nos anuncia una perturbación en el organismo, la presencia de una influencia funesta; nos abre los ojos al peligro que nos amenaza y nos obliga a remediarlo a tiempo. Pues lo mismo es el dolor moral que nos causa la injusticia voluntaria; su intensidad varía como la del dolor físico, y depende (más adelante nos extenderemos en este punto) de la sensibilidad subjetiva, de la forma y del objeto de la lesión, pero se anuncia no obstante, en todo individuo que no esté completamente habituado a la ilegalidad. Este dolor moral, fuerza a combatir la causa de donde nace, no tanto por acabar con él, como por mantener la salud que se encontraría en peligro, si lo sufriese pasivamente sin obrar contra él, y le recuerda, en una palabra, el deber que tiene de defender la existencia moral, como la emoción

producida por el dolor corporal, le recuerda el deber de defender la existencia física. Tomemos un caso cualquiera, sea el menos dudoso de un ataque al honor, y en la clase en la que el sentimiento del honor suele estar más desarrollado, la clase de oficiales militares; un oficial que ha soportado pacientemente una ofensa a su honor se incapacita. ¿Por qué? ¿La defensa del honor no es un deber puramente personal? ¿Por qué el cuerpo o la clase de oficiales viene a darle una importancia tan especial? Es que considera, con razón, que su estado depende necesariamente del valor que muestren sus miembros en la defensa de su personalidad, y que una clase que es por su naturaleza la que representa el valor personal, no puede sufrir la cobardía de uno de los suyos, sin sacrificarse y desacreditarse toda ella. Supongamos ahora un campesino que defiende con toda la tenacidad de que es capaz, su propiedad; ¿Por qué no obra así cuando se trata de su honor? Es que tiene el verdadero sentimiento de las condiciones particulares de su existencia. No está llamado a probar su valor sino a trabajar. Su propiedad no es mas que la forma visible del trabajo que ha hecho en su pasado. Un aldeano perezoso que no cultiva su campo, o disipa ligeramente sus rentas, es tan despreciado por los otros, como el oficial que tenga en poco su honor, lo es por sus colegas; así un hombre del campo no reprenderá a otro por no haber intentado un litigio por una injuria, ni un capitán amonestará a su colega por ser un mal administrador. La tierra que cultiva y el ganado que cuida, son para el campesino la base de su existencia, y la pasión exage-

rada con que persigue al vecino que le ha usurpado unos pies de tierra, o al mercader que no le paga el precio estipulado por las cabezas de ganado que le ha vendido, no es más que su peculiar modo de luchar por el Derecho, análogamente a como lo tiene el oficial por medio de la espada a la que confía la defensa de su honor. Sacrificanse ambos sin temor, sin reparar en las consecuencias, y tal es, por otra parte, su deber; obrando así no hace más que obedecer a la ley particular de su conservación moral. Sentarlos en los bancos del jurado, someter primero a los oficiales por un delito sobre el Derecho de propiedad, y a los campesinos por una cuestión de honor; cambiar luego los papeles y se verá qué diferencia existe en los veredictos. Es cosa bien sabida que no hay jueces más rectos en las cuestiones de propiedad que los campesinos; por más que no podamos hablar por experiencia, nos atrevemos a asegurar que si un campesino por casualidad, presentase una acción sobre reparación de injurias, el juez podrá con más facilidad moverlo a un arreglo, que si se tratase de una cuestión acerca de la propiedad. El campesino en el antiguo Derecho Romano se contentaba con la indemnización de 25 *ases* por un bofetón, y si se le saltaba un ojo podía entenderse con él, en lugar de hacer usos del Talión como permitía la ley. Pero cuando se trata de un ladrón, exigía de la ley y ésta se lo otorgaba, si le sorprendía en el acto de robar, reducirlo a la servidumbre y aún matarle si oponía resistencia.

Permítasenos aducir un tercer ejemplo; el del comercian-

te. El crédito es para él, lo que el honor es para el militar, y lo que la propiedad es para el campesino; debe mantenerlo porque es la condición de su vida. El que le acusara de no tener cumplidas todas sus obligaciones y llenos sus compromisos, le lastimaría más sensiblemente que si le atacase en su personalidad o en su propiedad, mientras que el militar se reiría de tal acusación y el campesino la sentiría bien poco. Es tal, por esto, la situación del comerciante, que hace las leyes actuales, especialísimas en ciertos casos, y que le sean exclusivos y peculiares ciertos delitos, como el de la bancarrota simple y el crimen de la quiebra fraudulenta.

Con lo establecido, no tratamos de hacer constar solamente, que la exaltación del sentimiento del Derecho se presenta bajo esta o la otra forma, y que varía según las clases y las condiciones, porque el individuo mida el carácter de una lesión por el interés que, dada su clase, puede tener en sufrirla o no; la demostración de este hecho debía servirnos para sentar claramente una verdad de orden superior, esto es, que todo individuo atacado, defiende en su Derecho, las condiciones de su existencia moral. Precisamente en estas cualidades en que hemos reconocido las condiciones esenciales de la existencia de estas clases, es donde el sentimiento del Derecho se manifiesta en su más alto grado de sensibilidad; y de esto se desprende perfectamente que la reacción del sentimiento legal, no se produce exclusivamente como una pasión ordinaria, según la naturaleza especial del tempe-

ramento y carácter del individuo, sino que, una causa moral obra en ella, y ésta es, el sentimiento de que tal o cual título o sección del Derecho, sea precisamente de una necesidad absoluta para el fin particular de la vida de esta clase o de aquel individuo. El grado de energía con el cual el sentimiento se levanta contra la lesión es, a nuestro modo de ver, una regla cierta para conocer hasta qué punto un individuo, una clase o un pueblo, sienten la necesidad del Derecho; tanto del Derecho en general, como de una de sus partes, dado el fin especial de su existencia. Este principio es para nosotros una verdad perfectamente aplicable tanto al Derecho público, como al Derecho privado².

²No hemos de extendernos aquí acerca de la utilidad de la primera parte de esta idea, pero se nos permitirá, al menos, hacer unas ligeras reflexiones. La indignación que las diferentes clases manifiestan cuando son atacadas en uno de los derechos que forman la base de su existencia, aparece también en los Estados cuando se ataca a las instituciones que representan, el principio especial que les hace vivir; el termómetro de su irritabilidad, y, por consiguiente, la medida del aprecio que dan a las instituciones, es el Código Penal. El contraste manifiesto que existe sobre este punto entre las diversas legislaciones, se explica en gran parte por la consideración distinta que hay entre las condiciones de existencia de cada pueblo. Todo Estado castigará con la mayor severidad los ataques dirigidos a su principio vital, en tanto que no aplicará generalmente, más que el mínimo de la pena que en otros casos. Un Estado teocrático, castiga con la muerte al blasfemo, al idólatra, aunque se contentara acaso con aplicar la pena del robo al que haya destrozado los límites que sirven de separación entre las propiedades, en tanto que un Estado agrícola hará todo lo

Si los cargos especiales de una clase y de una profesión, pueden dar a cierta esfera del Derecho una importancia más alta, y aumentar por consiguiente la sensibilidad del sentimiento legal, de la persona que se ve atacada en lo que es esencial a su especial modo de vida, también pueden debilitarla. Es imposible que en los criados y sirvientes se estime y desenvuelva el sentimiento del honor, como en otras clases de la sociedad, porque hay ciertas humillaciones ligadas, por decirlo así, a su oficio y posición, que en vano tratará el individuo de desechar, en tanto que la clase entera las sufra. Cuando el sentimiento del honor se levanta en un hombre sometido a esta condición, no le queda otro camino, que acallararlo, o de lo contrario cambiar de ocupación. Si alguna vez tal sensibilidad se hace sentir en la masa social, entonces y nada más que entonces, existe para el individuo, la esperanza de no gastar sus fuerzas en una resistencia inútil. Podrá unir las a las de los hombres cuyo corazón lata como el suyo; emplearlas útilmente, suscitar en sus semejantes el

contrario. La legislación de un país mercantil reservará los más grandes castigos al monedero falso y al falsificador en general, y un país militar, a la insubordinación y la desertión. Un Gobierno absoluto castigará el crimen de lesa Majestad, y uno republicano toda tentativa de restablecer el poder real; y todos los Estados mostrarán así un rigor que comparado con el usado en los demás casos producirá un extraño contraste. Esto es, en una palabra, que cuando los pueblos son atacados en una de las condiciones especiales de su modo de ser, el sentimiento legal se levanta manifestándose con más violencia. Todos sabemos que éstas son las consideraciones que Montesquieu ha tenido el mérito inmortal de presentar el primero y de desenvolver en su Espíritu de las Leyes.

sentimiento del honor, y asegurarles más alta consideración hasta el punto de alcanzarla, de las demás clases sociales y de las mismas leyes. La historia del desenvolvimiento social en los últimos cincuenta años, puede presentar sobre este punto un progreso inmenso, y lo dicho, puede aplicarse dentro de esos cincuenta años a casi todas las clases; el sentimiento del honor se ha elevado en ellas, siendo todo esto, el resultado y la expresión de la posición legal que ha sabido conquistar.

El sentimiento del honor y el de la propiedad, pueden ser colocados por lo que toca a su estimación, en una misma línea. Es posible que el verdadero amor a la propiedad, -porque no entendemos bajo esta expresión, el amor al lucro, el afán por el dinero y la fortuna, sino el noble sentimiento del propietario, del que hemos presentado como ejemplo al campesino, que defiende sus bienes, no tanto por su valor, como porque son suyos- pues bien, es posible que este sentimiento se debilite bajo las mortíferas influencias de causas y situaciones insanas, de lo cual la ciudad en que vivimos presenta la mejor prueba. ¿Qué hay de común entre mi propiedad y mi persona? se preguntarán muchos. Mis bienes no son más que medios para atender a mi existencia, de procurarme el dinero, los placeres, y por lo mismo que no tengo deber moral de enriquecerme, no puede haber quién me exija o aconseje el intentar un juicio por una bagatela que no merece molestia alguna, ni nada vale. El solo motivo que me puede decidir a recurrir judicialmente, no es otro que el

que me guía en la adquisición o en el empleo de mi fortuna, mi bienestar; una cuestión sobre el derecho de propiedad, es una cuestión de interés, un negocio como otro cualquiera.

Los que así razonan, nos parece que han perdido el verdadero sentimiento de la propiedad y que le han trocado su base natural. No son ni la riqueza, ni el lujo, que no ofrecen ningún peligro para el sentimiento del derecho del pueblo, no son responsables de estas doctrinas, sino la inmoralidad de la codicia. El origen histórico y la justificación moral de la propiedad, es el trabajo, no sólo el material de los brazos, sino el de la inteligencia y del talento; y no reconocemos solamente al obrero, sino también a su heredero, un derecho al producto del trabajo, es decir, que encontramos en el derecho de sucesión, una consecuencia necesaria e imprescindible del principio de la propiedad. Así sostenemos que tan permitido debe serle al obrero el guardarse lo que ha ganado, como el de dejarlo a cualquiera en vida o para después de muerto. Esa constante relación con el trabajo, es la que hace mantenerse a la propiedad sin tacha; con ese origen que debe reflejar siempre, hace ver lo que en realidad es para el hombre, apareciendo clara y transparente hasta en sus profundidades; pero cuanto más se aleja de tal origen para perderse y falsearse, por decirlo así, proviniendo de ganancias fáciles y sin esfuerzo alguno, más pierde su carácter y naturaleza propia, hasta convertirse en jugadas de bolsa, y en un agiotaje fraudulento. Cuando las cosas

han llegado a tal extremo, cuando la propiedad ha perdido su último resto de idea moral, es evidente que ya no puede hablarse del deber moral para defenderle; nada hay aquí del sentimiento de la propiedad, tal como existe en el hombre que ha de ganar el pan con el sudor de su frente. Lo que hay más grave en esto, es que esas doctrinas y los hábitos que engendran se extienden poco a poco, hasta un círculo donde no podrían desenvolverse espontáneamente y sin contacto³. Se siente hasta en la cabaña del pobre, la influencia que ejercen los millones ganados en las jugadas de bolsa, y hombres que en otras circunstancias soportarían alegremente el trabajo, no lo sufren, y sueñan bajo el peso que les debilita, en vivir en una atmósfera tan mal sana. El comunismo no podrá crecer más que en estos puntos, en los que está completamente olvidada o parece ilegítima la idea de la propiedad, pero no se le encontrará donde se tenga idea de su verdadero origen. Se puede probar aquella influencia, examinando lo que sucede entre los campesinos, en los que la manera que tienen las clases elevadas de mirar a la propiedad, trasciende e influye tanto. En el que vive de sus tierras, y tiene alguna relación con el campesino, se desarrollará involuntariamente, aun cuando su carácter y posición no se lo impongan, algo del sentimiento de la propiedad y de economía que distingue al hombre de los campos; un mismo indivi-

³*Nuestras pequeñas ciudades de Alemania que forman la residencia de una Universidad, y que los estudiantes hacen, por decirlo así, vivir, ofrecen una interesante prueba. La manera que tienen aquéllos de gastar y emplear el dinero se comunica a la población.*

duo podrá llegar a ser económico cuando more entre los campesinos, y despilfarrador cuando more en una ciudad como Viena, si es que vive entre millonarios.

Cualquiera que sea la causa de esa atenuación de carácter por el que el amor a la comodidad lleva a rehuir la lucha por el Derecho hasta tanto que el valor del objeto no sea de tal naturaleza que le aconseje la resistencia, debemos caracterizarla tal como es. ¿Qué es lo que la filosofía práctica de la vida nos anuncia en eso sino la política de la cobardía? El cobarde que abandona el campo de batalla, salva lo que otros sacrifican, su vida, pero la salva al precio de su honor. La resistencia que los otros continúan haciendo, es lo que lo coloca a él y a la sociedad al abrigo de las consecuencias que necesariamente vendrían si todos pensando como él, como él obrasen. Lo mismo puede decirse del que abandona su derecho, por más que esto, como hecho aislado, quede sin consecuencias; pero sí se originen en regla de conducta, ¿Qué sería del Derecho? Ciertamente que aun en este caso la lucha del Derecho contra la injusticia, no sufriría en su conjunto más que una defección aislada; pues los individuos no son, en efecto, los solamente llamados a tomar parte en esta lucha; cuando un Estado está organizado, la opinión pública participa grandemente, influyendo sobre los tribunales en todos los ataques graves hechos al derecho de una persona, a su vida, o a su propiedad; y los individuos encontrándose así liberados de la parte más pesada del trabajo. Sin embargo, esto no es bastante, la política y el ministerio

público, velan todavía para que el Derecho no sea jamás sacrificado, cuando se trata de lesiones abandonadas a la acción individual, pues no todos siguen la política del cobarde, y éste mismo lucha cuando el valor del objeto merece la pena. Pero supongamos un estado de cosas tal, en que el individuo no tiene la protección que le dispensan la policía y una buena administración de justicia; fijémosnos en los tiempos primitivos donde, como en Roma, la persecución del ladrón y del bandolero quedaba exclusivamente entregada al agraviado. ¿Quién no ve a dónde podría conducir ese cobarde abandono del derecho? ¿No sería esto alentar a ladrones y bandoleros? Esto, por otra parte, tiene perfecta aplicación a la vida de las Naciones. Ningún pueblo puede, en caso alguno, abandonar la defensa de su derecho; recordemos el ejemplo de la legua cuadrada que suponíamos arrebatada por un pueblo a otro, y podrá presumirse qué consecuencias traería para la vida de los pueblos, el tomar como norma de vida la teoría, por la que la defensa del Derecho pende del valor del objeto causa del litigio. Una máxima que es inadmisibles, que causa la ruina del Derecho donde se aplica, no se legitima aun cuando llegue a practicarse, gracias a ciertas y excepcionales circunstancias. Más adelante tendremos ocasión de demostrar lo perjudicial que es aun en un caso relativamente favorable.

Rechazamos, pues, esa moral que jamás ha hecho que pueblo ni individuo alguno tengan el sentimiento del Derecho, y que es sólo el signo y el producto del senti-

miento legal paralizado y enfermo, resultado del grosero materialismo dominando al Derecho; materialismo que, sin embargo ha tenido en esto su razón de ser. Aprovecharse del Derecho, servirse de él y hacerlo valer, no son, cuando se trata de una injusticia objetiva, más que verdaderas cuestiones de intereses, y el Derecho no es, según la definición que damos en otro lugar⁴, más que *un interés protegido por la ley*. Pero ante la arbitrariedad que ataca, que no respeta el Derecho, estas consideraciones pierden todo su valor, porque en este caso, el que obra arbitrariamente no puede atacar ni lesionar mi derecho, sin atacar al propio tiempo mi personalidad. Que mi derecho tenga por objeto tal o cual cosa, yo podría justamente ser despojado de ella sin haber lesión de Derecho en mi personalidad; pero si no es el azar, si es mi voluntad la que establece ese lazo entre la cosa y yo, si la tengo gracias al trabajo que me ha costado o que le ha costado a otro, el cual me la dio, la cuestión cambia de aspecto. En apropiándome la cosa, le imprimió el sello de mi personalidad; cualquier ataque dirigido a ella, me hiere a mí, por que soy yo, como que la propiedad no es más que la periferia de la personalidad extendida a una cosa.

Esta conexión del Derecho con la persona, confiere a todos los derechos de cualquier naturaleza que sean, ese valor inconmensurable que hemos llamado ideal, en oposición al valor puramente real que tienen bajo el punto de vista del interés, y es esa relación íntima la que hace

⁴V. mi *Espíritu del Derecho Romano*, III, pág. 60

nacer en la defensa del Derecho esta abnegación y esa energía que más arriba hemos tratado de pintar. Esta concepción ideal no está reservada a las naturalezas privilegiadas; es posible para todos, para el hombre más grosero, como para el más ilustrado, para los pueblos salvajes, como para los más civilizados; y esto es lo que principalmente nos demuestra que tal punto de vista ideal, tiene su origen en la naturaleza íntima del Derecho; y lo que por otra parte, no hace, en realidad, más que probar el buen estado del sentimiento legal. El Derecho que parece, por un lado, rebajar al hombre a la región del egoísmo y del interés, lo eleva por otro a una altura ideal, donde olvida todas sus sutilezas y cálculos y esa medida del interés que acostumbraba aplicar por todo, y lo olvida para sacrificarse pura y simplemente a una idea.

El Derecho, que es por un lado la prosa, se trueca en la lucha por la idea en poesía, porque la lucha por el Derecho es, en verdad, *la poesía del carácter*.

¿Cómo se opera este prodigio? No es ni por el saber, ni por la educación, es por el simple sentimiento del dolor. El dolor que es el grito de angustia, de socorro de la naturaleza amenazada, verdad ésta aplicable como hemos notado, no sólo al organismo físico, sino además al ser moral. La patología del sentimiento legal es para el legista y para el filósofo del Derecho, o debiera ser, porque sería inexacto afirmar que esto es así, lo que la patología del cuerpo humano es para los médicos, y revela

indudablemente el secreto de todo el derecho. El dolor que el hombre experimenta cuando es lastimado, es la declaración espontánea, instintiva, violentamente arrancada de lo que el Derecho es para él, en su personalidad primeramente, y como individuo de clase después; la verdadera naturaleza y la importancia real del Derecho, se revelan más completamente en semejante momento y bajo la forma de afección moral, que durante un siglo de pacífica posesión. Los que no han tenido ocasión de medir experimentalmente este dolor, no saben lo que es el Derecho, por más que tengan en su cabeza todo el *Corpus Juris*; porque no es la razón, sino el sentimiento quien puede resolver esta cuestión; el lenguaje, además, ha determinado bien el origen primitivo y psicológico de todo Derecho, llamándolo el sentimiento legal. Conciencia del Derecho, persuasión legal, son otras tantas abstracciones de la ciencia que el pueblo no comprende. La fuerza del Derecho descansa como la del amor, en el sentimiento, y la razón no halla cabida cuando aquél impera. Así como hay momentos en que el amor no se conoce, y en un instante dado se revela enteramente, lo mismo sucede en el sentimiento del Derecho; en tanto que no ha sido lesionado no se le conoce ordinariamente y no sabe de lo que es capaz, pero la injusticia le hace manifestarse, poniendo la verdad en claro, y sus fuerzas en todo su apogeo. Ya hemos dicho en qué consiste esta verdad; el Derecho es la condición de la existencia moral de la persona, y el mantenerle es defender la existencia moral misma. No solamente el dolor, sino que también en

muchos casos la violencia o tenacidad con la cual el sentimiento del Derecho rechaza una lesión, es la piedra de toque de su salud; por eso el grado del dolor que expresa la persona lesionada, es el indicio del valor en que tiene el objeto de la lesión. Sentir el dolor y permanecer indiferente, soportarlo con paciencia sin defenderse, constituye una negación del sentimiento del Derecho, que las circunstancias pueden excusar en casos dados, pero que en general no dejarían de traer graves consecuencias para el sentimiento del mismo. La acción es, en efecto, de la misma naturaleza del sentimiento legal, que no puede existir más que a condición de obrar; si no obra se desvanece, se extingue poco a poco hasta que llega a quedar de hecho anulada por completo la facultad sensible. La irritabilidad y la acción, es decir, la facultad de sentir el dolor causado por una lesión en nuestro derecho, y el valor, junto con la resolución de rechazar el ataque, son el doble criterio bajo el que se puede reconocer si el sentimiento del Derecho está sano.

Es imprescindible renunciar a desenvolver aquí con más extensión, este tema tan interesante e instructivo, de la patología del sentimiento legal; pero permítasenos hacer todavía algunas reflexiones.

Sabido es que acción tan diferente ejerce una misma lesión sobre personas pertenecientes a distintas clases; ya hemos tratado de explicar este fenómeno, y la conclusión que de esto sacamos es, que el sentimiento del Derecho

no es igualmente lesionado por todos los ataques, se debilita o crece según que los individuos y los pueblos vean en la lesión que se hace a su derecho, un atentado más o menos grave a la condición de su existencia moral.

Quien continúe estudiando la cuestión bajo este punto de vista, será largamente recompensado por sus esfuerzos. Bien deseáramos añadir a los ejemplos del honor y de la propiedad, un título que recomendamos especialmente, el del matrimonio; ¡qué reflexiones no podrían hacerse de la manera diferente como los individuos, los pueblos y las legislaciones, consideran el adulterio!

La segunda condición del sentimiento legal, es decir, la fuerza de acción, es pura cuestión de carácter. La actitud de un hombre o de un pueblo en presencia de un atentado cometido contra su derecho es la piedra de toque más segura para juzgarle. Si entendemos por carácter la personalidad más plena y entera, no hay ciertamente mejor ocasión de poner esta noble cualidad de manifiesto que en presencia del que arbitrariamente lesiona todo a la vez, el Derecho y la persona. Las formas bajo las que se produce la reacción causada por un atentado al sentimiento del Derecho y al de la personalidad, que se traducen bajo la influencia del dolor, en vías de hecho, apasionadas y salvajes o que se manifiestan por una resistencia grande y tenaz, no pueden, en modo alguno, servir para determinar la fuerza del sentimiento legal; sería, pues, uno de los más burdos errores suponer en una Nación salvaje y en un

hombre del pueblo un sentimiento más ardiente que el de un hombre civilizado, porque aquéllos usasen el primero de los medios y éste el segundo. Las formas son casi siempre debidas a la educación y al temperamento, máxime cuando una resistencia firme y tenaz, no cede en importancia a una reacción violenta y apasionada. Sería deplorable que fuese de otro modo, pues equivaldría a decir, que el sentimiento del Derecho se extingue en los individuos y en los pueblos en proporción y medida del progreso que alcanzan en su desenvolvimiento intelectual. Una mirada a la historia, y a lo que en la vida sucede bastan para convencernos de lo contrario. No es tampoco la antítesis de la pobreza y de la riqueza la que puede darnos una solución, pues por muy diferente que sea la medida económica, según la que el rico y el pobre juzgan un mismo objeto, cuando se trata de un ataque a la propiedad, como hemos anotado ya, no tiene aplicación alguna, porque no se trata en este caso del valor ideal del derecho, y, por consecuencia, de la energía del sentimiento legal relativamente a la propiedad; no es la cantidad más o menos grande de riqueza quien decide, sino la fuerza del sentimiento legal. La mejor prueba que puede aducirse es la que el pueblo inglés nos ofrece. Su riqueza no ha alterado nunca su sentimiento del Derecho, y por el contrario, en el continente tenemos constantemente ocasión de juzgar y persuadirnos de la energía con la cual ese sentimiento se manifiesta, en las más simples cuestiones de propiedad. Conocida de todos es esa figura del viajero inglés, que para no ser víctima de la rapiña de las fondas

y hoteles, cocheros, etc., opone una resistencia tal, que se diría que allí se tratara de defender el Derecho de la vieja Inglaterra; hace una escala en sus viajes si es necesario, y llega a gastar diez veces más el valor del objeto, antes de ceder. El pueblo se ríe de él sin comprenderlo... ¡y cuánto más valiera que le comprendiese! En aquella pequeña cantidad de dinero defiende aquél a Inglaterra, y prueba que no es un hombre que abandona a su patria. No es nuestro ánimo ofender ni causar el menor tormento a nadie, pero es la cuestión tan importante, que nos vemos forzados a establecer un paralelo.

Supongamos a un austriaco gozando de la misma posición social y colocado en las mismas circunstancias que un inglés; ¿Cómo obraría en semejante ocasión? Si hubiésemos de contestar con lo que por experiencia podemos decir, no llegarán al diez por ciento los que imiten al inglés, porque recuerdan los disgustos anexos a la disputa, temen los resultados de una mala interpretación, lo que detiene al inglés; en una palabra, aquellos pagan. Pero en el dinero que niega el inglés y el austriaco paga, hay algo característico de Inglaterra y de Austria, hay la historia secular de su respectivo desenvolvimiento político y de su vida social. Este pensamiento nos ofrece una transición fácil, pero permítasenos antes de terminar esta primera parte, repetir el principio que al comenzar sentábamos.

La defensa del Derecho es un acto de la conservación personal, y por consiguiente, un deber del que llega a ser lesionado, para consigo mismo.

CAPITULO IV

LA LUCHA POR EL DERECHO EN LA ESFERA SOCIAL

Intentaremos probar ahora que la defensa del Derecho es un deber que tenemos para con la sociedad.

Para hacerlo, debemos ante todo mostrar la relación que existe entre el Derecho objetivo y el subjetivo. ¿Cuál será pues? A nuestro modo de ver, es el reverso de lo que nos dice la teoría hoy más admitida al afirmar que el primero supone el segundo. Un derecho concreto, no puede nacer más que de la reunión de las condiciones que el principio del Derecho abstracto aporta a su teoría dominante de sus relaciones; como se ve, no es más que un lado de la cuestión. Tal teoría hace exclusivamente resaltar la dependencia del Derecho concreto con relación al Derecho abstracto, y no dice absolutamente nada de la relación que

existe también en sentido inverso. El Derecho concreto da al Derecho abstracto la vida y la fuerza que recibe; y como está en la naturaleza del Derecho que se realiza prácticamente, un principio legal que no ha estado nunca en vigor, o que ha perdido su fuerza, no merece tal nombre, es una rueda usada que para nada sirve en el mecanismo del Derecho, y que se puede destruir sin cambiar en nada la marcha general. Esta verdad se aplica sin restricción a todas las partes del Derecho, al Derecho público, al Derecho privado y al Derecho criminal. La legislación romana ha sancionado explícitamente esta doctrina, haciendo del *desuso* una causa para la abrogación de las leyes, la pérdida de derechos concretos por el no uso prolongado (*non-usus*) significa exactamente lo mismo. Pero en tanto que la realización práctica del Derecho público y del penal está asegurada porque está impuesta como un deber a los funcionarios públicos, la del Derecho privado se presenta a los particulares bajo forma de Derecho, es decir, por completo abandonada su práctica a su libre iniciativa y a su propia actividad. El Derecho no será letra muerta y se realizará en el primer caso si las autoridades y los funcionarios del Estado cumplen con su deber; en el segundo, si los individuos hacen valer sus derechos. Pero si por cualquier circunstancia, sea por comodidad, por ignorancia o por pereza, estos últimos quedan largo tiempo inactivos, el principio legal perderá por el hecho mismo su valor. Las disposiciones del Derecho privado, podemos, pues, decir, no existen en realidad y no tienen fuerza práctica, más que en la medida

en que se hacen valer los derechos concretos, y si es cierto que deben su existencia a la ley, no lo es menos que por otra parte, ellos se la dan a su vez. La relación que existe entre el Derecho objetivo y el subjetivo, o abstracto y concreto se asemeja a la circulación de la sangre que parte del corazón y a él vuelve.

La cuestión de la existencia de todos los principios del Derecho público, descansa sobre la fidelidad de los empleados en el cumplimiento de sus deberes; la de los del Derecho privado, sobre la eficacia de estos motivos que llevan al lesionado a defender su Derecho, el interés y el sentimiento. Si estos móviles no bastan, si el sentimiento se extingue, si el interés no es bastante poderoso para sobreponerse al amor de la comodidad, vencer la aversión contra la disputa y la lucha y dominar el miedo de un proceso, será lo mismo que si el principio legal no estuviese en vigor.

Pero ¿Qué importa?: ¿El lesionado no es sólo la causa? El recogerá los malos frutos. Recordemos el ejemplo de un individuo que huye del combate. Si mil soldados están en la línea, puede perfectamente suceder que no se note la falta de uno solo; pero si cientos de ellos abandonan su bandera, la posición de los que quedan fieles será más crítica, porque todo el peso de la lucha caerá sobre ellos. Esta imagen, nos parece que produce bien la situación. Se trata en el terreno del Derecho privado, de una lucha del derecho contra la injusticia, de un combate común de toda

la Nación, en el cual todos deben estar estrechamente unidos; desertar en semejante caso, es también vender la causa común, porque es engrosar las fuerzas del enemigo, aumentando su osadía y su audacia. Cuando la arbitrariedad, la ilegalidad, osan levantar afrentosa y descaradamente su cabeza, se puede siempre reconocer en este signo, que los que están llamados a defender la ley, no cumplen con su deber. Luego cada uno está encargado en su posición de defenderla cuando se trate del Derecho privado, porque todo hombre está encargado dentro de su esfera, de guardar y de hacer ejecutar las disposiciones legales. El Derecho concreto que él posee no es más que una autorización que tiene el Estado, para combatir por la ley en las ocasiones que le interesan, y de entrar en la lid para resistir a la injusticia; es una autorización especial y limitada, al contrario de la del funcionario público que es absoluta y general. El hombre lucha, pues, por el Derecho todo, defendiendo su derecho personal en el pequeño espacio en que lo ejerce. El interés y las demás consecuencias de su acción se extienden por el hecho mismo, más allá, fuera de su personalidad. La ventaja general que de ello resulta, no es solamente el interés ideal de que la autoridad y la majestad de la ley sean protegidos, sino que es un beneficio real, perfectamente práctico, comprendido y apreciado por todos, como que defiende y asegura el orden establecido en las relaciones sociales. Supongamos que el amo no reprende más a sus criados por el mal cumplimiento de sus deberes, que el acreedor no pretende molestar a sus deudores, que el público no tiene en las

compras y ventas una minuciosa vigilancia en los pesos y medidas, ¿Acaso será sólo la autoridad de la ley la dañada? Esto equivaldría a sacrificar en tal sentido el orden de la vida civil, y es difícil calcular cuáles serían las funestas consecuencias de estos deplorables hechos. El crédito, por ejemplo, sería lesionado de una manera muy sensible. Todos haríamos lo posible por no tener negocios con aquellas gentes que nos obligasen a discutir y a luchar cuando el Derecho es evidente; libraríamos nuestros capitales sobre otras plazas y sacaríamos las mercancías de tales sitios.

Cuando existe un estado de cosas semejante, la suerte de los que tienen el valor de hacer observar la ley, es un verdadero martirio; su sentimiento firme y enérgico del Derecho, labra ciertamente su desgracia. Abandonados de todos aquellos que debieran ser sus naturales aliados, quedan completamente solos en presencia de la arbitrariedad que la apatía y falta de valor de los demás, convierten en más audaz y osada, y si rehusan, en fin, a comprar al precio de grandes sacrificios la satisfacción de permanecer fieles a su modo de obrar y de pensar, no recogen acaso más que las burlas y el ridículo. No son los que cometen transgresión legal, los que principalmente asumen la responsabilidad en semejantes casos, sino los que no tienen el valor de defenderla. No acusamos a la injusticia de suplantar el Derecho, sino a éste que la deja obrar, porque si llegara el caso de clasificar, según la importancia, estas dos máximas: “no cometes una injus-

ticia” y “no sufras alguna”, se debiera dar como primera regla, “no sufras ninguna injusticia”, y como segunda “no cometas ninguna”. Si tomamos al hombre tal cual es, no hay duda de que la certidumbre de encontrar una resistencia firme y resuelta, será el mejor medio para hacer que no se cometa una injusticia, que una simple defensa, donde toda la fuerza práctica no es, en realidad, más que la de un precepto de la ley moral.

¿Se dirá ahora que vamos demasiado lejos pretendiendo que la defensa de un Derecho concreto no es solamente un deber del individuo que es lesionado, para consigo mismo, sino que también es un deber para con la sociedad? Si lo que hemos dicho es verdad, si afirmamos que defendiendo el individuo su derecho defiende la ley, y en la ley el orden establecido como indispensable para el bien público, ¿quién osará sostener que no cumple a un mismo tiempo un deber para con la sociedad? Si el Estado tiene el derecho de llamarle a sacrificarse y a dar su vida por la salud pública, ¿por qué no ha de tener el mismo derecho cuando es atacado por el enemigo interior, que no amenaza menos su existencia que los otros? Si la cobarde huida es en el primer caso una traición a la causa común, ¿se podrá decir que no es lo mismo en el segundo? No, no basta para que el Derecho y la justicia florezcan en un país, que el juez esté dispuesto siempre a ceñir la toga, y que la policía esté dispuesta a desplegar sus agentes; es necesario también, que cada uno contribuya por su parte a esta grande obra, porque todo hombre tiene el deber de

pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esas víboras que se llaman la arbitrariedad y la ilegalidad.

Inútil es hacer resaltar cuánto ennoblece, bajo este punto de vista, la obligación en que cada uno se encuentra de hacer valer su derecho. La teoría actual no nos habla más que de una actitud exclusivamente pasiva en relación con la ley, y nuestra doctrina presenta a la vez un estado de reciprocidad en el cual el combatiente rinde a la ley el servicio que ella recibe, reconociéndole así la misión de cooperar a una gran obra nacional. Poco importa, por lo demás, que la cuestión aparezca bajo este aspecto o bajo el otro; porque lo que hay más grande y elevado en la ley moral, es precisamente que no sólo cuenta con los servicios de los que la comprenden, sino que posee bastantes medios de toda la naturaleza, para hacer obrar a los que no tienen inteligencia de sus preceptos. Así que, para obligar al hombre al matrimonio, hace obrar en unos el más noble de los sentimientos del hombre; en otros la ordinaria pasión de los sentimientos pone en movimiento el amor, los goces en un tercero, y en fin, la avaricia en otros; pero cualquiera que sea el medio, todos tienden al lazo conyugal. Esto sucede también en la lucha por el Derecho, sea el interés o el dolor que causa la lesión legal, o la idea del Derecho, quien impulsa a los hombres a entrar en la lid, todos se dan la mano para trabajar en una obra común: la protección del Derecho contra la arbitrariedad.

Hemos alcanzado el punto ideal de nuestra lucha por el Derecho. Partiendo del bajo motivo del interés, nos hemos elevado al punto de vista de la defensa moral de la persona, para llegar por último a ese común trabajo de donde debe salir la realización total de la idea del Derecho.

¡Qué alta importancia no toma la lucha del individuo por su derecho, cuando se dice: el Derecho todo, que ha sido lesionado y negado en mi derecho personal, es el que voy a defender y restablecer! Cuán lejos está de esa altura ideal donde lo eleva semejante pensamiento, esa baja región del puro individualismo, de los intereses personales, de los deseos egoístas y de las pasiones, que un hombre poco cultivado toma como el verdadero dominio del Derecho.

Pero he ahí, se dirá, una idea tan elevada que sólo la filosofía del Derecho puede abarcar; que no es de aplicación práctica, porque ninguno intenta un litigio solo por la idea del Derecho. Nos bastaría para refutar esa objeción, recordar la institución de las acciones populares⁵ en

⁵Haremos notar para aquéllos de nuestros lectores que no hayan estudiado el Derecho, que las acciones populares, ofrecían al que quería, la ocasión de hacerse representante de la ley, y perseguir al culpable que la había violado. Estas acciones no se limitaban a los casos en que se tratara del interés público, sino también se podían usar todas las veces que un individuo con el cual se había

Derecho Romano, que son una prueba evidente en contrario; pero no haríamos justicia a nuestro pueblo, ni nos la haríamos a nosotros mismos, si nos negásemos ese sentimiento ideal. Todo hombre que se indigna y experimenta profunda cólera, viendo el Derecho supeditado por la arbitrariedad, lo posee sin duda alguna. Por más que un motivo egoísta se mezcle al sentimiento penoso que provoca una lesión personal, ese dolor, al contrario, tiene su exclusiva y única causa en el poder de la idea moral sobre el corazón humano. Esta energía de la naturaleza moral que protesta contra el atentado dirigido al Derecho, es el testimonio más bello y el más elevado que del sentimiento legal puede darse, es un fenómeno moral tan interesante e instructivo para el estudio del filósofo, como para la imaginación del poeta. No hay, que sepamos,

cometido una injusticia, no fuera capaz de defenderse por sí solo; así por ejemplo, en el caso en que un minero hubiera sido lesionado en una venta, o en el que un tutor fuese infiel a su pupilo y otros que pueden verse en mi Espíritu del Derecho Romano, Tomo III, segunda edición, página 111. Estas acciones, como se ve, son rastro, de ese sentimiento ideal, que defiende el derecho, por el derecho mismo, sin mirar al interés personal. Alguna vez se apela a ese móvil ordinario de la avaricia, haciendo esperar al acusador, por la multa que al acusado se imponga, siendo esto lo que da vida a esa ocupación mercantil de los denunciadores que esperan la recompensa por la denuncia que hacen; pero si añadimos que las acusaciones de esa segunda categoría han desaparecido en buena hora del Derecho Romano, y que las de la primera casi no existen en el Derecho actual de la mayor parte de cada uno de los pueblos, el lector sacará las conclusiones.

afección alguna que pueda operar tan súbitamente en el hombre una transformación tan radical; porque está probado que tiene el poder de elevar a los que por naturaleza son dulces y apacibles, a un estado de pasión que les es completamente extraño; lo cual prueba que atañe a la parte más noble de su ser, y es de las fibras más sensibles de su corazón. Es como el fenómeno del huracán en el mundo moral. Grande y majestuoso en sus formas por la rapidez, lo imprevisto y la potencia de su explosión, por el poder de esta fuerza moral que parece como el desencadenamiento de todos los elementos que furiosos arrojan cuanto se pone ante su paso, para venir luego la calma bienhechora y producir en el individuo, como en todos, una purificación moral del aire que el alma respira. Pero si la fuerza limitada del individuo va a estrellarse contra las instituciones que dispensan a la arbitrariedad una protección que niegan al Derecho, es evidente que el huracán descargará sus iras sobre el autor, y entonces una de dos, o bien su sentimiento legal herido cometerá uno de esos crímenes de los que luego hablaremos, o bien nos ofrecerá el espectáculo no menos trágico, de un hombre que llevando constantemente en su corazón el aguijón de la injusticia contra la cual es impotente, llegará a perder poco a poco el sentimiento de la vida moral y toda creencia en el derecho.

Bien sabemos que ese sentimiento ideal del Derecho que posee el hombre, por el que un ataque o una lesión de la idea legal, le es más sensible que un atentado contra su

persona, y por el que se sacrifica sin interés alguno a la defensa del Derecho oprimido, como si se tratase del suyo propio, es el prodigio de naturalezas escogidas. El hombre positivista, realista, despojado de toda aspiración ideal, que no ve en la injusticia más que el daño hecho a su propio interés, comprende, no obstante, perfectamente esa relación que he establecido entre el Derecho concreto y la ley, y que puede resumirse diciendo: "Mi derecho es todo el Derecho; defendiéndolo, defiende todo el Derecho que ha sido lesionado al ser lesionado el mío". Puede parecer esto paradójico, y es por lo tanto muy justo afirmar esta manera de ver opuesta a las creencias de los legistas. La ley según la idea que nos hacemos de ella, no es nada absolutamente en la lucha por el Derecho, y no se trata en esta lucha de la ley abstracta, sino de su forma material, de un daguerrotipo cualquiera, al cual aquélla no hace más que ajustarse, sin que sea posible hierirla inmediatamente en sí misma. No desconocemos la necesidad técnica de esta manera de ver, pero eso no debe impedirnos reconocer la justicia de la opinión opuesta, que colocando la ley y el Derecho en una misma línea, ve como consecuencia de una lesión del segundo un ataque hecho a la primera. Esta opinión, quizá para algún espíritu desprevenido, será mucho más exacta que nuestra teoría jurídica. La mejor prueba de lo que afirmamos es la expresión misma que sirve en alemán y que se empleaba en latín; el demandante "apela entre nosotros a la ley", y los romanos a la acusación "*legis a etio*". Es, pues, en los dos casos la ley la que está en cuestión, la que va a ser

discutida en un caso particular, y este punto de vista es de la más alta importancia, especialmente para la inteligencia de los procesos en el Derecho antiguo de los romanos. La lucha por el Derecho es, pues, a un mismo tiempo una lucha por la ley; no se trata solamente de un interés personal, de un hecho aislado, en que la ley toma cuerpo de daguerrotipo, como antes dijimos, en el que se fije al paso de uno de sus rayos luminosos, que se puede dividir y partir sin herirla a ella misma; sino que se trata de la ley que se ha menospreciado, y que debe ser defendida so pena de cambiarla en una frase vacía de sentido. El Derecho personal no puede ser sacrificado, sin que la ley lo sea igualmente. Esta manera de ver, que llamaremos en dos palabras solidaridad de la ley y el Derecho concreto, es como hemos señalado anteriormente, la expresión real de su relación en lo más íntimo de su naturaleza, y que no está tan profundamente escondida, pues hasta el egoísta incapaz de toda idea superior, quizá la comprenda como nadie en algún caso, porque su interés es asociar el Estado a la lucha; he ahí un medio por el que sin saberlo ni quererlo, contra su derecho y contra él mismo, se eleva hasta la altura ideal donde se siente representando la ley. La verdad es siempre verdad, aun contra el individuo que no la reconoce y que no la defiende más que en el estrecho punto de vista de su interés personal. Es el espíritu de venganza y el odio los que impulsan a Shylok a pedir al tribunal la autorización de cortar su libra de carne de las entrañas de Antonio; pero las palabras que el poeta pone en sus labios son tan verdad en ellos como en cualquier

otros; es el lenguaje que el sentimiento del derecho lesionado hablará siempre; es la potencia de esa persuasión inquebrantable de que el Derecho debe ser siempre Derecho; es el entusiasmo apasionado de un hombre que tiene conciencia de que no lucha sólo por su persona, sino también por una idea.

- *La libra de carne que yo reclamo,*

Le hace decir Shakespeare:

- *La he pagado largamente, es mía y yo la quiero;
¿Qué es vuestra justicia si me la negáis?*
- *El Derecho de Venecia no tendrá fuerza alguna.*
- *....Esa es la ley que yo represento.*
- *....Yo me apoyo en mi título.*

El poeta, en estas cuatro palabras “yo represento la ley”, ha determinado la verdadera relación del Derecho bajo el punto de vista objetivo y subjetivo, y la significación de la lucha para su defensa, mejor que pudiera hacerlo cualquier filósofo. Esas palabras cambian por completo la pretensión de Shylok en una cuestión tal, en que el objeto de que se trata es el mismo Derecho de Venecia. ¡Qué actitud más vigorosa no toma este hombre en su debilidad cuando pronuncia esas palabras! No es el judío que reclama su libra de carne, sino que es la misma ley veneciana quien llega hasta la barra de la justicia, porque su derecho y el Derecho de Venecia son uno mismo; el

primero no puede perecer sin perecer el segundo; si, pues, sucumbe al fin bajo el peso de la sentencia del juez que desconoce su derecho por una burla extraña⁶; si lo vemos herido por el dolor más amargo, cubierto por el ridículo y completamente abatido alejarse vacilante, podemos entonces afirmarnos en ese sentimiento de que el Derecho de Venecia está humillado en su persona, que no es el judío Shylok quien se aleja consternado, sino un hombre que representa al desgraciado judío de la Edad Media, ese

⁶*El interés perfectamente trágico que nos ofrece Shylok, descansa, para nosotros, en que no se le hace justicia, y ésta es sin duda, la conclusión que más sobresale para el legista. El poeta puede indudablemente hacerse una jurisprudencia a su capricho; No hemos de reprochar a Shakespeare el que haya obrado de tal suerte y que no haya variado en nada la antigua fábula; el legista que estudia la cuestión estará obligado a decir que el título no estaba en vigor porque contenía alguna cláusula inmoral, y que el juez, apoyado en esa sola razón, ha podido negar lo pedido por el querellante: si no lo hacía, si el "Sabio Daniel" la dejaba valer, era emplear un subterfugio, una miserable astucia, una burla indigna autorizar a un hombre a cortar la libra de carne prohibiéndole terminantemente hacer correr la sangre necesaria a la operación. Un juez según esto podría acordar también que se permitiera al propietario de una servidumbre el paso por la finca, prohibiéndole dejar rastro alguno, porque no estaba así estipulado en la concesión. Cualquiera creería que la historia de Shylok pasa en tiempos primitivos de Roma, cuando los autores de las Doce Tablas creían necesario hacer especial mención de que el acreedor a quien se le entregaba el cuerpo del deudor (in partes secare), podía, en lo que se refiere a los pedazos de su cuerpo, hacerlos como quisiera. (¡Si plus minusve secuerint sine fraude esto!)*

paria de la sociedad que no en vano grita: ¡Justicia! Esta opresión del Derecho de que él es víctima, no es todavía el lado más trágico ni más conmovedor de su suerte; lo que hay de más horrible, es que ese hombre, que ese infeliz judío de la Edad Media cree en el Derecho, puede decirse, lo mismo que un cristiano. Su fe es tan inquebrantable y firme como una roca; nada la conmueve, el juez mismo la alimenta hasta el momento en que se resuelve la catástrofe y es fulminado como por un rayo; entonces contempla su error y ve que sólo es un mísero judío de la Edad Media a quien se niega la justicia engañándole.

Esta figura de Shylok nos recuerda otra que no es menos histórica, ni menos interesante y poética; la de Miguel Kohlhaas, que en la novela de este nombre ha presentado Enrique Kleist con tanto acierto. Shylok se retira completamente herido por el dolor, sus fuerzas se extinguen y no lucha más; sufre sin resistir los resultados del juicio: Pero con Miguel Kohlhaas sucede para hacer valer su derecho tan indignamente menospreciado, cuando un acto injusto ejercido por el gabinete del príncipe le ha cerrado todo camino legal y ve que hasta la autoridad en su más alto representante, el soberano, hace causa común con la injusticia, el dolor indecible que le causa semejante ultraje, le ofusca y le subleva. "Más vale ser perro que ser hombre y verse pisoteado" grita; y al instante toma una suprema resolución. "El que me niega la protección de las leyes, añade, me destierra entre los salvajes del desierto y pone en mis manos la maza con que debo defenderme."

Arranca a esa justicia venal el mancillado poder que lleva, y la ataca de tal modo, que el espanto y el miedo se esparcen por el país; su acción es tal, que ese estado podrido se conmueve hasta en sus más hondas bases y el príncipe tiembla sobre su trono. No es el sentimiento salvaje de la venganza quien le anima, no se hace bandido y asesino como Carlos Moor que quería "hacer sonar en toda la naturaleza el grito de revolución, para conducir a la lucha contra la raza de las hienas, el aire, la tierra, el mar", y que declaraba la guerra a toda la humanidad porque ha sido violado su derecho: no, él obra al contrario, bajo la influencia de esta idea moral: "que tiene para con el mundo el deber de consagrar todas sus fuerzas a fin de alcanzar satisfacción y poner a sus conciudadanos al abrigo de semejantes injusticias". Esta es la idea, por la cual lo sacrifica todo, el bienestar de su familia, el honor de su nombre, todos sus bienes, su sangre y su vida; no destruye por destruir, tiene un fin; el de vengarse del culpable y de todos los que hacen con él causa común. Cuando ve cernirse la esperanza de poder obtener justicia, depone voluntariamente sus armas; pero como él había sido elegido para mostrar hasta qué punto la ignominia, la ilegalidad y la bajeza de carácter llegan a rebajarse en esta época, vemos que se falta a la promesa que se le había hecho, se viola el salvoconducto de que se le había provisto y termina su vida en el sitio donde ejecutaban a los culpables. No obstante, habiendo de morir se le rinde justicia y este pensamiento de no haber combatido en vano, el haber mantenido la humana dignidad, sostenien-

do lo justo, eleva su corazón sobre los horrores de la muerte; reconciliado de este modo consigo mismo, con el mundo, y con Dios, se entrega resueltamente y de buen grado al verdugo. ¡Qué reflexiones no debe sugerirnos este drama legal! He aquí un hombre honrado escrupulosamente amigo del Derecho, lleno de amor por su familia, y de sentimiento religioso, que de una manera súbita se convierte en un Atila, que siembra el luto y la desolación en todos los pueblos por donde pasa. ¿De dónde nace esta transformación? Nace precisamente de esas cualidades de las que se origina, por decirlo así, esa grandeza moral que le hace superior a todos sus enemigos; viene de ese alto respeto hacia el Derecho, de la creencia en su santidad, de la fuerza de acción que posee su sentimiento moral que es completamente justo y sano. Lo que hay profundamente conmovedor en la trágica suerte de ese hombre, es que las cualidades que constituyen y distinguen lo noble de su naturaleza, es decir, ese sacrificio heroico en defensa de una idea, en contacto con el mundo miserable de entonces, donde la arrogancia de los Grandes no tenía igual, más que en la venalidad y cobardía de los jueces, se vuelven precisamente en contra de estos. Los crímenes que ha cometido recaen con doble o triple peso sobre el príncipe, sus funcionarios y sus jueces que le han lanzado de la vía legal a la de la ilegalidad. Cualquiera que sea la injusticia que nosotros hayamos de sufrir, por violenta que sea, no hay para el hombre alguna que pueda ser comparada a la que comete la autoridad por Dios establecida, cuando viola la ley. El asesino judicial,

como lo llama perfectamente nuestra lengua alemana, es el verdadero pecado mortal del Derecho. El que estando encargado de la administración de justicia se hace asesino, es como el médico que envenena al enfermo, como el tutor que hace perecer a su pupilo. El juez que se dejaba corromper, era en los primeros tiempos de Roma castigado con la pena de muerte. No hay para la autoridad judicial que ha violado el Derecho, acusador más terrible que la figura sombría y continuamente amenazadora del hombre, al que una lesión del sentimiento legal ha hecho criminal; es su propia sombra bajo rasgos bien sangrientos. El que ha sido víctima de una injusticia, corrompida y parcial, se encuentra violentamente lanzado fuera de la vía legal, se hace vengador y ejecutor de su derecho, y no es raro que lanzado por la pendiente, fuera de su fin directo, se declare enemigo de la sociedad, bandolero y homicida. Si su naturaleza es noble y moral, como la de Miguel Kohlhaas, podrá sobreponerse a esas tendencias, pero llegará a ser criminal y al sufrir la pena correspondiente a su falta, mártir de su sentimiento del Derecho. Se dice que la sangre de los mártires no corre en vano, y aquí puede ser esto una gran verdad; es posible que su sombra suplicante subsista largo tiempo, porque una opresión del derecho semejante a la que él había sido víctima, queda harto impresa para ser olvidada.

Hemos querido, invocando esta sombra, mostrar con un patente ejemplo hasta dónde puede llegarse, si el sentimiento del Derecho es enérgico e ideal, cuando la imper-

fección de las instituciones legales le niegan una satisfacción legítima. La lucha por la ley se trueca en un combate contra ella. El sentimiento del Derecho abandonado por el poder que debía protegerlo, libre y dueño de sí mismo, busca los medios para obtener la satisfacción que la imprudencia, la mala voluntad y la impotencia le niegan. No son solamente las naturalezas aisladas, especialmente llenas de vida y llevadas por naturaleza a la violencia, en las que el sentimiento nacional del Derecho, si cabe la frase, se eleva y protesta contra semejantes instituciones legales; esas acusaciones y esas protestas se reproducen a veces por el pueblo entero en ciertos hechos que según su fin o la manera como el pueblo mismo o una clase determinada los considera o aplica, pueden ser tenidos como simplemente accesorios, que la Nación aporta a las instituciones del Estado: tales eran en la Edad Media, entre otros, los carteles de desafío, que prueban la impotencia o la parcialidad de los tribunales correccionales de entonces y la debilidad de la potencia pública. En nuestros días, la existencia del duelo nos atestigua bajo una forma sensible, que las penas con que el Estado castiga un ataque al honor, no satisfacen el sentimiento delicado de ciertas clases de la sociedad. Eso significa todavía la venganza del *Corso*, y esa justicia popular aplicada en la América del Norte que se llama la *ley de Lynch*. Todo anuncia muy claramente que las instituciones legales no están en armonía con el sentimiento legal del pueblo o de una clase; y es esto en todos los casos lo que obliga al Estado a reconocerlas como necesarias, o al menos

sufrirlas. Cuando la ley las ha proscrito sin poder llegar a hacerlas desaparecer de hecho, pueden dar origen a un grave conflicto para el individuo. El Corso que prefiere obedecer a la ley antes que recurrir a la venganza, es despreciado por los suyos, y al contrario, accediendo a la influencia nacional, está expuesto a caer bajo el brazo de la justicia. Esto sucede en nuestro duelo; el que lo rehúsa cuando el deber se lo impone, es despreciado; el que lo acepta recibe el castigo de la ley, y en este caso la posición es igualmente penosa para el individuo como para el juez. Sería vano empeño tratar de descubrir hechos análogos en la historia primitiva de Roma; las instituciones del Estado estaban entonces en armonía completa con el sentimiento nacional. Los hay desde cuando apareció el cristianismo y los cristianos se alejaron de los tribunales seculares para llevar su causa ante el obispo, lo mismo que hicieron los judíos de la Edad Media, que huían de los tribunales católicos, apelando al arbitraje de sus rabinos.

No hemos de decir más de la lucha del individuo por su derecho; lo hemos estudiado en la gradación de sus motivos, considerándolo primeramente como un puro cálculo del interés; elevándonos luego de ese grado al de esta consideración ideal: la conservación de la personalidad, la defensa de las condiciones de existencia moral, para llegar al fin, a ese punto de vista que es la cima más elevada y de donde una falta puede precipitar al hombre que ha sido lesionado, en el abismo de la ilegalidad: tal es la realización de la idea del Derecho.

El interés de esta lucha, lejos de reducirse al Derecho privado o a la vida privada, se extiende, por el contrario, mucho más allá. Una Nación no es, en último término, más que el conjunto de individuos que la componen; ella siente y obra como sus miembros aislados sienten, obran y piensan. Si el sentimiento del Derecho en los individuos está enervado, es cobarde y apático cuando se trata del Derecho privado; si las trabas que oponen las leyes injustas o las malas instituciones, no le permiten moverse y desenvolverse libremente con toda su fuerza, si es perseguido cuando debiera ser protegido y considerado; si en su virtud se acostumbra a sufrir la injusticia, a considerarla como un estado de cosas que no es posible cambiar, ¿Quién podrá creer que un hombre, en el que tan empuerqueñecido, menguado y apagado se encuentra el sentimiento legal, haya de despertar tan súbito, sentir tan violentamente y obrar con energía cuando ocurra una lesión legal que no hiere al individuo, sino a todo el pueblo, cuando se trate de un atentado a su libertad política, de mancillar o trocar su Constitución, o de un ataque extranjero? ¿Cómo el que no está acostumbrado a defender valientemente su derecho personal, va a sentirse impulsado a sacrificar voluntariamente sus bienes y su vida por la salud pública? ¿Cómo esperar del hombre que renunciando a su derecho por sus goces no ha visto el daño moral hecho en su persona y en su honor, del que no ha conocido hasta entonces en el Derecho, otra medida que la de su interés material, que tenga otro modo de juzgar, cuando se trate del Derecho y del honor de la Nación? ¿De

dónde ha de emanar espontáneamente ese sentimiento legal hasta entonces desmentido? ¡No, eso no puede ser! Los que defienden el Derecho privado, son los únicos que pueden luchar por el Derecho público y por el Derecho de gentes, los que desplegarán en esa lucha las cualidades tan probadas en la otra, y esas cualidades decidirán la cuestión. Puede, pues, afirmarse que en el Derecho público y en el de gentes vienen a recogerse los frutos cuya semilla se ha sembrado y cultivado por la Nación en el Derecho privado. En las profundidades de ese Derecho, en los más pequeños detalles de la vida, es donde debe formarse lentamente la fuerza que atesora ese capital moral que el Estado necesita para poder realizar su fin. La verdadera escuela de la educación política no es para un pueblo el Derecho público, sino el Derecho privado, y si se quiere saber cómo una Nación defenderá en un caso dado sus derechos políticos y su rango internacional, basta saber cómo el individuo defiende su derecho personal en la vida privada. No podemos olvidar lo que hemos dicho del inglés, siempre decidido a combatir; en el dinero que defiende este hombre con tanta tenacidad, está la historia del desenvolvimiento político de Inglaterra. Nadie intentará arrancar a un pueblo, en el que cada uno tiene por costumbre defender valerosamente su derecho, hasta en los más pequeños detalles, el bien que le es más precioso; así, no es por azar por lo que el pueblo de la antigüedad, que tuvo en el interior el más alto desenvolvimiento de fuerzas al exterior, pues el pueblo romano poseía a la par el Derecho privado más perfecto. El

Derecho es el ideal (por más que se crea esto una paradoja), no el ideal fantástico, sino el del carácter, es decir, el del hombre que se reconoce como siendo su propio fin y que estima poco todo lo que existe, cuando es lesionado en ese dominio íntimo y sagrado. ¿Qué importa, por otra parte, de dónde viene el ataque hecho contra su derecho? Que venga de un individuo, de su Gobierno, o de un pueblo extranjero es lo mismo; no es en efecto la personalidad del agresor quien ha de decidir sobre la resistencia que debe hacer, sino la energía de su sentimiento legal y la fuerza moral que despliega por su conservación personal. Será, pues, siempre cierta la afirmación de que la fuerza moral de un pueblo determina el grado de su posición política tanto en el interior como en el exterior. El Imperio Chino con su bambú que sirve de azote para los adultos y sus cientos de millones de habitantes, no gozará a los ojos de las Naciones extranjeras del honor, ni ocupará el lugar que la pequeña república de Suiza en el concierto de los pueblos. El modo de ser de los suizos no es meramente artístico, de poesía e ideal; es positivo y práctico como el de los romanos, pero en el sentido en que yo tomo esta palabra; puede, hablándose de su derecho, decirse lo que hemos dicho de los ingleses.

El hombre que tiene el sano sentimiento del Derecho, minará la base sobre la que el sentimiento se apoya si sólo se contenta con defenderse y no contribuye a la conservación del Derecho y del orden; sabe que combatiendo por su derecho defiende el Derecho en totalidad; pero sabe

además, que defendiendo el Derecho en general, lucha por su derecho personal. Cuando esta manera de ver, cuando ese sentimiento profundo por la estricta legalidad reina en un punto dado, se tratará en vano de descubrir esos fenómenos aflictivos que se presentan en otros puntos tan a menudo. Así es como el pueblo no se pondrá de parte del criminal o transgresor de la ley a quien la autoridad trata de perseguir, o en mejores términos, no se verá en los poderes públicos el enemigo nato de los pueblos; cada cual se hace cargo de que la causa del Derecho es su propia causa, y sólo el criminal será quien con el criminal simpatice; el hombre honrado, por el contrario, ayudará con mano fuerte a la policía y a las autoridades en sus pesquisas.

Debemos sacar la consecuencia de todo lo que hemos dicho. Puede resumirse en una sola frase: No existe para un Estado que quiere ser considerado como fuerte e inquebrantable en el exterior, bien más digno de conservación y estima que el sentimiento del Derecho en la Nación. Este es uno de los deberes más elevados y más importantes de la pedagogía política. El buen estado y la energía del sentimiento legal del individuo, constituyen la fuente más fecunda del poder y la garantía más segura de la existencia de un país, tanto en su vida exterior como en la interior. El sentimiento del Derecho es lo que la raíz en el árbol; si la raíz se daña, si se alimenta en la árida arena o se extiende por entre rocas, el árbol será raquítico, sus frutos ilusorios, bastará un pequeño huracán para hacerlo

rodar por el suelo; mas lo que se ve es la copa y el tronco, mientras que la raíz se esconde a las miradas del observador frívolo bajo tierra; y ahí a donde muchos políticos no creen digno descender, es donde obra la influencia destructora de leyes viciadas e injustas y donde las malas añejas instituciones de Derecho, ejercen influencia sobre la fuerza moral del pueblo. Los que se contentan con considerar las cosas superficialmente y no quieren ver más que la belleza de la cima, no pueden tener la menor idea del veneno que desde la raíz sube a la copa. Por eso el despotismo sabe bien a donde ha de dirigir su mortífera hacha para derribar el árbol; antes de cortar la copa procura destruir la raíz, dirigiendo así sus certeros tiros contra el Derecho privado; desconociendo y atropellando el derecho del individuo, es como todo despotismo ha comenzado, y cuando se ha dado fin a esta obra el árbol cae seco y sin savia; he ahí por qué debe tratarse siempre en esa esfera de oponer gran resistencia a la injusticia; los romanos obraban sabiamente cuando por una falta contra el honor o el pudor de una mujer acababan de una vez con la monarquía y más tarde con el decenvirato. Destruir en el campesino la libertad personal acrecentando sus impuestos y gabelas, colocar al habitante de las ciudades bajo la tutela de la policía, no permitiéndole hacer un viaje sino obligándole a presentar a cada paso su pasaporte, encadenar el pensamiento del escritor por medio de leyes injustas, repartir los impuestos según capricho y obedeciendo al favoritismo y a la influencia, son principios tales, que un Maquiavelo no podría inventarlos mejores

para matar, toda fuerza y asegurar al despotismo una tranquila conquista. Es indispensable considerar que la puerta por donde entran el despotismo y la arbitrariedad, sirve también para favorecer las interrupciones del enemigo exterior; por eso en último extremo, quizá demasiado tarde, todos los sabios reconocen que el medio más vigoroso para proteger a la Nación contra una invasión extranjera, es la fuerza moral unida al sentimiento del Derecho despertado en el pueblo. En la época feudal en que el campesino y el habitante de las ciudades estaban sometidos a la arbitrariedad y al absolutismo de los señores, fue cuando el imperio alemán perdió la Alsacia y la Lorena; ¿Cómo esas provincias habrían de expresar su sentimiento por el Imperio si no lo tenían por ellas mismas?

Nosotros solamente somos los culpables; si nos aprovechamos demasiado tarde de las lecciones de la historia, nada tiene que ver ella con que no las comprendamos a tiempo, pues nos las da continuamente para que podamos aprovecharlas. La fuerza de un pueblo, responde a la de su sentimiento del derecho; es, pues, velar por la seguridad y la fuerza del Estado el cultivar el sentimiento legal de la Nación y no sólo en lo que se refiere a la escuela y a la enseñanza, sino también en lo que toca a la aplicación práctica de la justicia en todas las situaciones y momentos de la vida. No basta, por lo tanto, ocuparse del mecanismo exterior del Derecho, porque puede estar de tal modo organizado y dirigido, que reine el orden más perfecto, y

que el principio que nosotros consideramos como el más elevado deber, sea completamente despreciado. La servidumbre, el derecho de protección que pagaba el judío y tantos otros principios e instituciones de pasadas épocas, eran a veces conforme a la ley y al orden, es verdad; sin embargo, no lo es menos, que esas añejas instituciones están en profunda contradicción con las exigencias de un sentimiento legal digno y elevado, y que dañaba acaso más al mismo Estado que al campesino, al habitante de las villas, y al judío, sobre quien recaiga el peso de la injusticia. Determinando de una manera clara y precisa el Derecho positivo, descartando de todas las esferas del Derecho, no solamente del civil, sino también de las leyes de policía y de la legislación administrativa y financiera, todo lo que puede chocar con el sentimiento del Derecho sano y digno del hombre; proclamando la independencia de los tribunales y reformando el procedimiento, se llegará seguramente a acrecentar la fuerza del Estado, mucho mejor que votando el más alto presupuesto militar.

Toda disposición arbitraria o injusta, emanada del poder público, es un atentado contra el sentimiento legal de la Nación y en consecuencia contra su misma fuerza. Es un pecado contra la idea del derecho que recae sobre el Estado, el cual suele pagarlo con exceso, con usura, y hasta puede haber tal juego de circunstancias que llegue a costarle la pérdida de una provincia; tanto es así, que debe estar obligado el Estado a no colocarse, ni por razón de circunstancias, al abrigo de tales errores, pues nosotros

creemos, por el contrario, que el más sagrado deber del Estado es cuidar y trabajar por la realización de esta idea, por la idea misma. Mas puede haber ahí una ilusión de doctrinario y no censuraríamos al hombre de Estado práctico, que responda ante semejante cuestión, encojiéndose de hombros. He ahí también, por otra parte, por qué hemos exagerado el lado práctico de la cuestión, por qué la idea del Derecho y la del interés del Estado se dan aquí la mano. No hay sentimiento legal, por firme y sano que sea, que pueda resistir la prolongada influencia de un Derecho malo, porque se embota y debilita debido a que la esencia del Derecho, como tantas veces hemos dicho, consiste en la acción. La libertad de acción es para el sentimiento legal lo que el aire para la llama; si se disminuye, o paraliza, concluye con tal sentimiento.

CAPITULO V

EL DERECHO ALEMAN Y LA LUCHA POR EL DERECHO

Podríamos dar por terminada aquí nuestra tarea, pero permítaseme ocuparme todavía de una cuestión que está íntimamente relacionada con la materia de que nos venimos ocupando; es ésta el saber en qué medida nuestro Derecho actual, o mejor, nuestro Derecho Romano de hoy, tal cual se ha introducido en Alemania, y del que solamente nos atrevemos a ocupar, responde a las condiciones que hemos desenvuelto hasta aquí.

No dudamos en afirmar categóricamente que no responde en manera alguna, que está muy lejos de llenar las legítimas pretensiones de un hombre, en quien el sentimiento legal esté perfectamente sano. No solamente porque para muchos de los casos que en la práctica se presentan, no haya encontrado solución, sino porque

reina en su conjunto una manera de ver completamente contraria a ese idealismo que hemos presentado más arriba, como constituyendo la naturaleza y el buen estado del sentimiento legal. Nuestro Derecho Civil no es el que menos reproduce esa consideración ideal que nos muestra en una lesión, no sólo un ataque contra la propiedad, sino también contra la persona misma. No tiene para todas las violaciones del Derecho, salvo el ataque al honor, otra medida que la del valor material; como que no es más que la expresión de un grosero y puro materialismo.

Pero, se dirá: ¿Qué debe garantizar el derecho al que ha sido lesionado en su propiedad, sino el objeto en litigio o su valor?⁷ Admitiendo la justicia de esta objeción, sería menester llegar a la conclusión, de que no podría o no debía ser castigado el ladrón que hubiese restituido el objeto robado. Pero el ladrón, se dirá aún, no ataca solamente a la persona lesionada, sino también a las leyes del Estado, al orden legal, a la ley moral; y nosotros queremos que se nos diga, si no hace lo mismo el deudor que niega de mala fe el préstamo que se le ha hecho, el mandatario que abusa indignamente valiéndose de la confianza en él depositada; ¿Es reparar la lesión que se ha hecho a nuestro sentimiento legal, el no devolvernos después de largos debates más que lo que desde un

⁷Así me expresaba yo en mi obra intitulada: "Ueber das Schuldmoment im Römischen Privatrecht" Giesen 1867, pág. 61. Después de largos estudios sobre esto, es formada la opinión que hoy emito.

principio nos pertenecía? Pero aparte de ese deseo tan motivado de obtener satisfacción, ¿no es chocante el desequilibrio natural que existe entre las partes? El riesgo que les amenaza de salir mal en el proceso, consiste para el otro en la devolución de un objeto que injustamente conservaba; en el caso contrario, el uno tendría la ventaja de no haberse enriquecido a costa de su adversario. ¿No es esto provocar la más grande de las falsedades y acordar una prima a la deslealtad? No hacemos, en realidad, más que caracterizar nuestro Derecho; más adelante tendremos ocasión de traer hechos en apoyo, pero creemos que ha de facilitar la prueba, el considerar primeramente el punto de vista bajo el cual se miraba esta cuestión en el Derecho Romano.

Distinguimos a este propósito los tres grados de desenvolvimiento. El sentimiento del Derecho es en el primer periodo de una violencia desmedida, y si vale la expresión, puede decirse que no ha llegado a dominarse (antiguo derecho): en el segundo, reina ostentando una gran fuerza de moderación (derecho intermedio): en el tercero, se debilita y enerva (fines del imperio y particularmente el Derecho de Justiniano).

Reasumiremos en pocas palabras el resultado de investigaciones que hicimos y publicamos en otra obra sobre la forma, bajo la cual aparece esta cuestión, en el primer grado de su desenvolvimiento. La irritabilidad del sentimiento del derecho, era tal en esta época, que toda lesión,

todo ataque al derecho personal, se consideraba como una injusticia subjetiva, sin tomar en cuenta, ni en consideración, la inocencia o el grado de culpabilidad del agresor; así el querellante exigía por el hecho mismo de la ofensa, de aquél que era formalmente culpable, como del que lo era sólo materialmente, una satisfacción. El que negaba una deuda probada, evidente (*nexum*) y el que había causado un daño en la cosa de su adversario, pagaba si perdía, el doble; lo mismo el que en un juicio de reivindicación había recogido ya los frutos como si fuese propietario, si era condenado debía devolver el doble y por haber perdido el litigio estaba todavía obligado a sacrificar la suma depositada como fianza o puesta (*sacramentum*). El querellante o demandante que perdía estaba sometido a la misma penalidad, porque había reclamado algo que no era suyo; si se excedía algo la evaluación de la suma que reclamaba en justicia, aun cuando fuese la deuda cierta, se le retiraba y anulaba la demanda.

Ha pasado al nuevo Derecho algo de esas instituciones y de esos principios del antiguo, pero todo lo que es propio del Derecho intermedio, respira distinto espíritu, puede ser caracterizado diciendo, que es la aplicación y el empleo de una modernización grande, en todos los casos en que se trata de lesiones al Derecho privado; se distingue rigurosamente la injusticia objetiva de la subjetiva; la primera sólo supone la restitución del objeto, la segunda entraña, además, un castigo que consiste, ya en la multa,

ya en la marca de infamia, y esta aplicación proporcional de las penas, es precisamente uno de los pensamientos más sanos del Derecho Romano de este período. Los romanos tenían un sentimiento del Derecho demasiado justo, para permitir al depositario que tenía la perfidia de negar o de detentar injustamente el depósito al mandatario, y al tutor que había abusado de su posición de confianza para servir a sus intereses, o que abandonaba intencionalmente el cumplimiento de sus deberes, pudieran cubrir su responsabilidad con devolver la cosa llegado el caso, o pagar los daños y perjuicios; exigían además, que el culpable fuese castigado, primeramente como satisfacción personal y después como medio de intimidación. Entre las penas más usadas estaban la de la infamia; pena gravísima, porque entrañaba no sólo la pérdida de los derechos del ciudadano, sino también la muerte política; se aplicaba principalmente cuando la lesión revestía el carácter de una deslealtad especial, y la pena pecuniaria, de la que se hacía un uso mucho más frecuente. Se había establecido todo un arsenal de tales medios de intimidación, para el que intentaba un proceso con causa injusta. Estas penas consistían primeramente en fracciones del objeto, en litigio, $1/10$, $1/5$, $1/3$, $1/2$, elevándose luego, hasta sumar varias veces su valor, y se perdía, en ciertos casos en que no era posible formar juicio de la obstinación del adversario, en el infinito; esto es, el que perdía, debía de pagar todo lo que el adversario exigiese, bajo juramento, como satisfacción suficiente. Había en particular dos formas de procedimiento. "Los

interdictos prohibitorios del pretor y las acciones arbitrarias” que tenían por objeto colocar al acusado en la necesidad de desistir o aguardar a ser reconocido como culpable de haber violado la ley con deliberado propósito, y ser tratado como tal. Le obligaban cuando persistía en su resistencia o en su ataque, a no limitar su acción contra la persona del acusador, sino de la ley misma, que por medio de sus representantes, se ponía como objeto de la cuestión.

El fin que se proponía aplicando tales penas, no era otro que el que se quería alcanzar en materia criminal: de una parte, el fin puramente práctico de colocar los intereses de la vida privada, al abrigo de esos atentados no comprendidos bajo el nombre de crímenes; de otra parte, el fin ideal de hacer solidario el honor y la autoridad de la ley, rindiendo satisfacción al sentimiento del derecho que había sido lesionado, y no sólo en la persona que es directamente atacada, sino también en las de todos los que de ello tenían conocimiento. El dinero no era, pues, el fin que se tenía a la vista, sino un medio para llegar a él⁸.

⁸*Se encuentra en las "acciones vindictam spirantes" una prueba particularísima de lo que venimos diciendo; hacer resaltar ese punto de vista ideal y mostrar de la manera más evidente, que no tienen por objeto alcanzar una suma de dinero o la restitución de una cosa, sino la reparación de un atentado hecho al sentimiento del derecho y de la personalidad (magis vindictae quam pecunia habet rationem). He ahí por qué no pasaban a los herederos, ni podía ser cedido su uso a terceras personas; los acreedores no*

Esta manera de mirar la cuestión que el Derecho Romano intermedio tenía, es, a nuestro modo de ver, maravillosa. Alejándose por igual de dos extremos, del viejo Derecho, que colocaba la injusticia objetiva en la misma línea que la subjetiva y de nuestro Derecho actual, que marchando en dirección contraria, ha rebajado ésta al nivel de aquélla, satisfacía por completo las legítimas pretensiones que pudiera tener el sentimiento del Derecho más justo, porque no se contentaba con separar las dos especies de injusticias, sino que sabía discernir y reproducir con minuciosidad e inteligencia, la forma, el modo, la gravedad y todos los matices diversos de la injusticia subjetiva.

Al llegar al tercer período o grado de desenvolvimiento del Derecho Romano, tal cual ha sido fijado en las *Institutas de Justiniano*, no podemos menos de recordar y admirar la influencia e importancia del derecho de sucesión en la vida de los pueblos, como en la de los individuos. ¿Qué sería del Derecho de esta época por sus propias fuerzas? Lo mismo que ciertos herederos que son incapaces de proporcionarse lo estrictamente necesario, viven a costa de las riquezas acumuladas por el testador, así también una generación decrepita y débil, encuentra en el caudal intelectual acumulado por la edad vigorosa que le ha precedido, con qué subsistir largo tiempo. No

podían intentarlas en caso de cesión de bienes, se extinguían pasado cierto término relativamente corto y no tenían lugar cuando el lesionado no demostraba su resentimiento "ad animun suum nom revocaverit" de injuriis, 47. 10.

queremos decir que goza tal generación sin esfuerzo alguno, del trabajo de otras, sino hacer notar que está en la naturaleza de las obras, de las instituciones del pasado, influir durante cierto tiempo, y hacer reinar en la vida, el espíritu que ha precedido a su nacimiento; tiene, en una palabra, cierta fuerza latente que al contacto y al roce cambia en fuerza activa. Es en este sentido en el que el Derecho privado de la República donde se había reflejado ese sentimiento enérgico y vigoroso que para el Derecho había poseído el antiguo pueblo de Roma, pudo servir al Imperio, durante algún tiempo, de fuente vivificadora; en ese gran desierto de la última época, era el único oasis por donde corría todavía un arroyo de agua fresca y cristalina. Pero el despotismo, parece racha ardiente que no permite a ninguna planta desenvolverse, y el Derecho privado, no pudiendo por sí solo hacer prevalecer y mantener un espíritu que por todos era despreciado, debió de ceder también, lo mismo que todas las demás ramas del Derecho, al nuevo espíritu del tiempo. ¡Y se presenta ante nuestra vista bajo rasgos verdaderamente extraños ese espíritu de la nueva época! No se revelan en él los verdaderos signos del despotismo, la severidad y la dureza; al contrario, aparecen otros caracteres, que expresan la dulzura y la humanidad; pero esa dulzura misma es despótica, es decir, que lo que a uno concede, lo arrebató a otro, como que es la dulzura de la justicia y del capricho y no la de la humanidad; es el desorden de la crueldad. No hemos de traer aquí todas las pruebas, sobre las que

podríamos apoyar esta opinión⁹; nos bastará, hacer resaltar un rasgo muy particular y significativo de ese carácter y que encierra un rico material histórico; tal es, el esfuerzo hecho para mejorar la posición del deudor a costa del acreedor¹⁰. Se puede adelantar esta opinión como general.

⁹Los caracteres estaban tan debilitados en esa época, que no podían soportar la justa severidad del antiguo Derecho. Así, por ejemplo, se suprimieron esas penas tan rigurosas que en el antiguo procedimiento habían sido aplicadas.

¹⁰Es fácil encontrar numerosas pruebas en las disposiciones de Justiniano. Concede, por un lado, a favor de los fiadores, el beneficio de discusión y por otro, al de los co-deudores el de división, fijan para la venta de la prenda el irrisorio plazo de dos años; después que la propiedad ha sido adjudicada concede todavía al deudor dos años como plazo para el retracto, y pasado este tiempo se reconoce el mejor derecho que al acreedor que ha vendido la cosa: y aún se pueden añadir: la extensión del derecho de compensación a los que no eran ciudadanos, la *datio in solutum*, la desmedida extensión de la defensa *usuroe supra alterum tantum*, la limitación de la prima de seguro en el *foenus nauticum*, reduciéndole al 12%, la posesión excepcional y buena que da al heredero dejándole el beneficio de inventario, etc. Justiniano hace posible la extensión de un lapso para hacer el pago cuando lo condenen la mayor parte de los acreedores, lo cual no era una imitación de las *Moratorias de Constantino*. Débese a sus predecesores también la acción *non numeratos pecuniae*, la *cautio indiscreta* y la *ley Anastasi*; así como la gloria de haber sido el primero en reconocer desde el trono la fealdad del castigo corporal de haberlo abolido en nombre de la humanidad pertenece a Napoleón III. Este soberano no se molestaba más por haber hecho funcionar la guillotina en Cayene, que se incomodaban los últimos emperadores romanos por deparar a los inocentes hijos de

Simpatizar con el deudor es el signo más patente de que una época es débil: en ella llámase esta simpatía, humanidad. Es una edad llena de fuerza, se trata, ante todo, de que se haga justicia al acreedor. El derecho de hipoteca privilegiado que Justiniano concede a la esposa, viene también de esa humanidad de su corazón, de lo que no podía prescindir y que le hundía a la vez, en un asombro indecible siempre que daba una disposición nueva; pero esa humanidad es la de San Crispín, queriendo el cuero de los ricos para hacer con él botas a los pobres.

Vengamos ahora a nuestro Derecho Romano actual. Después de todo lo que hemos dicho, nos encontramos obligados a formar un juicio sin poder fundarlo aquí como queríamos, pero al menos presentaremos, ya que no otra cosa, lo que pensamos acerca de la cuestión.

Diremos resumiendo en pocas palabras nuestro pensamiento, que encontramos en el conjunto de la historia y en toda la aplicación del Derecho Romano moderno una marcada preponderancia, por más que las circunstancias la han hecho hasta cierto punto necesaria, de la erudición

los criminales de Lesa Majestad, una suerte que caracterizan ellos mismos diciendo: "ut lus perpétua ajestate sordentibus sit et mors solatium el vita supplicium" (1.5 cod. ad. leg. Pul. may, q. 8.), pero la humanidad para con el deudor no resaltaba más así; ¡Qué importa lo demás! ¡No hay verdaderamente mejor manera de acomodarse con la humanidad, que enriquecerse unos a costa de otros!

pura, sobre el sentimiento legal de la nacional y sobre la práctica y la legislación que contribuyen ordinariamente de una manera exclusiva a formar y a desenvolver el Derecho. Es tal erudición, un derecho extraño, escrito en lengua extraña, introducido por los sabios, que son los únicos que pueden comprenderlo perfectamente, y expuesto siempre a la influencia contraria de dos intereses opuestos que luchan frecuentemente; el interés de la ciencia pura y simplemente histórica y el de la aplicación práctica junto al desenvolvimiento del Derecho. La práctica no tiene, por otra parte, una fuerza suficiente para dominar por completo el espíritu de la materia, está, por consecuencia, condenada a una dependencia perpetua, a una eterna tutela de la teoría, y de ahí viene que el particularismo la arrastre, en la legislación como en la administración de la justicia, hacia los débiles ensayos que se hacen para llegar a la centralización. ¿Deberíamos asombrarnos de que semejante derecho esté en profundo desacuerdo con el sentimiento de la Nación, que el Derecho no se incline más hacia el pueblo que el pueblo hacia el Derecho? Detestamos las instituciones y los principios que los habitantes de Roma explicaban perfectamente, porque no tienen entre nosotros la misma razón de ser, y ciertamente que no ha habido nunca en el mundo una manera de rendir justicia, que haya tenido más poder que esa, para disminuir en el pueblo toda confianza en el Derecho y toda fe en su existencia. ¿Qué debe pensar, en efecto, el hombre del pueblo, en que el juicio es simple y recto, si el juez, ante el cual se presentase con un título,

probando que su adversario reconoce deberle cien *thalers*, declararse que el suscriptor no está obligado porque hay en eso una *cautio indiscreta*? ¿Qué puede pensar aún, cuando un título en el cual se establece textualmente que la deuda tiene por causa un préstamo anterior, no reviste fuerza de prueba hasta pasados dos años?

No acabaríamos si tratásemos de citar hechos aislados, preferimos concretarnos a señalar lo que no podemos llamar de otro modo, que los dos extravíos de nuestra jurisprudencia en el Derecho civil, tan fundamentales, que son un verdadero manantial de injusticias.

El primero consiste en que nuestra moderna jurisprudencia no admite nunca el pensamiento tan sencillo que hemos desenvuelto y que se resume diciendo: no se trata en una lesión del Derecho de un valor material, sino de una satisfacción al mantenimiento legal del que ha sido lesionado.

Nuestro Derecho no conoce otra medida que la del materialismo bajo y burdo, no mira la cuestión más que bajo el punto de vista del interés pecuniario. Recordamos haber oído hablar de un juez que para desembarazarse de los pequeños embrollos de un juicio sobre cosa de poca importancia, ofreció pagar de su bolsillo al demandante la suma en litigio, y se incomodaba grandemente cuando no era aceptada su proposición; no podía comprender este sabio magistrado que el demandante no tenía a la vista una

suma de dinero, sino su Derecho: no era en realidad muy culpable, porque hubiera podido lanzar sobre la ciencia el reproche que a él se le hubiese dirigido. La pena pecuniaria que fue para el magistrado romano el medio más potente de administrar justicia al sentimiento ideal que había sido lesionado¹¹, cambia bajo la influencia de nuestra teoría de las pruebas en uno de los expedientes y recursos más tristes, de que la autoridad ha podido servirse para ensayar el porvenir de la injusticia. Se exige al acusador que pruebe hasta el último céntimo, el interés pecuniario que para él tiene el proceso. Juzguen, pues, en lo que se convierte la protección del Derecho, cuando un interés de esta naturaleza no está en juego. Un arrendador rehúsa a un arrendatario la entrada en un jardín que se ha reservado por contrato para su goce; preguntamos ahora: ¿cómo se arreglará el primero para decir el valor pecuniario de algunas horas pasadas por el segundo tomando el fresco dentro de un jardín? Un propietario arrienda a otra persona una finca que ha alquilado ya, pero que no se ha ocupado todavía, y el primer arrendatario debe contentarse durante seis meses con una miserable habitación antes de encontrar una conveniente; que se evalúe este daño en

¹¹*Se pueden traer como pruebas de esta opinión que se alejan de la doctrina generalmente admitida 1,7 d. anu (33,1) 1, 9 párrafo 1, de serve corr. (11, 3,) 1, 16 párrafo 1, quod (43, 24) 1, 6, 1, 7, de serve esp. (18, 7,) 1, 1, párr. 2, de tut. rat. (27, 3,) 1, 54, pr. Mand. (17, 1,) 1, 71: f. de evict (21, 2), 1, 44 de man. (40, 4). Y la aplicación de las penas pecuniarias con que tanto se distinguen los tribunales franceses hoy.*

dinero, o mejor, que se vea la indemnización que el tribunal acuerda: en Francia se exigirían mil francos, en Alemania se responderá que las incomodidades, por graves que sean, no pueden apreciarse en dinero. Supongamos aún, un profesor que está ocupado en un colegio privado, encuentra más tarde mejor colocación, rompe el contrato sin que pueda encontrársele por el momento un sucesor; ¿cómo podría evaluarse en dinero el daño causado a los discípulos, por haberles privado durante algunas semanas o acaso meses, de las lecciones de francés o de dibujo? Y más todavía; ¿cómo se compensaría la pérdida material que el director del establecimiento ha sufrido? Supongamos todavía un cocinero que deja sin razón su servicio, y que por la imposibilidad de reemplazarle, coloca a sus amos en ese gran dilema; ¿cómo puede evaluarse este perjuicio en dinero? Nuestro derecho no concede en todos estos casos protección alguna, porque les da tanto valor, como el que tendrá una nuez para el que no tenga dientes. Este es, pues, el reinado de la ilegalidad, y lo que hay en todo ello de más temible y vejatorio no es la imperfección en que se encuentra, sino el sentimiento amargo de que el Derecho bueno, puede ser pisoteado sin que existan medios para remediarlo.

No es el Derecho Romano, a quien debe acusarse de esta falta de coerción, porque por más que haya tenido como constante principio que el juicio definitivo llevara solamente una pena pecuniaria, ha sabido aplicarlo de manera que satisficiera muy especialmente, no sólo los intereses

materiales, sino también todos los demás intereses legítimos. La condena a pagar una suma de dinero, era el medio coercitivo que el juez empleaba en los negocios civiles, para asegurar la ejecución de sus prescripciones. El acusado que rehusase hacer lo que el juez le imponía, no se libera devolviendo el valor pecuniario de la obligación a la cual estaba sujeto, sino que esa obligación se cambiaba para él en una pena, y es precisamente este resultado del proceso el que aseguraba al que había sido lesionado, una satisfacción a la cual aspiraba mucho más que a la suma de dinero. Nuestro Derecho no concede nunca esta satisfacción, y ni la comprende porque no ve más allá de donde llega el interés material.

Tampoco existen en la práctica las penas que en Roma se aplicaban en materia de Derecho privado, y esto nace de la insensibilidad de nuestra legislación actual, por el interés ideal que va unido a una lesión del Derecho. La infamia no es hoy aplicada en ningún caso de infidelidad del depositario o del mandatario. El bribón más grande vive en nuestros días completamente libre e impune, mientras sea bastante diestro, para evitar todo aquello que puede caer bajo el golpe del código criminal. Verdad es que el pago se encuentra todavía en nuestros libros de Derecho que el mentiroso frívolo puede ser castigado, pero esto tiene en la práctica muy rara aplicación. ¿Qué significa esto, en una palabra, sino que la injusticia subjetiva es colocada entre nosotros al nivel de la injusticia objetiva? Nuestro Derecho no establece diferencia

alguna entre el deudor que niega de mala fe una deuda y el heredero que de buena fe la niega, entre el mandatario que nos ha faltado a sabiendas y el que faltó contra su voluntad, en fin, entre la lesión premeditada de mi derecho y la ignorancia o incapacidad; el proceso se coloca siempre en la esfera del interés material. Nuestros legistas actuales se hallan tan lejos de creer que la balanza de Témis debe, en el Derecho privado como en el Derecho penal pesar la injusticia y solamente el interés pecuniario, que teniendo presente esta advertencia, debemos considerarla como la objeción de los que dirán que ahí precisamente está la diferencia que existe entre el Derecho penal y el Derecho privado. Será esto por desgracia una verdad para el Derecho actual. ¿Pero lo es para el Derecho en sí? lo negamos. Sería necesario, ante todo, probar que hay una parte del Derecho en la cual la idea de la justicia no debe realizarse en toda su extensión; por eso quien dice justicia, dice realización de la idea de culpabilidad.

El segundo de esos errores, verdaderamente funestos en nuestra moderna jurisprudencia, consiste en la teoría de la prueba que ha establecido. Estamos tentados a creer que no ha sido descubierta más que para aniquilar el Derecho. Si todos los deudores del mundo se hubiesen concertado para matar y burlar el derecho de los acreedores, no hubieran encontrado medio mejor que ese sistema de pruebas, en vano se buscaría un matemático que lo presentase más exacto. Sobre todo en los procesos de daños e intereses, llega al grado supremo de lo incom-

previsible. Recientemente se ha pintado en algunos escritos y de una manera tan sorprendente el odioso desorden, que para emplear la expresión de un legista romano diremos¹², “reina aquí en el derecho, bajo el nombre de Derecho”, y el contraste que ofrece el inteligente modo de obrar de los tribunales franceses, que no tenemos necesidad de añadir una palabra; pero no podemos menos de decir que va como gritando ¡desgracia para el acusador y el valor para el acusado! Resumiendo, puede afirmarse que este grito es la palabra de orden de nuestra jurisprudencia teórica y práctica. Ha avanzado mucho en esa vía que había comenzado Justiniano; no es el acreedor, sino el deudor quien excita su simpatía, y prefiere sacrificar el derecho de cien acreedores, que exponerse a tratar demasiado duramente a un deudor.

El que no esté versado en el Derecho, apenas podrá creer que ha sido posible todavía aumentar esta parcial ilegalidad que nos ha presentado la falsa teoría de los legistas que se ocupan del Derecho Civil y del procedimiento. No obstante, los criminalistas anteriores son los que se han extraviado hasta el punto de cometer lo que puede llamarse un atentado contra la idea del Derecho, y la falta más grosera de que la ciencia se ha sentido capaz, contra el sentimiento legal. Queremos hablar de esta vergonzosa paralización del Derecho de defensa provocada, de ese

¹²*Paul in 1, 91 párrafo 3. de V. O. (41, 1) ... in quo genere plerumque sub autoritate juris scientice perniciose erratur, pero el jurisconsulto considera en este caso otro error diferente.*

derecho primordial del hombre, que es como dice Cicerón, una ley que la misma naturaleza le ha impuesto, y la que los legisladores romanos juzgaban no podía ser desconocida en ninguna legislación (“*Vim vi repellere omnes leges omniaque jura permittunt*”). ¡Cómo habrán podido en los últimos siglos y en nuestros días los jurisconsultos persuadirse de lo contrario! Es verdad que los nuevos sabios reconocen este derecho en principio, que llenos de esa simpatía por el criminal, que los legistas del Derecho Civil y del procedimiento tenían por el deudor, tratan de limitarle y debilitarle en la práctica de tal suerte, que el criminal es, en la mayor parte de los casos, protegido en detrimento del atacado que queda sin defensa. ¡En qué abismo profundo no va a perderse el sentimiento de la personalidad, cuando tanto se descende en la literatura de esta doctrina! ¡Qué olvido de la dignidad humana! ¡Qué desprecio, qué perturbación de su sentimiento simple y justo del Derecho! El hombre que es amenazado en su persona o en su honor, debe, pues, retirarse y huir¹³; el Derecho debe dejar su puesto a la injusticia; esos sabios no están en desacuerdo más que en la cuestión de saber, si los militares, los nobles y otras personas de alta condición, deben también retirarse y huir. Un pobre soldado que para obedecer a esta orden se había retirado dos veces, pero que perseguido por su adversario había hecho resistencia y le había matado, “era para darle una lección eficaz y para ofrecer a los demás saludable

¹³Toda esta doctrina se encuentra expuesta en la obra de K. Levita “*Das Recht Nothweker*.” Giersen, 1856, p. 158, etc.

ejemplo” *nada más que condenado a muerte.*

Se concede, por tanto, a las personas de una posición elevada o de elevado nacimiento, el derecho que se daba a los militares de emplear para su defensa una resistencia legítima; pero viene a limitarle uno de esos autores, diciendo que no deberían llegar hasta matar a su adversario, si no se tratase más que de una injuria verbal. A otras personas, como los funcionarios del Estado y de la justicia civil, se contenta con decirles: “que no son, después de todo, a pesar de sus pretensiones, más que los hombres de ley, no teniendo otro derecho que las leyes comunes del país”. A los comerciantes aún los considera peor. “Los comerciantes, dice, los más ricos, no hacen excepción de la regla, su honor consiste en su crédito; pueden, pues, perfectamente, sin perder su honor o su reputación, sufrir que se les dirijan algunas injurias, y si pertenecen a la última clase, que se les aplique alguna bofetada..” Si el transgresor de la ley es un campesino o un judío, se le debe imponer la pena que existe contra los que recurren a la defensa personal, en tanto que los otros deben ser castigados de la manera “más ligera posible.”

El modo que se considera propio para excluir el derecho de defensa cuando se trata de una cuestión de propiedad, es todavía más edificante. La pérdida de la propiedad, dicen unos, es exactamente como la del honor, una pérdida reparable, ya por la reivindicación, ya por la acción, *injuriarum*. ¿Pero y si el ladrón ha huido y es tan

conocido como su domicilio? Qué importa, responden los sabios, se tiene siempre la reivindicación y sólo debida a circunstancias “fortuitas y de todo punto independientes de la naturaleza del derecho de propiedad, la acusación no lleva siempre al fin que se propone.” El hombre que debe entregar sin resistencia toda su fortuna, que consigo lleva en papel, puede, pues, consolarse, tiene siempre la propiedad y el derecho de reivindicación; ¡el ladrón no goza más que de la posesión real! Otros permiten, cuando se trata de una suma considerable, emplear la fuerza, pero solamente como cosa extrema, y no dicen que el atacado debe tener también en este caso, a pesar de su dolor vivísimo, el cálculo escrupuloso de la fuerza que debe emplear para rechazar la agresión. Si innecesariamente llegase a romper el cráneo a su adversario, mientras que si él hubiese estudiado la dureza del hueso hubiese aplicado al ladrón un golpe menos violento, pero lo bastante para atemorizarlo, tendrá que responder de ello. Si un hombre, por el contrario, no se ve expuesto a perder sino objetos de poco valor, un reloj de oro, por ejemplo, o una bolsa que sólo contiene algunos *thalers*, debe guardarse bien de hacer el menor daño al que ataca; ¿qué es, en efecto, un reloj en comparación del cuerpo, de la vida y de los sagrados miembros del hombre? El uno es un bien fácilmente reparable, lo otro es por completo irreparable. He ahí una cosa que nadie negará; pero se olvidan los que tal dicen, que el reloj es mío y que los miembros son de un ladrón. Sin duda que tienen un valor inapreciable para el ladrón, pero para mí no tienen ningun-

no, y aún me queda siempre el derecho de pedir que me reemplacen mi reloj.

Pero he ahí bastantes locos extravíos de la ciencia ;Qué profunda humillación no debemos sentir viendo que ese pensamiento simple, tan conforme y justo con el verdadero sentimiento del Derecho, que ve en todo ataque (fuese su objeto no más que un reloj) un atentado a todo el derecho de la personalidad y a la personalidad misma, ha desaparecido de tal modo de la ciencia, que pudo consentir el sacrificio del Derecho, levantando la injusticia a la altura de un deber! ¿Podría asombrarnos que la cobardía y el sufrimiento de la injusticia fuesen el carácter de nuestra historia nacional en una época donde la ciencia se atreve a emitir semejantes doctrinas? Felicitémonos de vivir en una época bien distinta. Semejantes teorías son hoy imposibles; no pueden crecer más que en el lodazal en que se arrastre una Nación que esté tan podrida bajo el punto de vista político, como bajo el punto de vista del Derecho.

Esa doctrina de la cobardía, de la obligación de sacrificar el oro que se nos arrebata, es el punto de la ciencia más opuesto a la teoría que hemos defendido y que hace, por el contrario, de la lucha valerosa por el Derecho, un estricto deber. Un filósofo de nuestros días, Herbart, ha emitido acerca de la base del Derecho, una opinión que no es tan falsa, pero que se encuentra bien lejos de esa altura ideal, donde se eleva el hombre en que el sentimiento del

Derecho está completamente sano. Herbart descubre el fundamento del Derecho en esta causa estética: el disgusto de la lucha. No hemos de demostrar aquí cuán insostenible es esta tesis, y nosotros nos congratulamos de poder referirnos a los escritos de uno de nuestros amigos queridos¹⁴. Pero si se está autorizando para apreciar el Derecho bajo ese punto de vista, no sabemos verdaderamente si en lugar de hacer consistir lo que el Derecho nos ofrece de estético en la exclusión de la lucha, lo colocaríamos precisamente en su existencia.

Tenemos el valor de emitir una opinión completamente opuesta a los principios de ese filósofo, reconociéndonos francamente culpables de amar la lucha. No admitimos ciertamente una lucha por nada, pero sí ese noble combate en el cual el individuo se sacrifica con todas sus fuerzas, por la defensa de su derecho personal o de la Nación. Los que critican en este sentido el amor a la lucha, tienen que romper toda nuestra noble literatura y toda la historia de las artes, desde la "Iliada" de Homero y las famosas esculturas de los griegos, hasta nuestros días. Apenas si hay materia que haya atraído más a la literatura y a las bellas artes, que el combate y la guerra; no será preciso investigar ahora en dónde el sentimiento estético está más satisfecho, viendo ese desenvolvimiento supremo de la

¹⁴*Jules Glaser Gesammte, Kleinere Schriften über Strafrecht, Civil-und, Strafprocess.* - Viena 1868, Glaser fue ministro de Justicia en Austria.

humana potencia que la escultura y la poesía han glorificado en el uno y en la otra.

No es siempre la estética, sino la moral, quien debe decirnos lo que es la naturaleza del Derecho, y lejos de expulsar la lucha por el Derecho, la moral la proclama un deber. Este elemento de la lucha y del combate que Herbart quiere eliminar de su idea, es, pues, una parte integrante e inseparable de su naturaleza.

La lucha es el trabajo eterno del Derecho. Si es una verdad decir: Ganarás tu pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: Solamente luchando alcanzarás tu derecho.

Desde el momento en que el Derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica; así podemos aplicarle la sentencia del poeta:

*Es la última palabra de la sabiduría
Que sólo merece la libertad y la vida,
El que cada día sabe conquistarlas.*

Indice general

CAPITULO PRIMERO	
INTRODUCCION	1
CAPITULO II	
EL INTERES EN LA LUCHA	
POR EL DERECHO	15
CAPITULO III	
LA LUCHA POR EL DERECHO	
EN LA ESFERA INDIVIDUAL.	23
CAPITULO IV	
LA LUCHA POR EL DERECHO	
EN LA ESFERA SOCIAL	49
CAPITULO V	
EL DERECHO ALEMAN Y LA	
LUCHA POR EL DERECHO	77

IHERING LA LUCHA POR EL DERECHO, se terminó de imprimir en Informática Mirafe S.A. de C.V., en noviembre de 1992, la edición consta de 500 ejemplares. Versión revisada en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. La supervisión editorial estuvo al cuidado de Adriana Canales Pérez y Raciél Garrido Maldonado.