

ba, ó subsistirá sólo, si acaso, como una esfera hueca para embaraza el libre movimiento de los seres que están por nacer ó se están desarrollando: tal aparece al ménos como exigencia racional deducida inmediatamente de la comparacion de los dos conceptos: — 2.º La Vida se predica del Derecho (como de las demas propiedades particulares del Espíritu), no porque sea el Derecho lo que propiamente vive, que esto cae fuera de los límites de lo posible, siendo, como es, esencia adjetiva, no siendo ser propio de sí ni fundando sustantivamente sus mudanzas, sino porque el Espíritu informa en él sus estados y determinaciones, porque vive al modo jurídico. No es el Derecho el material y fondo efectuado (*e-facto*, puesto en hecho, individualizado, puesto en estado, producido) en la Vida, sino la manera de ser ó de efectuarse esa produccion de estados en el sér racional finito mediante su actividad libre; ó una direccion de esta actividad hácia el bien para realizarlo en cuanto medio útil para otro bien, un principio práctico, una regla de aplicacion inmediata para la vida, por tanto una relacion que entra en las condiciones de la Vida y se somete á sus leyes; al modo como la sombra responde á las condiciones geométricas de los cuerpos que la proyectan y sigue punto por punto sus mudanzas. Así podemos decir elípticamente «*vida del Derecho*» como sinónimo de «*vida realizada en forma de Derecho*», ó «*vida jurídica del sér racional*», y más breve «*vida del Estado*», no siendo Estado sino la personalidad humana (individual ó social) en tanto que órgano activo para la funcion del Derecho (1). Es una vida en subordinacion, que no funda su valor y sentido *inmediatamente* en el Derecho, sino que depende de otra que pudiéramos decir sustantiva ó de sér, con la cual aparece, al compás de la cual se modifica, y fuera de la cual como una sombra huye y se disipa.

Ahora bien, es de toda evidencia que la Vida del Ser en razon de una de sus esencias no puede ser diferente de su Vida en razon de la

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

unidad de todas ellas, ya que en último resultado todas asisten y toman parte en la vida de cada una por la índole propia del Espíritu, no dándose acto de Derecho tan puro que no participe á la vez del carácter del conocimiento, de la moral, etc. Por otra parte, si traemos á la memoria la ley de la unidad y homogeneidad de la Vida, induciremos lógicamente que las mismas notas que se prediquen del Sér, en general, tendrán aplicacion á cada uno de los seres particulares con la añadidura de aquella otra característica especificatriz que á cada una corresponda por su naturaleza limitada y concreta.—Segun esto, será *Vida del Derecho* la composicion de sus dos formas originarias de existencia (permanente y temporal) en una tercera, mediante la actividad del Sér de quien el Derecho es una propiedad; y tambien, esta actividad misma del Sér racional en tanto que informando ó haciendo efectiva en el tiempo la propiedad ideal del Derecho; ó en suma, *la realizacion ó determinacion del Derecho como principio Esencial y eterno, en série de Hechos ó estados temporales y sensibles (positivos), mediante la Actividad de un sujeto racional.*

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

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

b.— Exámen de estos elementos.

§ 12.

1.º Derecho ideal.

El *Derecho* como *idea*, ó como principio esencial y por realizar, posible ó factible, idéntico siempre consigo mismo, absoluto, inmutable, anterior y superior al tiempo y á las circunstancias históricas, y radicado en la conciencia donde es recibido inmediatamente por nosotros: tal es el primer modo de existencia en que aquel principio se nos manifiesta. Siendo su forma (en oposicion á lo mudable) la eternidad, la permanencia, es fundamento y criterio de toda determinacion temporal suya, y por esto no aceptamos jamas en clase de jurídicos hechos cuyo contenido no forma exacta ecuacion con la esencia del Derecho, ora se les declare contrario, ora les sea indiferente: ni el fin, ni los medios, ni la relacion entre ellos y del todo con la actividad libre condicionante, sufren cambio sustancial por accidentalidades nacidas del tiempo; en todo hombre, y por toda su vida, y en todo el discurso de la historia, y ántes y despues de la historia, fundamentalmente son idénticos, y á ellos y al principio de ellos—el Derecho—convertimos incesantemente la vista como á manantial perenne é inagotable, siempre fresco y puro, de normas y reglas para la vida. Como posibilidad ó facultad, el Derecho ideal es causa permanente y eterna del infinito número de determinaciones que en sí contiene, presta la primera materia para la obra de la vida y la ofrece perpetuamente á la actividad para que, trabajando sobre ella segun su propia ley, la despierte de su estado de sueño, la saque de su indeterminacion, y la individualice en ejemplares finitos, bien que conformes á ella, dándole existencia actual, concreta, accesible al sentido y de eficacia para la vida.—Y siendo atributo ó propiedad del sér jurídico, no parte cuantitativa de su sustancia, lo abraza y penetra todo, nada de él queda donde no se revele esa propiedad, y por lo mismo no pudiera variar su naturaleza sin que se alterase la natura-

leza toda del Sér mismo que lo vive. Nace de aquí que el sujeto racional haya de vivir necesariamente en forma de justicia, que el Derecho ideal sea *posible-potencial*, necesario, á diferencia de lo contrario Derecho (injusticia) que es meramente *posible-potestativo*, accidental, según reconoce la sana razón común contra el dictámen de alguna escuela. No hay en el Derecho principio de mal, la injusticia carece de idea, no tiene esencia, su existencia es eventual, puede existir y puede no existir, y cuando existe, ha nacido no de la sustancia del Derecho, sino de una falsa *posición* de esta sustancia por la voluntad mal predispuesta del sujeto: el delito es posible en la *finitud* humana, pero no es potencial en la *esencia* del Derecho como entendió Hegel, ni son por tanto momentos esenciales de su cumplimiento la perturbación y la reparación, ni palancas fundamentales de su vida el verdugo y la guerra.

Este Derecho esencial, esta posibilidad jurídica que ha de recibir del sujeto activo existencia actual y efectiva, puede nacer de una doble fuente: puede ser originaria y derivada, puede hallarse en el sér como esencia innata ó venir de fuera del sér como esencia adquirida y agregada, ser, en suma, *propia* ó *apropiada*; pero en ambos casos ha de ser suya, toda vez que, según el concepto de la vida, ningún sér puede realizar otra esencia que su esencia ni mediante otra actividad que la suya propia. Puede vivir una persona principios de Derecho que no hayan nacido en él, al modo como un árbol puede vivir y fructificar con ramas que no traigan de él su origen, pero para que se cumpla tal efecto, de la misma suerte que el árbol prepara la obra de la fructificación en el ingerto reduciéndolo á la solidaria unidad de su esencia y de su vida, hasta hacerlo dependiente de sus funciones generales y constituirlo en órgano suyo en la misma medida que lo son aquellos cuyo gérmen nació en él mismo, es necesario que la persona jurídica se asimile aquellos principios, y los identifique con su propio sér hasta trocarlos en sustancia propia, practicando más bien que una hipótesis imposible, una transubstanciación, ó mejor, un despertamiento de las esencias virtuales que residen al interior y aguardan ocasión de manifestarse. Entónces, y sólo entónces, podrá afirmarse con verdad que tales principios ó ideas son esencia virtual para tal sujeto activo de Derecho. Lo que no empieza por hacerse *posible*

para un sér, no puede *causar estado* en él, ni él *ponerlo en estado*.

Tiene este principio suma importancia para la vida, y es fecundísimo en consecuencias de inmediata aplicacion que irán desplegándose y declarándose en todo el discurso de nuestra indagacion. Desde luego vemos desprenderse de la reflexion precedente este corolario: que para influir sobre la vida jurídica de un sér racional (sociedad ó individuo), v. gr., para reformarla ó avivarla, es exigido en razon el procedimiento mediato, no estimulando directamente la actividad para que desde luego obre, sino promoviendo una asimilacion prévia del principio ideal en forma de conocimiento y de sentimiento, y luego de voluntad; que una vez que esto haya sido logrado, el sujeto en cuestion se moverá espontáneamente á poner por obra aquello que es ya esencia suya, carne de su carne, y que solicita con poderosa eficacia el concurso de su actividad. En ménos palabras: *En toda relacion de influencia jurídica, debe tomarse por mediador el ser mismo influido*: no basta que el principio en cuestion *ofluya* al rio de la vida jurídica, es preciso que *in-fluya* ó corra por su cáuce como líquido de propia vena. Mientras no se camine con este sentido ó se precipiten los pasos del procedimiento, ó no se obrará, ó se obrará á ciegas y sin brújula, faltando la del conocimiento, ó sin motor eficaz, faltando el del sentimiento, ó sin derrotero fijo, faltando la resolucio segura de la voluntad, y el obrar se resolverá en movimientos desordenados y contradictorios, desiguales, tortuosos, desproporcionados para el fin, perturbadores de su cumplimiento, y que ora chocando entre sí, ora precipitándose unísonamente, se desvanecerán sin dejar tras sí otro rastro que el de los desastres que haya causado. Se arrojará el agua del bautismo sobre la cabeza de un pueblo vencido, ántes de haber extirpado de su conciencia la revelacion islámica, y su conciencia escupirá el agua del bautismo como baba de Satanás, y aprestará el arma para rechazar la fuerza con la fuerza y vindicar el derecho ofendido de la humanidad, como acaeció en la reconquistada Granada: se querrá uniformar y simplificar la administracion para hacerla rápida y económica, abolir la servidumbre, establecer la igualdad legal, etc., cuando todavía no se han quebrantado los resortes enmohocidos del Estado antiguo, y el pueblo combatirá el proyecto como instrumento y señal de tiranía con las armas en la mano, como le sucedió á

José II : se querrá que un pueblo viva derechos naturales ántes de habérselos asimilado en idea, ántes de haber destronado los antiguos motivos de obrar, con impulso exterior, abstractamente y sin subordinacion al superior principio y al fin último de la personalidad, y el pueblo los entenderá como derechos del tercero ó del cuarto estado contra los otros dos, como aconteció en la revolucion de Francia ; se le querrá hacer entrar en una cierta organizacion económica internacional, ántes de haberle adoctrinado y persuadido sobre su verdadero alcance y relaciones, y sobre los límites de su eficacia, y entenderá que se trata de encerrar en la fábrica toda la sociedad y de negar todo medio de vida á quien no maneje la azada ó la lanzadera ; se querrá iluminar la conciencia de la humanidad con el fijo y suave resplandor de las ideas, verdaderas estrellas en el cielo del pensamiento, y sólo se logrará acumular caliginosas nubes preñadas de rayos y de tempestades ; que no hay cosecha sin siembra que prepare, ni alumbramiento sin concepcion que vivifique, ni calor sin fuerza latente que lo engendre ; y empeñada la vida fuera de este camino, lo que pudo ser campo de dorada y abundosa miés, si se hubiera labrado, será estepa baldía ó páramo yerto sólo habitado de abrojos y alimañas, y lo que pudo ser eléctrico faro coronado de resplandores, será centella que condensando la luz en calor infinito, fundirá y aniquilará lo que únicamente luz y calor pedía para dilatarse y elevarse en la vida. Obrando los seres fuera de su centro ó sobre material exterior á su medio ambiente, léjos de los alcances de su actividad, abortados los principios en la mente por falta de incubacion, tan necesaria á las ideas como á los mundos, embriagados por la idea, ó más bien por falsos espejismos de la idea, tomando por historia real sus apocalipsis fantásticas, azotan el viento en persecucion de imágenes sin realidad, equivocan los fines, no aciertan con los medios, proceden como quien vive en un mundo extraño, viendo todas las cosas al revés, y malogran las fuerzas más sanas y hacen producir á los más nobles propósitos frutos de maldicion.

§ 13.

2.º El Derecho positivo.

El *Derecho* como *hecho*, ó como estado realizado, positivo, como determinación sensible, histórico, distinto de todos los demás, mutable y relativo: tal es el segundo modo de existencia en que se nos revela el Derecho. A pesar de la inmutabilidad sustancial de su principio, el Derecho no puede ser rígido é inflexible si ha de corresponder á su concepto y no desmentir su fin, si verdaderamente ha de condicionar la vida y amoldarse á todas sus exigencias, porque es ley de la vida la variedad, y ésta se manifiesta, no sólo como diversidad de vidas en la Vida del Ser, sino de situaciones en cada vida particular; cada una supone un ambiente propio, circunstancias peculiarísimas y necesidades diferentes, y en consecuencia requiere del condicionante otra conducta que las demás, y como resultado un hecho ó estado jurídico de forma diversa. Según esto, cada determinación histórica de Derecho ideal ha de mostrarse por necesidad enteramente concreta con caracteres específicos que la distingan de todas las restantes, como se distinguen los estados y situaciones del sér informados por ella; y así, existirá (en contradicción con el carácter de unidad y permanencia del Derecho ideal) una serie infinita de posiciones individuales, en todos sus aspectos determinadas, y mudables de momento á momento. Esto no obstante, la particularidad y contrariedad de los estados se limita á la forma, pues por lo demás el contenido de todos ellos debe ser comun (según el propio concepto de estado, § 8), ó tuviera el Derecho naturaleza múltiple; y esto, lo mismo cuando se muestran esencialmente iguales en todas las personas, por fundarse inmediatamente en su comun cualidad de sér, sin más —(que es lo que decimos derechos naturales ú originarios), como cuando se producen en cada persona de modo distinto que en las demás, por causa de la situación peculiarísima en que la han colocado hechos propios ó exteriores y ajenos á ella (que es cuando decimos derechos relativos, derivados, propiamente individuales). Al compás que la situación de las personas nace ó se modifica ó desaparece, traduciéndose al ex-

terior por hechos, se va mostrando, metamorfoseando y extinguiendo el Derecho, esto es, se pone, ó cambia de posición, ó se retira. Tal es la esfera del *Derecho positivo* ó histórico.

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

§ 14.

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

El Derecho natural y eterno no es sobre el tiempo y exterior á él, sino permanente, subsiste en todo lo que unitariamente es y en cada uno de los estados que componen una serie infinita ó limitada; no muda, sino que queda inmanente en la mudanza, no es contrario al

tiempo, sino á aquello que es informado por el tiempo. Lo eterno y lo temporal son de la misma naturaleza, no siendo ésta sino la posición é información de aquél; no pasa todo en los hechos, de uno á otro algo de comun permanece, y de aquí nace la posibilidad de compendiar en una ó varias notas el carácter general de la legislación de un pueblo, ó de varios pueblos en un siglo, ó de toda la vida de la humanidad, y que estimemos esas notas como expresivas del Derecho permanente en todos los fenómenos en que se ha revelado el Derecho durante ese tiempo. A la vez, lo permanente tambien en cierto modo pasa, y así, todo el Derecho de ese pueblo ó de esa época lo consideramos como un hecho mayor dentro de la série infinita en que el infinito Derecho debe manifestarse; y cuando nos remontamos á estas alturas y nos figuramos lo comun realizado en todos los tiempos posibles, hemos llegado ya á lo absolutamente permanente ó eterno, al Derecho racional en su absoluta unidad, pero puesto, ó en forma de Derecho real, de Derecho positivo. Y descendiendo de aquí otra vez, hallaremos que ese Derecho Positivo, absolutamente permanente en el infinito tiempo, es relativamente permanente en los tiempos particulares, que no es Derecho cuya pura realizacion sea imposible al sujeto por causa de la imperfeccion y limitacion de que se halla afectado en su vida presente, ántes bien la conciencia á todas horas le advierte que en ninguna circunstancia de su vida le es lícito faltar á él, que debe cumplirlo siempre tal como la misma conciencia se lo muestra, no así como idea general absoluta y abstracta, sino como cualificada en cada caso particular por razon de la situacion individual y propia en que se encuentra; que no de otro modo podrá corresponder plenamente á su concepto y desempeñar su funcion,—que es condicionar los fines racionales, los cuales, con ser comunes á todos los hombres, presentan en cada uno un propio modo de ser, determinado por su individualidad histórica como sujeto. No cabe pensar hecho ni minuto tan insignificante en el drama infinito de la vida, y tan desligado del plan universal, que no haya de mantenerse dentro de los límites estrictos del Derecho Natural, conforme á sus racionales exigencias determinado. En la evolucion silogística del Derecho, la premisa, el derecho ideal, encierra dentro de sí las consecuencias, los estados, como la nebulosa etérea contiene los astros, como

la semilla contiene los frutos; premisa y consecuencias son una misma cosa, sólo que aquélla es generalidad, indeterminación, y éstas son determinadas, individuales, aquélla es absoluta, inagotable, permanente, y éstas son relativas, finitas, transitorias. No es lo absoluto jurídico algo extraño á la vida sensible diaria, al contrario, palpita en todo lo que vive, circula por el sistema arterial del mundo como el soplo y la sangre que vivifica, como el calor que conserva y anima, es la propia sustancia que vive y la ley como vive la sustancia, es el centro y la circunferencia del universo jurídico, la turquesa y el barro con que la personalidad-Estado va modelando su historia civil y política en la inacabable série del tiempo; lo individual, lo específico, lo positivo, lo hecho, lo vivido, eso que sale de la turquesa, eso que fluye de lo absoluto como fluye la fuente de su urna, es lo absoluto mismo individualizado, revestido de una forma sensible, determinada, temporal, concreta. Pero entónces, ¿cómo cabe igualdad de conducta y fijeza de criterio en la vida jurídica, si la vida es tan vária y lo absoluto uno?

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

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

Concretándose la humanidad en personalidades individuales y sociales, no es lícito mirar abstractamente al destino de aquélla, sino determinadamente á las necesidades de éstas en vista del fin comun, y sí obligado, por el contrario, romper con la tradicion naturalista que hace del Derecho una vara inflexible á cuya medida han de sujetarse por igual todos los individuos por desiguales que corran en grado de vida y de cultura. Toda obligacion jurídica se determina, primero como particular, acorde con las circunstancias, y atenta por lo mismo á los fines y necesidades del individuo ó pueblo determinado á quien se atribuye ó aplica; segundo, como general, en cuanto subsiste con este carácter obligatorio para todos los sujetos colocados en circunstancias afines á las suyas. Estados finales análogos piden obligaciones análogas; estados finales diferentes demandan conducta diferente, y diferente en el mismo respecto y en direccion igual; de otra suerte, la igualdad exterior vendria á traducirse en irritante desigualdad y en iniquidad monstruosa. Sucede con el Derecho lo que con la luz solar, la cual con ser una y la misma, indeterminada é incolora, se concreta en diversidad de grados y colores segun la naturaleza de los cuerpos donde se refleja ó quiebra: el Derecho Natural, con ser absoluto y único, idéntico y el mismo siempre, al proyectarse sobre la vida se despliega (paralelamente con el interior organismo de vidas y de situaciones contenidas en ésta) en un sistema infinito de *ideales finitos ó relativos* de Derecho, propios para cada combinacion original de circunstancias en la vida de los seres, — hombres y sociedades, — que, ora como pretensores, ora como condicionantes, entran en la relacion del Derecho, tomando en unos un color y diferente en otros, pidiendo para éste la libertad, para aquél la tutela y para tal otro la pena (1). *Suum cuique* es toda la ley de

(1) En este sentido dice Ahrens (*Curso de Derecho Natural*, § 21, ed. 6.^a), que á diferencia de los preceptos morales, que son *absolutos, invariables*, independientes de los lugares y de los tiempos, *los preceptos del Derecho ó las leyes jurídicas son relati-*

esta relacion, y lo suyo de cada uno, lo propio de cada uno, es lo que cada uno necesita por razon de los fines humanos representados en su persona y en la medida en que se han concretado en ella. A cada uno todo su derecho, que es todo su ideal, pero nada más que su derecho, porque de otro modo, arraucándolo de ese su ideal é imponiéndole otro inferior ó superior á las privativas exigencias de su vida, por defecto ó exceso se ahogaria, como se ahoga el pez arrebatado de

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

Por lo demas, parece achaque de cierto linaje de críticos la poco leal y ménos cristiana conducta de atribuir á Ahrens y otros lo contrario de lo que afirman. Dice, por ejemplo, aquel filósofo que «el bien es principio universal para todas las acciones humanas, sea cualquiera el orden á que pertenezcan; todo lo que el hombre hace debe ser bueno; no hay acto de derecho (justo ó injusto) que no sea al mismo tiempo moral ó inmoral; todo lo que el Derecho manda ó prohíbe, lo manda ó prohíbe también la moral; no hay ley ni institucion que pueda mantenerse ni producir un bien social, si es contraria á las leyes de la moral y la conciencia (*Curso de Derecho Natural*, § 21: véase también § 23 y 33); y Ortí y Lara lee, *emancipamos el Derecho de la Moral, puede ser justo un acto malo* (Introducción al estudio del Derecho, cap. II):—dice Ahrens que la fuerza es siempre un medio eventual de cumplir el Derecho, y aun en los casos en que se aplica, que son los menos, tiene que ser indirecta; en nuestras sociedades, añade, el Derecho y sus obligaciones se cumplen ya más frecuentemente de buen grado que por la coacción, y todavía podemos concebir un estado más perfecto en que las prescripciones de la justicia se cumplan principalmente con moralidad, sin perder por eso su carácter jurídico (§ 20 y 35); y Ortí y Lara lee que *sin la fuerza y coacción que el Estado presta al Derecho, éste sería cosa vana* (cap. II), etc. No es decir que mantengamos el punto de vista de Ahrens tocante á las relaciones entre el Derecho y la Moral, el Derecho y la coacción; pero convenia hacer notar que no se ha perdido la táctica gruesa de los romanos antiguos que presentaban á los cristianos como sectarios de un culto cuyas bases fundamentales eran el incesto, el infanticidio el odio al género humano, el ateísmo, y la adoracion de una cabeza de asno. Era más fácil calumniar que leer el Decálogo.

su elemento y traído á nuestro océano atmosférico donde no hay más agua que la disuelta ó flotante en el aire; como se ahoga el pulmonado sumergido en el océano áqueo, donde no existe más aire que el disuelto en el agua. Con esta condicion, el Derecho absoluto puede ser principio práctico para la vida, sin abandonar por eso su absolutividad ó inmutabilidad, porque la inmutabilidad del Derecho no es la rigidez, sino la rectitud, y la rectitud en la vida racional no es la rectitud sencilla de la matemática abstracta, sino la que nace de la identidad en las proporciones entre fines y medios. Sin esa condicion, el Derecho absoluto sería de todo punto estéril, ó más bien dejaría de ser derecho para trocarse en su contrario, que no sin razon se ha dicho: *summum jus, summa injuria*; y léjos de dirigir los pasos del sujeto, serviría más bien para extraviarlo y hacerle vivir en la injusticia, á trechos sólo y por casualidad iluminado por algún débil rayo de luz.—Puede compararse el *Derecho* como mediador en la convivencia social de unos con otros hombres, á un *camino*, mediador natural tambien, que enlazando los lugares de produccion y de consumo, facilita el cambio de ideas y de productos de pueblo á pueblo: desiguales las superficies del planeta por donde ha de desarrollarse la carretera, desiguales las condiciones de las personas en quienes se determina y especifica la humanidad, y que han de vivir el Derecho, no pueden seguir éste ni aquélla una recta invariable, sino que afectan formas y toman direcciones variadisimas, subiendo, rodeando, describiendo curvas, desceudiendo ú ondulando, segun tiempos y lugares; y tan torpe como sería el ingeniero que intentase menospreciar todos los accidentes, alianar todas las inflexiones, y atropellar por todo á trueque de ejecutar el plan trazado sobre el papel sin conocer el relieve de las localidades, son aquellas escuelas de Derecho que desdennan por cosa baladí y hacen gala de no tener en cuenta la situacion histórica de los pueblos para quienes legislan, pretendiendo sujetarlos á la libre medida de sus proyectos ideales, como si se hicieran los Estados para el legislador y no el legislador para los Estados, y que cuando dan con una colina, por no subir ni rodear la cortan por mitad, — para que luégo la rellene la reaccion! — ó que si tropiezan con una montaña inaccesible se paran desalentados en los umbrales del escepticismo, ó acaso vuelven la espalda y retro-

ceder pasando del extremo de la confianza al extremo de la desesperacion, ó transigiendo con la nota de inconsecuentes quebrantan los principios de inflexibilidad que se habian impuesto y buscan salida de través ú oblicuamente. Que tal es, en breves rasgos condensada, la historia de cuantos se han apartado del dictámen de la razon jurídica, y desconocido la relacion que media entre las dos formas que tiene de existir el Derecho, ó que por temor de caer en los medios torcidos, en ningun modo ni nunca necesarios, han incurrido en el vicio de la rigidez, y por aquí dado la mano á la arbitrariedad.

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

Cierto que los seres finitos, así como envuelven afirmacion por la esencia que son, envuelven negacion por la que no son, que están afectados de límite, y por tanto está dada la *posibilidad* de que pongan dicha esencia de modo diferente á cómo debe serlo, esto es, en forma de injusticia, en estados y fenómenos conformes á cualquiera de sus relativas negaciones, contrarios á su esencial naturaleza y á su destino, y, por consiguiente, al aplicarse en cualidad de medios á un fin racional, pueden resultar inadecuados á su naturaleza y entorpecer ó contrariar su cumplimiento. Mas en todo caso esta negacion del Derecho, la existencia de esta injusticia, es meramente hipotética é hija del entendimiento; este divorcio entre los extremos del silogismo de la vida jurídica es sólo posible; ni la esencia del Derecho es injusta, ni lo son tampoco los datos jurídico-sensibles y los que expresan las circunstancias peculiares de la vida del sujeto; la injusticia nace de la union que éste hace de todos esos términos, de interpretarlos falsamente, segun los impulsos del interés personal ó los consejos de la pasion insana, de no colocarlos en su lugar propio y alterar el órden interno y las relaciones armónicas de sus miembros, de tomar por consecuencia de esto una parte por otra ó por el todo, de poner más de lo necesario ó menos de lo justo, ó ponerlo ántes de lo exigido y de lo conveniente, de afirmar el Derecho en una relacion y negarlo en várias, de chocar, en fin, unas con otras esferas en esta accion y reaccion incesantes en que se dan entre sí los seres finitos en el mundo, donde á la par que solidariamente y bajo ley comun, obra cada cual con ley propia individual y sustantivamente. Lo natural, lo propio del sér es que su actividad consuene con su esencia, que sus estados sean representantes legítimos, ecos autorizados y reflejos fieles de ésta; segun el concepto del bien jurídico «ecuacion (cualitativa) de los estados del Derecho con su esencia», él es en toda la série mudable lo constante, la ley necesaria de la actividad: vivir conforme á su naturaleza es ley objetiva á que no puede faltar jamás sujeto alguno. Por el contrario, la injusticia, y en general el mal, léjos de ser natural y necesario como el Derecho y el Bien, es lo más artificioso y contraesencial, es una negacion de nuestra naturaleza misma racional é individual, una desarmonía nacida extemporáneamente del elemento finito que acompaña siempre al sujeto, un accidente á que con

más ó ménos esfuerzo puede hurtarse, y del cual es siempre posible sanar poniendo los medios.

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

No es así como de ordinario se resuelve este problema trascendental de la Ciencia contemporánea; ántes al contrario, se entiende

que el Derecho ideal es algo tocante á la fantasía creadora del artista, ó como una luz lejana que alienta al hombre y lo solicita para que no desmaye en la vida por las asperezas del camino, aunque engañándole, pues nunca ha de alcanzar á ella; ó como una forma abstracta y sin contenido en que se va vaciando y modelando el Derecho histórico á medida que lo viven los individuos y los pueblos; ó como un infinito muy apartado del presente en la série de los siglos, á que la humanidad sólo llegará en el período de su madurez, y que mientras tanto produce un Derecho positivo que es un impío pacto entre el bien y el mal, un consorcio nefando contrario á la naturaleza, que por un lado afirma el Derecho ideal y por otro lo niega, una amalgama de Derecho y contra-Derecho, una transacción imposible entre la justicia de Dios y la injusticia de los hombres. Esta preocupación, profundamente arraigada en nuestros días, suele ser erigida en escudo para cubrir la apariéncia social, y de puertas adentro en amuleto contra la conciencia, cuando lejos de aprobar y legitimar condena con acrimonia y sin darse punto de reposo aquellos abusos para los cuales se pretende encontrar excusa y lenitivo, si no motivo de aplauso, en lo azaroso de las circunstancias, en las necesidades de los tiempos, en lo relativo y limitado de nuestra naturaleza que nos muestra el ideal como el fruto á Tántalo sin dejarse coger jamás. Nunca absuelve ni atenúa la conciencia, á pretexto de nuestra finitud, el mal que hubiéremos hecho, y lo excusára ciertamente á haber sido para nosotros inevitable; ni abdica tampoco en ningun caso la facultad de calificar de justa ó injusta la ley formulada ó la costumbre producida, ni de separar en cada hecho lo que hay de injusto ó de indiferente y lo que verdaderamente toca á la naturaleza del Derecho, para negar á aquello todo carácter jurídico, ni de culpar y acusar á quien ejecutó la mala obra como hombre vicioso y necesitado de corrección.—Amenudo el sacrificio de los principios es sólo aparente, y ocurre cuando el instinto y la vis innata de la verdad, que jamás se oscurece del todo en la conciencia, obliga á los hombres á limitarlos nivelándolos con la vida, siendo así que ántes, efecto de una resolución precipitada, se habian propuesto plantearlos y practicarlos como principios abstractos y absolutos sin género alguno de relatividad; pero cuando el sacrificio es real, áun en la esfera de la justa

y necesaria limitacion histórica, demuestra principios falsos que no pueden resistir el embate de las circunstancias y ceden al primer contratiempo, ó acusa hombres ajenos de honradez que ponen el pasajero interés por encima de los intereses eternos de la razon, ó entendimientos enflaquecidos, ó inculcos, ó poco atentos á los datos racionales ó á los de la experiencia, que hacen una individualizacion impropia ó inadecuada para la situacion especial de vida cuyas necesidades la reclaman.

§ 15.

Esta necesidad de igualacion y proporcionalidad entre el Derecho Natural y el Positivo fué ya conocida, aunque más bien á impulsos de un oscuro presentimiento que como fruto de una clara y reflexiva intuicion, y sin sospechar su alcance y trascendencia, por algunos genios de la antigüedad,—señaladamente por SOLON (1) y SOPHOCLES (2), CICERON (4)

(1) Al decir de Plutarco, pensaba *Solon* que las leyes son mudables como lo es la vida de los hombres: interrogado acerca de su legislacion, respondió que habia dado á Atenas, no las mejores leyes posibles, sino las mejores que consentia el estado de sus conciudadanos, quienes las soportarian con agrado y las observarían indefectiblemente, porque las habia acomodado á sus intereses. Tambien *Platon* (*Leyes*) reconoció la necesidad de una «Ciencia compuesta que teniendo en cuenta las imperfecciones del Estado presente enseñase las leyes propias para reformarlo é irlo aproximando sucesivamente al Estado ideal (Ahrens).»

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

οὐδὲ θεοῖσιν τοσοῦτον ὄραται τὰ σά
κηρύγμαθ' ὥσ' ἀγραπτα καὶ γὰρ ἡ θεῶν
νομίμα δύνασθαι θνητὸν ὄνθ' ὑπερδραμεῖν.
Οὐ γὰρ τι νῦν γε κάχθής, ἀλλ' αἰεὶ ποτα
εἴ ταῦτα κούδεις οἶδεν ἐξ ὅτου Ἶσανη.

(1) Conforme con la doctrina de *Chrisippo*, y con la que sienta *Aristophanes* en la estrofa que acaba de leerse, y que *Ciceron* en parte reproduce y explica, dice: «Lex est ratio summa, insita in natura, que jubet ea quæ faciendæ sunt, prohibet que contraria. Eadem ratio cum est in hominis mente confirmata et facta, lex est.... Quoniam igitur ejus reipublicæ quam optimam esse docuit in illis sex libris *Scipio*, te-

y SAN AGUSTIN (1), —y de la Edad Media, SAN ISIDORO (2) y SANTO TOMÁS (3): en los tiempos modernos, despues de las doctrinas sensualistas y naturalistas del pasado siglo que condujeron á las fueestas abstracciones de Rousseau, de Kant y de la Revolucion, y duranté cuyo imperio muy raro escritor ha mantenido aquella voz de la antigüedad (4), dos escuelas justamente afamadas, y que

nendus es nobis et servandus status, omnesque leges accommodandæ ad illud civitatis genus; serendi etiam mores, nec scriptis omnia sancienda.... Homo solum est, ex tot animantium generibus atque naturis, particips rationis :.... est prima homini cum Deo rationis societas; inter quos autem ratio, inter eosdem etiam recta ratio communis est; quæ cum sit lex, lege quoque consociati homines cum diis putandi sumus. Inter quos porro est communio legis, inter eos communio juris est.... Rectè Socrates execrari eum solebat qui primus utilitatem à natura sejunxisset» (*De Legibus*, lib. I, 6, 12). «Initium ejus (juris) ab natura ductum videtur; quædam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis, aut obscura, in consuetudinem venisse; post autem, approbata quædam aut à consuetudine, aut à vero utilia visa, legibus esse firmata. Ac nature quidem jus est, quod nobis non opinio, sed quædam innata vis, afferat, ut religionem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem» (*De invent. rhet.*, lib. II, § XXII).

(1) «Qui legi eternæ adhærat, bonam voluntatem hærent, temporalis legis non indigent.... Apellamus istam legem temporalem quæ, quamquam justa sit, commutari tamen per tempora justè potest» (*De lib. arbit.*, lib. I). En otra parte dice recordando á Ciceron: «Initium justitiæ est ab natura profectum, deinde quædam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit» (*De div. quæst.*, oct. trib., 31, 1). Añade que se ha escrito la ley, no porque no la levára ya ántes escrita el hombre, sino porque no queria leerla, porque estaba fugitivo de su corazon (*fugitivus à cordis*) y era necesario llamarlo á su interior (*ad interiora sua homo compulsus est*). In Ps. LVII.

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

(3) Tomás de Aquino se allega á la doctrina del sabio arzobispo de Sevilla, contrayendo á tres las nueve condiciones que éste señala en la *lex juris* positiva, á saber: aut sit congrua et proportionata legi divinæ, legi nature et utilitati humane» (*Summa*, quæst. 95, art. III). «Omnis lex humanitus posita (añade) in tantum habet de ratione legis in quantum à lege naturali derivatur. Unde si in aliquo à lege naturali discordet, jam protanto non erit lex, sed legis corruption» (q. 95, art. 2, concl.). Sin embargo, conviene advertir que más bien que la relacion entre el Derecho natural y el positivo, lo que el Angel de las Escuelas quiere determinar aquí es la relacion de la ley positiva con la ley moral natural, como nota F. J. Stahl (*Hist. de la fil. del Derecho*, lib. II, sec. 2.^a).

(4) Antes de ellos J. B. Vico, y despues A. Perez: el primero, en su obra «De universi juris uno principio et fine», donde establece como principio de la ley positiva su conciliacion con los hechos históricos y con los principios eternos de la verdad y

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

del bien; el segundo, en sus «Principios del Orden esencial», donde sustenta que «Supuesto que el Derecho Natural es esencial al hombre, y por tanto necesario, eterno é inviolable, se sigue que las potestades han de cumplirlo religiosamente, pues aunque hagan y deban hacer muchas leyes civiles, acomodadas á su respectivo carácter, clima, costumbres y constitución, éstas no son otra cosa, como conoció el jurisconsulto Paulo, que unas modificaciones del Derecho Natural.» — También *J. P. Ancillon* (*Espíritu de las Constituciones Políticas*) sostiene que «la legislación de la razón es la legislación de Dios, y cuando ambas se dicen *debes*, es menester admitir que *puedo*».

(1) Según la doctrina de Savigni, el Derecho nace en un pueblo por instinto racional, como la lengua, las costumbres y toda la constitución. Todo Derecho nace como Derecho consuetudinario; se engendra por las costumbres y creencias nacionales, y en fin, por la jurisprudencia, pero siempre por medio de una fuerza y acción oculta... La escuela histórica ha reemplazado para la formación del Derecho la ley de la razón por la del instinto, ha rechazado todo principio absoluto de justicia.... (*Ahrens, Curso de Derecho Natural*.) Debe tenerse en cuenta, sin embargo, la protesta que hace

Hegel negó la existencia del Derecho positivo como algo que tuviera propio sustantivo valor: la idea, lo absoluto, το αβσολυτον, es lo único que existe, siempre idéntica consigo misma, ya se muestre con carácter racional, ya se declare en la realidad: el Derecho positivo como diferente del absoluto no existe, es el mismo Derecho absoluto, y no hay otro que él, por consiguiente no puede ser convencido de injusticia en ninguno de sus hechos; lo que fué, sólo por haber sido debe ser tenido y estimado como justo (1). Esta doctrina tiene el inestimable mérito de haber puesto la cuestion en su verdadero terreno, y hecho posible la solucion, por más que luégo y de por sí, habiéndose dejado llevar del espíritu de sistema y precipitado la consecuencia, no la haya logrado. Las tentativas del eclecticismo francés han sido completamente infructuosas, y el divorcio entre aquellas dos escuelas ha llegado hasta nuestros dias en que el problema ha sido nuevamente puesto sobre el yunque y sometido á la prueba de la realidad del objeto, única legítima é infalible, y afortunadamente resuelto en la forma expuesta, por los representantes de la direccion racional y realista armónica (2), reconociendo su parte de verdad á ambas contrarias doctrinas en lo que una y otra tienen de principios afirmativos, dando propia sustantividad á cada una de las dos formas opuestas de existencia que reviste el Derecho, y trazando el límite cuantitativo en que verdaderamente el real ó positivo es y puede y

Savigni en la Introduccion de su *Historia del Derecho Romano* acerca de la denominacion de *histórica* dada á la escuela fundada por G. Hugo.

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

(2) El filósofo más fiel á este sentido racional en la esfera de la *Filosofía del Derecho* (F. Giner), está escribiendo, á lo que parece, una *Introduccion* á esta Ciencia, que, á juzgar por exposiciones precedentes, está llamada á causar una profunda y saludable revolucion en este órden de estudios, ajenos todavía del carácter propiamente científico, no obstante haberse producido desde el Renacimiento, y mayormente desde Kant, hasta nuestros dias, una rica y aún brillante literatura filosófico-jurídica. Los AA. que más léjos han ido en esta direccion, como *Ahrens*, *Höder* y algunos otros, con ser dignos de la predileccion y estima de que justamente gozan en Europa, están distantes de responder á aquellas condiciones metódicas que prestan al conocimiento indagado las cualidades de certidumbre, sistema y demas con que se levantan á categoría de ciencia. Y es precisamente lo que acontece en el caso presente con el problema de la relacion entre el Derecho real y el ideal que brevemente acabamos de bosquejar.

debe ser racional ó conforme al absoluto, y por tanto justo. Con esto ha quedado coronada ó próxima á coronarse una de las más laboriosas empresas en que se ha visto empeñada la Ciencia jurídica desde últimos de la pasada centuria.

§ 16.

3.º La actividad jurídica.

En otro lugar se apuntó ya que *la actividad jurídica* entra en la *relacion* del Derecho como mediador (constituyente) entre los fines y los medios, § 6; y en la *vida* del Derecho como mediador (plástico) entre las dos formas de existencia eterna y temporal en que originariamente se manifiesta, § 11. — Esta actividad que interviene como agente y gestor en la evolucion histórica del Derecho, no es otra, segun el propio concepto de la vida jurídica, que *la total actividad del ser racional*, pero considerada no en la unidad de todos sus aspectos y relaciones, sino en la relacion particular del Derecho. Cuya actividad racional pensamos todos que no se limita á la del Espíritu, sino que es propia del *Espíritu unido con Cuerpo*, por más que realmente á aquel competa la superior direccion en el trabajo de la vida.

La naturaleza de esta actividad ejecutiva es la de una propiedad que manifiesta en hechos, estados ó fenómenos la esencia del sér racional de quien es propia con todos sus atributos ó esencias particulares, libremente, como sér contra-solidario, autónomo, sustantivo. A considerar una sola de estas propiedades, el Derecho, aquella actividad se cualifica recibiendo el nombre de jurídica. Los términos á quienes sirve de comunión (*communis unio*) la actividad, ó que mediante ella y su gestion se comunican y consocian bajo la unidad de la vida ó se ponen en relacion sustancial como de causa á efecto, nos son ya conocidos: lo *posible* ó potencial (la propia naturaleza del ser activo como naturaleza determinable) y lo *positivo* ó real (la propia naturaleza del sér como naturaleza naturada ó determinada, los fenómenos en que la va desplegando era su virtualidad determinante).

Cuyos dos términos, *potencialidad* y *realidad*, no se diferencian de la *actividad* sino en el modo ó respecto en que es considerado el sér, toda vez que lo que llena á todos tres de un contenido y material común es la esencia propia del sér mismo: con decir que «éste, desenvolviendo espontáneamente (como sér activo libre) su esencia virtual (como sér posible ó de facultad) hace su vida (se pone en el tiempo, se actualiza, se hace real)», quedan abarcados en su verdadera unidad los tres aspectos elementales del sér en cuya composicion y juego se engendra la vida.

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

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

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

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

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

c.—Leyes de la vida del Derecho.

1.º Ley fundamental.

§ 17.

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

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

Según esto, la Ley general que preside á todos los actos jurídicos y los hace converger á la unidad eterna del Derecho, será la *ley del bien jurídico*, esto es, la esencia misma del Derecho en cuanto se hace real y efectiva en serie gradual y acompasada de hechos enteramente acordes con su naturaleza; ó mejor, la esencia activa del Derecho en tanto que realizándose temporalmente al modo de esta su propiedad, sin apartarse nunca de sus inspiraciones, y poniendo siempre todos los medios que demanda en cada una de las situaciones de la vida racional por él informada. Esta ley es indefectible, y constituye un verdadero imperativo categórico: ya hemos mostrado cuán absurdo es reputar la injusticia como de necesidad interna, y producida según

la misma ley que el Derecho: aquélla es una negacion accidental y contingente, éste es una afirmacion obligada que la libertad del sujeto no alcanza á resistir. El sér jurídico no puede dejar en absoluto de obrar y buscar el bien en esta como en las demas relaciones que entran á formar el contenido de su Espiritu; no crea la ley, la encuentra formulada y escrita en su conciencia y sancionada por más alto poder que el de su voluntad subjetiva, y la acepta y se somete á ella aplicándola concretamente á las diversas situaciones de su vida: en estas interpretaciones individuales que hace de ella es únicamente donde *puede* equivocarse y dar nacimiento y forma á la injusticia. En este sentido, y en cuanto todos los estados posibles se hallan virtualmente contenidos en lo absoluto mismo del derecho que los origina y sustenta, y pueden por lo mismo ser previstos para conformar á ellos los medios de accion, decimos que el bien jurídico—esto es, la realizacion del Derecho en conformidad con su esencial naturaleza—es el fin de nuestra actividad, lo que ésta puede proponerse en la esfera del Derecho para su causalidad temporal. Y no concibiéndose otro ni más alto fin, la Ley del Bien Jurídico es absoluta y soberana, en tal extremo, que si hay otras á más de ella serán súbditas suyas y en ella fundadas. *Hoc est primum præceptum legis*, escribe muy atinadamente Santo Tomás, *quod bonum est faciendum et malum vitandum, et super hoc fundantur omnia alia præcepta legis* (1).

§ 18.

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

Hemos visto que la actividad del sér racional es homogénea, que ántes de considerar si se subdivide interiormente, la pensamos una como el sér mismo de quien es atributo. Ahora bien, está fuera de toda duda que á esa unidad de contenido debe corresponder tambien

(1) *Summa*, quæst. 94, art. 2. — Enseñar cuál sea ese bien que debe practicarse y el mal que debe rehuirse, es toda la funcion de la ley positiva, al decir de los autores del *Libro de las Partidas* (P. 1, tit. 1, leyes 7.^a y 10.^a), que trasladaron á la legislacion el mismo concepto que hemos hallado para la ley objetiva de la Vida del Derecho.

la unidad en la forma, siendo contradictorios dos modos distintos de posición en una misma sustancia. En efecto, lo que caracteriza formalmente á la actividad racional y á cada una de las actividades particulares que contiene, por consiguiente á la jurídica (1), es la *sustantividad* ó *autonomía* (2) contrapuesta á la forma de la actividad natural —que es la solidaridad y continuidad de cada individuo respecto del todo de su género, el cual forma en derredor suyo un ambiente cuyo influjo lo determina y avasalla; ó de otro modo: el sér de Espíritu se mueve en forma de *libertad*, como la Naturaleza en forma de necesidad.

Tal es la forma total que reviste la actividad jurídica, y la ley general que rige en sus obras. Ya al verificar el análisis del término Derecho en la conciencia, establecimos como uno de sus caracteres «el ser *forma* de la actividad conscia y *libre*»: de donde es consecuente deducir ahora que la actividad de esa forma que constituye el Derecho debe ser actividad libre, ó tener por forma la libertad, pues de lo contrario, si ella fuera «necesaria», mal pudiera informar en sí la dicha «actividad conscia y libre» de los seres racionales.

Mas repárese que la libertad entra en el Derecho como uno entre otros factores, mas no como término equivalente que forme ecuación con él, ni por consiguiente con su actividad. Kant pensó, y después de él sus numerosos discípulos, que la única materia del Derecho y su función única es la garantía de la libertad exterior que ha de hacer posible el ejercicio de la libertad interna (moral), manteniéndola fuera del alcance de toda fuerza extraña, mediante la represión de las agresiones individuales que impliquen perturbación ó puedan menoscabarla ó comprometerla, mediante la coerción, en suma, y restricción exterior de la voluntad; y así la libertad es el de-

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

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

recho fundamental que contiene á todos los demás. Cualquiera que sea el móvil con que un hombre se mueva á obrar, con tal que no atente á la libertad ajena por actos exteriores, el Derecho queda á salvo, puesto que queda incólume la libertad. Decir Derecho vale tanto como decir libertad, y tambien facultad de reprimir.—El error de esta doctrina dimana de generalizar una verdad parcial, de contraer el Derecho á una de sus esencias particulares; y se hace patente con sólo observar, segun el órden de todo lo expuesto, que *ni toda la libertad jurídica es libertad exterior*, sino que primero y principalmente es interna (no siendo aquella sino la forma de su manifestacion en estados sensibles, ó la demostracion de que estos estados son producto de su propia causalidad y no efecto de impulso de la Naturaleza ni de otro extraño sér), *ni toda la materia del Derecho se reduce á sola libertad*, sino que se extiende á toda la vida, uno solo de cuyos medios é instrumentos es la libertad, *ni deja de ser exigido el Derecho porque fulte la libertad donde existen los fines*, siendo exigida únicamente á la actividad condicionante que pone los medios, nunca al sujeto condicionado que los utiliza, pues sólo para favorecer es necesario obrar racionalmente, y no para ser favorecido.

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

Resumiendo: la Ley fundamental de la vida del Derecho es, por lo tocante á su esencia, el Bien, por lo tocante á su actividad, la Libertad: este segundo aspecto se halla subordinado al primero, el sujeto jurídico (Estado) debe realizar el Derecho libremente dentro de los límites que le traza la ley objetiva del Bien, la cual, como eterna

y necesaria, sólo en parte y temporalmente puede ser negada ó suspendida por el sujeto finito. Para el bien solamente, para la justicia como para la verdad y la virtud, que no para el mal, es dada la libertad, la cual debe ser cuidadosamente distinguida del albedrío (1).

§ 19.

2.º—Leyes particulares.—Objetivas: reales, formales, reales-formales.

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

Son, pues, estas leyes:

(1) La confusión de la libertad con el albedrío sigue imperando en el sentido común de los hombres, no desprendido aún por entero del espíritu de licenciosa subjetiva arbitrariedad ni sometido á las inflexibles disciplinas de la razón, á pesar de que en ningún tiempo han faltado filósofos que mantuvieron los fueros de ésta y establecieron el debido apartamiento entre aquellos dos conceptos. Sólo vive libremente el que practica la justicia, dice Cicerón (*Parad.* v). La libertad es, según Lutio, la propiedad dada á la criatura racional para que ame libremente el bien y evite el mal: el libre albedrío es aquel ente en el alma racional por el cual se mueve libremente á lo bueno ó á lo malo, amando ó aborreciendo, tomando ó dejando (*Introducción al Arte Magna*). Pero quien principalmente ha reivindicado para la libertad el carácter de forma racional del obrar es Kant, definiéndola como la facultad que la razón pura tiene de ser práctica por sí misma, lo cual no es posible sino por la sumisión de las máximas de toda acción á la condición de poder servir de ley general, en una palabra, de someterse voluntariamente á la razón. Este es el aspecto positivo de la libertad, el arbitrio que merece dignamente el nombre de libre: supone una voluntad pura, ó que se rige exclusivamente por motivo de lo justo y de lo bueno, y en ella tienen su origen las leyes prácticas que se llaman morales (jurídicas y éticas). Su aspecto negativo consiste en la independencia de todo impulso sensible en cuanto á la determinación; que es el arbitrio que puede ó no someterse á la voluntad, á la razón, esto es, ser libre ó servil, ser ó no libertad (*Principios metafísicos del Derecho: introducción á la metafísica de las costumbres*).

1.º *Esenciales ó Reales*:—a) La vida del Derecho es *una*, pues lo es su sujeto, el hombre, y su objeto, el derecho eterno, y sus leyes primordiales, el bien y la libertad; y de aquí la solidaridad política y civil de unos con otros siglos, pueblos é individuos, y la periodicidad de los hechos jurídicos, mediante la cual se hace posible una ciencia de la historia universal del Derecho:—b) La vida del Derecho es *vária*, pues bajo la unidad humana hay diversidad de razas, y bajo la unidad cósmica terrestre diversidad de lugares, y bajo la unidad de civilización diversidad de grados de cultura; por consiguiente, variedad de condiciones de existencia y desarrollo que exigen formas diferentes de Derecho; sucediendo otro tanto dentro de cada pueblo con los individuos, y en cada individuo con las distintas edades y situaciones de su vida:—c) La vida del Derecho es *orgánica*: interiormente, porque toda alteración experimentada en una ó más esferas de un sistema de leyes ó de una legislación, al punto se trasmite á las restantes; exteriormente, porque todos los órdenes de la actividad, Derecho, Ciencia, Arte, Religión, Industria, se influyen recíprocamente, viviendo ó debiendo vivir en armonía, prestándose condiciones, y comunicándose sus mudanzas, sean declinaciones, estancamientos ó progresos.

2.º *Formales*:—a) La primera edad de la vida del Derecho es de *tésis* ó *posición* efectiva de lo esencial posible, en unidad confusa, embrionaria, sin distinción interior de órganos en el Estado para las múltiples funciones que desempeña desde su origen, bien que incluyéndolos todos en gérmen, —al modo como el óvulo animal ejercita en el oscuro é indistinto teatro de su vida todas las funciones de su congénit más desarrollado, sin otro órgano que el óvulo mismo—en tanto que mediador universal entre su posibilidad y sus fenómenos vitales:—b) La segunda edad de la vida del Derecho es de *antítesis* ú *oposición*, de desarrollo, evolutiva, distinta, en que los órganos particulares que ántes se mantenían en estado latente en la unidad del Estado se manifiestan y crecen á la par ó sucesivamente, —al modo como se ensancha y despliega la primitiva célula, y proyecta en derredor suyo su sustancia en forma de ramas, hojas y flores, ó de tejidos, sistemas y aparatos, —y crecen propendiendo á una vida independiente y sin relación, ó á constituirse acaso en centros absolu-

tos y á sojuzgar á los demas; y de aquí estado de desequilibrio y de lucha interior y exterior, del Derecho con los demas fines humanos, de los diversos Estados entre sí, y en cada Estado del conocimiento con el sentimiento jurídicos, de la tradicion con el progreso, del poder legislativo con el ejecutivo, de unas con otras clases, etc.: —c) La tercera edad de la vida del Derecho es de *composicion* ó *síntesis*, involutiva, de madurez y fructificacion, en que las várias esferas de la legislacion y los diversos órganos del sér-Estado y sus funciones, que ántes se ejercitaban apartadamente unos de otros, sin vínculo superior ni ordenado, y acaso en relaciones hostiles, regresan á la unidad del todo, se reconocen mutuamente, se equilibran y complementan, y se enlazan en una rica síntesis, con unidad y variedad á un tiempo y en viva relacion y comunicacion;— al modo mismo como el fruto vegetal resume y concilia la rica multiplicidad de ramas, hojas y flores en acabada síntesis, representacion unitaria del todo como en la edad primera, pero no ya confusa, sino con distincion y orgánicamente.

3.º *Reales-formales*:—a) La vida jurídica es *permanente* en el sér racional: finito, y se manifiesta en todas sus edades, como quiera que el Derecho es una de las esencias que lo constituyen, y el sér mismo, á causa de la limitacion que lo afecta y de todos lados lo envuelve, se halla en toda ocasion necesitado de medios libres; ni nació el Derecho humano con el pecado, como pretenden algunos, sino con el hombre, ni desaparecerá en la edad madura de la humanidad, como adelantan otros, sino que permanecerá tanto como ella: —b) La vida del Derecho es *mudable*, segun el concepto mismo de la vida, la índole de la funcion del Derecho y la naturaleza de los estados ó hechos que lo especifican; ademas, cada estado, cada individuo, cada pueblo, recibe algo de sus antecesores y de sus coetáneos, y crea algo original, y deja en consecuencia á los que le suceden un punto de partida distinto del que encontró: —c) La vida del Derecho es *progresiva*, por consecuencia de esa constante acumulacion de esencia de Derecho realizada, esto es, de bien jurídico, que acrecienta más y más el vigor de la actividad y los medios poseidos, y facilita el cumplimiento de más y mayores bienes con mezcla de menos mal; parece como si el hombre alejase de sí la finitud en la

misma proporcion en que crece éste su capital jurídico (y lo mismo religioso, científico, etc.).

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

3.º Leyes particulares.—Subjetivas: reales, formales, orgánicas.

§ 20.

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

a) — Reales.

La actividad racional en tanto que jurídica ó consagrada á la funcion del Derecho, muestra un contenido interior de actividades ó funciones, todas las cuales intervienen y toman parte en la obra de la vida del Derecho, simultáneas en razon, sucesivas en tiempo. De estas funciones, unas son generales, entran en todos y cada uno de los momentos de la vida jurídica; otras son especiales, y se refieren á estos mismos momentos en que la realizacion del Derecho se subdivide.

Ley de las Funciones Generales de la actividad jurídica: *conocimiento, sentimiento y voluntad del Derecho*. El primero formula el propósito en vista del principio eterno del Derecho sabido en la razon, y de las exigencias históricas de la actualidad recibidas en la experiencia; el segundo nos inspira pasion é interés hácia él, una vez planteado; y la voluntad se lo impone como fin, en forma de resolucion, despues de haber discutido el modo de acomodar el principio á las circunstancias, concretándose en voluntades particulares encaminadas al bien

jurídico propio de cada caso individual y de cada momento histórico. Enseñado y persuadido por el conocer y sentir el sér jurídico, lo determina la voluntad como la potencia activa del yo; de modo que racionalmente preceden á la voluntad las otras dos funciones, pues únicamente lo conocido y amado puede hacerse objeto de resolución. En todo acto concurren siempre las tres juntas, por el carácter de unidad y simplicidad del Espíritu que los funda á ellos y sus estados; mas en ocasiones se mantienen en desequilibrio, prédominando ora la una, ora la otra: la educacion jurídica debe dirigirse por igual á todo el organismo de la actividad hasta lograr la armonía entre las tres funciones, que es en lo que consiste la sabiduria en esta esfera. No basta el simple conocimiento para mover la voluntad, pues á veces conocemos nuestro bien, pero nos falta amor hácia él y lo desatendemos; ni es suficiente el mero sentimiento, pues á menudo sentimos ardiente inclinacion por un objeto, y no podemos lograrlo por falta de conocerlo con claridad; ni bastan tampoco para la accion el conocimiento y el sentimiento, pues á menudo nos hallamos dueños de la presencia del Derecho y nos penetramos de él, pero nos falta decision y energia llegado el momento del obrar. — Tales son las funciones generales, condicion prévia para la inmediata realizacion del Derecho (1).

Ley de las Funciones Particulares de la actividad jurídica: *declarativa, ejecutiva y armónica* ó reguladora (2). El cumplimiento del Derecho como relacion libre entre fines y medios, y lo mismo su vida como série ordenada de relaciones libremente establecida entre los extremos del Derecho como posible y como positivo, implica dos funciones primitivas y opuestas, aunque en cierto modo dependientes: Declaracion de los medios útiles que son exigidos para tal fin de la vida, y del plan de conducta segun el cual deben ser prestados por el

(1) Sobre el conocimiento, sentimiento y voluntad en general, se consultará con fruto la *Metafisica analitica* de Sanz del Rio, la *Ciencia del Alma* de Tiberghien, y las *Lecciones de Psicologia* de F. Giner. Véase tambien más adelante: *Génesis del hecho consuetudinario*.

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

sujeto condicionante: Ejecucion de lo dispuesto, ó efectiva determinacion de la voluntad para la prestacion de aquellos medios, en conformidad con ese plan. La primera prepara, es, por decirlo así, accion adjetiva, actividad para la actividad; la segunda pone por obra, es accion sustantiva, actividad para el fin. Aquélla es teórica, ésta práctica.

Ahora, siendo finito el sujeto jurídico, como puede realizar el Derecho, puede por ignorancia ó extravío de la voluntad dejarlo de realizar ó realizarlo mal, esto es perturbarlo; mas por otra parte el Derecho es un orden necesario, no potestativo, en cuanto de él pende el cumplimiento de todos los fines de la vida, y no es lícito suspenderlo un punto; segun lo cual, la vida jurídica revestirá una doble forma en correspondencia con los dos elementos que integran en ella: al bien, término esencial y permanente, corresponderá la forma del Cumplimiento, al mal, término accidental é histórico, responderá la forma de la Reparacion; aquella necesaria, independiente de la voluntad, ésta posible solamente; y ambas totales, abarcando el todo del Derecho y el todo de su actividad. Quiere decir esto, que cada una de aquellas dos funciones primordiales, *Declaracion* y *Ejecucion*, obrará de dos distintos modos, ó se desdoblará en dos diferentes ministerios ó subfunciones. — La primera es: Declaracion de los medios normales que son exigidos para el establecimiento de una relacion jurídica que implica el cumplimiento de un fin (funcion ó subfuncion *legislativa*); y Declaracion de los medios anormales que son exigidos para el restablecimiento de la misma relacion perturbada, en vista de reparar el orden del Derecho (funcion ó subfuncion *judicial*). No conserva la actividad igual posicion en una que en otra: allá se mueve entre el Derecho absoluto y la necesidad actual ó histórica, al fin de determinar una norma general de conducta; aquí, entre esta norma y la necesidad, en vista de procurarle los medios de rescatarse al sentido de aquélla: en la ley positiva se interpreta el derecho ideal amoldándolo á las circunstancias presentes de un sujeto — pueblo ó individuo; — en la sentencia se interpreta la ley positiva aplicándola á rectificar una falsa interpretacion individual que fué en el hecho motivo de una infraccion ó perturbacion. En suma, la una *establece* la ley, la otra la *re-establece*, ambas legislan, individualizan derecho en fór-

mulas prácticas: la primera engendra la ley, es como su madre; la segunda la sostiene y repone, es como su nodriza, le da una segunda existencia: si el poder ejecutivo osa violarla, ordenando á los ciudadanos algo contrario á ella, el tribunal les da facultad de desobedecer el mandato saliendo á la defensa de la ley; si el poder legislativo legisla con infracción de la Constitución, suspende los efectos de la ley, y si legisla contra los dictámenes de la costumbre, elude la ley y le sustituye otra en sus sentencias. Tan íntima es la relación de ambas subfunciones. Las distingue el punto de partida—(que en la una es derecho no determinado pero determinable, y en la otra derecho determinado pero más determinable)—y la causa ocasional y el fin—(que en aquella es un estado social, y en ésta un hecho individual); pero las distingue sólo relativamente, pues también á veces parte el legislador de Derecho determinado (v. gr., cuando ejercita su potestad reglamentaria), ó dicta reglas de acción para hechos individuales (v. gr., cuando establece privilegios de derecho),—y también á veces el juez parte de derecho no determinado, ú obra á impulso de un estado social, cuando sienta nueva doctrina legal, no hallando previsto en el sistema de la legislación el caso que se le ofrece, ó existiendo regla adecuada la deroga ó abroga según las inspiraciones de la opinión social.—La segunda función es: Ejecución de lo dispuesto por los legisladores, ó aplicación de los medios necesarios para establecer aquellas relaciones de derecho que son de la competencia del Estado,—función ó subfunción *gubernativa* (dividida en «preventiva» para los medios negativos, y «económica» para los positivos); y Ejecución de lo ordenado por los tribunales, ó prestación de los medios necesarios para restablecer aquellas relaciones de Derecho que han sido perturbadas por las autoridades ó por los Estados subordinados ó súbditos,—función *reparadora* (dividida en «coactiva» para los medios negativos y «correccional» para los positivos) (1).

(1) La generalidad de los autores, dejándose llevar de la corriente del hecho, considera la función correccional como parte de la gubernativa ó administrativa. Modernamente, sin embargo, se han señalado en la Ciencia tendencias contrarias, y puestas, creemos, en camino de verdad, por partir de una concepción exacta de la pena, que, ó reconocen á la Administración de las Prisiones carácter sustantivo y propio y espontaneidad de acción en todo lo relativo á la ejecución de las penas y á su cesación (Doës de Bye, d'Alinge), ó encomiendan al poder judicial la dirección

La primera es plástica, crea, la segunda es medicatriz, sana (1).

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

ó la vigilancia de los establecimientos penitenciarios y la revision constante de las sentencias, al efecto de determinar el momento en que los medios penales previamente declarados por consecuencia del juicio han producido su eficacia, y en que debe restituirse al penado el uso de su libertad, ó bien, las modificaciones que deben introducirse en la naturaleza, ó en el cuánto, ó en el modo de aplicacion, de esos mismos medios de correccion (Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena, La ejecucion de las penas*; L. Silvela, *El derecho penal estudiado en sus principios y en la legislacion vigente en España*).

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

(2) La idea de este poder fué introducida en la Ciencia desde que se comprendió lo insuficiente de la doctrina de la *prerogativa régia* añadida á la incompleta division de poderes hecha por *Montesquieu*. Hace cerca de un siglo que lo han hallado los científicos como necesario segun el principio del Derecho y la naturaleza de la actividad del Estado, y todavía se confunde en la práctica y en el lenguaje de los partidos con el poder ejecutivo. En Francia se llamó poder *real* (*Clermont-Tonnerre*, *B. Constant*); en España poder *regulador* (*R. Sala*) y modernamente (*Giner*) *armónico* ó *de relacion*; en Alemania *inspectivo*, y modernamente (*Ahrens*) *gubernamental*,

b) — *Formales.*

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

Observando lo que en nosotros y en nuestra vida pasa, descubrimos que á las veces la actividad racional jurídica procede como desde el centro motor hácia lo factible, intimándosele y causando los estados en un mismo acto, siguiendo una sola direccion y constituyendo un primer grado y momento de la *espontaneidad*, determinada, más que por la libre iniciativa de la voluntad, por la secreta atraccion ó impulso del objeto, el cual es por lo mismo recibido como todo indistinto y genérico, no en el sistema de sus relaciones, y, por tanto, sin la luz que hubieran de proyectarla éstas. Otras veces la actividad procede mediatamente, como desde el centro motor hácia sí propio y mediante sí al objeto factible, intimándolo y reintimándolo para realizarlo en un doble momento y grado de la espontaneidad (*re-espontaneidad, reflexion*), ó en una segunda potencia de la actividad libre, recibéndolo á la vez directamente y reflejado en la conciencia como en un espejo, por tanto en la unidad de su principio y en el organismo de todas sus relaciones, cuya luz descubre al sujeto las deficiencias y torcimientos de la primera intimacion y efectuacion, si los hubiere, y le facilita su aclaracion y confirmacion ó su reforma y gradual perfeccionamiento. La actividad espontánea ejecuta una egresion; la reflexiva una ogresion y una regresion. En ambas hay espontaneidad y propio motu, pues se trata de la actividad del sér racional, y en ambas reflexion, pues naturalmente la exige la intimacion, y el sér, como mediador activo que es entre lo factible y lo que se va haciendo, nunca deja de estar presente en un estado total de conocimiento, de sentimiento y de voluntad jurídicas; pero en la primera la reflexion es débil y carente, visible en cada uno de los momentos intermedios en que la actividad aplicada al objeto posible para efectuarlo se subdivide, mas oscuro y apagado en el conjunto que constituye una série de momen-

tos y consiguientemente de estados : hay reflexion, pero no somos íntimos de ella en la unidad de la conciencia : sin embargo, suelen aplicarse á la actividad por razon de ellas los nombres de espontánea y de reflexiva respectivamente. En ambos grados de la intimacion procede el espíritu con libertad, pues jamás deja de tenerla en el estado normal de su vida, pero en el primer caso es tan menguada, irregular y fragmentaria, que á la larga como que toma color de necesidad : en ambas procede objetivamente ó conforme á la naturaleza del objeto que ha de resultar efectivo en la obra, pero en el primer caso, por faltar la clara vista de su unidad, que sólo en la reflexion puede ser lograda, y, por lo mismo, la necesaria adecuacion de la actividad á él, resulta la obra temporal con alguna semejanza respecto del material eterno, irregular en sus contornos, oscurecida en sus luces, incompleta en sus pormenores, desarreglada en el orden de sus miembros interiores, y desfigurada con accidencias é inconexiones, ora enteramente ajenas á la esencia, ora nacidas de una falsa posicion de ésta. Pero en medio de esta inferioridad no carece de una ventaja, y es que en el fondo se halla ménos expuesta á extraviarse por el campo de las abstracciones, á apartarse del contenido real del objeto, y presta por lo mismo mayor firmeza y seguridad á la vida : si es ménos libre el sujeto activo, alcanza mayor parte el objeto en su actualizacion y ejerce mayor imperio la ley objetiva ; al paso que la actividad refleja corre el riesgo del subjetivismo si no se está muy sobre aviso, por lo mismo que el objeto inmediato sobre que recae la actividad es la actividad misma, y lo posible sólo mediante ella.

De estas dos formas de la actividad racional, *espontánea y reflexiva*, la primera es más positiva, más histórica, se aviene más á los hechos ; la segunda es más ideal, mas filosófica, se liga más á los principios. En aquélla la razon suele quedarse en las últimas relaciones sensibles, sin sospecha del ideal ; en ésta suele la razon salvar las fronteras de lo temporal y degenerar en especulativa y abstracta. Estimulada por motivo externo la actividad en el primer caso, no dilata el círculo de su aspiracion más allá del momento, del lugar y del hecho que le ha servido de ocasion y excitante, se detiene en lo mudable y concreto del objeto sin levantarse á la unidad de su contenido ; impulsada por libre y generoso anhelo en el segundo caso, atraviesa de un vuelo

todo lo relativo y finito del objeto, y se remonta en busca de su principio eterno y permanente, enamorada del ideal, abstraída de todo dato que suministre la experiencia. La actividad espontánea toca á la conciencia inmediata y le damos el título de sentido comun, derecha y sana en el fondo, pero árida y prosáica y deficiente, á veces manchada de impurezas, vaga siempre ó indeterminada en sus contornos, y ocasionada á caer en ese materialismo de la vida vulgar fotografiado en el Sancho de Cervántes, eterno modelo de la gente inculta de todas las clases sociales, y que llena tambien una buena parte de la vida labrada y cultivada áun de las personalidades superiores en heroismo, en virtud y en sabiduría. La actividad y vida reflexiva es, por el contrario, la vida generosa y esplendente del ideal, que sin desconocer del todo el aspecto histórico del objeto, lo relega á un lugar museocaulario, reputándolo por cosa baladí, pero por lo mismo inexperta, arrebatada, intemperante, mal avonida con los estorbos y las circunstancias históricas, propensa á desentenderse de la vida comun y precipitarse en el foco luminoso y ardiente del ideal, que cual un iman poderoso la solicita: es la vida que simboliza Don Quijote, espejo y dechado de ilusos bien intencionados que abundan en el arte bello y en la política más que en ninguna otra esfera de la vida, y retrato de la mayoría de los hombres, sin exceptuar los Sanchos, en aquellos momentos privilegiados y solemnes de su vida, en que el hombre grosero y sensual se siente trasfigurado por un desbordamiento de sentimientos nobles y generosos.

No pensamos en la actividad racional, ni por tanto en la jurídica, otras formas fuera de estas dos, la *comun espontánea*, en que predomina la fuente ó medio del sentido, y la *ideal reflexiva* en que sobresale la fuente de la idea; y, sin embargo, sentimos que la vida no es llevadera, ni durable, ni progresiva, ni verdaderamente humana, en ninguno de esos dos enemigos extremos; pero á la vez, que en ambos hay elementos utilizables, y que deben entrar por necesidad á constituir una esfera compuesta de actividad que denominaremos *intelectual y artística*. Es el «entendimiento» aquella facultad práctica ó poder activo mediador que relaciona lo total y permanente (la materia-receptiva, posible) con lo individual y mudable (lo ya recibido, histórico, positivo) de las cosas, y merced al cual el sujeto interpreta

y critica los datos individuales ó del sentido á beneficio de la idea, y define los datos totales ó ideales en el límite que le imponen los del sentido, y mediante estos los percibe y aplica, templando y corrigiendo una por otra la exageracion de las dos formas primitivas opuestas de la actividad, é integrándolas en una tercera tan sustantiva é irreductible como ellas, y donde léjos de prevalecer la una se mantengan en equilibrio y armonía para bien del sujeto, suspendido por el ideal á la debida altura para que no sucumba ni caiga en el afrentoso rebajamiento de un Cércopo por tender á lo irracional, y retenido por el sentido en la region oportuna para que no se pierda insensatamente como Icaro por acercarse al Sol, humanizándolo el sentido comun cuando lo tienta el idealismo, y rescatándolo el ideal de los vicios y del prosaismo de la vida vulgar cuando se sienta solicitado á ella. Tal es la actividad intelectual y tal la mision del Arte.

Dice *Arte* la misma actividad del espíritu en cuanto realizando el objeto posible puesto como ideal en forma sensible, acorde con la naturaleza de aquél, y en el límite de lo mejor posible en cada lugar y tiempo; ó de otro modo, la actividad en toda su plenitud y racionalidad, revestida de la forma compuesta espontáneo-reflexiva, en la realizacion ó elaboracion de los objetos factibles, derecho, belleza, utilidad, conocimiento, etc. Decir *Arte* (objetivamente), es decir concierto, síntesis, composicion, armonía,—y armonía entre la realidad, lo individual, y la idealidad, lo genérico: el realismo y el idealismo no son propiamente *Arte*. En rigor, en las dos formas simples de la actividad, espontánea y reflexiva, asiste el *Arte*, pues tanto la una como la otra tienen por intencion final el objeto, por punto de partida el estado histórico del sujeto activo, y por medios plásticos las dos fuentes originarias de vida, ideal y sensible; pero el elemento artístico en ellas entra sólo parcial y relativamente, falta entre estos diversos elementos la proporcion y equiponderancia que la vida pide, porque en la primera prevalece el sentido, y por tanto el objeto es visto y realizado casi exclusivamente en lo que tiene de individual y relativo; en la segunda prepondera la idea, y el objeto es casi sólo realizado en lo que tiene de ideal y absoluto, y por tanto quedan ambas esferas, con ser compuestas y homogéneas, como simples y antagónicas, esperando para concertarse á que obre nuevamente sobre ellas la acti-

vidad del espíritu como intérprete mediador y artista, y las junte en indisoluble consorcio. A este efecto, la esfera de la actividad *reflexiva* suministra la condicion del ideal merced á un regreso sobre sí propia, una vez puesta en relacion con el objeto; la actividad comun *espontánea* aporta la condicion histórica ó de lo mejor, á causa de encaminarse directamente al objeto en el mismo estado de simplicidad en que se encuentra, sin levantarse á una segunda potencia para fortalecerse; la *actividad artística* racional aproxima uno á otro ambos elementos, ambas manifestaciones del objeto, y las concilia para obtener estados ó productos ideales-sensibles que, sin desmentir lo absolutamente potencial, no se aparten de lo actualmente posible, que se atengan al ideal, pero en el límite de lo determinado y concreto (1).

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

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

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

Siendo ley de la vida que las funciones aparezcan en el sér antes que los órganos, precede históricamente á la actividad sinérgica la anergálica; en su nacimiento y vida incipiente, el Estado carece de órganos, desempeña todas sus funciones directamente por sí, *con todo su ser*; mas luego que su contenido se desarrolla, y sus relaciones se multiplican, y sus funciones se desdoblán y en el por menor se

hacen más delicadas, van apareciendo sucesivamente los órganos y estableciéndose entre ellos la division del trabajo, cada vez más adelantada en perfeccion á medida que se aproxima más á su completo desarrollo el sér de Derecho. De modo, que el número de órganos no está en relacion con el de las funciones, sino con el grado de progreso histórico alcanzado por el Estado, y con su extension (pues naturalmente serán más en el municipio que en la familia, y en la nacion más que en el municipio).

Tocante á la esfera de accion de los órganos, carece de límite cuantitativo, pues tanto la actividad anergálica como la sinérgica abrazan íntegramente al ser, son totales y se equivalen, segun el orden de lo anteriormente expuesto. Pero si carece de límite cuantitativo, sí lo tiene cualitativo, porque si bien los órganos particulares alcanzan á toda la vida, sólo la incluyen en uno de sus dos aspectos, en el aspecto artístico, quedando siempre fuera de toda delegacion y á cargo del Estado indiviso el aspecto comun é inmediato de la vida. Ni el Estado oficial puede decir como la monarquía absoluta, como Luis XIV. «*el Estado soy yo*», ni el Estado in-mediató ó inorgánico puede decir como la Democracia abstracta, como Rousseau, «*el Estado somos nosotros*»: ambos poseen una existencia sustantiva, aunque deficiente, y ambos en su recíproca union se complementan, llenándose las negaciones del uno con las afirmaciones del otro, y sirviéndose mutuamente de freno y acicate á la vez. Por consecuencia de esto, ambos géneros de actividad son esenciales en todo tiempo y para siempre: cuando no aciertan á concertarse, y léjos de mantener su respectivo límite lo traspasan y atropellan por el otro campo, enferma el Estado por falta de ponderacion y desequilibrio de fuerzas: si doctrinas recelosas y desconfiadas, ó satisfechas con una parte de la verdad, y dominantes en la opinion, desconocen su carácter sustantivo á los poderes orgánicos (Estado oficial), estimándolos como simples ecos materiales de los poderes inmediatos (Estado comun ó inorgánico), ó no exigiendo en su constitucion las condiciones de capacidad que son indispensables para la obra artística, el orden jurídico degenera en anarquía y en desgobierno, y las pasiones de la muchedumbre, llamaradas que se disipan con el mismo viento que las inflama, ejercen mayor imperio que los inflexibles principios de la

razon: cuando, por el contrario, la delegacion se extrema en tal manera que los súbditos erigen ó consienten que se erija el Estado oficial en providencia tutelar y rectora de toda la vida jurídica, desprendiéndose ó desacostumbrándose de toda fecunda iniciativa, atrofiando su actividad anergálica, y fiando á los órganos reflexivos hasta los pormenores más insignificantes de la accion social, el cuerpo del Estado, rendido al peso de la arbitrariedad y del formalismo, ahogado por la letra muerta, falto de aquella sávia animadora que da frescura y vigor á los organismos, viene á caer desfallecido y quebrantado á los piés del despotismo triunfante, y el orden jurídico desaparece para ceder su puesto á la tiranía, no ménos violenta porque se encuentra con las formas de la libertad (1).

d. — Formas del Derecho positivo.

§ 21.

Consideracion prévia.

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

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

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

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

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

Formales: actividad espontánea, reflexiva, artística;

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

ocupa y el valor que tiene en ese organismo aquella que es tema y objeto preferente de nuestro actual estudio.

a — Formas normales.

a' — En la función declarativa legislativa.

§ 22.

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

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

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

Actividad somete el material eterno del Derecho. Para despejar eso algo que como característica atribuimos á la Ley, no tenemos sino considerar la naturaleza de ese resultado—que es el Derecho positivo—y en relacion con él la regla ó ley positiva.

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

Segun esto, el concepto particular de ley positiva podrá incluirse en cierto modo en el de la Ley general que rige á la Actividad en todo el proceso de la vida jurídica: tambien ella expresa una alianza y composicion de los dos términos opuestos, mudanza y permanencia,—la mudanza, con respecto á la conducta humana que debe prestar cada vez nuevos y diferentes medios á los fines condicionables, por-

(1) Regla, *reg-ula*, y Derecho, *dí-ree-tum*, traen acaso su origen de la raiz sanscrita *rac* ó de *râj*. Véase § 1, nota 3.^a

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

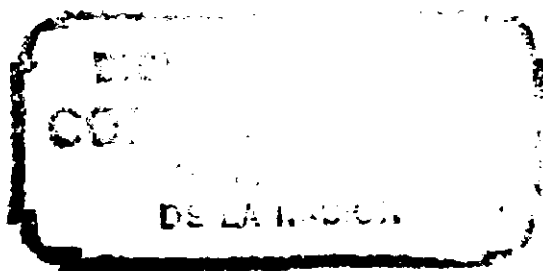
Fuera de esta fundamental similitud de concepto, difiere la regla ó ley positiva de la Ley general por lo tocante á su origen y á su contenido: en su *origen*, porque en la segunda es enteramente objetivo y superior á la voluntad, á la cual se impone con fuerza irresistible, al paso que en la ley positiva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

Como conclusión de estas reflexiones, podemos ya definir la *ley* ó *regla* de Derecho: manera necesaria de conducirse los hombres en una determinada relación jurídica de trazo continuo, ó en una serie ordenada, mayor ó menor, de relaciones jurídicas homogéneas, consonante con otra paralela de hechos ó de estados, hállese ó no concreta y reflexivamente declarada como regla exterior, y ya exprese

una relacion establecida entre individuos ó meramente el estado permanente, por más ó ménos tiempo, de una persona social ó individual : su ministerio es el de iluminar y dirigir la voluntad, sirviéndole de norma en la realizacion final del Derecho ; y su raíz, el principio del Derecho mismo residente en la conciencia, en ningun caso la voluntad, la cual tiene que proceder en supuesto de él, tanto para establecerla como para cumplirla y para restaurarla.

Ahora, siendo uno el Derecho y una la Actividad, una debe ser la ley, por más que luégo, bajo esa unidad primordial, contenga variedad de modos por respecto á las personas que la declaran y á la forma de la declaracion. Arbitrariamente suele restringirse el alcance de la ley jurídica, concretándola á los principios emanados de los poderes legislativos del Estado nacional, mas no existe fundamento que motive ó abone esta preferencia : el Derecho es un órden idéntico y homogéneo en todo su contenido, y si una parte de él se pone en forma de ley, evidentemente todo él deberá ponerse de igual manera ; y así, la regla establecida por un individuo para sus relaciones exteriores será ley al igual de la declarada por una colectividad, sea cualquiera el signo de la expresion, hechos ó palabras, y la forma de la Actividad : tan ley es el estatuto de una Universidad, como la Constitucion de un Estado, ó un uso admitido en el seno de una Confesion religiosa para sus miembros, ó una costumbre vigente en un Municipio ó en una Nacion, ó un contrato celebrado entre dos individuos. Únicamente diferirán en el número de sujetos y de relaciones á que se extienda, en el modo y eficacia de la sancion y en el grado de la soberanía que la decreta y sanciona, no siendo lícito á los círculos inferiores establecer derecho contrario al establecido legítimamente por los superiores ; de tal suerte que si, por ejemplo, es ley consuetudinaria internacional, admitida por la comunidad de los pueblos cultos, el estatuto personal, no adopte una nacion posteriormente costumbre contraria, — y si es ley nacional en España que la tutela dure hasta los veinticinco años, no se permita un municipio erigir regla en contrario, aumentando ó disminuyendo esta edad, — y si es ley provincial en Castilla dejar en legítima á los hijos cuatro quintas partes del patrimonio, no sea lícito á un padre distribuir libremente en legados más del quinto, — y si es ley municipal en Al-

burquerque la comunidad absoluta de todos los bienes en el matrimonio, adquiridos ántes ó despues, no puedan los contrayentes introducir régimen contrario en la ley ó contrato municipal, — y si es cánón general en la Iglesia Católica que anualmente se reúna sínodo en la diócesis, no pueda oponerse á él un obispo dejando de celebrarlo ó celebrándolo en otra forma de como lo prescriban los cánones ó lo admitan las costumbres provinciales ó locales, etc. Ni aún en el mismo Estado superior de Derecho cabe limitar el concepto y sentido de ley á los preceptos declarados para la totalidad de sus miembros, que tambien se aplica á las disposiciones de carácter ménos general, —ya se extiendan á una sola clase (beneficios singulares), v. gr., á los ciegos, pupilos, dementes y otros; ya sean concesiones individuales (gracias ó dispensas), —las cuales son de necesidad en todo Estado social, por la misma naturaleza de éste, que no es un todo abstracto ni coleccion de sumandos homogéneos, sino organismo vivo formado de variedad de miembros, en cada uno de los cuales muestran los fices necesidades muy diversas que piden ser muy diversamente condicionadas. Tenemos, pues, por encima de la ley nacional, única á que suele otorgarse en el uso ese dictado, los tratados internacionales (de alianza, comercio, paz, etc.), que son verdaderas leyes de forma contractual; y por debajo, como va expuesto, las disposiciones individuales (testamento, contrato, fundacion, etc.), los reglamentos de policía urbana, las costumbres doméstico-jurídicas, las resoluciones del Consejo de familia, el *währgekl* de los germanos, etc. Por último, caen tambien bajo la jurisdiccion del concepto *ley* aquellas disposiciones de carácter supletorio que, estando dadas por un círculo superior de Derecho para la generalidad de los círculos subordinados, únicamente tienen eficacia en el caso de no haber éstos previsto en los actos y relaciones jurídicas de su competencia ciertas circunstancias imprescindibles, como la eviccion en la compra-venta, las obligaciones de los socios en la sociedad colectiva, el orden general de suceder abintestato, el *uti possidentis* en los tratados internacionales, y otros.



§ 23.

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

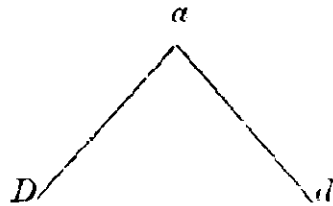
En otro lugar se mostró ya que las formas ó modos de aplicación de la actividad jurídica en general á la realización del Derecho, son tres: ideal-reflexiva, sensible-espontánea, y armónica ó espontáneo-reflexiva (§ 20, *b*), y se ha declarado también que no son diferentes de éstas las formas como obra la actividad en el respecto de sus funciones particulares, y en la legislación, por tanto, como una de ellas (§ 20, *a*). Según lo cual, existirán, en correspondencia con las dos formas originarias ó irreductibles de la actividad, otras dos maneras primitivas y opuestas de ley ó regla positiva, hija la una de aquella actividad natural, espontánea, irreflexiva, predominantemente histórica, sensible y *à posteriori*, producto la otra de aquella segunda actividad reflexiva, mediata, predominantemente filosófica, ideal y *à priori* en orden á la razón. Supuesta la actividad jurídica como el término mediador entre los dos modos contrarios de la existencia del Derecho, permanente y mudable, ó más claro, como la propiedad que hace pasar lo eterno y absoluto á efectivo y temporal, necesariamente habrá de cualificarse por razón de los dos referi-

dos extremos que, gracias á su gestion mediadora, se concilian en el nuevo término Vida; y en efecto, el predominio respectivo de aquellas dos existencias da origen á dos formas generales de vida, ideal y sensible, que en el fondo se corresponden con la doble forma de la actividad, y por tanto, á dos formas generales de derecho y ley positivos. La ley consuetudinaria ó *costumbre*, nacida directamente de la vida real sin consideracion inmediata á los principios, y la ley pragmática ó ideal, ó simplemente *ley* (en su sentido estricto), y mejor «ordenanza ú ordenamiento», emanada directamente de la razon especulativa é individualizada en la fantasia sin consideracion inmediata á los hechos: son los dos tipos específicos que representan ambos géneros de regla positiva, pero tipos sólo, pues abraza ésta, segun veremos, otras y más especies que la costumbre y el ordenamiento.

Juntas esas dos formas constituyen las dos fuentes originarias y reales del Derecho positivo legislado, y sus dos modos totales de expresion. Fuera de ellas, y atendida la naturaleza de la actividad, no cabe que se dé otra con igual carácter de simplicidad; sin que esto signifique que ellas en absoluto sean simples, ántes al contrario, afirmamos todos que en la formación de la Costumbre interviene la reflexion, aunque fragmentaria, insistemática y sin sentido de generalidad, y que, por el contrario, en la generacion del Ordenamiento ó ley ideal no se halla totalmente desconocido el elemento espontáneo y mudable, siquiera por razon del estado histórico de la conciencia soberana que la formula: cuando el hecho social influye hasta en la doctrina científica, no había de ser de todo punto ineficaz en la generacion de reglas de Derecho dictadas con intencion positiva y con fuerza obligatoria establecidas. Les atribuimos únicamente la condicion de la simplicidad, porque, predominando uno de los dos elementos en cada una, queda como ahogado, ó cuando ménos subordinado, el otro, el cual apénas puede declararse con carácter de moderador por alguno de sus efectos.

Podemos representar esta doctrina en forma gráfica, aplicando á la vida del Derecho la expresion misma general que en otro lugar dimos á la Vida del Sér (§ 9). Designando algebráicamente por *D* el Derecho absoluto ó ideal dado como posible ó factible á la actividad;

por a la actividad jurídica legislativa en su unidad, y a' a'' la misma en cada una de sus formas totales de acción, espontánea y reflexiva; por d el derecho positivo que nace de la concreción ó posición efectiva del Derecho ideal por obra de la actividad, y la ley ó regla positiva en que sensiblemente se expresa,—resultará que el silogismo general jurídico



ó su traducción en la fórmula algebraica

$$d = a D \quad \text{ley ó regla positiva en general,}$$

se bifurcará en estas otras dos :

$$d' = a' D \quad \text{ley pragmática ú ordenamiento;}$$

$$d'' = a'' D \quad \text{ley consuetudinaria ó costumbre.}$$

Ahora, ¿ qué relación existe entre ambas modalidades de la regla positiva de Derecho? Al analizar las dos formas generales de la actividad jurídica (§ 20, *b*) se declaró ya su carácter de totalidad, y se advirtió además que ésta se extiende á todas y cada una de las actividades particulares ó funciones en que aquella general interiormente se descompone. Conforme con esto, costumbre y ordenanza no serán modos particulares de la ley positiva, sino formas totales ó que abarcan todo el Derecho—en tanto que legislativamente declarado—en todas sus relaciones : no lo escinden en dos cuantitativamente para dividirse el trabajo de la vida del Derecho por modo tal que la una lo principie y la otra lo prosiga ó lo perfeccione, ó que la una sea principal y la otra súbdita y criada suya, ántes bien, por exigencia racional, las pensamos como primeras y coordinadas, y las relaciones que entre sí mantienen, como relaciones de igualdad. No es cierto—como afirma Montesquieu—que las leyes (ordenamientos) regulen las necesidades del ciudadano y las costumbres las acciones del indi-

viduo, porque tanto éstas como aquéllas se contraen á formular, en reglas positivas y concretas, el modo cómo deben obrar las personas individuales y colectivas en tanto que Estados interiores de Derecho súbditos de otro Estado superior. No es cierto — como quiere Kant y pretenden en general todas las escuelas filosóficas idealistas y abstractas, — que el principio generador del Derecho sea exclusivamente la ley (ordenamiento), ó que ésta sea la fundamental, y la costumbre puramente un auxiliar suyo, sin otro ministerio que el de aclarar, suplir é interpretar la ley, y aún derogarla con consentimiento del legislador oficial (doctrina profesada también por los más de los jurisconsultos), pues la ley no tiene más fuerza para ser obedecida que la que le presta la costumbre, sensible ó latente, nacida ántes del establecimiento de aquélla ó con posterioridad, ni propiamente es ley positiva una fórmula de Derecho por el hecho de su promulgacion, sino por el de su cumplimiento; en cuyo sentido es de toda imposibilidad la existencia de ciudadanos pasivos, que todos, grandes y pequeños, en cuanto son ciudadanos son legisladores (1). — Pero tampoco sería legítimo inducir de aquí, como hace Savigni (2), y en general todas las escuelas doctrinarias, que la costumbre sea la única fuente y expresion legítima del Derecho positivo, ó que la ley sirva solamente como auxiliar y sustituto al consuetudinario, — para fijar ciertos pormenores que afectan un carácter indeterminado y arbitrario, hacer cesar la incertidumbre del Derecho en períodos de transicion, desatar sus contradicciones, etc.; pues á los seres humanos no les es lícito abandonar su vida al instinto y á la espontaneidad, ántes al contrario, tienen la obligacion de intimársela en la conciencia mediante reflexion, á fin de contrastarla á la luz de los principios y corregirla y hacerla racional, enderezándola en sus torcimientos, fijándola en sus vacilaciones y contrariedades, sanándola de las afecciones morbosas que pueden acompañar á la obra espontánea del su-

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

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

jeito finito por causa de su propia finitud (§ 14). El pueblo es unidad, cierto, y tiene un espíritu unitario, y á su influjo desarrolla unitariamente la regla jurídica; pero es unidad de composición, constituida por una variadísima muchedumbre de unidades particulares interiores, y no siempre caminan tan acordes y unísonas que no exista con frecuencia una minoría refractaria ó rebelde al conocimiento y práctica del bien, que se desvíe del camino de la generalidad y manche la obra comun, sana de ordinario en el fondo, con elementos inconexos que la hagan, por alguno de sus aspectos, imperfecta ó deficiente, haciendo indispensable el correctivo; ó por otro extremo, que una mayoría inculta ó viciada no se resista á producir reglas de Derecho exigidas por la situación actual y las circunstancias históricas en que se encuentra, por ser éstas inaccesibles á su inteligencia, lo mismo que su relación al principio de Derecho. En casos tales como esos, sólo la virtud del ideal, sustentado en la conciencia del artista jurídico, puliendo y depurando la producción espontánea, ó expulsando los principios baldíos por extraños, ó por inadecuados, ó prematuros, ó supliendo la falta de acción de la actividad inmediata, puede redimir la vida enferma del Derecho, y por relación, la vida toda del sér finito; —que toda ella compone una cadena tan perfectamente eslabonada, que no se produce alteración ni mudanza en ninguno de sus términos sin que al punto trascienda á los restantes, en la medida de su virtud y de su fuerza.

§ 24.

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

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

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

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

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

Segun esto, los caminos para llegar á aquella fórmula sintética serán dos, y dos por tanto las esferas del arte jurídico: 1.^a, *crítica*, exterior-interior, que consiste en traer á sí el artista la regla producida espontáneamente, informarla en su fantasía y aclararla y corregirla mediante el ideal relativo que históricamente corresponda á la civilización en cuyo seno se produjo dicha regla, hasta que sea una fiel y exacta expresión del derecho en su límite, sin mancha de injusticia ni mezcla de ajeno principio ni visible deformidad; 2.^a, *creadora*, interior-exterior, que consiste en individualizar primero en la fantasía

el ideal hallado *à priori* reflexivamente en la razón, intimarse al propio tiempo el estado histórico de la persona social ó individual á quien va destinada aquella regla, para definirla ó cerrarla en sus racionales límites y encarnarla luégo en la forma sensible del lenguaje. Como se echa de ver, en ambos casos concurren los dos elementos espontáneo y reflexivo, y toda la diferencia está en poner como punto de partida el primero ó el segundo;—y es de capital interés esta observacion, porque si en la esfera de la legislación *crítica* se abstrajera el elemento reflexivo ó ideal, al punto dejara de ser ella crítica, y el artista se trocaria en mero copiante ó cronista de la costumbre, que es á donde conduciria, á ser consecuente consigo misma, la escuela empírica ó histórica, y á donde han ido á parar para despeñarse súbito en precipicios las democracias directas en algunos periodos de la Historia; y de igual modo, si en la esfera *creadora* se hiciera abstraccion del elemento espontáneo, el mediador dejara tambien de ser artista para degenerar en órgano de la arbitrariedad y soñador de quimeras y de abstracciones sin raíz en la vida, que es á donde llevaria, si se extremase, la doctrina de las escuelas filosóficas, y á donde han llegado las monarquías cesáreas y absolutas, que han hecho de la conciencia subjetiva, cuando no del antojo individual, ley para la sociedad, pero que han visto sus edictos, ordenanzas ó pragmáticas eludidas por el llano camino del privilegio, ó incumplimentadas por la pasiva resistencia de la informe masa social á quien gobernaban.

§ 25.

Esas tres formas de órden segundo, en que inmediatamente se divide la forma total y originaria del derecho positivo (regla é ley), se subdividen á su vez interiormente—segun queda dicho (§ 21)—por razon del modo como aplica su actividad jurídica el Estado social para informar el Derecho en cada una de ellas: por sí mismo, directamente; indirectamente, por medio de órganos especiales; y armónicamente, por ambos procedimientos en relacion compuesta.

Desde luégo, el todo ideal que llamamos Estado doméstico, municipal, provincial, nacional, etc., revela y manifiesta su espíritu en el mundo de los sentidos siempre mediante individuos,—lo mismo

cuando se declara en forma de hechos, que cuando se traduce la regla significada por ellos en las formas del lenguaje, que cuando nace por efecto de una expresion ideal de la conciencia comun, ó de una idealizacion del producto consuetudinario ó del juicio ó vindicta pública. Por esto, para determinar las formas de la legislacion por razon de las modalidades de la actividad mediadora del Estado, no hay que atender al número de los individuos que intervienen en esa funcion, sino al concepto en que la ejercen: ó como inmediatas personificaciones del todo social, ó como órganos mediatos y especiales de este mismo todo para aquella funcion.

Cuando la accion *puede* obrarse por todos y se obra por uno ú otro indistintamente, sin más título que el título *general* de ciudadano y la capacidad *general* de obrar en aquella relacion, sin más regla sustantiva de accion ni otro procedimiento—de ordinario—que las que le inspire su voluntad directa y propio motu en el caso concreto que solicitó su actividad, la accion es general, comun, popular, anergálica: el individuo no hace consistir su condicion social y modo de vida en el ejercicio de esa funcion; no obra como órgano especial de la sociedad jurídica, sino como la sociedad misma, presente, mediante él, en aquel punto y relacion en que se ha hecho sentir la necesidad jurídica (1). Con tal representacion, los ciudadanos proceden—por lo comun—espontáneamente, sin darse cuenta de que al obrar en vista de su necesidad, segun el dictado de su razon, sientan una regla obligatoria para toda la sociedad, ó acaso sin acertar á dar forma definida al vago concierto de soluciones inspiradas en muchos ciudadanos á la par por un suceso acaecido ó por una necesidad sentida en comun por todos ellos; pero tambien pueden proceder refle-

(1) Al modo como cuando nos valemos del tejido celular subcutáneo (no diferenciado como órgano particular) en vez del *estómago* para nutrir y medicinar el cuerpo (procedimiento hipodérmico de la Terapéutica), que no porque se localice la aplicacion del preparado alimenticio ó farmacéutico, ó de la sangre que ha de inyectarse, dejamos de atribuir la funcion al todo de la *piel* y de calificarla de funcion anergálica;—ó como cuando un animal se nutre exclusivamente mediante la absorcion de sustancias por determinado punto del protoplasma (v. gr.: los foraminíferos), que á nadie le ocurre tomar por diferenciacion de *órganos* esta pasajera *localizacion* de la actividad digestiva, siendo igualmente aptos todos los puntos de la periferia del animal, é indiferente que se realice por uno ó por otro.

xivamente y determinar con claridad por «sí» ó «no» la regla ó decision comun, como acontece, por ejemplo, en el plebiscito, donde el Estado *todo*, *directamente* personificado y representado por *todos* los miembros de él que se consideran capaces para las relaciones *generales* del Derecho político, y que toman parte *efectiva* en la resolution, establece una regla general de Derecho con noticia de su generalidad.

Cuando, por el contrario, no es indiferente que sea unos ú otros ciudadanos quienes ejerzan la funcion, ni basta la cualidad de miembro del Estado, ni áun la de capacidad política para las relaciones generales de la vida del Estado, sino que requiere condiciones especiales de aptitud y una delegacion—mediata ó inmediata—de la sociedad, que confia el ejercicio de la funcion á determinados individuos poseedores de su confianza, y excluye por el mismo hecho á los demas, la accion es oficial, representativa (en el sentido más propio de la palabra) sinérgica, en fin, y se halla sujeta—de ordinario—á trámites previstos y ordenados *à priori*, de los cuales no puede separarse sin incurrir en graves responsabilidades. El individuo en este caso no obra como miembro de la sociedad jurídica, ni su presencia implica la presencia efectiva y directa de la sociedad; obra como gestor de la sociedad ausente ó incapacitada, ó como intérprete ideal de sus necesidades y de sus aspiraciones, vagamente sentidas y oscuramente mostradas en la conciencia inmediata; en una palabra, ejerce la soberanía por delegacion, no por derecho propio. Con semejante representacion, los individuos proceden—por lo comun—reflexivamente, intimándose el Derecho en la razon con toda la lucidez que al conocimiento presta la pura contemplacion de los ideales históricos que en el momento actual deben hallar realizacion cumplida; pero tambien pueden proceder espontáneamente en cuanto, al par que órganos particulares de un todo, son todos ú su vez, trascendiendo á aquél los efectos de esa su inmediata y espontánea vida, en el mismo concepto y por las mismas razones que la vida espontánea de los individuos que componen la colectividad; tal, v. gr., en los tribunales de Derecho los estilos ó la jurisprudencia, de naturaleza legislativa y obligatorios para todo el Estado.

En todo caso, sólo el individuo que en la creacion de la ley se ájus-

ta á las severas prescripciones de la razon científica y procedo sistemáticamente y en vista del ideal eterno del Derecho, al par que del espíritu genial del Estado para quien legisla y del grado de su desenvolvemento; que se constituye en órgano especial de la sociedad, pero sin abstraerse de su carácter comun, como uno de tantos miembros de esa misma sociedad; que acierta á concertar en sí la doble cualidad de ciudadano y de representante, y en su conciencia la conciencia popular y la conciencia ideal, alcanza á erigirse en verdadero artista del Derecho y á aplicar como medicamentos eternos y como contrastes y modelos divinos, á la educacion y redencion de la vida social, esos ideales típicos que la reflexion científica encuentra en la razon y define en la historia. Que si, ciertamente, los individuos en cuanto de la colectividad social proceden á veces artísticamente, y concentran bastante fuerza de reflexion para idealizar sus propias creaciones, ni esto acontece con tanta frecuencia como la vida pide, ni su arte alcanza todos los quilates que avaloran el arte de las individualidades constituidas en órganos propios y mediatos del Estado (§ 20, b — § 21 al final).

Esto supuesto, veamos en qué forma se cumple la transicion de lo anergálico á lo sinergálico, y vice versa, en la vida del Derecho, ó sea, cómo aparece y se desarrolla, degenera y se extingue la representacion por medio de órganos propios en el Estado, ó en suma, de qué modo se realiza en la comunidad jurídica la doble ley de la *Diferenciacion* y de la *Reduccion* de órganos (1).

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

La *reduccion* significa todo lo contrario; supone atrofia de órganos, ya porque

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

haya desaparecido la función con la necesidad correlativa, ya porque haya llegado á ser bastante para satisfacerla la actividad anergálica. Así, cuando la eudósmosis, por circunstancias especiales, vuelve á ser suficiente para proveer á la nutrición del animal, desaparece el órgano que para esta función había nacido (v. gr.: á ciertos parásitos, como los céstodos, cuando se sitúan en una cavidad interna de otro animal, se les atrofia el canal intestinal ó aparato digestivo); el animal individual que forma parte de un animal compuesto ó de una colonia, en clase de órgano, desaparece cuando la función á que se hallaba adscrito viene á desempeñarse anergálicamente por el todo *social* (v. gr.: en el género «campanularia», los individuos consagrados á la reproducción de la especie se atrofan cuando el conjunto polimorfo produce directamente yemas sexuales), ó á hacerse innecesaria (v. gr.: en las sociedades de «abejas», las obreras ejecutan una matanza cruel en los individuos-órganos de generación denominados zánganos, una vez fecundada por ellos la reina ó hembra). V. GEGENBAUR, *Manual de Anatomía comparada*; ALLMAN, *Reproducción de los hidroides*, *Anales de Historia Natural de Londres*, III; PEREZ ARCAS, *Elementos de Zoología*, etc. *

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

respecto de él, lo que él es respecto del todo de la personalidad á que inmediatamente pertenece. Por donde se ve que lo anergálico y lo sinérgico pueden entrar en combinacion en proporciones várias,—lo mismo que lo espontáneo y lo reflexivo. En este ascencimiento progresivo del organismo, la aparicion de los grados superiores no lleva consigo la muerte de los inferiores; ántes bien, coexisten, y esta coexistencia es garantía de perfeccion y prenda de normalidad y de progreso en la vida del Estado, porque únicamente por este camino de mútua complementacion puede ser aquélla realizada en forma de arte.—Cuando, por el contrario, desaparece la necesidad jurídica que determinó la produccion del órgano, ó sin desaparecer deja de ser sentida, se inicia el movimiento inverso de la *reduccion*, ora trasformándose los órganos del Estado en otros más ó ménos distintos, ora desapareciendo del todo ó degenerando hasta cobrar formas y proporciones rudimentarias, que son para el historiador el rastro por donde induce su pasado, y que al político sirven á las veces de cabos sueltos, eslabones y puntos de partida y enlace por donde anuda lo pasado con lo presente y restaura el órgano si la necesidad viene á resurgir.—Tal ha sucedido, por ejemplo, con los gremios, los cónsules y los tribunales de comercio; con la Inquisicion, con los hospicios y hospitales, con los colegios y academias, con el ministerio fiscal de España, con el patrono oficial de Massachusetts, con las sociedades de patronato y con las escuelas industriales y el bedel de muchachos de Inglaterra, etc., en las relaciones del Estado con la industria, la religion, la beneficencia, la moral, etc. Por la relacion estrecha en que se halla el Estado con toda la vida, no hay aplicacion científica de trascendencia, cambio de alguna significacion en la política, progreso ó retroceso en las teorías económicas, etc., que no encuentre un eco y deje una huella más ó ménos profunda en la Constitucion del Estado, siendo causa del nacimiento, desarrollo ó mudanza, fusion, escision ó desaparicion de los órganos que entran á formarlos, ó de los límites de su accion, ó de sus relaciones mutuas y con los órganos de las demas Instituciones sociales.

La Diferenciacion en el Estado supone de ordinario un progreso en la vida jurídica de los pueblos, porque enderezada toda la actividad en una direccion constante por el conducto de un solo órgano,

adquiere, gracias al hábito y á la experiencia, mayor facilidad y destreza, y alcanza un grado de perfeccion á que de otro modo no podría llegar jamas. Pero tambien la Reduccion deriva á veces de un progreso funcional cumplido, ya porque se sintetizen en una sola, segun las leyes de la biología política, dos ó más funciones ántes separadas, ya porque se desentienda el Estado de oficios y cuidados á que ántes atendia y para los cuales ha venido á reconocerse incompetente.

§ 26.

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

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

1.^a *Regla ideal sinérgica* ($= a' s. D$): decreto dictado por una individualidad soberana que, léjos de considerarse órgano del Estado, intérprete de la conciencia social, representante voluntario ó necesario del pueblo, se reputa como señor de éste, extrema ó desnaturaliza su condicion de soberano y prescinde por entero de la de súbdito, pone como toda y única fuente de Derecho su voluntad en lo que tiene de más irregular y abstracto, sin relacion objetiva con la esencia de lo factible ni del agente, estimándola como absoluta é incondicionada, especie de mítica divinidad que maneja los elementos al compás de su pasion, ó de su interés, ó acaso movido de sanas y rectas intenciones, teniendo por cosa fácil calmar con un golpe de tridente el furor de las olas desencadenadas, ó ingerir en el pecho de los mortales los rencores de una guerra sangrienta que sea reflejo de

la discordia que agita á los habitantes del Olimpo. La fórmula ya la dieron los jurisconsultos romanos, y precisamente tomada del natural, dándole forma preceptiva y sancion: *quod principi placuit, legis habet vigorem; sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas*; y más compendiosamente dijeron nuestros padres, con ocasion de aquella famosa disputa entre la Iglesia romana que aspiraba á la dominacion, apoyada por el rey, y la española que pugnaba por mantener su independencia fuerte con las simpatías del pueblo, en el mismo siglo en que se inauguraba el renacimiento del Derecho romano: *alá van leyes do quieren reys*. Fácil es concebir que por este camino, en que el derecho de una colectividad se reduce á ser vivido en el primer momento de su evolucion silogística por un individuo, siendo contrario á la razon, ha debido condenarlo la práctica, y que cuando semejante principio ha regido, habrá sido burlado el rigor de su lógica por uno de los dos caminos que caben, ó por los dos juntos: ó abdicando aquella voluntad absoluta su poder en Consejos de jurisconsultos, ménos apartados que ella de la vida real, ó directamente eludiendo la colectividad el precepto mediante el conocido recurso del «obedecer y no cumplir» lo preceptuado, ó indirectamente solicitando y obteniendo los particulares dispensa ó privilegio que los absolviese del cumplimiento. Tambien es fácil colegir de aquel principio estos otros corolarios de suma trascendencia y aplicacion continúa á la historia y á la filosofía de la historia del Derecho: la inconstancia y versatibilidad de la legislacion, sujeta como está á las mil cuotidianas variaciones de la indisciplinada voluntad ordenadora: y la falta de correspondencia entre la legislacion y la vida, ajena como está su relacion de un mediador que lo considere como algo radicado, no en la voluntad, sino en las necesidades de la segunda, y en las leyes que gobiernan la produccion de la primera. Que por esto, semejante clase de reglas ideales sinérgicas, ó por extemporáneas, ó por viciadas con mezcla de injusticia, más bien que derecho positivo, constituyen una enfermedad que ha padecido ésto en los períodos más angustiosos de la historia de la humanidad.

2.^a *Regla ideal anergálica = a'an.D*: plebiscito, regla establecida directamente por el todo de una colectividad que se estima y procede como soberana [absoluta y prescinde igualmente de la relacion de

súbdito, ó se desliga de toda sumision á los eternos objetivos principios del Derecho, atropellados como son por los atrevimientos de la ignorancia ú oscurecido por las nieblas de la pasion—*morbus comitialis*, como la apellidaron los antiguos,—que adquiere proporciones infinitas, merced al contacto y choque de todos los a'ectos individuales, y que suele imposibilitar toda reflexion. Opuesta en todo modo á la anterior por su principio, se le iguala por sus consecuencias: el exceso del naturalismo conduce al mismo término que el exceso del idealismo; el pueblo-rey y el rey-Estado se ecuacionan; la *vox populi* como la *vox regis* se toman cual eco fiel de la *vox Dei*; reproducese la fórmula mudado el agente, *quod populus tributim jussisset, populum teneat*; se juzga tambien la voluntad absoluta é incondicionada, y por lo mismo licenciosa, desordenada y opresora, sin más diferencia que venir la opresion aquí de los más á los ménos, no de uno á todos; presenta la legislacion el mismo defecto de estabilidad en las leyes, sólo que como la fuente no es ya la voluntad de uno, sino la de muchos, el camino de la evasion no es el privilegio solicitado del poder soberano, sino el movimiento de las facciones que se renuevan alternándose y trastornan la obra de sus rivales. Aparece la necesidad, instintivamente sentida y satisfecha, de una abdicacion de poder en Consejos de jurisconsultos, más cercanos á la razon, más apartados de la arena candente de los partidos; pero así como en la anterior forma su trabajo moderador procede desde el idealismo arbitrario, de que adolece la voluntad soberana, hácia la vida real, aquí va al contrario, desde la vida real, cuyos incidentes más menudos promueven la agitacion de los partidos y la mudanza de la legislacion, hácia los principios racionales, que son los olvidados, y que han de ser como el dique que contenga aquel perenne desbordamiento de los manantiales jurídicos.

3.^a *Regla ideal sinenergética* = *a'* (*s. an.*) *D*: decreto plebiscitario ó plebiscito decretado, por decirlo así, composicion más ó ménos cabal y perfecta de las dos formas precedentes, pues requiere que la actividad obre de los dos modos para que su producto se considere valedero y eficaz. En este caso puede suceder que sea el órgano especial á quien compete la iniciativa, y entónces la actividad comicial le da el pase, prestando su asentimiento á la promulgacion; ó por el

contrario, que sea la colectividad quien discuta y resuelva el plan ó proyecto, y toque al órgano superior la revision y definitiva aprobacion. De ambos opuestos procedimientos hay notorios y señalados ejemplos en la historia de Grecia y Roma. En Atenas, el Senado deliberaba sobre las leyes que convenian á la República, y luégo se sometian al exámen y votacion del pueblo congregado en los comicios; de modo que el establecimiento y promulgacion de un decreto comprendia estos dos momentos: *προβουλεύειν* (decretar el Senado) y *προχειροτονεῖν* (votar el pueblo), precedidos ambos do por sí de proposicion y discusion. En Roma, redactado que habia sido un proyecto de ley por un magistrado, obtenido el pase del Senado (que debia darlo forzosamente), y exhibido al público durante tres ferias para que se decidiese la opinion en pro ó en contra, se leia ante los Comicios, se ensalzaban las ventajas de la ley por el proponente y se impugnaba por los ciudadanos que la creian perjudicial (*suadere, dissuadere legem*), y se votaba, quedando admitida ó rechazada: despues de esto, hacia falta la aprobacion del Senado para que obligase como *lex curiata* ó *centuriata* (1).

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

1.^a *Regla espontánea anergálica* = $a''an.D$: se refiere al hecho social que sirve de arquetipo á todos los afines posteriores á él, y domina con imperio absoluto, á causa de la absorcion de las voluntades particulares que efectúa el espíritu unitario de una personalidad colectiva. El hecho en que se manifiesta puede ser hecho de conocimiento, de sentimiento y de voluntad, ó hecho efectivo y real en el mundo de lo sensible; ó de otro modo, hecho teórico y hecho práctico. El primero se manifiesta en forma de peticiones colectivas (2),

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

(2) Tales, por ejemplo, las que suelen proceder ó acompañar á ciertas revoluciones, como la petición de los comuneros castellanos á Carlos I y de los flamencos á Felipe II sobre fueros en el siglo XVI; de las juntas provinciales en 1868 sobre ciertas reformas, y de las diputaciones y ayuntamientos en 1876 sobre privilegios de ciertas comarcas, etc.

meetings y *hustings*, informaciones públicas, especiales ó generales (1), y tambien de protestas aisladas, pero frecuentes, de fuerza cuando las manifestaciones pacíficas no están consentidas (2); por todos estos y otros caminos, el pueblo declara su espíritu, su situación por respecto á la cultura, sus necesidades y el modo de satisfacerlas, la regla jurídica que en su seno late viva y pujante, pero que necesita el respeto, cuando no el concurso y sancion, del poder oficial. Cuando ese concurso no es indispensable ni aquella opresion gubernamental existe, la regla se determina y concreta y hace práctica pasando á vía de hecho, y es lo que ordinariamente y por antonomasia decimos Costumbre, y lo que solemos entender cuando de costumbre nos ocupamos. Al traducirse al exterior en un primer hecho el estado jurídico de una conciencia individual, si ésta engrana cumplidamente con la social, ó vive con ella en acabada relacion de contemporaneidad, aquel hecho suyo es signo de la regla consuetudinaria que se hallaba en estado latente, y sirve de modelo á la actividad para aquel género de hechos, y viene por aquí á hacerse obligatorio para todos el obrar en la misma forma con que obró el primero siempre que traten de satisfacer jurídicamente alguna necesidad no sentida hasta entónces. Recuérdese como hecho clásico y ejemplar el modo como nació el fideicomiso en Roma. A veces aparece el hecho consuetudinario como excepcion de una regla general preexistente, y se acepta luégo como ley obligatoria, pero en el límite únicamente de una excepcion accidental ó de un privilegio, hasta que la excepcion toma cuerpo, se sobrepone á la regla general y lo domina subrogándose en lugar suyo: tal, v. gr., el Derecho Mercantil respecto del Civil.

2.^a *Regla espontánea sinérgica* = *a's.D*: prácticas y costumbres que regulan la accion oficial del Estado, ó sea, de los órganos ó poderes mediatos. Como el Estado oficial (lo mismo que cada una de sus interiores dependencias) es una persona con propios fines, y para cumplir éstos ha menester aplicar medios adecuados, obrar como

(1) Ejemplo de las especiales, la informacion arancelaria de 1867 en España; y de las generales, la informacion de reforma social promovida en 1898 por la Junta Central.

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

toda otra persona relacionando la necesidad con el medio de satisfacerla, y como esa relacion esencialmente es una sola, sus hechos son hechos consuetudinarios en los mismos casos y forma que los de las personas privadas en tanto que Estado todo ó inorgánico; de aquí los usos ó costumbres administrativas, los estilos de los tribunales, las prácticas parlamentarias, etc. En todo tiempo ha tenido importancia suma esta regla positiva; durante siglos ha sido la única forma de legislación dada para regular aquellas relaciones que eran exclusiva atribucion del Estado, mayormente del poder ejecutivo, y para garantizar el derecho individual contra sus abusos y arbitrariedades; las prácticas de los tribunales han dado cierta fijeza al procedimiento, á falta de buenas leyes procesales, y asegurado por aquí los derechos de los ciudadanos; áun hoy se halla encomendado á prácticas y estilos el modo de proceder el poder regulador en sus relaciones con los demas poderes; y por último, en forma de costumbres oficiales se ha producido casi todo el derecho internacional. Y poniendo ejemplos más concretos: el orden de suceder á la corona de Castilla que estableció por ley el Código de las Partidas, y que ha regido casi sin interrupcion hasta nuestros días, principió por ser una costumbre que, indeterminada en un principio, vino á fijarse á principios del siglo XI y á servir de norma al rey Alfonso el Sabio; los intereses que se satisfacen al Estado en España por el tiempo que se ha demorado el pago del impuesto de derechos reales luégo de fenecido el plazo, para resarcirse del rédito que le exigen sus acreedores por no poder á tiempo hacer efectivas sus obligaciones, ha sido primero una costumbre de esta clase, nacida del hecho de la compensacion que se hacía en los perdones de multas otorgados por el rey por vía de gracia.

3.^a *Regla espontánea sinenergética* = *a''(s.an.)D*: se da esta forma cuando la costumbre jurídica de un órgano ó poder reflexivo se comunica al pueblo ó á una de sus clases, que la acepta acaso sin darse cuenta de ello en su organizacion, ó en sus relaciones de vida, etc.; y vice versa, cuando asciende á ser práctica oficial, como tal práctica recibida, sin darle carácter de ley, la que en un principio ha sido costumbre ú opinion social. Principalmente en ciertas épocas en que la individualidad se dibuja muy vagamente ó carece de aquella energía y vitalidad que le permiten contraponerse, si menester es, al sentir

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

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

1.^a *Regla artística sinérgica* $= (a' a'') s. D$: ley que nace de una re-creación ó re-producción cumplida por algún órgano del Estado que vuelve reflexivamente sobre sus propios usos ó prácticas, los sintetiza, aclara, corrige, expurga, completa y unifica, y les da solem-

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

« En la vida culpable de los reyes,
No son vicios los vicios, sino leyes. »

nidad de ley : léjos ya del *quod principi placuit*, hay en esta obra dos términos objetivos, dos piés forzados que atajan los vuelos de la fantasía creadora y la sujetan á los límites de la razon : por una parte, la obra espontánea que se toma como material y punto de partida, y por otra, la idea jurídica producto de la reflexion, el derecho natural de que se vale el agente ó artista como criterio ó contraste en esa revision y purificacion que hace de sus propias irreflexivas creaciones. Revisten este carácter los reglamentos administrativos que ordenan la accion del poder ejecutivo de un modo claro, definido y obligado, distante de la peligrosa vaguedad de que adolecian las prácticas observadas anteriormente, y que en ellos han sido saludablemente interpretadas y recibido fijeza y unidad.

2.^a *Regla artística anergálica* = (*a' a''*) *an. D* : ley plebiscitaria que nace de una espiritual regresion del pueblo sobre su conciencia espontánea, de una serena revision que hace de sus propias costumbres ó prácticas de Derecho, al efecto de autorizar, revistiéndolas de forma legal, las que considera ajustadas á su situacion actual y á los principios de razon, y corregir ó desechar, por el contrario, las que lalle afeadas por algun vicio ó excrescencia, ó desproporcionadas con sus necesidades, ó de todo punto inservibles. Forma rara en la Historia, porque un pueblo congregado es poco accesible á la reflexion, movido como es de ordinario por las últimas relaciones del momento, ó agitado de continuo por las mil actividades y pareceres individuales que en su seno se cruzan solicitándolo á un tiempo en muy opuestas direcciones, pero de cuya unidad no acierta á apoderarse, ó enamorado por la propia fuerza del hábito de su creacion espontánea, con la cual ha vivido acaso largo tiempo, y de cuyas imperfecciones, por lo mismo, con dificultad llega á persuadirse. Este trabajo crítico, no obstante, está ménos expuesto que el directamente creador (*a'' an. D*), por ser más objetivo; porque, de un lado, la obra espontánea que está llamado á juzgar sirve de dique y correctivo poderoso á todo arranque de arbitrariedad, no pudiendo tomar ya la voluntad como fuente absoluta de ley, sino como instrumento para enmendar, sustituir ó desarrollar la ya existente; y por otra parte, los principios obran más enérgicamente en su conciencia cuando se constituye enfrente de algo real para criticarlo, que cuan-

do se pone de primera intencion á dictar reglas originales de conducta encaminadas á satisfacer necesidades acaso ficticias, acaso pasajeras ó promovidas por el recuerdo de alguna grave injuria que no da lugar á la reflexion, ó por algun noble pero no meditado ni bien dirigido impulso de generosidad, de que no tardará en arrepentirse: que siempre en el consejo y la censura están más prontos á servirnos los principios que en la práctica de aquello mismo aconsejado ó criticado.

3.^o *Regla artística sinérgica* = (*a' a''*) (*s. an.*) *D*: forma positiva de Derecho en cuya composicion entran todas las precedentes, cuyas buenas cualidades resume, cuyas negaciones elimina, cuyas oposiciones resuelve, cuyas consecuencias extremas modera por virtud de la propia combinacion en que bajo ella se ofrecen; siendo por esto la verdaderamente armónica ó artística. No son ya una misma la Actividad que produce y la que re-produce el Derecho; ó de otro modo, el sujeto que crea el Derecho á impulsos de su propia necesidad, es distinto del que revisa lo producido para purificarlo ó idealizarlo al contraste de los principios de su razon: hay trabajo espontáneo y trabajo reflexivo, no sólo en tiempos distintos, sino además en sujetos diferentes. En las dos formas anteriores, si bien de naturaleza artística por razon de los elementos, el arte aparece deficiente y embrionario por causa de la composicion, la cual es por lo comun incompleta, señaladamente en la segunda, porque es dificultoso que una colectividad reduzca á fórmula definida la unidad de su pensamiento, y ménos de pensamiento que haya echado raíces profundas en su propia vida. La Actividad espontánea por sí sola, ó acompañada de la popular reflexiva, suministra el límite del ideal, pero carece de aptitud para ajustarlo cumplidamente al ideal relativo jurídico evocado de la razon é individualizado en la fantasía; no sabe definir lo concreto en su propia y más adecuada forma, transparentar en la letra el pensamiento, ni retocar la obra ejecutada de primera intencion mediante su contraste con aquel otro que sirvió de material factible á la Actividad espontáneo-productora, y que á la reflexivo-crítica sirve de tipo de comparacion. Sólo en el individuo es posible encontrar esta perfectísima unidad de accion que es exigida en el arte, sólo la individualidad alcanza á superpo-

ner de tal suerte el ideal archetipo al ideal positivo ó realizado, que encajen de todo en todo los capitales miembros, y sobre la pauta del primero recorte los salientes, ó rellene los huecos, ó componga y resuelva los desequilibrios que aparezcan en el segundo; en una palabra, no existe verdadero artista sino en la individualidad nacida con aptitud y educada convenientemente para las relaciones en que se engendra el arte (§§ 20,25). Por esto no cabe regla positiva de Derecho que sea verdaderamente racional y artística sino allí donde concurren la conciencia individual y la conciencia social, y manteniendo cada una la sustantividad de su función propia, se armonizan, no obstante, en todas sus partes para el logro del resultado que apetece y busca con ánsia la razón.

A este efecto, lo que primeramente procede, y fácil es comprender el motivo, es dar una voz á la conciencia común, sacar del seno de la colectividad sujetos determinados, individuos, que hablen en nombre de todos y escriban ó discutan la regla preexistente en forma de opinión ó de costumbre. Tal objeto tienen las *Asambleas deliberantes*, *Córtes* ó *Parlamentos*: son el representante de la razón pública, la voluntad espontánea del todo social elevada á un primer grado de reflexión que permite dar forma cierta y un principio de idealización al informe rumor ó al vago y secreto decir de una multitud que piensa, siente y quiere, pero en la cual se cruzan los pareceres más discordantes y se chocan las negaciones con las afirmaciones, incapacitándola para decir resueltamente: *esto necesito, esto quiero*. Viene luego el *Jurisconsulto* de profesión, el artista jurídico que ha de dar forma á ese material declarado, ó revisar la obra que es fruto de esa reflexión preliminar, sometiéndola á una primera prueba para cerciorarse de que está hecha con exactitud, y retocándola luego para imponerle las condiciones de unidad y sistema que juntamente con la inmediatividad ó actualidad histórica componen el sistema de elementos integrantes en el concepto del arte. Sintióndolo así, han principiado ya los científicos á mostrar la necesidad de un *Consejo Legislativo* dentro de las Asambleas, que ejerza un ministerio artístico por respecto á la declaración y establecimiento del Derecho positivo (1).

(1) Con variantes en el principio y en el pormenor, convienen en el resultado

Sin que pueda darse como exacta traducción de esta doctrina, servirá, no obstante, el ejemplo siguiente para aclararla y ponerla como de relieve. Hasta el siglo xv habíase regido Vizcaya por una multitud de costumbres forales que se conservaban en la memoria de todos los ciudadanos: en aquel siglo principiaron á ponerlas por escrito, y en el xvi revistiéronlas de forma legal. Al efecto, la Junta General del Señorío designó catorce personas que *clarificasen* las dichas costumbres escritas, eliminando las superfluas y desusadas que se hubiesen escrito, agregando las que estaban en uso y no aparecían consignadas en los cuadernos, y enmendando las que les pareciesen necesitadas de reforma: hecho esto, encomendaron á un letrado y al síndico del Señorío el cargo de sistematizar ese material ya expurgado y reformado; y por último, se sometió al exámen de los diputados y corregidores, los cuales declararon en su conciencia que la obra ejecutada respondía cumplidamente á los fueros y costumbres, esto es, al estado jurídico del pueblo vizcaíno (1).

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

§ 27.

b'— En la función ejecutivo-administrativa.

Declarada la regla de Derecho por el poder legislativo, determinado el plan de conducta que se impone al sujeto condicionante, re-

acerca de este punto: SIMONDE, *Estudios sobre las Constituciones de los pueblos libres*, primera parte, tercer ensayo. — TAPARELLI, *Ensayo teórico de Derecho Natural*, lib. v. — SUART MILL, *El Gobierno representativo*, cap. v. — ROMAGNOSI, y otros.

(1) Otro ejemplo notable ofrece la historia del primer Código general que rigió en el antiguo Estado de Aragón: el rey (Jaime I) encargó al obispo Vidal de Hues-

suelto el contenido y la forma de la acción, ha llegado el momento de proceder á ésta, es decir, á la prestación de las condiciones útiles que en dicha regla van preceptuadas, en favor de los fines que han sido su inmediato objetivo, ó sea de las necesidades en que se manifiesta el llamamiento y la exigencia de su posibilidad. Tal es el segundo momento de la realización normal del Derecho, la segunda forma que reviste en el silogístico desenvolvimiento de su vida el Derecho positivo. Este momento es posterior en orden de razón al anterior, y se significa como una continuación suya: lo que en aquél es término ó resultado de la Actividad, en éste es punto de partida. Allá la Actividad es teórica, propedéutica, pudiéramos decir didáctica; aquí es ya, por el contrario, práctica, pone en ejecución lo proyectado y preparado, y por esto la apellidamos acción ó *función ejecutiva*. Relacionado el medio con la necesidad en la esfera del conocimiento, viene el relacionarlos en la esfera de la acción, mediante una efectiva asimilación del primero por la segunda: sabidos los medios, la Actividad los suministra á (administra) las necesidades -- ó sea, á la exigencia de los fines-- y por esto la denominamos *ejecutivo-administrativa*, para distinguirla de la ejecución reparadora en la vida anormal del Derecho (§ 32). — Los dos momentos, legislativo y administrativo, se enlazan por medio de la *interpretación* (§ 28).

Anticipada esta idea de la función ejecutiva mirada desde su unidad, podemos traer nuevamente á la memoria la ley de las formas particulares de la actividad jurídica, que tiene respecto de ésta la misma aplicación que le hemos dado en su primer ministerio ú oficio de legislativa. Tres hemos hallado que son, en primer término, aquellas formas: espontánea, reflexiva, artística, — y otras tantas y tales serán, en consecuencia, las formas de la función ejecutiva, ó sea, los modos y procesos generales que observe el Estado para cumplir

ca que de todo el Derecho araganes que andaba esparcido y sin coleccionar, escogió, se lo mejor y más conveniente al estado de aquella sociedad y formase un volumen que sirviera de norma en lo sucesivo: hizo, en efecto, el obispo, expulsando los fueros superfluos e inútiles, corrigiendo los faltos de expresión, explicando los oscuros con interpretaciones competentes, supliendo los que faltaban, omitiendo todo lo que en ellos repugnaba á la vida del siglo XIII (y cuanto había de peligroso para las almas, favorable á la malicia), etc. Hecho esto, lo examinaron el rey y las Cortes Generales de mancomún, y fué sancionado como ley obligatoria para Aragón.

las prevenciones de la ley positiva. Según sea la forma de ésta —decretal, consuetudinaria ó artística— así será la del cumplimiento, de suerte que la prestación ordenada por el poder oficial reflexivamente será ejecutada por él en igual forma, y la resuelta por la conciencia común del pueblo ó de los particulares espontáneamente, será también cumplida en modo de espontaneidad, y que ambas formas, adolecendo de vicios semejantes á los manifestados en los §§ 23 y 24, reclamarán una composición en que cada cual sacrifique la parte negativa de su contenido y conserve todo lo positivo que es ya utilizable y componible. Ahora, cada una de estas formas, á su vez, se despliega al interior en un sistema de modalidades terciarias por razón de los órganos que intervienen como mediadores en la obra de la realización del Derecho, resultando en total nueve formas de Derecho positivo con respecto á la función ejecutiva, paralelas y consonantes con las que, tocante á su función legislativa, acabamos de dar á conocer.

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

relacionando los medios con las necesidades, ni — caso de infraccion y perturbacion — en el restablecimiento de la regla, que toca plenamente al poder judicial.

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

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

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

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

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

(1) No es posible concebir otra ni más funcion dentro de la actividad jurídica fuera de estas dos, y los que como Ahrens establecen tres, llamadas de existencia, coexistencia y asistencia, consideran como funcion propia el reconocimiento de la existencia de la personalidad—que es independiente de toda afirmacion por parte del Estado—y el respeto de su autonomía—que es supuesto anterior á toda subdivision de la actividad del sujeto jurídico: el confesar que uno existe y respetarlo como existente, no es una funcion: el apartar obstáculos de su camino ó conducirlo, sí; en cuanto á la garantía del *selfgovernment*, ya no toca al reconocimiento y respeto por parte del Estado, sino al respeto por parte de los demas, sostenido y asegurado por el Estado, que es primeramente, en orden de razon, institucion preventiva.

Dice Ahrens que «la primera funcion del Derecho consiste en *asegurar á cada esfera social* su autonomía (pero esto toca á la coexistencia, es policía), en *establecer* lo que se puede llamar *su derecho interno por el que le es permitido marchar* en sus relaciones interiores (en la casa, familia, municipio) hasta el último límite compatible con las leyes generales de Derecho: de allí resulta también la regla invocada con tanta frecuencia para la libertad personal, que todo lo que no está prohibido por una ley, jurídicamente debe hallarse permitido (*Curso de Derecho Natural*, edicion tercera española, § 19)»; pero esas leyes generales del Derecho positivo que trazan los límites en que puede por su naturaleza moverse el Derecho interno de las perso-

Segun esto, se darán en el concepto del Derecho y en las leyes de su vida tres formas de *policía*, una espontánea, otra reflexiva y otra resultante de la composición de ambas; y por otra parte, esa misma actividad *Ejecutiva-preventiva* se aplicará (de conformidad con las leyes y costumbres de policía): ó mediatamente, por los órganos del Estado oficial creados *ad hoc*, ó directamente, por el público constituido en inmediato guardador de sus propios inmanentes Derechos contra toda posible agresión surgida de su seno ó venida del exterior; ó compuestamente, por el Estado oficial y por el espontáneo apoyados uno en otro y tan íntimamente enlazados, que el uno preste la acción material y la omnipresencia, y el otro dirección unitaria y principio de cohesión.—En los pueblos educados en la libertad durante siglos, y mayormente en las democracias municipales, han prevalecido las formas populares (anergálicas), ya del todo espontáneas, ya reflexivas, esto es, organizadas directamente y con independencia del Estado oficial, en hermandades ó de otra suerte, para alguno de los fines de la policía. En los límites del municipio, las proporciones del Estado son tan exiguas, que las acciones individuales se distinguen perfectamente unas de otras, y la libertad es tan ámplia, que estimula á los vecinos al movimiento. De aquí esta tendencia á la agregación que crea una asociación para cada necesidad social y que

nalidades subordinadas (no que establecen ese derecho) son á su vez leyes preventivas ó de policía, pues se encaminan á impedir los choques y conflictos de unas con otras esferas inmanentes: el derecho exterior no es fin por relación al interior, sino medio para él, y por esto no puede negarle ó permitirle el obrar, tiene que limitarse á impedir que obre fuera de su círculo, esto es, en perjuicio de las demás esferas inmanentes coordinadas á ella. De no haber puesto en su verdadero punto esta distinción, han surgido disputas sin cuento acerca de la legislabilidad ó ilegislabilidad de los derechos naturales, sobre el pretendido derecho al mal, y otras á este tenor.

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

debilita la accion de los poderes oficiales.—En los pueblos que han sido educados por el absolutismo, prevalecen, por el contrario, las formas oficiales (sinérgicas), porque la suspicacia y el remordimiento engendran miedo y desconfianza en el pecho de los déspotas, que se oponen á toda asociacion espontánea que tenga apariencia de cercenar su poder; y por otra parte, la opresion y defecto de libertad produce repulsion y disgregacion entre los individuos é indiferencia por cuanto tiene relacion con el poder público ó con los extraños: saben que se comete un crimen, y su cuidado no es volar á impedirlo ó á detener al delincuente y acusarlo, sino alejarse precipitadamente y encerrarse en su casa, miéntras directamente no les afecte, para evitarse hasta la necesidad de prestar una declaracion como testigos.—El ideal está en una aproximacion y conciliacion de las dos formas, tal como se ha logrado hasta cierto punto en Inglaterra. El Estado oficial se distingue por la unidad y por la continuidad y permanencia de la accion; el comun ó in-mediató por la energía y la omnipresencia: por esto, á donde no alcance la actividad de aquél debe extenderse la de éste (representada por todo ciudadano), previniendo toda perturbacion que redunde en daño propio ó perjudique al todo del Estado ó á alguno de sus miembros, y auxiliando la accion de aquél, como si cada ciudadano fuera un salvaguardia; y por su parte el poder oficial, haciendo más eficaz la accion espontánea por medio de instituciones populares en cuanto lo consientan las tradiciones y costumbres políticas en cada tiempo. El *gran jurado* en Inglaterra, tanto como un cuerpo judicial es una institucion de policia de carácter compuesto, aplicada á várias de las esferas que la prevencion administrativa abraza: las *Escuelas industriales* y el *bedel de muchachos* de Inglaterra,—las *Sociedades de Caridad para los penados* y el *agente de patronato* de Massachusetts, son tambien instituciones de policia (al par que de beneficencia) de carácter compuesto, dirigidas, las primeras á impedir que los niños viciosos, abandonados y sin recursos, se inicien é incidan en el crimen, las segundas á evitar la reincidencia de los que han cumplido ya alguna condena (1).

(1) Los *Reformatories* y las *Industrial schools* de Inglaterra fueron en un principio instituciones de fundacion particular, y el ingreso en ellas de los muchachos necesi-

Y esto que sucede con la Funcion Ejecutivo-preventiva, ocurre de igual modo en la *Ejecutivo-económica*: los medios económicos cuya prestacion es atributo propio del Estado, son suministrados por la actividad de éste, anergálica, sinérgica y sinanergicamente, y en cada uno de estos tres casos, en las tres formas espontánea, reflexiva y artística. En los pueblos libres ocupa un lugar muy principal la condicionalidad jurídica aplicada á las necesidades de la vida en forma *Anérgica*, ya absolutamente *inmediata*,—unas veces espontánea, otras reflexivamente (como en el caso de suscripciones públicas para aliviar los efectos de un siniestro, ó para llevar á cabo una guerra, ó para ejecutar una obra de pública utilidad, v. gr. un castillo ó una

tados de correccion ó expuestos á las asechanzas y contagio del vicio, era voluntario: en 1854 y 1857 se les dió carácter de instituciones semi-oficiales, invistiéndolas del poder de detener á los muchachos comprendidos dentro de ciertas categorías y subvencionándolas, pero dejándoles la libre direccion interior, aunque bajo la vigilancia de los poderes oficiales. Posteriormente, y como no ejercieran en el grado conveniente los ciudadanos el poder de detencion que á todos se habia concedido, se ha instituido un magistrado especial encargado de inquirirlos y llevarlos ante el juez, único autorizado para imponer la entrada forzosa en las Escuelas Industriales. Véase *Medidas preventivas tomadas en Inglaterra para evitar que los muchachos incurran en delito*, por Carlos R. Ford; *Actas del Congreso penitenciario celebrado en Londres en 1872*, etc.

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

Las *Industrial Schools* y las *Sociedades de patronato* representan, pues, una doble prevencion y tutela, un doble dique puesto entre la inocencia y el delito, para cerrar el paso de aquélla á éste, y entre el delito y la inocencia para impedir el retroceso de ésta á aquélla. En España, ni en pensamiento tenemos estas cosas; en 1847 R. de La Sagra exclamaba ante el Congreso penitenciario de Bruselas en estos términos: *Soy ciudadano de una gran nacion, y nada tengo que decirlos!* Han pasado 29 años, y Rabbeno no encuentra que escribir respecto de España otra cosa que esta triste frase, que parece un epitafio dantesco: *la Spagna presenta il deserto*,

cárcel), — ya con un principio de *diferenciación* mediante asociaciones voluntarias consagradas á la práctica de aquellas obras de misericordia que son al par cargas de justicia (1), á dar de comer al hambriento y de vestir al desnudo, á sanar al enfermo y salvar al náufrago, á visitar al preso y rehabilitarlo ante la sociedad, á sostener al desvalido, dirigir al necesitado de consejo, enseñar al que no sabe, etc.; y de aquí esa multitud de fundaciones religiosas, científicas, de beneficencia, etc., y de sociedades de socorros mutuos, de cooperación, de educación, de templanza, de patronato, de refugio, etc., que llaman la atención en Inglaterra y en los Estados Unidos, rivalizando en extensión y en intensidad con lo que acontecía en la Europa municipal y feudal de los siglos medios. Al contrario, en los pueblos dominados por el absolutismo, el Estado oficial, personificado y aún sustantivado en la persona del César gobernante, absorbe toda la acción, no deja lugar á la libre espontaneidad de los particulares, y sobre erigirse en providencia universal que á todo pretende acudir, por más que lo entorpezca todo, corta los vuelos de la asociación por miedo de que en algún extremo aparezca una sombra de poder que no sea su poder y que mengüe lo absoluto de su soberanía; con lo cual la cohesión que mantenía unidos los espíritus se torna en desvío y en aislamiento, la comunión de la vida social se desvanece en esa orgía nefanda en que la libertad, el Cristo, aparece devorado por sus propios discípulos y sacrificado por el pretor, que quiere que se dé al César lo que le pertenece, á saber, todo: la Administración se erige en providencia universal, centro y circunferencia de toda la vida, el arbitrio del César se pone en lugar de la razón; y todo desfallece, porque eliminado lo natural, la reflexión se torna en artificio, impedida la iniciativa individual, ahogado el esfuerzo libre y generoso, y absorbida la variedad en la unidad pancósmica del Estado y en la voluntad antojadiza del señor que preside sobre el Estado, degenera y enferma la vida, ó por exceso ó por defecto de condiciones necesarias, la rigidez y la monotonía de la acción administrativa oficial engendran desigualdad, y la desigualdad desequili-

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

brio, y con el desequilibrio y falta de ponderacion la vida se hace monstruosa y anormal; los fines para quienes la prestacion jurídica debiera estimarse simple medio, vienen á convertirse en medio para obtener el fin de la prestacion económica, —única aspiracion de los pueblos degradados, y único ideal de las almas á quienes se ha cortado las alas é impedido el vuelo libre del pensamiento hácia Dios y el ascencimiento de la voluntad hácia el bien. — Tanto la primera como la segunda de estas dos opuestas formas de la actividad administrativo-económica tienen sus inconvenientes, porque á la una le falta unidad y continuidad de accion, y á la otra elasticidad y prudencia; aquélla peca de irregular, y con dificultad proporciona el cuánto del medio al tanto de la necesidad; ésta adolece de inoportunidad y tardanza, y rara vez llega á tiempo para que su accion produzca el fruto apetecido; la una se inclina á una demasiado pronta emancipacion de los fines condicionados; la otra, por el extremo opuesto, á hacer perpétua y universal la tutela (1).

Como son totales, ambas deben desempeñar el todo de la funcion administrativo-económica, y en su prestacion va informado íntegramente todo el derecho en el momento práctico de su realizacion normal; pero como por otra parte son de naturaleza diferente cuanto á su forma, deben ejercerla en relacion distinta, contribuyendo la primera predominantemente con la materia de la accion, y ordenando y regulando esta accion la segunda, á fin de que unas veces por abundancia y plétora no se fuerza y deforme y desnaturalice el fin de la prestacion administrativa, y otras por defecto, no queden las más apremiantes necesidades sin satisfaccion y el humano destino sin cumplimiento. El ideal, pues, en esta como en las demas esferas de la vida jurídica, se halla en una composicion de las dos formas de administracion normal arreglada al genio y tradiciones de cada Estado y al grado de su cultura; y ya sabemos que el camino de la sintesis puede llevar una doble direccion y corriente (§ 20, 24). Una, desde el

(1) Confirmacion ejemplar histórica de esta doctrina es el triste cuadro de nuestros establecimientos de beneficencia, independientes de toda intervencion oficial, á fines del siglo pasado, y la no ménos lamentable situacion de los de nuestro tiempo, privados de toda cooperacion directa por parte de la sociedad. V. *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, por doña Concepcion Arenal.

Estado oficial hácia la accion administrativo-espontánea para encauzarla y sostenerla, y hácia las asociaciones y fundaciones instituidas con este carácter por los particulares al efecto de uniformar su vida interior, ordenar y regularizar sus relaciones exteriores, corregir ó atajar los vituperables abusos de la codicia y los punibles efectos de la negligencia, moderar ó estimular su actividad, acudir con subvenciones donde creciere la necesidad y no alcanzáre el ingreso, ampliar el círculo de la prestacion donde apareciese sobrecrecimiento de medios, impedir que se petrifique ó enmohezca, imprimiéndole nueva direccion y señalándole nuevo objeto cuando el primitivo se hubiese agotado ó hecho imposible, segregar unos de otros, ó por el contrario, fusionar dos ó más en uno; en suma, no perturbar con arbitrarias intervenciones su libre accion interior, sino vigilar por que *sea* efectivamente lo que *debe ser* y no traspase los límites de su ideal relativo, y mantener el carácter artístico que debe revestir en sus obras para que verdaderamente sean eficaces. La otra direccion de la síntesis procede á la inversa, desde el Estado comun hácia la accion oficial para vivificarla, ora directamente con su fecunda cooperacion, ora indirectamente con la generosa competencia de sus asociaciones privadas; trazarle los cauces por donde debe afluir la corriente de los medios para ponerse al alcance de cada necesidad individual, colmar los vacíos y suplir las deficiencias de que adoleciere, ya por lo insuficiente de su condicionalidad, ya por lo extemporáneo de su accion; infundir, en una palabra, la rica vitalidad de la opinion comun y de la accion pública en la rígida anatomía del Poder oficial. La primera representa, por decirlo así, la unidad introduciendo el ritmo en la variedad; la segunda, la variedad desplegando y vivificando á la unidad. Aquélla se distingue por una estática perfecta, pero por una dinámica pobre de movimiento; ésta por una dinámica poderosa, pero por una estática irregular y desproporcionada. El Estado oficial representa una máquina movida por manos mercenarias, no animada de aquel calor que sólo prestan los corazones generosos que practican el bien por el bien, no penetrada de aquel espíritu de flexible justicia y de benevolente caridad que desciende hasta el individuo, y asiste á cada cual segun sus necesidades, y consulta en cada necesidad su relativa posicion y el grado y momento de

su desarrollo ; pero el Estado comun , sin máquina ni organismo definido que trasmite y regule la accion , representa una actividad ciega y arbitraria en fuerza de concreta , y en gran parte resuelta en movimientos contradictorios ó divergentes que se consumen en neutralizarse y acaso en pervertirse y hacerse contraproducentes ó destructores. De aquí la necesidad en que están de comunicarse los elementos positivos que caracterizan á cada una y los frutos de su iniciativa propia ; de aquí la necesidad de que coexistan en todo tiempo y siempre , y vivan en perpétua accion y reaccion de una á otra , para enriquecer cada vez más las síntesis orgánicas que de su union en forma de arte se vayan engendrando en la Historia.

§ 28.

c'.—En la funcion reguladora ó armónica.

Los poderes que hasta aquí hemos conceptuado en el respecto de las formas de su accion y del derecho positivo que nace de ella , son en sí poderes parciales y relativos (no abrazando cada uno el todo del Poder en todos sus aspectos) , y en su relacion iguales y coordinados , no pudiendo prestarse uno á otro direccion ni resolver inmediatamente sus oposiciones ; para esta funcion racionalmente existe un nuevo poder , el *poder armónico ó regulador* (que en la esfera oficial apellidamos poder presidencial ó del Jefe del Estado). La materia de su competencia es puramente la direccion de las relaciones entre los demas poderes , pero no la direccion de los poderes mismos en sí , que todos deben ser al igual de él independientes y tener un órgano regulador propio (que en la esfera oficial de la Nacion lo son los presidentes de las Córtes , del Gobierno ó Consejo de Ministros , del Tribunal Supremo) ; de modo que es , como ellos , poder particular. Los términos *supremacia* y *soberanía* , propios del derecho feudal , aplicados respectivamente al poder regulador y á los poderes regulados , expresan con toda exactitud la distinta naturaleza de aquél y de éstos. El Declarativo y el Ejecutivo ejercen absoluta soberanía — soberanía de derecho por supuesto — en todo lo referente á su instituto , son soberanos únicos tocante á la direccion de las relaciones interiores que entraña su peculiar funcion : el Regulador es soberano de es-

tos soberanos, y el lugar propio de su acción radica en aquel centro á donde ambos convergen como otros tantos radios de la esfera política; pero, adviértase bien, su supremacía no recae sobre las funciones declarativa y ejecutiva, sino tan sólo sobre los órganos que las desempeñan. Ellos son tan soberanos, tan jefes, en los dominios propios de su función, como el Jefe del Estado en los de la suya, y de igual modo que aquéllos no pueden intervenir en el ejercicio de ésta, tampoco puede intervenir en la de aquéllos el Jefe del Estado. Funda su razón de ser en una intervención que, respecto de los poderes regulados, es *exterior* ó de *relación*, en ningún modo interna y de contenido; pero tan esencial y necesaria con respecto al todo, como puede serlo la acción de aquéllos dentro de sus particulares esferas. Mantiene la independencia de esos poderes, oponiéndose á sus reciprocas invasiones, y la unidad de pensamiento y de acción y la armonía que debe presidir en sus relaciones, resuelve los conflictos de atribución que surgen entre ellos, y reduce á un denominador común las contrarias tendencias declaradas entre unos y otros órganos del Estado oficial ó entre éste y el Estado común.

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

Atentos, pues, meramente á la *idea* de este poder—á lo que debe ser según la razón—observaremos que, pues las leyes de la actividad jurídica, en su cualidad de objetivas, tienen aplicación á todas y

(1) V. gr., en las repúblicas de América y en la atollida española.

Ménos aún que en la nación, se ha constituido distintamente este poder en la provincia y en el municipio.

cada una de las funciones comprendidas en ella, sin excepcion posible, las formas que reviste el Derecho positivo como consecuencia de la actividad reguladora ó armónica son tres generales, espontánea, reflexiva y artística, determinadas luégo por razon del órgano en las nueve de orden terciario que conocemos, y de las cuales tan sólo tomaremos aquí en cuenta sus tipos fundamentales (*espontáneo-energálica* y *reflexivo-sinergálica*) y la composicion de ellos (*artístico-sinenergálica*).

La primera no tiene, como la accion legislativa y como la administrativa, una accion distinta é independiente, sino que va implícita en el hecho ó en la opinion que constituye á éstas, siendo con frecuencia un mismo y solo hecho el signo complejo donde van informados los tres poderes; por desgracia no siempre sucede así, y con frecuencia proceden apartados y desequilibrados los dos primeros, pidiendo la opinion pública más de lo que la accion pública está dispuesta á dar (en medios preventivos y económicos para los fines y necesidades sociales), y no hallando en su seno raíz la accion reguladora que debiera concertar esas dos funciones, moderando la exigencia legislativa ó estimulando la administracion de los medios exigidos: entónces las miradas se dirigen suplicantes hácia el poder oficial, cuando no se elevan envueltas en un coro de recriminaciones que aumentan el mal, porque cada vez se oscurece más para la conciencia de la sociedad el motivo que la produce. Otro tanto sucede con respecto á la vida anormal del Derecho, que si la accion reguladora está sana y vigorosa, hay armonia en el hecho entre el juicio público y la prestacion de medios correccionales á los delinquentes á quienes condena; pero si la accion reguladora está enferma, no corresponde á los movimientos irreflexivos de una mal entendida clemencia durante la persecucion y captura, ó durante el proceso, el cuidado de las prisiones, que deja desiertas y abandonadas á la débil y negligente direccion de los funcionarios públicos. En uno como en otro caso, la vida social languidece, los fines humanos son incompleta ó irregularmente condicionados, la sociedad recibe de las prisiones tantos delinquentes como les entrega, y si algun progreso se hace es porque viene de fuera, planta exótica que arrastra una vida de artificio para concluir por secarse, ó cuyos beneficios los hacen ineficaces

y baldíos los mil gérmenes de mal que con maravillosa lozanía crecen espontáneamente en derredor ó logran esmerado cultivo.

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

nificación unitaria de la comunidad, que preside desde la cúspide el acompasado movimiento y rotación de los poderes, encauzando la actividad de todos y de cada uno de tal suerte que la vida del Estado se realice en conformidad plena con el principio objetivo que idealmente la gobierna.

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

Donde se logre un ordenado y activo movimiento de *selfgovernment* por parte del pueblo con un sabio y prudente ejercicio del poder ofi-

(1) V. *Principios de Derecho Natural*, por F. Giner; lecc. 31, 33 y 42.—*Derecho público*, por Ramon Salas, 1821; lecc. 19 y 20.

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

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

b—Formas anormales del Derecho Positivo.

a'—En la función declarativo-judicial.

§ 29.

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

La interpretación es una manera de legislar individual, encamina-

da á deducir de la regla que se dictó por el poder legislativo con carácter de generalidad, y libre de todo casuismo, cánones de carácter individual inmediatamente aplicables á cada sujeto y á cada concurso de circunstancias en que el sujeto pueda encontrarse colocado. Estas combinaciones de hechos, que potencialmente son en número infinito, el legislador no ha podido preverlas expresamente; su pensamiento es categórico y unitario, y hace falta, por una parte, desentrañar el espíritu del legislador bajo el velo de la letra, y, por otra, desenvolverlo, ampliarlo, á fin de que pueda atemperarse á la complejidad del caso dado ó á la manera especialísima como se presenta una necesidad en reclamacion de condiciones útiles. La regla más clara y fácil de entender, mirada en su expresion de generalidad, nos aparece oscura y necesitada de una segunda gestacion y elaboracion cuando llega el caso de aplicarla á un particular estado de vida; y en esa reelaboracion reflexiva, el sujeto ejecutor tiene que imprimir á la regla general positiva, respecto de esta situacion individual, el mismo carácter concreto y específico que el legislador imprimió en la regla al Derecho natural ó eterno por relacion al estado general histórico que hubo de exigirla. Segun lo cual, promulgada que sea una ley positiva, su interpretacion será el medio necesario con que se capacita para regir el acto, y condicion prévia para la efectiva prestacion de los bienes que su contenido entraña; naciendo de esta doble posicion su cualidad de mediador, pues el propio supuesto en que respecto del momento legislativo es complemento, es respecto del ejecutivo punto de partida. Fácilmente se concebirá por aquí el poderoso influjo que ha de ejercer la interpretacion usual en la legislacion: su funcion principal es aplicarla desarrollándola; pero al desarrollarla la aclara, la suple, la corrige conforme á las inspiraciones de la razon comun y al impulso de la necesidad histórica para quien se dió la ley, siendo en este concepto cada hecho de aplicacion como un hecho consuetudinario, que por una parte confirma y consolida, y por otra elabora incesantemente y perfecciona la regla aplicada, y sosteniendo la actividad en la interpretacion un carácter plástico ó creador semejante al que la distingue en la legislacion. Legislar es interpretar el Derecho posible, informándolo en reglas positivas y aplicables á la vida real; interpretar es formular reglas individuales

de inmediata aplicacion, sacadas del Derecho positivo, haciendo al efecto de él una segunda y más concreta determinacion (1).

Pero no siempre la actividad jurídica del sujeto (en quien á la racionalidad acompaña la finitud, y por tanto la posibilidad del mal) acierta con la verdadera interpretacion, y con frecuencia deduce de la regla general positiva una regla particular, que contradice ó que niega el Derecho en alguna de sus relaciones, suministrando al fin que requiere ser condicionado medios diferentes ó contrarios á los que preceptuaba la regla dada como supuesto al sujeto activo. De igual modo que, segun en su lugar verémos, el legislador puede hacer una falsa interpretacion de los datos jurídico-ideales que contempla en su razon y que toma como criterio y guía, ó de los datos históricos que la experiencia le suministra tocante á las necesidades y á los medios que se dan como términos objetivos y obligados del problema, ó de la relacion entre aquellos datos ideales y esta situacion histórica, y puede, en consecuencia, formular una ley que no sea en todas sus partes ley de Derecho, ya porque contenga algun principio indiferente á éste, ya porque encierre principio de Derecho pero intempestivo, es decir, extraño á la situacion histórica presente, por más que pueda justificarse por relacion á otra más ó ménos necesitada, ya, en fin, porque lleve principios antijurídicos en ningun tiempo validables; puede de igual modo el sujeto ejecutor interpretar falsamente ó de un modo incompleto la ley positiva ejecutada, ó su necesidad individual, ó la relacion que debe establecerse entre ellas, y deducir, en consecuencia, una regla individual extraña ó contraria á la general, y cuya ejecucion lleve consigo una perturbacion jurídica y un entorpecimiento de la vida en alguna de sus esferas ó en

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

todas. Y como la perturbacion y el mal son un accidente que no puede perpetuarse, so pena de mantener la vida enferma por siempre y elevar el absurdo á ley universal en el mundo de la razon, la actividad jurídica debe acudir al punto á restablecer la regla general establecida anteriormente, pero mal interpretada y mal cumplida, desautorizando la regla de interpretacion que aparece consagrada por el hecho ilegal, y reparando los malos efectos causados en la voluntad del agente, en la persona que inmediatamente padeció la injuria y en la sociedad.

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

punto de partida, y una situacion histórica (ordinariamente de un pueblo ó clase allá, y aquí de un individuo ó corporacion).

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

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

Ahora, siendo una la ley positiva (§ 21), una será tambien sustancialmente la sentencia, por más que luégo, y bajo esta unidad, pueda desplegarse en variedad de modos por respecto á las personas que la declaran y á la forma de la declaracion. Suele darse á entender por sentencia exclusivamente las declaraciones emanadas de los órganos judiciales del Estado oficial, pero con semejante modo de interpretar y de traducir la palabra, se restringe el género del concepto significado en ella á una de sus especies, porque si hay unidad y homogeneidad en la ley, y una parte de ella puede ser infringida é interpretada judicialmente, podrá serlo de igual modo toda ella en

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

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

todo su contenido, que es todo el Derecho, ora se trate del juicio que forma cada sujeto sobre sus actos injustos cometidos en la esfera inmanente y sobre el modo de reparar la injusticia, ó por árbitros constituidos para fallar en asuntos privados ó en cuestiones internacionales, ó por un padre respecto de sus hijos, ó por el consejo de familia, ó por la Sociedad en forma de opinion y de rumor público, ó de mudo y terrible fallo en la *Lynch-law*, ó por una asociacion pública ó privada, científica, religiosa, económica, etc., ó por los Congresos legislativos, ó por los superiores jerárquicos en la Administracion por respecto á la conducta de sus miembros, etc., etc. Difierirán tan sólo en la forma y extension de la ley sobre cuya infraccion se basen, en el modo y eficacia de la *executio* y en el grado de la soberanía que la formula, pues en lo demas son de la misma esencia, revisten una misma forma y se rigen por unos mismos principios. Los autos y providencias de juez que no versan sobre la interpretacion privada de una ley no son sentencias, sino leyes auxiliares del juicio dictadas por el poder judicial mismo, en virtud del principio de que todo órgano ejerce todas las funciones, una propia, que es la principal, y las demas como subordinadas y para su servicio.

§ 30.

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

Atentos, pues, al resultado de la indagacion que hicimos anteriormente al intento de fijar en tésis general los modos de aplicacion de la actividad jurídica á la realizacion del Derecho (§ 20), encontraremos, en consonancia con aquellos dos primitivos y originarios, espontáneo y reflexivo, dos formas opuestas é irreductibles de sentencia jurídica: una irreflexiva, inmediata, hija de la actividad espontánea, sensible, natural, predominantemente histórica, y más bien arrastrada por el hecho que movida por el principio; otra deliberada, mediata, hija de la actividad refleja, indirecta, predominantemente filosófica é ideal, llevada más bien del rigor de los principios generales de la razon que atenta á la individualidad del hecho presente. La *sentencia popular*, ora dictada en forma de opinion ó de rumor público, ora declarada en forma de hecho penal, ó más bien de vindicta, y la *sentencia magistral*, formulada por juez de oficio en tribunal unipersonal, son los dos tipos de ambas maneras de sentencia, pero no se cifien á ellos, que la sentencia es género comprensivo de variedad de especies, y dos de ellas, y no más, son esas que como tipos acabamos de consignar. — Tales son las dos fuentes originarias y reales del Derecho positivo judicial y sus dos modos de expresion. Fuera de ellas, y atendida la naturaleza de la actividad, no cabe que se dé otra con igual carácter de simplicidad, ó más bien en grado tan débil de composicion, pues en absoluto, ni una ni otra son formas simples, que esto lo hace imposible la propia naturaleza del espíritu, y no sería más dable concebir un pueblo de tal modo poseído de la pasion que se abstrajera en absoluto de los principios, que un juez tan ofuscado por la luz de los principios abstractos y la rigidez de las leyes, que en absoluto se divorciára de la actualidad y no dejára en su alma el más leve resquicio por donde pudiese penetrar el grito de la conciencia pública. Les atribuimos únicamente la condicion de la simplicidad, porque, predominando en ellas uno de los dos elementos, queda como ahogado el otro, el cual apénas puede declararse con carácter de moderador por alguno de sus casi siempre leves é insignificantes efectos (1).

(1) Como el asunto de este libro ha de limitarse á una de las formas de la legislacion, á la *costumbre*, no nos detenemos en compendiar estas ideas, para hacerlas más

Ahora, ¿qué relacion existe entre ambas modalidades de la sentencia judicial? Aplicando á esta funcion particular de la actividad jurídica lo hallado en otro lugar para la actividad jurídica en general (§ 20, *b*), podemos afirmar desde luégo que la sentencia espontánea y la reflexiva, ó designándolas por sus tipos, que el juicio popular y el juicio magistral no son modalidades particulares de la sentencia, sino formas totales, esto es, abarcan una y otra todo el Derecho en su estado de perturbacion y todo el proceso de la actividad tocante á la declaracion de medios para repararla; la una es la declaracion entera, en todas sus relaciones, hecha por la razon (individual ó social, social de ordinario) irreflexivamente; la otra es igualmente toda la declaracion, pero hecha por la razon reflexiva (individual ó social, de ordinario individual); de suerte que si por obedecer á alguna exigencia ideal-histórica hubiésemos de concertarlas, no sería su union más total que lo es cada una de ellas, y no haría sino doblar y reforzar la forma y la garantía del procedimiento; ni dividiríamos en dos la operacion para distribuir entre ellas cuantitativamente sus momentos; ni las estimariamos como desiguales, ó como siendo la una superior y la otra subordinada, sino como simultáneas en su accion y paralelas en importancia. — Por esto carecen de razon las escuelas doctrinarias que pretenden tomar el juicio formulario y magistral como el único valedero y que puede garantir la verdad de la interpretacion legal, y desestimar el juicio del convencimiento íntimo, el juicio del primer impulso ilustrado por las pruebas, en una palabra, el juicio del sentido comun, como vago, inestable, débil y movedido, refractario á la razon, y más presto á ceder al impulso de las pasiones que al dictado de la conciencia desapasionada. Pero no han visto los peligros que la filosofía y la historia aunadas denuncian en esta forma extrema de proceder: nada como el hábito más ocasionado á endurecer, y, por decirlo así, á atrofiar las más nobles facultades del alma, y á abandonar la actividad á una rutina y á un formalismo que es la desesperacion y el tormento de la vida, tan vária

visibles, en símbolos y fórmulas algebraicas, como hicimos respecto de la ley; pero los lectores podrán ejecutarlo fácilmente por el diseño de las consignadas en el § 23 y siguientes.

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