

Filosofía del *derecho*

por Joseph Köhler

Presentación especial

Dr. Edgar Elías Azar



FILOSOFÍA DEL DERECHO E HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO

Por

J. KOHLER

Profesor en la Universidad de Berlín

TRADUCCION Y ADICIONES

Por

J. CASTILLEJO Y DUARTE

Profesor en la Universidad de Valladolid

PRESENTACIÓN

El estudio de la Filosofía, en general, y de la Filosofía del Derecho, es imprescindible para el jurista en una época de excesiva especialización del conocimiento y de las ramas que conforman a la ciencia jurídica, a lo que se agrega la evolución de valores e ideas largo tiempo aceptadas, que hacen necesario contar con fundamentos firmes para la comprensión de la función que debe desempeñar el Derecho dentro del Estado y la sociedad.

Al respecto, la obra del reputado autor alemán, Josef Kohler, quien fuera profesor de la Universidad de Berlín en 1888, no deja de ser una lectura de interés hasta nuestros días. Formado en la escuela del neohegelianismo, tuvo especial cuidado en fomentar la investigación histórica del Derecho y sus particularidades en las diferentes civilizaciones, a través del desarrollo del Derecho comparado; no es por tanto casualidad que haya publicado un libro relativo a un lugar distante en el tiempo y en el espacio del que vivió, a saber, *El derecho de los aztecas*, también editado por esta Casa de Justicia. Tal índole de trabajos es congruente con el impulso que dio a la etnología jurídica, como herramienta para el análisis de los datos empíricos y material para la construcción científica; esto es, el estudio de la historia universal del Derecho, acorde con el pensamiento proveniente de la escuela hegeliana.

Apoyándose en esas investigaciones de carácter histórico y comparado, Kohler pretendió dar contenido a las categorías del pensamiento que formula la Filosofía; es decir, darles significado a la luz de la experiencia del mundo real. Considera que el devenir histórico está dotado de racionalidad y encaminado al logro de un fin valioso para el hombre, por más que existan también en su curso acontecimientos contrarios a la evolución de la civilización.



Se muestra partidario de una concepción del Estado más cercana a Platón que a Aristóteles; considera que el Estado es el único medio a través del cual la humanidad puede lograr los fines que le son más preciados; en su postura, además, considera digna de confianza a la ley, sobre la acción de los gobernantes. Por otra parte, es un detractor de la visión de lo jurídico como algo único e inmutable, al modo que se llegó a mal interpretar el derecho natural, pues “el Derecho debe desarrollarse conforme al período de cultura y según las exigencias de cada etapa de la civilización, y esto exige naturalmente que se pronuncie el Derecho a favor de aquel que la cultura de la época designe”, según cita textual del autor.

Pero no por ello se trata de un objeto de estudio que carezca de fundamento racional, que se reduzca sólo al contenido de un conjunto de normas consideradas como válidas conforme a los requisitos que exige un sistema jurídico específico, sino que el Derecho debe ser entendido en concordancia con la cultura de cada pueblo, para deducir así el ordenamiento que mejor ha de responder a las necesidades que requiere una comunidad ubicada en un momento histórico concreto. Se trata de una vuelta hacia la historia de las instituciones y la tradición, con miras a ser superadas en función de los cambios y nuevas formas de convivencia, conforme a los cuales se va forjando la norma legal, o como bien lo estableciera Josef Kohler: “Todo Derecho es un Edipo que mata a su padre y engendra con su madre un nuevo linaje”.

Quedan así esbozadas algunas de las ideas que dan vida a la presente obra, *Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho*, la cual será un acercamiento y guía valiosa para el entendimiento de los fundamentos y fines del Derecho, de manera paralela al análisis de la aportación de los grandes pensadores de la Filosofía, como Kant, Schopenhauer o Hegel, a quien Kohler defiende contra detractores y erróneas interpretaciones.

Doctor Edgar Elías Azar
Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal

Invierno de 2011

ÍNDICE

	Página
Presentación	III

A. FUNDAMENTOS

Introducción	1
§ 1º. Filosofía del Derecho y Derecho Natural	65
§ 2º. Filosofía del Derecho y Postulados del Derecho	69
§ 3º. El Derecho como Fenómeno de Cultura.....	72
§ 4º. Filosofía del Derecho y Teoría de la Evolución	75
§ 5º. Filosofía del Derecho y Filosofía.....	77
§ 6º. Fines modernos de la Filosofía del Derecho	83
§ 7º. Hegel y los posteriores	86
§ 8º. Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho	97
§ 9º. Filosofía del Derecho y Política Jurídica.....	101
§ 10. Filosofía del Derecho y Técnica Jurídica.....	105
§ 11. Historia Universal del Derecho.....	108
§ 12. Ciencias Auxiliares.....	117

B. FORMACIONES JURÍDICAS

I. Relación con la Naturaleza

§ 13. Fundamentos	121
§ 14. Repartición del Mundo. En general	122
§ 15. Repartición del Mundo. En especial.....	125
§ 16. Resultados modernos	133

II. Relaciones de hombre a hombre

δ) Relaciones de carácter íntimo

a) Derecho de familia

§ 17. Totemismo	139
§ 18. Disolución de la familia totemista: grupo de iniciados y espíritu individual	141
§ 19. Matrimonio por grupos.....	145
§ 20. Matriarcado y tránsito al patriarcado	148
§ 21. Desarrollo del matrimonio individual.....	150
§ 22. Matrimonio clandestino	156
§ 23. Fase del patriarcado	157
§ 24. Parentesco artificial.....	160

β. Derecho de sucesiones

§ 25. En general	166
------------------------	-----



§ 26.	Herencia de la familia agnaticia.....	171
§ 27.	Testamento	173

b). Relaciones menos íntimas-Derecho de Obligaciones

§ 28.	La promesa como momento económico y ético	181
§ 29.	Forma	188
§ 30.	Impugnabilidad	191
§ 31.	Garantía.- ð Garantía real	192
§ 32.	Fianza.- ß Fianza	195
§ 33.	Manifestaciones sociales del Derecho de obligaciones.- a) En general	197
§ 34.	Manifestaciones sociales del Derecho de obligaciones.- ð Negocios de cambio.- b) En especial	199
§ 35.	Préstamos e interés.- ß Préstamos e interés	203
§ 36.	Sociedad.- γ Sociedad	211
§ 37.	Donación.- ð Manifestaciones no económicas: donación, juego	212

III. Uniones orgánicas en un todo social promovedor de cultura

§ 38.	Estado totemista, Derecho caudillista, Monarquía	215
§ 39.	Estado genético y Estado demótico	222
§ 40.	El Estado como realización de la idea ética.....	225

IV. Influjo del Todo sobre la suerte del individuo

I. Derecho Penal

§ 41.	Culpa y voluntad libre.....	233
§ 42.	Venganza de la sangre.....	237
§ 43.	Comienzos del Derecho retribucionista.....	238
§ 44.	Nacimiento de la retribución por culpa.....	243
§ 45.	Fuerzas propulsoras de la evolución	245
§ 46.	Problemas modernos	249

II. Procedimiento

§ 47.	Procedimiento y propio auxilio (selbshilfe).....	251
§ 48.	Derecho caudillista y pruebas de Dios	254
§ 49.	Tránsito al Procedimiento racional.....	263
§ 50.	Característica de la evolución del procedimiento.....	267

C. OJEADA SOBRE EL PORVENIR

§ 51.	Formaciones futuras	269
-------	---------------------------	-----

APÉNDICE

IDEALISMO Y REALISMO EN EL DERECHO

§ 52.	Idealismo y realismo en el derecho	275
-------	--	-----

INTRODUCCIÓN

La obra cuya traducción española ofrezco al público, constituye la sección primera de la 6ª edición de la *Enciclopedia de la Ciencia Jurídica*, fundada por Holtzendorf.¹ Su autor, profesor ordinario de la Universidad de Berlín desde 1888 (desde 1878 lo era de Wurzburg), es hoy uno de los juristas más reputados de Alemania. Contrastando con el especialismo, que suele ser la nota dominante en los científicos, y más aún en los jurisconsultos, de su país, posee Kohler cultura amplia, interés plurilateral y actividad multiforme.

1 *Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. Begründet von Dr. Franz von Holtzendorf. Herausgegeben von Dr. Josef Kohler. Sechste, der Neubearbeitung erste Auflage. Duncker und Humblot und J. Guttentag. Leipzig, Berlín, 1904. Dos vols. en 4º.*

La Enciclopedia se divide en cuatro Secciones, con la siguiente distribución: I. *Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho*, por Josef Kohler.— II. *Derecho civil*: 1. Historia y fuentes del Derecho romano, por C. G. Bruns, reelaborada, sobre la base de la anterior refundición de A. Pernice, por Otto Lenel; 2. Fuentes e historia del Derecho alemán, por Heinrich Brunner; 3. Las Pandectas de C. G. Bruns, con las adiciones de E. Eck, revisadas y completadas por Ludwig Mitteis; 4. Elementos de Derecho privado alemán, por Otto Gierke; 5. Derecho civil, por Josef Kohler. Apéndices: a) Relación del Derecho privado imperial con el Derecho privado de los Estados, por J. Stranz; b) Ojeada sobre los sistemas de Derecho privado fuera de Alemania; aa) Ojeada sobre el Derecho privado inglés, por Ernst Heymann; bb)



No hay seguramente hoy quien le iguale en la abundancia y en la variedad de sus producciones. Una revista² publicó hace algunos años, con motivo del vigésimo quinto aniversario de su ingreso en el profesorado, un índice de sus publicaciones. Entonces, alcanzaban el número de 526, entre libros, folletos y artículos diversos. De entonces acá, no es fácil calcular el aumento, porque apenas hay día en que no aparezca algún nuevo trabajo suyo.

Tanto como la cantidad, admira la índole de sus producciones, porque pertenecen a los órdenes más diversos.

Cultiva el arte, tomando una posición neoromántica. La forma no tiene para él significado ni valor alguno, sino como signo de expresión de la idea. Prefiere entre las bellas artes la lírica y la música; admira a Böcklin y coloca a Wagner al nivel

Elementos de Derecho neolatino, por *Karl Crome*; cc) Ojeada sobre el Derecho privado ruso, por *Otto von Voh*; Elementos de Derecho mercantil, por *Otto Gierke*; 7. Derecho de cambio y de cheque, por *Georg Cohn*; 8. Derecho de los Bancos hipotecarios, por *Felix Hecht*; 9. Derecho internacional privado, por *L. von Bar*; 10. Derecho procesal civil y Concurso de acreedores, por *J. Kohler*; II. Procedimiento de jurisdicción voluntaria, por *Emil Dorner*.— III. *Derecho penal*: I. Derecho penal (con exclusión del militar), por *J. Wachenfeld*; 2. Derecho procesal penal, por *Ernst Beling*; 3. Derecho penal militar y Procedimiento penal militar, por *Julius Weiffenbach*.— IV. *Derecho público*: I. Derecho político alemán, por *Gerhard Anschütz*; 2. Derecho administrativo, por *Ernst von Meier*; 3. Derecho de seguros del trabajo, por *Ludwig Lass*; 4. Derecho eclesiástico, por *Ulrich Stutz*; 5. Derecho internacional, por *Paul Heilborn*; Derecho colonial alemán, por *Otto Köbner*.

2 *Juristisches Literaturblatt*, en un número extraordinario de 30 de septiembre de 1903.



de Homero, Dante, Shakespeare y Goethe. Ha publicado trabajos sobre pintura, artículos literarios y humorísticos, poesías, traducciones (especialmente de Dante y Shakespeare), y hasta varias composiciones musicales.

Más cerca ya de su especialidad tiene, *verbigracia*, trabajos de carácter histórico, etnográfico y filosófico. De la ciencia jurídica, apenas habrá un orden de estudios en que no haya abundantemente colaborado: la doctrina general del Derecho; el Derecho civil, en su historia, en su parte general y en todos sus tratados especiales; el Derecho mercantil terrestre y marítimo; el Derecho de seguros, el procedimiento civil y el concurso; el Derecho y procedimiento penal; el Derecho político y administrativo; la filosofía del Derecho y el Derecho comparado, son otros tantos capítulos del índice de sus obras.

Bien se comprende que no todas pueden alcanzar igual intensidad; pero nadie que lea sus artículos literarios y filosóficos, o vea su certero golpe de vista para catalogar cuadros, puede sospechar que su producción fundamentalmente indiscutida, la más sólida y original, es un tratado de propiedad intelectual y de patentes.

Todavía hay que añadir que dirige o lleva todo el peso de varias revistas, llenando a veces números casi enteros con sus trabajos; que da en la universidad tres o cuatro horas diarias de



clase sobre materias tan heterogéneas como el Derecho civil y el Derecho penal; que dedica cierto tiempo a recibir en su casa a sus alumnos, y que aun le queda bastante para viajar en vacaciones por Europa o ir a pronunciar un discurso en Chicago.

Esa extraordinaria potencia de trabajo y el sentido ideal que informa sus obras, son reconocidos incluso por aquellos que ponen reparos a sus construcciones y encuentran cierta pasión en sus polémicas.

La posición de Kohler en filosofía no es fácil de determinar. Cuando se repasan sus libros y sus artículos, van cruzando con rapidez por la mente Çankara y Heráclito, Platón y los neoplatónicos, Espinosa, Schelling y Hegel, Savigny, Schopenhauer, Darwin y Nietzsche. Hay que operar a veces sobre conceptos diseminados y alusiones, sobre fórmulas generales, ejemplos e imágenes, porque no ha presentado aún un cuerpo sistemático doctrinas filosóficas, que aspire a resolver, con una cierta consecuencia, los problemas fundamentales del conocimiento, la naturaleza, la vida moral, el Derecho, el arte, etc., su doctrina parece estar en ese momento en que una serie de afirmaciones que vienen de lados muy diversos tratan de encontrar un cierto eje común.

Nadie puede, por tanto, asegurar que nos hallamos frente a un germen destinado a crecer y vivir, ni mucho menos prever



la estructura definitiva del producto en el momento de su madurez.

Pero el solo intento de buscar por un nuevo camino la solución del enigma, siempre renovado, de la vida, aportando una fuerza más al complejo organismo de la cultura, tiene un interés extraordinario, especialmente cuando lo acomete un hombre de tan excepcionales dotes.

Si una posición del pensamiento quedase fijada en cuanto aparece su denominación concreta, entonces no habría duda alguna Kohler, en estos últimos años, ha aceptado para sus doctrinas el título de «neohegelianismo». La nueva escuela tiene ya otros partidarios más o menos definidos (Berolzheimer, Croce, Mackenzie...)

Para Kohler, como para Hegel, la filosofía es la construcción de la ciencia en su valor universal, en su enlace con la evolución del todo; se ocupa en el problema trascendente metafísico.³

Ahora bien; ¿Cuáles son en filosofía las bases del neohegelianismo? ¿Qué toma de Hegel y qué añade? ¿Cómo combi-

3 La corriente tradicional se da la mano con una novísima al identificar metafísica y filosofía.— Otra dirección (Aristóteles, Leibniz, Krause) concibe la filosofía, como una parte de la ciencia, a distinción de la historia. Descartes, en cambio, contrapone la filosofía, no a la historia, sino a la ciencia. También Spencer, para quien ciencia es el saber de un objeto particular unificado, y filosofía el saber total unificado. Para Comte la distinción entre ciencia y filosofía es menos precisa; parece que la filosofía tiende a construir la enciclopedia; pero su positivismo (como el de Spencer y Stuart Mill) coincide con Aristóteles, el Escolasticismo y Hegel en que no hay ciencia de lo particular empírico, sino sólo de lo general.



na su pensamiento con los postulados científicos del siglo último?

Ciertamente que el hegelianismo, como toda concepción que remueve las entrañas del pensamiento humano, representa solo una dirección fundamental, de la cual el fundador no es el depositario, sino uno de tantos, acaso el más cualificado, representante. Cuanto más verdaderamente profunda sea, más savia tiene para nutrir corrientes secundarias, que se ramifican en las más opuestas direcciones sin conservar apenas de común sino la sacudida primaria que las puso en movimiento ¡Qué dirían Espinosa y Leibniz, al verse catalogados como cartesianos!

De Hegel arrancan una corriente conservadora, que pretende ser fiel al sistema del maestro, conserva la metafísica y trata, en la cuestión religiosa, de salvar el dogma (Vera, Spaventa, Gabler, Hinrichs, Göschel), y una izquierda radical, que declara incompatible la fe y la ciencia (Ruge, Strauss, Feuerbach, los *hallische fahrbücher...*) y va a parar al positivismo, al materialismo histórico (Marx) y ¡Hasta al más crudo individualismo anarquista (Stirner)! Proudhon, educado con los discípulos de la extrema izquierda hegeliana considera como la perfección suma suprimir el estado.

Kohler piensa que ninguno de los continuadores ha acertado con el camino por donde el hegelianismo está llamado a desarrollarse, si bien algunos, especialmente italianos



(Spaventa, Vera, Croce), han sabido conservar una más segura orientación.

El neohegelianismo de Kohler quiere recoger la *materia* de la filosofía de Hegel y descartar la *forma*,⁴ quiere conservar las dos ideas fundamentales: panteísmo y evolucionismo, y prescindir del método dialéctico, como de un mero ornamento barroco. La dialéctica es solo una forma de dar cuerpo y hacer asequible a nuestra actividad pensante la idea de evolución.⁵ Los eleatas, Descartes y Espinosa tropezaban con la imposibilidad de unir el principio del devenir permanente con el del ser eterno. Hegel hace surgir el devenir de la unión del ser y el no ser, y caracteriza así la evolución como una fuente de posibilidades de donde emana todo lo particular.⁶ Esa fue su gran revelación, aunque ya Laotse había enunciado el principio fundamental, a saber, que el ser general adquiere significado, cuando, de sus muchas posibilidades, se entresaca y realiza una serie.

Pero el proceso dialéctico de la tesis, la antítesis y la síntesis, que sirve para explicar el devenir y señalar a la evolución

4 Berolzheimer. J. Kohler als Rechtsphilosoph (J. Kohler, como filósofo del derecho). *Philosophische Wochenschrift und Literatur-Zeitung* (Semanario filosófico y revista de literatura), núm. 1, Leipzig, 1906.

5 Kohler. *Neuhegelianismus*. *Archiv für Rechtsund Wirtschaftsphilosophie* (archivo de Filosofía del Derecho y de la Economía). Munich, enero 1908.

6 Kohler, *loc. cit.*



su lugar en el mundo, no puede aplicarse a descubrir sus determinaciones particulares.

La filosofía puede, indudablemente, construir *a priori* las leyes de la existencia y hasta darnos, con cierta probabilidad, algunos de los fines últimos del devenir; más para todo lo demás cesa de ser fecundo el apriorismo y estamos atentos a la observación.⁷

El neohegelianismo «toma de Hegel el concepto de evolución; une la doctrina de Heráclito con la de los eleatas, la de la escuela Sâmkhya con la Vedânta; acepta el platonismo, en cuanto admite tras lo real un fondo ideal; domina la duda gnoseológica de Kant mediante la afirmación de una correspondencia entre nuestro pensar y el proceso universal, como miembros de un mismo todo (algo en el sentido de Campanella); y coloca, en lugar del uniformismo de Espinosa, la plenitud de la vida, y en lugar del esquematismo hegeliano, que abusando de la dialéctica trata de construir el mundo sacándolo del propio yo, la realidad viviente».⁸

El gran mérito de Hegel es haber concebido el organismo de la humanidad como una unidad moral, donde actúa el esfuerzo permanente y la vida de lo eterno. Esa unidad ocupa

7 Kohler, *loc. cit.*

8 Kohler, *loc. cit.*



en su evolución un lugar intermedio entre el todo (*Allsein*) seco de los eleatas y el flujo continuo de los jonios; entre los dos polos que representan en la filosofía india el sistema Vedânta y el Sânkhyâ. Todo tiene que mudar para que salgan a luz los pensamientos eternos. Como el tiempo no es otra cosa sino lo eterno en su movimiento, esos pensamientos eternos no pueden desarrollarse en el tiempo, sino en forma de movimiento, un movimiento propulsor, no destructor.

La evolución es lo histórico suprahistórico: histórico, en virtud del movimiento temporal; suprahistórico, en virtud de la unidad que hay en el fondo de este movimiento, la cual no desarrolla en el último instante sino lo que ya existía en el primer momento.⁹

Otro de los grandes ejes del sistema hegeliano, el principio de la identidad, es también fundamentalmente alterado por Kohler.

Ciertamente, que admite una realidad trascendente tras el mundo fenoménico y combate el sistema kantiano, diciendo que lleva a la aniquilación de la filosofía (Kohler tiende a identificar, según queda indicado, metafísica y filosofía); pero, al determinar la naturaleza de ese fondo ultrafenoménico, abandona el panlogismo hegeliano.

9 Kohler. *Wesen und Ziele der Rechtsphilosophie* (Naturaleza y fines de la Filosofía de Derecho). *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, octubre 1907.

Fundiendo el problema metafísico con el problema del conocimiento, dice que, para que nuestro pensamiento llegue a comprender las cosas, es preciso que no haya un abismo infranqueable entre el pensar y el ser, sino que toda nuestra actividad, en cuanto formadora de leyes y conceptos, ha de estar en conexión (*Zusammenhang*) con la actividad de la naturaleza. Pero de ahí, añade, no se deduce que la relación sea de identidad y que el ser sea lo mismo que el pensar y el pensar que el ser, sino que ambos se encuentran en un estadio superior, como dos planos que se unen en una línea.¹⁰

El neohegelianismo no encierra toda la existencia objetiva en los moldes del pensar: para el, pensar y ser se juntan en las ultimas prolongaciones, en cuanto, de un lado, los principios de la realidad tienen cierto contacto con los del pensar y, de otro, los fines últimos de aquella muestran conexiones con nuestros esfuerzos; quiere la unión del conjunto infinito de las observaciones con la profundidad del pensar especulativo y los fines de la más íntima voluntad humana.¹¹

Por no haber seguido ese camino la filosofía de Hegel, no pudo, según Kohler, resistir el embate de las ciencias naturales y del voluntarismo de Schopenhauer. Por eso el neohegelianismo necesita evitar dos errores: el de reducir el mundo feno-

10 Kohler, loc. cit.

11 Kohler, loc. cit.



ménico a mera apariencia (como hizo Schopenhauer) y el de pensar que la metafísica puede excluir a las ciencias particulares, y alcanzar, mediante sus conceptos, lo que la experiencia, con enorme trabajo, trata de obtener.

Separados así, por Kohler, nuestro pensar y el universo, no abandona este, como materia inerte, sino que le asigna un cierto contenido espiritual, una especie de pensar inconsciente (parecido quizá al sentido de la naturaleza de Schelling) que se manifiesta en la tendencia a un fin y en el progreso y desenvolvimiento racional. Y por si se creyera que los dos conceptos de «progreso» y «racional» no pueden ser puestos sino por nuestro pensamiento, insiste en que identificar este con la idea del universo es hacer lo que los escolásticos, que atribuyen a la divinidad un proceso mental a nuestro modo.

El neohegelianismo no quiere trasportar, como Hegel, a la evolución del mundo las categorías del pensar, sino conocer, mediante la experiencia, las leyes de la evolución universal en la cultura humana. Solo por el camino empírico cabe descubrir los rasgos fundamentales de la evolución. Acepta de Hegel la teoría de la evolución, las ideas de la unidad en la pluralidad y de la relatividad del tiempo (como conceptos *a priori*), pero quiere llenarlas de contenido (que en la época de Hegel faltaba aún) mediante la experiencia y el estudio de los



pueblos. La racionalidad del mundo real es su fondo metafísico. La regularidad de lo racional no puede apreciarse, sino en largos períodos de tiempo. El neohegelianismo hace objeto de su estudio la infinita variedad de particularidades que constituyen la historia universal; pero sabe que tras ellas hay un gran Todo intemporal e inespacial que se desarrolla en el tiempo como cultura humana, la cual ha de desenvolverse según leyes determinadas. Así se convierte la *razón* de Hegel en *cultura*, y el juego dialéctico, en historia de la civilización, la cual no es un caos de particularidades, sino un devenir racional al servicio de un supremo fin.¹²

La evolución de la historia universal no es, en sentido de Kohler, tan lógica como pensaba Hegel, ni se desarrolla siempre en tres actos. Por el contrario, hay en la historia muchos elementos ilógicos y desconcertados, patológicos, que no van con la evolución, sino la contrarían.

La grandeza de la historia consiste en que, en definitiva, vence siempre la razón (optimismo). El progreso es seguro, pero se opera de modo múltiple y variable. El proceso hegeliano de la idea se convierte, por lo que al hombre se refiere, en proceso de la cultura.

12 J. Kohler. *Moderne Rechtsprobleme* (Problemas modernos del Derecho). Teubner, Leipzig 1907. págs. 9 y sigs.



Plantéase Kohler el problema del conocimiento, como relación entre sujeto y objeto preguntándose si, tras nuestras representaciones del mundo, hay verdaderamente un mundo que existiría aunque nosotros no existiéramos, y en qué relación se encuentra con aquellas representaciones.¹³

La hipótesis de que nuestra intuición de las cosas no se corresponda con la realidad lleva, según él, al más vacío escepticismo. El problema del conocimiento no puede ser resuelto por los datos de los sentidos, sino por la filosofía. El realismo critico, iniciado ya en la antigüedad, planteado por investigadores como Campanella y fomentado por los grandes escépticos escoceses, se cierra en Kant; más, no por hallar solución, sino por quedar planteado en su forma más aguda. Pero el dualismo ha sido vencido por la filosofía de la identidad (Fichte, Schelling, Hegel). El yo y el no yo pertenecen a un mismo todo universal y ha de haber entre ellos una coincidencia. La oposición no puede ser sino relativa y momentánea.

Kant exagera, según Kohler, la diferencia entre sujeto y objeto: el sujeto queda colocado ante el escenario del mundo, y sus fuerzas espirituales no alcanzan más que al fenómeno; no le es dado enterarse de lo que pasa «tras los bastidores».

13 *Moderne Rechtsprobleme*, págs. 3 y sigs.; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (Manual de Filosofía del Derecho). Walther Rothschild, Berlin y Leipzig, 1909. págs. 6 y sigs.



Como Kohler acepta el principio de la identidad solo parcialmente, tiene que buscar una base al conocimiento. Le parece exacta la concepción kantiana de la cosa en si, en cuanto que todo influjo sobre el sujeto es solo explicable mientras aquella no se identifique con este, sino le produzca una impresión. Esta impresión es lo que nosotros consideramos imagen del mundo. Por eso no puede existir nunca absoluta igualdad entre la impresión y el mundo, como no puede existir entre el molde y el vaciado.¹⁴

Lo difícil es, pues, determinar hasta que punto se corresponden, porque parece que para ello sería preciso conocer y comparar ambos términos: el vaciado, es decir, la impresión, y el molde, es decir, la realidad, con lo cual la cuestión renacería sin fin. Por eso Kohler quiere operar sobre uno solo de los términos, sobre el sujeto, y dice que nuestro entendimiento es capaz de conocer nuestros órganos y el modo como actúan cuando viene la impresión de fuera, porque, recibiendo impresiones distintas, induce lo que constituye la determinación permanente, la posición fundamental de la subjetividad, que se contrapone al mundo objetivo; inducción que cabe comprobar examinando como los órganos de otros seres actúan y son influidos por el «molde» exterior. Utilizando otro ejemplo, dice Kohler que las imágenes se pintan sobre la tabla de nuestra subjetividad y que esa tabla tiene una

14 *Lehrbuch der Rechtsphilosophie, loc. cit.*



determinada estructura, la cual podemos conocer y descontar. Quiere, pues, separar lo objetivo en el conocimiento mediante la sustracción de lo que es subjetivo. No aparece aquí claro como el conocimiento de nuestros órganos y de nosotros mismos puede escapar al problema crítico.

Por otro lado busca una base quizá más firme de solución, a saber, por el lado de la identidad hegeliana. Los resultados de nuestro pensar coinciden con el mundo; el excitante que nos impresiona obra tal como nuestro pensamiento nos lo dice, siempre que partamos de base exacta y no hagamos deducciones falsas. Y eso no es, ni una armonía preestablecida, ni una casualidad; sino consecuencia de ser nosotros una parte del mundo, al cual nos contraponemos solo momentáneamente. Somos una rueda en una maquina, y los productos tienen que corresponder a la maquinaria, mientras ésta esté en orden y no se presente una situación patológica. Así se explican la exactitud de los axiomas matemáticos, la coincidencia de la ley de causalidad en y fuera de nosotros y todas las categorías de Kant. Si lo metafísico no es asequible a nuestra intuición, lo es a nuestro pensamiento.¹⁵

El tiempo y el espacio no son para Kohler una apariencia (*Schein*), sino una realidad (*Wirklichkeit*). En ese sentido, recha-

15 *Loc. cit.*



za a un tiempo las concepciones de Çankara (una ilusión) y de Kant (una forma *a priori* del sujeto).

La realidad de tiempo y espacio es, para Kohler, relativa, porque, tras la evolución temporal-espacial, admite un fondo que está fuera de espacio y tiempo. Del mismo modo, la pluralidad de los seres se concilia con la unidad mediante la ley de causalidad.

Quiere Kohler incorporar los resultados del historicismo y del positivismo del siglo pasado, a un fondo filosófico panteísta hegeliano; pero son tales las atenuaciones de la doctrina de Hegel y tan generales los principios admitidos, que son inevitables ciertas dudas.

Si se separa aquellos elementos que la ciencia moderna ha aportado y de que no puede prescindir ya ningún sistema filosófico, lo que resta podría ser el continuo devenir, la descomposición y recomposición perpetuas, bajo las cuales late una razón común inmanente, de Heráclito; o la idea, creadora del mundo, de Platón; o la entelequia de Aristóteles, como un impulso teleológico colocado dentro de las cosas; o el *Ser* universal de Espinosa, al cual se presta ahora un cierto movimiento; o el *Ser* primario de Schelling (en su período de la identidad); o acaso la idea de Hegel, reducida a una abstracción subjetiva, en el sentido de la extrema izquierda hegeliana.



La raíz misma del «panteísmo» de Kohler es muy difícil de descubrir, no solo por haber sustituido a la idea de Hegel un elemento algo vago, la cultura, sino porque no resulta precisado su punto de vista respecto a la personalidad de Dios, y aún a veces puede notarse un elemento providencialista, una acción que parece venir de fuera para vivificar el mundo, servirle de modelo o arrastrarlo en una dirección determinada, y hasta vestigios de una concepción cristiana (católica), condensados principalmente en la región del sentimiento y la fantasía. Puede, sin embargo, sospecharse que, en el problema de la religión, se aproxima más bien, por su doble conexión con el budismo y el cristianismo, al monismo concreto de Hartmann.

Tampoco puede señalarse a Kohler una posición entre los demás continuadores de Hegel, porque unas veces, *v. gr.*, manteniendo la metafísica o combatiendo la concepción materialista, se inclina a la derecha, y otras, por la extraordinaria preponderancia que concede a la historia y al mundo de lo limitado, parece colocarse francamente al lado de la izquierda.

Tiende Kohler a suprimir el principio abstracto de la filosofía de Hegel (el proceso dialéctico), pero conserva, sin embargo, una base abstracta (idea de evolución y progreso, que es más que la de movimiento, porque significa dirección); sólo que, mientras es dudoso que Hegel sacara la evolución del orden metafísico para llevarla al del tiempo, Kohler la coloca resuelta-



mente en el orden histórico. Rechaza la opinión de Stahl, que considera el proceso dialéctico como un elemento esencial de la filosofía hegeliana, y lo disculpa por la época en que vivió.

Tampoco conserva Kohler el racionalismo de Hegel y su época. No es un intelectualista. Más bien suele tomar una posición que tiene cierta analogía con la de Lange.

Contra el dualismo atribuido a su sistema, entre el mundo histórico experimental y el de las ideas, alega Kohler la reconciliación de la idea racional con la realidad, porque la multitud de lo particular no es sino emanación del pensamiento divino.¹⁶

En metafísica, la posición de Kohler tiene cierta analogía con la de Wundt, quien (como Fouillée) quiere una metafísica basada en la experiencia. La metafísica es para Wundt el sistema de las hipótesis supremas que el estado de las ciencias empíricas permite cada vez; es una construcción evolutiva, sólo que para Wundt (al contrario de Kohler) no hay un objeto metafísico, un ser absoluto.

La manera como Kohler presenta su sistema esta de acuerdo con el carácter que parece dominar en la filosofía moderna. Ha habido en estos últimos años un movimiento desamortiza-

16 *Moderne Rechtsprobleme*, pág. II.



dor, de vulgarización y secularización, parecido al de los sofistas y al de la enciclopedia. La filosofía ha dejado de ser cosa de escuela, de sabios, para hacerse patrimonio de todo el mundo, objeto de educación común.

A períodos de expansión de la filosofía, siguen otros de recogimiento, en que se hace profesional y se refugia en los gabinetes. Los sofistas divulgan la filosofía entre las clases altas, y Sócrates la lleva a la calle; Platón la recoge, la encierra en la academia y la hace otra vez profesional. A la filosofía popular, diletantista y de propaganda, de la *Aufklärung*, que representan, en diverso sentido, Rousseau y Wolff, sigue la labor, intensamente reconcentrada, de Kant y Hegel.

La época moderna ha cogido la filosofía de Kant y Hegel, la ha sacado del santuario y la ha arrojado al mundo, para deshacerla, aparentemente, para injertarla, en realidad, en la vida entera.¹⁷

Eso ha sido un bien enorme, pero ha tenido su precio, a saber: una cierta inconsistencia, una falta de severidad lógica, que caracteriza la filosofía moderna como caracterizó la del siglo XVIII.

Más desarrollo que el *Sistema de Filosofía General*, tiene en Kohler la doctrina del Derecho. Y esto, no solo por el contenido

17 Véase Croce, *Ciò ch' è vivo e ciò ch' è morto nella filosofia de Hegel*.



que su cultura jurídica es capaz de prestarle, sino quizá muy principalmente por encarnar, en diversos aspectos, la representación de las aspiraciones científicas modernas.

Es interesante recordar que la parte filosófica de la enciclopedia jurídica de Holtzendorf estuvo encomendada primero a un krausista, Ahrens, luego a un herbartiano, Geyer, y después a un positivista, Merkel, para venir a parar, como en una especie de regreso que cierra el círculo, a un idealista, Kohler.

Y, sin embargo, puede suponerse que no es precisamente su panteísmo, ni aun siquiera sólo su sentido espiritual idealista, lo que le ha llevado a ese puesto, sino más bien la coincidencia de otras corrientes que caracterizan el nuevo tiempo: la refundición y aprovechamiento de las conquistas del positivismo; la incorporación del evolucionismo; el carácter científico y universal del Derecho comparado; el intento de conciliar monismo y dualismo; el polismo moral; el papel asignado a la cultura en la historia; el ideal ético depurado, penetrando toda la vida jurídica.

Allí donde parece apartarse de esa dirección, como en el problema de la función del juez o en el de la naturaleza de la pena, su doctrina encuentra menos eco.

Todo el movimiento de la filosofía del Derecho moderna, considerada en la totalidad de uno de sus más característicos



aspectos, representa una composición entre las ideas dominantes en los siglos XVIII y XIX.

En el siglo XVIII, alcanzó su elaboración más acabada la corriente que se ha llamado dualista, por contraponer un Derecho universal, perfecto, inmutable, absoluto y eterno a ese otro, contingente, relativo, establecido, puesto, que rige en cada país y en cada época, de un modo inmediato, las relaciones sociales.

Ahora bien; ese dualismo agudo de Wolf o Kant, que es un momento de un viejo proceso, no cierra una era, sino para abrir otra; y si el mismo parece definitivamente enterrado, su idea fundamental produce nuevas floraciones.

Lo mismo entre las formas incipientes que le anteceden, que entre las atenuadas que le siguen, hay matices extremos que no se sabe ya bien si merecen o no la denominación de teorías dualistas. Y eso, sin llegar al extremo de un Bergbohm, para quien apenas queda nadie sin mayor o menor contagio dualista, salvo el mismo.¹⁸

El siglo XVIII, Montesquieu, Wolf, los enciclopedistas, Rousseau, Kant, son el punto más elevado de una curva que recorre

18 Ni el tampoco, según Neukamp.

En todo caso, insinúa Stammler, resultará el dualismo en cuanto exponga su sistema.



toda la evolución histórica de la filosofía del Derecho. Y en esa curva se da una serie indefinida de matices, de tal modo que solo ciertos predicados muy generales podrían convenir a todos.

En el mundo griego, parece que el problema se plantea especialmente en el sentido de si las normas jurídicas son un producto natural o artificial, de si la distinción entre justo e injusto precede de la naturaleza o de las leyes y costumbres humanas, es decir, de si el Derecho tiene una base metafísica, diríamos hoy.

Unos (Arquelao, Protágoras y otros sofistas) consideran lo justo como una categoría creada por las leyes y que cambia con ellas; otros (Hippias, Calicles y otro grupo de sofistas) declaran las leyes positivas contrarias a la naturaleza. Aristóteles formula claramente el dualismo. Admite un Derecho inmutable, producto de la razón, común a todos los hombres, universal, pero sin constituir un código a la manera del siglo XVIII, sino más bien un Derecho vivido, como el *ius gentium* de los romanos.

Siendo el hombre, además de universal, particular, ese Derecho es insuficiente, y hay otro positivo, porción de aquél Derecho total vivido, pero que parece no precede del elemento universal común (razón), sino (ocasionado por un elemento histórico circunstancial) de la voluntad.



El dualismo no se da, pues, en Aristóteles porque haya un plan divino (lo trajo San Agustín, cristianizando a Platón), ni un orden racional de justicia al cual el mundo deba aproximarse, sino quizá porque el elemento universal humano, la razón, no alcanza a gobernar toda la vida y queda una parte de ella a merced de otras fuerzas. No es, pues, una contraposición entre dos códigos, uno perfecto racional y otro imperfecto positivo (Wolf); ni siquiera entre ciertos ideales eternos y una realidad histórica mudable que se aproxima a ellos (Ahrens); ni tampoco entre un principio absoluto para cualificar lo justo y una serie de preceptos relativos que se miden según ella (Stamm-ler). El Derecho natural y el positivo son dos partes del mismo todo efectivo, único existente.

La edad media rompe la inmanencia del fin en el mundo y pone esa finalidad *ad extra*. Santo Tomás combina la teoría aristotélica y la de los jurisconsultos romanos con la de los santos padres. El Derecho natural procede aquí de la razón divina (para Escoto, de la voluntad), y no contiene en su forma primaria sino ciertos primeros principios, que el Derecho positivo elaborado por el hombre, la razón práctica, ha de ir concretando, para su aplicación a la vida, según las circunstancias y condiciones de esta. Hay ciertos preceptos del Derecho positivo que no se derivan del natural, pero tampoco lo contradicen. He aquí el dualis-



mo aristotélico. Las leyes que contradigan los principios del Derecho natural son injustas, no tienen fuerza.

Ni Grocio ni sus sucesores varían el fondo del problema. Lo que hacen es desatar el Derecho de la teología, sublimar la razón, secularizarla, emanciparla de la voluntad divina, de la religión y de la Iglesia, tendiendo a derivar la norma de la razón humana; y aspirar a que todo el Derecho positivo sea natural, acabando con cualquier legitimidad puramente histórica y preparando así la revolución.

El dualismo culmina en ésta. Todos los preceptos del Derecho se derivan con lógico encadenamiento de la razón, sin que para elaborarlos se necesite para nada el dato empírico del mundo externo. Son absolutos, inmutables, universales, como imperativos de una luz que es igual en todos los hombres. Constituyen los límites de una libertad abstracta. La legislación (única forma perfecta del Derecho positivo) no tiene otra misión que la de formularlos. Pero ese Derecho positivo no coincide en todas sus partes con aquel Derecho racional, porque, según la concepción kantiana, el hombre no es solo noumeno, sino también fenómeno, y ese hombre fenoménico puede apartarse, y se aparta en efecto, de los dictados de la razón, lo cual hace precisas la ley y la coacción. Hay una imperfección radical en el hombre y ella es en definitiva la causa del dualismo. En tanto en cuanto el Derecho positivo, producto de



la voluntad del legislador, no coincide (y debe coincidir de un modo reflexivo) con el Derecho racional, es injusto, o no es Derecho.

La concepción del siglo XVIII, tomada en su conjunto, supone: un Derecho inmutable, eterno, perfecto, absoluto; aversión a la historia, distinción entre gobernantes y gobernados; el Derecho como producto de la reflexión; la función legislativa encomendada a técnicos, a la ciencia, a los gobernantes; creencia en un estado de naturaleza pre-jurídico, ya de felicidad (estado paradisíaco, Rousseau), ya de violencia (Hobbes, Kant), del cual se sale por contrato.

El dualismo ha llegado así a su período agudo. Y eso en dos sentidos: primero, porque el Derecho natural no es ya un conjunto de principios generales, sino contiene los preceptos concretos de todo el orden jurídico hasta los últimos detalles; y segundo, porque ese Derecho natural no se contenta con existir como ideal, sino se considera inmediatamente realizable y declara la guerra a los derechos positivos, ya en una forma mesurada y pacífica (despotismo ilustrado), ya violenta (la revolución).

Contra todo eso hay una reacción conservadora en los comienzos del siglo XIX, donde se mezclan el romanticismo, ya desarrollado en literatura, arte e historia, los trabajos de románticos y germanistas, el influjo de algunos economistas y otras corrientes.



La escuela histórica, las de Schelling y Hegel, la positivista y la teológica cristiana en diversos matices, combaten el dualismo, tal como había quedado formulado por el Derecho natural abstracto y el liberalismo revolucionario.

Verdad es que perduran en esas nuevas doctrinas ciertos factores que plantean un nuevo dualismo o atenúan, al menos, la concepción monista: el *quid mysticum* de la conciencia del pueblo; la idea del Derecho; el Derecho en sí y para sí; el Derecho puramente positivo que regula arbitrariamente, *v. gr.*, plazos y penas; los mandatos divinos; los dogmas; el elemento eticista. Pero, en su tendencia de conjunto, representan un movimiento de protesta y establecen con aquel dualismo una antítesis que parecía irreductible.

Ahora bien; toda la filosofía del Derecho moderna parece inspirada en el deseo de llegar a una conciliación de ambas posiciones: de lo histórico, variable, accidental y lo absoluto, metafísico, necesario. Las teorías modernas niegan la existencia de un ideal concreto definitivo (entre los alemanes, Schäffle, Schuppe, Kohler, Stammler, etc.), frente a la afirmación del siglo XVIII (que recoge todavía, *v. gr.*, Spencer), y quieren una composición entre un relativismo (contrario al viejo Derecho natural) y un principio absoluto, que para Stammler, *v. gr.*, es un *a priori* y para Merkel un *a posteriori*, pero enteramente apodíctico.



El sistema de Kohler es uno de estos ensayos, y de los más interesantes, por la base múltiple que sirve a su elaboración: elementos positivistas, historicistas, hegelianos, teológicos...

Combate Kohler sin vacilación la idea del Derecho natural. No hay para el otro Derecho que el positivo, que aquel que se produce en cada pueblo y en cada época. Coincide con la escuela histórica, con Hegel, con Stahl y hasta con Bentham; pero no acepta como raíz, como elemento de unidad, ni el concepto místico trascendente del *Volksgeist*, ni la Idea y el proceso dialéctico, ni la voluntad divina, ni la tendencia al máximo placer puro. Su concepción fundamental «panteísta» no llega a animar el mundo del Derecho, porque, rechazado el proceso dialéctico, tendería más bien quizá a un quietismo en el tipo de Espinosa. Kohler agrega, para remediarlo, dos elementos que le ofrece su época: la evolución y la cultura; o mejor, la cultura evolutiva. El Derecho es, a un tiempo, producto y resorte cultural.

Pero, al preguntarse lo que es aquélla y el papel que en el sistema de Kohler representa, suelen asaltar ciertas dudas, porque, comparando pasajes diversos, parecen resultar dos sentidos bien diferentes. Unas veces, llama cultura a la totalidad de la vida, al estado de un pueblo, en cuyo sentido la palabra tiene



una acepción formal que no prejuzga el contenido; así solemos hablar de la civilización de los arios o de los mexicanos, queriendo expresar el conjunto de manifestaciones de su vida, buenas o malas, avanzadas o atrasadas, nada importa. Así se habla del arte o del idioma de un pueblo, como uno de los aspectos de su vida total, sin presuponer mayor o menor perfección, ni aun siquiera dejar ver el criterio para apreciarla. Cuando dice Kohler que cada cultura tiene sus postulados, emplea la palabra en ese sentido. Y entonces, si solo dijera que el Derecho es un elemento de la cultura, Kohler sería un puro positivista.

Pero es que, con frecuencia, cultura es para él, no el contenido de la vida de un pueblo, sino un cierto contenido, más o menos vagamente concretado, o, cuando menos, una dirección, la aproximación a un cierto ideal, o quizá solo el desarrollo de determinadas facultades: y en ese sentido habla de las fuerzas que favorecen o que retrasan la cultura, de la necesidad de cultura que un pueblo siente, de hombres superiores que la imponen, etc.

No es, sin embargo, este el único elemento que aparta a Kohler de un puro relativismo positivista, porque la idea de evolución es otro de los ejes de su sistema. Sólo que él no piensa en una evolución darwinista, entregada al juego mecánico del azar, o, a lo sumo, a la lucha y a la selección. La evolución



es más que mera transformación; significa causalidad orgánica: hay en el mundo gérmenes eternos que se desarrollan, porque lo que aparece en el tiempo está *ab aeterno* contenido en el *Ser Divino*, del cual es el Universo una permanente irradiación. La tendencia formativa del Universo viviente aprovecha los factores naturales para una idea y un fin inmanentes en la historia de todo el proceso. Nada importa que ese fin esté para nosotros oculto. Su existencia se revela en el teleologismo admirable de la historia.

Por último, hay un tercer elemento de unidad en su sistema, a saber: la función del Derecho. La cultura es diferente en cada tiempo y en cada país; cada civilización tiene sus postulados, cada espíritu nacional sus ideales, cada etapa histórica sus órganos previsores y represores; lo que es mérito en unas partes es demérito en otras, lo que aquí se castiga allí se premia, todo es relativo, temporal, variable. El Derecho mismo se manifiesta históricamente en formas múltiples y contradictorias; pero su función permanece *una*, porque en cada momento ha de responder a los postulados de la cultura, a las tendencias del espíritu universal, que no cabe determinar *a priori*, a causa de la intervención del accidente, pero que deben inducirse del material empírico que la historia universal nos ofrece. Eso hace posible la política jurídica y sus juicios de valoración. El



Derecho ha de promover y proteger la evolución adecuada (teleológica, *bestimmungsgemäss*) del organismo social. Es como un reloj, cuya buena marcha no quiere decir que en todos los puntos del globo ha de señalar la misma hora. Pero esos tres factores, donde el elemento trascendente parece apoyarse, pueden ser apreciados de diverso modo en el sistema de Kohler.

De un lado, habría que ver, según queda indicado, si hay en la cultura un elemento absoluto-material o formal, o si todo, incluso la idea misma, queda entregado al relativismo histórico. Cuando define la cultura: «el desarrollo de las fuerzas que inciden en la humanidad hacia una estructura que se corresponda con el destino de la humanidad misma», parece que ambos elementos, las fuerzas y el fin, son inmanentes (Aristóteles, Hegel).

De otro, la evolución, donde se contiene el ideal de la humanidad, no es un proceso encomendado al azar, ni la eterna repetición de ciclos idénticos de los pensadores griegos: pero no podemos decir si camina, con Hegel, hacia la filosofía, por un proceso lógico, o es con Schelling, el regreso de lo finito al absoluto, el equivalente de la creación y el sistema del mundo.

Indudable parece que Kohler no se detiene como se detuvo Hegel, dando por conclusa la evolución con las formas que eran mero producto de su tiempo (cristianismo, estado prusiano).



No ha pasado en vano una era de positivista realismo. Kohler cree en el continuo avance. De el sabemos que se encamina a la unión con la divinidad; pero no es fácil adivinar en que ha consistido la separación ni lo que será la reintegración. Los hombres superiores, por una percepción intuitiva, aciertan quizá a distinguir en la historia cuales son los senderos que allá van y pueden de algún modo impulsar o señalar el camino.

Por último, la función atribuida al Derecho queda sujeta a las oscilaciones propias de los sistemas donde se combinan el factor teleológico, la historia y la libertad humana. Para que, siendo producto de la cultura de una época, pueda, al mismo tiempo, promover el avance hacia la siguiente, es preciso colocar dentro de él los gérmenes misteriosos de la evolución, y entonces, puesto que Kohler rechaza la historia construida *a priori* al modo hegeliano, no quedaría para nosotros más que un proceso empírico del cual somos testigos, una producción del Derecho análoga a la que quiere Savigny, solo que sustituyendo al alma del pueblo la noción abstracta de la cultura o más lejos, el fondo amorfo del *Ser* universal. Y no es ese el sentido de Kohler, para quien la voluntad, la iniciativa humana, juega un papel importante en la vida. Cierto, que la acción del hombre es solo una irradiación de la actividad universal, divina; pero estando solo al alcance de ciertos privilegiados presentir los designios de ésta, la cultura se muestra en tal aspecto



como una idea, en el tipo de las de Platón; y el Derecho levanta su vuelo y abandona ese mundo experimental de donde Kohler no quiere sin embargo, apartarlo.

Esos son justamente los tanteos a que antes se hacía referencia, con que la filosofía moderna busca la composición entre los elementos, al parecer irreductibles, del dualismo. Donde Kohler pone la cultura y sus postulados, coloca Stammler los principios del Derecho justo; solo que éstos, por su origen kantiano, tienen carácter formal, son (o quieren ser) solamente un método para discernir la justicia o injusticia del Derecho positivo, único existente. Allí también colocaba Stahl los decretos divinos; y Krause el fin racional y absoluto de la vida, que se da como relativo en cada caso concreto; y Spencer la moral absoluta, como ley del hombre perfecto, de una vida tal como debe ser según su naturaleza.

No niega Kohler esa analogía fundamental, aunque combate, por ejemplo, a Stammler, diciéndole que su «Derecho justo» es una reproducción del viejo Derecho natural, porque hay en él, a pesar suyo, un contenido material (cuando, *v. gr.*, declara injusta la esclavitud). Stammler aspira a hallar una regía absoluta, que sirva para determinar, en todo momento, la justicia o injusticia de un contenido jurídico que solo la historia es capaz de dar. coincide con Kohler en que el Derecho es producto de la



cultura de la época; pero no cree que esto dé la norma de su justicia, la cual se deriva, para él, de un principio absoluto *a priori*, distinto del siglo XVIII, porque, siendo puramente formal, no cabe deducir de él un código positivo. Para Stammler, el ideal es inmanente; para Kohler, trascendente.

Kohler admite criterios definitivos en cada momento, pero que varían de un momento a otro, porque cada época tiene sus principios ideales, que son, a la sazón, normas de justicia. Pero en el fondo parece que esos ideales temporales se unen como fases de un proceso total.

A veces, vuelve Kohler la vista al racionalismo hegeliano, que parecía abandonado. Así, cuando dice que el Derecho es la razón de lo infinito, que sale a la superficie en el devenir histórico y guía ese devenir hacia los fines del proceso universal.¹⁹ Parece que, mientras Hegel parte de la idea, Kohler parte del hecho, y por eso emplea un método de estudio positivo. Podría decirse que, para aquél lo racional es real y para éste lo real es racional. Kohler recoge el positivismo y el historicismo y quiere darles un principio trascendente; mientras Hegel, que se encontró con la corriente del Derecho natural, trató de incorporar a ella lo empírico histórico.

19 Kohler. *Wesen und Ziele der Rechtsphilosophie* (Naturaleza y fines de la Filosofía del Derecho). *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, octubre 1907.



Cuando Kohler habla del universo como manifestación del espíritu divino, de la historia como desarrollo de gérmenes dados *ab aeterno*, de las instituciones sociales y jurídicas como formas infinitamente varias de un proceso único; cuando dice que el Derecho es un producto de la cultura de cada época, cuando justifica sus formas históricas, y cuando combate a los escolásticos por haber declarado absolutas ciertas máximas de la cultura cristiano-eclesiástica, parece que se inclina a una posición quietista, como si el mundo y la vida social fueran un proceso objetivo (panteísmo realista), que el hombre puede contemplar y analizar, pero no variar. En esa posición se encuentran, en forma más o menos acentuada, pensadores de muy opuestos campos: Hegel, Savigny, Bastiat, Spencer, los epifenomenistas.

Pero, por otra parte, combate al positivismo y la escuela histórica, porque, si bien no hay un Derecho absoluto para todos los tiempos, hay sí una norma permanente (que es la relación entre el Derecho y la cultura), la cual toma un contenido variable, por la diversidad de situaciones. Ahora bien, hay veces en que el Derecho se divorcia de la cultura,²⁰ y es preciso modificarlo para ponerlos de acuerdo; pero, además, el Derecho es un instrumento para promover esa cultura, y es preciso utilizarlo para tal fin,

20 Es el problema del accidente histórico que desde Hegel viene siendo objeto de controversia. Kohler se inclina (como v. gr. Marx, contra Kirchmann y Feuerbach) a admitir la distinción entre lo real (racional) y lo accidental.



empleando la fuerza. Y he aquí como oscila ahora Kohler hacia un intervencionismo que traspasa la acción artística, previsora, puramente aceleratriz, de un Comte, para acercarse al liberalismo abstracto del siglo XVIII, o al finalismo de Ihering, precisamente las dos posiciones que mayor antipatía le merecen.

Y es que parece como si Kohler quisiera armonizar la acción del hombre y el devenir del *Ser* universal, en una forma análoga a aquella en que el cristianismo pone la libertad humana moviéndose dentro de un plan providencial.

Aunque el Derecho es, pues, para Kohler un producto histórico de la cultura de la época, le asigna una finalidad. Cualquiera que sea el modo como, en su pensamiento, se compongan ambas ideas, no hay duda de que ese teleologismo sale al paso a cada momento en sus escritos. No es eudemonismo (esto cuida mucho Kohler de acentuarlo), pero sí evidentemente Derecho para un fin. Ya se indicó antes que, al oscilar hacia este lado, abandonando quizá un poco la posición hegeliana (en Hegel hay también teleologismo, pero de la idea), se acerca al terreno de Ihering, su mayor adversario, sin más que poner, donde este dice «felicidad», «cultura».

Ahora bien, ¿cuál es para Kohler el fin del Derecho? Con el mayor empeño, insiste en que el ideal de la humanidad está por encima del placer de los sentidos, por encima de la existencia terrena y sus goces. Se inclina a un espiritualismo un poco carte-



siano. Mira con cierto desdén al inventor de la rueca o de la leche esterilizada, al que busca el bienestar de la vida, al que procura a los trabajadores alimentos y ropa; porque, aunque esas son obras buenas, no tienen para él la grandeza de ideal que, *v. gr.*, la creación del Tristán. Hay, pues, aquí una cierta valoración, donde se contrapone el goce sensible, terreno, a la idea de lo elevado, ideal, con un sentido un tanto puritano. No se ve bien el porqué de esa abominación del goce terrestre, ni la razón de que la conquista del pan no pueda ser tan sublime como la victoria de Samotracia. En todo caso, parece seguro que, para Kohler, lo ideal no está en el modo, en la posición del espíritu capaz de prestar a cualquier actividad un tono noble, profundo, sino que está en las cosas mismas, en el contenido de la acción. El ideal de la vida tiene para él siempre un contenido definido. Reconoce que cada época ha tenido los suyos; pero también aquí asoma el principio apriorístico declarando unos más elevados, más excelentes que otros.²¹

La cultura moderna está toda ella, piensa Kohler, informada por el cristianismo,²² el cual, dice, trajo una nueva con-

21 Ciertamente, con un alto sentido. «¿Que rastro dejarían, dice, después de miles de años, nuestra lucha por la existencia, nuestros esfuerzos y combates, si no fueran los monumentos de la ciencia y el arte?» Y luego evoca el canto de Leopardi: *¿Dimmi, o luna: a che vale-Al pastor la sua vita?* (*Die Entwicklung im Recht* [La evolución en el Derecho]: Revista de Grünhut, XIV, 1887).

22 Evidentemente se refiere a la cultura europea y las que ella ha engendrado; no, *v. gr.*, a la japonesa.



cepción del mundo. Más, parece que, al determinar la posición del pensamiento cristiano medieval, atiende principalmente (y eso le permite atribuir al cristianismo una concepción propia) al apartamiento del mundo, al pesimismo atormentado de un Calvino; y prescinde por un momento del sentido optimista y la placidez de San Clemente, San Gregorio de Niza, San Juan de la Cruz, San Francisco y Santa Teresa.²³

Es un punto que ofrece dudas el de si el ideal, para Kohler, está fuera de nosotros o en nosotros mismos. A veces, parece inclinarse a que, mientras la ciencia tiene un criterio, que es la realidad del objeto, ese criterio trascendente no existe, ni en el Derecho, ni en la moral, ni en la lengua, ni en el arte. Pero esta posición peculiar, algo cartesiana, que asigna a la ciencia una situación privilegiada, dejaría sin explicar aquella otra desde la cual busca Kohler un ideal definitivo para la vida, y le aproxi-

23 Esa concepción de la Edad Media, como la época de la tristeza, del austerismo, de la oscuridad, que compartieron Goethe y Hegel (para este, después de Grecia, se acaba el arte, porque en la Edad Media el fondo es infinito y no hay forma adecuada) y tiene sus precedentes en los cínicos y los ascetas de la Tebaida, parece estar hoy en honda crisis: basta pensar en el cuidado del cuerpo, en los juegos (Justas, torneos, etc.), en la riqueza y la alegría de la Venecia y Florencia del siglo XIV, en la complejidad de la vida municipal o en la ligera arquitectura y la risueña escultura francesas del XIII. Dante es lúgubre en su *Infierno*, pero también lo fueron los cínicos. Y en cambio San Francisco de Asís y Petrarca nada tienen de tristes. Análogas atenuaciones habría que hacer en cuanto a la posición general del renacimiento, como favorable al goce terrenal, si se piensa en Lutero, Calvino o Savonarola.



maría un poco en este punto a la concepción de Lange, para quien la ciencia empieza y acaba en la observación, en el objeto particular, quedando fuera de ella todo aquello que trasciende de aquí y que es necesario para que la vida no quede mutilada, como v. gr. el ideal estético, el ideal moral, la religión.

Los valores culturales que el Derecho ha de promover, pertenecen, según Kohler, a varias esferas: al conocimiento (ciencia), a la contemplación (arte), al sentir metafísico (religión) y a la fuerza (dominio del mundo), sin que se perciba jerarquía ni preferencia alguna entre ellas.

Aparece en Kohler, al tratar del ideal jurídico, lo que podríamos llamar el aristocratismo hegeliano: el Derecho, aunque destinado al pueblo, no debe ser plebeyo; ha de permanecer ideal, educador, no se ha de inspirar en la perezosa comodidad de la masa, ha de preceder a la evolución, llevando la antorcha de la cultura. Relaciónase esto con una cierta tendencia a apartarse de la razón, de la reflexión y la autoridad, para confiarse algo al sentimiento, a la intuición, a la originalidad creatriz, de donde surge a su vez el problema de los genios y su papel en la vida.

Además de la oposición entre cielo y tierra, hay en Kohler otra entre los seres superiores y la masa. La conciencia del pueblo aparece para él en dualismo con la conciencia superior de una clase. La cuestión está en determinar la relación en que se dan esas concepciones.



Para Hegel, cada hombre es hijo de su tiempo. La escisión entre el hombre superior y el vulgo es solo un momento (aspecto) al cual antecede y sigue una plena compenetración. La cultura no tiene por objeto arrancar de la conciencia popular hombres superiores que luego no se entiendan ya con ella, sino elevar esa conciencia popular y hacerla crear individualidades geniales, que se consideren como parte y producto suyos. La conciencia de los hombres superiores no es sino la forma reflexiva de la conciencia popular. La cultura es, como la lengua, producto de una comunión social, en cuya formación el pueblo y los hombres superiores colaboran, aunque de modo distinto. Lo mismo los grandes hombres que el pueblo, son instrumentos de la razón universal.

No parece que puede identificarse en este punto la concepción de Kohler con la de Hegel. En los diversos problemas que aquí se enlazan (la razón y el sentimiento, la reflexión y la espontaneidad, los hombres de genio y la masa, etc.), las soluciones a que se inclina acusan quizá otros influjos.

La emancipación del sistema cerrado racional, de la presión social regulada, que representaba la *Aufklärung*, para dar libre juego a la fuerza expansiva individual, el culto de los genios, el valor del presentimiento y la visión interna, el desprecio del filisteísmo, el apartamiento de la pequeñez de la vida política, buscando refugio en la vida interior, en la ciencia



y la literatura, en la simplicidad de la naturaleza, culminan en el humanismo alemán, en la filosofía de la fe (Hamann, Herder, Jacobi) y en todo el movimiento romántico del primer tercio del siglo pasado.

No faltan, sin embargo, corrientes encontradas dentro de esa general. La escuela histórica realza el valor del Derecho consuetudinario, como derivado inmediato de la conciencia del pueblo, fuente única de toda regla jurídica pero el mismo romanticismo que ella representa quiere, por otra parte, romper trabas sociales, convencionalismos, respetos externos, y levanta un pedestal a los genios, que se contraponen así a la masa. Verdad es que, al principio, es para declararlos exentos de las reglas que rigen al vulgo, atribuyéndoles una moral y un Derecho personales, o eximiéndolos en absoluto; pero en cuanto se da un paso más y se admite que las creaciones de esos hombres superiores pueden descender, más pronto o más tarde y más o menos impurificadas, hasta la plebe, se impone el gobierno de la sabiduría y nos acercamos al despotismo ilustrado y al doctrinarismo.

Cierto, que se da una conciliación, cuando se consideran los genios como producto social de su época, reduciendo su papel a la enunciación de lo que ya está de algún modo elaborado en la conciencia de la masa (Hegel), o como último grado



de una serie indefinida de capas sociales en las cuales se hallan, cada vez en forma más inmediata y menos amorfa, sus concepciones (Giner). Pero en Kohler no parece ser esa la idea. Antes bien, su doctrina recuerda la de los héroes de Carlyle, o la de los hombres superiores de Renan, aunque con las atenuaciones que la época actual impone al amoralismo romántico.²⁴

Con todo, la doctrina más afín a la de Kohler es probablemente la de Nietzsche. Con frecuencia habla del superhombre. Es misión del Derecho favorecer el desarrollo de espíritus superiores y otorgarles la amplia esfera de acción que su papel social requiere; porque un pueblo no es grande cuando es feliz el mayor número de los ciudadanos, sino cuando unos cuantos hombres geniales abren nuevas vías a la cultura, aunque él gima en la miseria. El superhombre es, ante todo, para Kohler, el promotor de la cultura, y la cultura, predominantemente, la creación artística, el invento, la idea genial.²⁵

24 «Estamos hoy muy lejos de la concepción histórica del bueno de Schlosser, que juzgaba a los grandes hombres según el catecismo»... «como si el hombre no tuviera otro fin que el de vivir honrada y decentemente y como si, entre el héroe que abre nuevos caminos y el maestro de escuela de una aldea, no hubiera más diferencia que la de que uno da más que hablar el otro...» Kohler. *Aus Kultur und Leben* (De la cultura y de la vida), Berlín, 1904, pág. 6.

25 Téngase en cuenta que, en opinión de Kohler, la idea fundamental del sistema de Nietzsche es hegeliana, y su mérito ha sido considerar la personalidad, no en su valor individual, sino en lo que su acción significa para la historia. *Moderne Rechtsprobleme*. pág. 10 y sigs.



Pero si queremos averiguar en qué consiste la superioridad del hombre de genio, cuál es la génesis, el contenido o la dirección de su espíritu, que nos sirvan para trazar la línea divisoria entre ella y la locura y para ordenar los espíritus según un criterio de excelsitud, pueden notarse ciertas diferencias entre la concepción de Kohler y la de Nietzsche.

Para éste, *v. gr.*, el superhombre nace de las entrañas del pueblo, en una especie de evolucionismo darwinista. Para Kohler, aunque el superhombre ha de participar, en más o en menos, del carácter de su pueblo, porque, si no, no hallaría eco alguno, más bien que surgiendo del pueblo, parece colocado delante, por una especie de plan divino. El superhombre descubre, por intuición, los caminos de la cultura, y entonces él es el guía; más que eso, él es el pueblo mismo y, por tanto, fuente y fin del Derecho.

Mas, como todo ello se entiende bajo el supuesto de que hay un camino que recorrer y un punto a donde llegar, el superhombre de Kohler no es, como el de Nietzsche, la idea misma, por decirlo así, sino recuerda más bien al filósofo de Platón, a quien es dado contemplar la luz pura de la idea, la realidad esencial e inmutable, penetrar con una mirada sintética en el reino de la verdad, despojarse de afectos y excitaciones terrenos, apartarse del mundo sensible y elevarse a una vida



semidivina, donde tienen su propio lugar el sentimiento y la participación en el placer y el dolor ajenos. Colocado al frente del Estado presta a éste, con su pensamiento, un contenido superior al nivel espiritual de la masa.

Admite Kohler en el superhombre, a diferencia de Nietzsche, el amor al prójimo, que considera compatible con el amor a la humanidad futura, y la lucha por los ideales. No quiere al superhombre sino laborando dentro del estado, sometido al orden político, y le parecen peligrosos los espíritus anarquistas, que no hacen sino destruir. Por último, se opone a Nietzsche, cuando éste considera al cristianismo como moral de la decadencia, porque, dice, el apartamiento del mundo no fue principio esencial, sino una fase pasajera de su evolución, necesaria en su tiempo.

Hay en el superhombre de Kohler cierta tendencia a dominar la historia, ordenando la vida y el mundo, incluso con el empleo de la violencia, según las exigencias de su ideal y para los fines de la cultura (*v. gr.*, la obra que atribuye a los caudillos).

Concibe Kohler el estado, al modo de Hegel, como la realización de la idea ética. Solo que, mientras en Hegel el estado se construye lógicamente como momento superior del Etos (familia, sociedad civil, estado), que es el grado último de objetiva-



ción del espíritu, donde se unen el Derecho y la moralidad, Kohler pone como base de la construcción la experiencia histórica, y justifica luego con principios metafísicos lo que la realidad le ofrece.

Para ambos, el estado es el espíritu divino que se desenvuelve y se organiza en un mundo. Pero cada uno coloca como elemento apriorístico las ideas de su época: Hegel, el racionalismo constructivo y los principios del Derecho natural, que le llevan a encontrar, mediante un proceso lógico, la monarquía burocrática de su país y su tiempo; Kohler, el análisis del proceso empírico-histórico y el principio de la evolución, de donde resulta la justificación de todas las formas de comunidad que la realidad viva nos ofrece, en cuanto son modos de realización de las fuerzas culturales que actúan en la historia universal.

La historia y el Derecho comparado nos muestran el tránsito, en los pueblos, del totemismo al *sachemismo*, de éste al caudillaje, luego a la monarquía, etc.; pero este proceso no es igual en todas partes, porque depende de factores muy varios, entre los cuales ocupa un lugar importante la conciencia del pueblo.

Sin embargo, encuentra Kohler ciertas notas que parecen tener un valor histórico universal: *v. gr.*, que la humanidad ha



partido de grupos sociales más o menos diferenciados de que ha ido, por obra de la cultura, destacando su personalidad el individuo y conquistando su libertad. Con ello queda, a su juicio, rebatido el principio que sirve de base al contrato social.

Sólo en el seno de tales comunidades puede desarrollarse la civilización. Ahora bien, como hay fuerzas destructoras, enemigas de ésta, y es preciso combatirlas y someterlas, el estado debe ser una unión autoritaria, de poder y duradera.

¿Qué valor concede Kohler al elemento reflexivo y al elemento espontáneo en la vida del estado? Si en este punto cabe aventurar una respuesta, sería en el sentido de la preponderancia de aquél sobre éste.

No hay duda de que admite la elaboración semi-inconsciente, consuetudinaria, de la vida jurídica, allá en el fondo de la masa social; pero, dado el carácter teleológico de su estado, le parece lenta, blanda, imperfecta, esa acción y prefiere la obra legislativa, en la cual pone toda su fe. Verdad es que hay que atender en cada momento a los ideales de la cultura, los cuales se revelan, parte en la historia misma, y parte fuera de ella, mediante una intuición genial; pero, una vez en posesión del ideal, los espíritus directores, los superhombres y los legisladores, han de procurar imponerlo por todos los medios,



incluso la más dura violencia. Hay en esa acción un límite que marca la esfera propia del individuo, adonde no puede llegar la acción del estado; pero no se trata para Kohler de un principio absoluto, a la manera de los «derechos del hombre», sino de un límite relativo, históricamente determinado y sujeto en definitiva al supremo criterio de las exigencias culturales.

Quizá en este punto se aparta también algo Kohler del sentido quietista de Hegel («la filosofía llega siempre tarde» para regir el mundo).

Concibe Kohler el estado, a un tiempo mismo, de un modo teleológico, como Platón, Aristóteles, o el liberalismo del siglo XVIII, y de un modo naturalista, en el sentido de Hegel, como momento de la evolución del Todo. A veces, sobre todo cuando examina sus formas históricas, recuerda la fórmula de Schelling (el estado es una cosa natural, como lo es una planta) y hasta la de Lamark y Darwin (concepción causal: lucha, selección, adaptación, herencia, etc.): la nota característica de Kohler es precisamente el intento de fundir las complejas corrientes de la ciencia moderna.

Pero no puede coincidir con Aristóteles, ni con Grocio, ni con el siglo XVIII, en la concepción del estado como una organización al servicio de los fines individuales, como un producto de voluntad. Quizá se aproxima más al sentido de Platón,



que concibe el estado como organismo, solo que la idea, a cuyo servicio están lo mismo el individuo que el estado, es en Kohler la cultura. Recuerda igualmente a Platón su inclinación a la sofocracia y también, aunque no tan acentuado como en éste, el lugar secundario asignado a la acción amorfa social. Pero mientras el filósofo griego antepone el gobierno del hombre al de la ley, Kohler tiene más fe en ella que en la acción del gobernante y del juez.

Esta preferencia concedida a la ley no procede, como en el siglo XVIII, de la tendencia racionalista, universalista, ni del sentido de infalibilidad, al modo de la naturaleza, ni de la desconfianza hacia los que ejercen un poder; sino más bien de suponer que la ley es instrumento más perfecto y, sobre todo, más rápido, para subvenir a las complejas necesidades de la vida moderna.

No se pone Kohler, como no se lo pusieron los griegos, ni Hegel, el problema de la justificación del estado. La historia nos lo ofrece objetivamente, aunque en formas relativas y variables; y, de un modo apriorístico, sabemos que es un momento en la evolución del proceso universal y que constituye el gran órgano promovedor de la civilización. Solo dentro de él puede la humanidad encaminarse a sus fines. He aquí como se amalgaman la concepción causal y la finalista.



En cuanto al problema de la extensión de las atribuciones del estado, ni que decir tiene que Kohler combate la teoría del estado de Derecho que dominó el siglo XVIII y, en contra de ella, le asigna como fin el fomento de la cultura humana, dentro de un territorio y mediante un Derecho propio.

En la determinación de la esfera de acción del estado, ocupa Kohler, como en la del concepto del Derecho, un lugar entre los que quieren llegar a la composición de un principio absoluto y un relativismo historicista. Quizá en este punto concreto su posición se asemeja, más que a ninguna otra, a la de Merkel (al cual combate en la concepción fundamental de su doctrina general del Derecho), en cuanto éste cree que el estado ha de mantener un orden jurídico, como medio necesario para garantizar un orden de intereses que *a la sazón* considera importantes. De un momento a otro pueden variar los intereses que se consideran dignos de protección. Para Merkel, llegan a obtenerla los que la conquistan, los que tienen fuerza para imponerse. Kohler coloca aquí el elemento absoluto, la cultura, la cual determina, para cada tiempo y para cada país, cuáles son los órdenes de vida que el Derecho debe amparar.

La coacción parece ser para Kohler nota esencial del Derecho. Lo define como ordenación social coactiva de las rela-



ciones humanas, y añade que, precisamente por ser ordenación social coactiva (*Zwangsordnung*) se diferencia del Etos y la moral, con los cuales, históricamente, ha estado al principio fundido.

Pero, dada la crisis por que la idea de coacción atraviesa en las modernas doctrinas jurídicas, no es fácil representarse con cierta exactitud la posición que ocupa en la de Kohler.

Por lo que hace al Derecho penal, se coloca Kohler, en general, al lado de la escuela que suele llamarse clásica, frente al positivismo y a las modernas teorías.²⁶

Así, ante todo, en el problema de la libertad de la voluntad. Dejando un momento su posición panteísta y colocándose en el terreno de los teístas que discuten la relación de la presciencia divina con la libertad humana, considera infundada la pretendida incompatibilidad entre ambas; porque, siendo la evolución temporal una cosa real, pero relativa, y hallándose Dios por cima de ella, el pasado, el presente y el porvenir, dice, se funden ante él en una unidad indivisa.

El conflicto entre la causalidad universal divina y la libertad del hombre intenta también resolverlo, desde el mismo

26 Véase especialmente *Moderne Rechtsprobleme*, págs. 19 y sigs., y *Einführung in die Rechtswissenschaft*, págs. 148 y sigs. (2ª. edición), de donde principalmente se han entresacado las notas fundamentales.



punto de vista, considerando, de un lado, que al poner Dios la libertad de voluntad ha dejado abiertas las diversas posibilidades que ella supone, y de otro, que ha establecido, al lado de esas fuerzas de dirección indeterminada, factores de otra índole para asegurar, a pesar de ello, un resultado final conforme a su plan divino. El hombre es responsable del mal, no Dios. El mal procede de la pluralidad fenoménica, no de la unidad de la esencia primera.

Tampoco la regularidad de ciertos hechos, que la estadística comprueba, dice nada, en su opinión, contra la libertad humana: porque, si hasta el acaso ciego tiene sus leyes, ¡Cómo no ha de tenerlas el acto humano, que no procede de un puro indeterminismo, sino de un agente influido por motivos y carácter!

Por último, considera la libertad compatible: *a)* con la ley de causalidad, porque, colocado el individuo, como agente autónomo, en la cadena de las causas, queda para cada caso explicado el «sí» de la acción; y en cuanto al «cómo», es cosa que no cae dentro del axioma de la causalidad; *b)* con la conservación de la energía en el mundo, puesto que cabe que el acto volitivo tenga en la energía universal un mismo valor, cualquiera que sea su contenido; y *c)* con la fisiología del cerebro, porque ella no es el único factor en los fenómenos de la sensación.



Para Kohler, la libertad de voluntad es conocida por la experiencia interna. Cualquiera que sea el influjo de los motivos y el carácter, cada uno siente dentro de sí que no son ellos las únicas fuerzas (como suponen Espinosa y Schopenhauer), sino que interviene también un nuevo elemento, la resolución interna.

Proclama la primacía de la voluntad sobre la inteligencia, en el sentido de San Pablo y San Agustín. Los motivos pueden tener un influjo parcial sobre la voluntad; pero ésta, en último término, les asigna el valor que quiere, abultándolos o desvaneciéndolos. La voluntad es sustantiva. Hay hombres de voluntad firme y otros de voluntad débil. La actividad volitiva no es la resultante de sentimientos (*Gefühle*) confluyentes; hay un órgano de la voluntad que es algo más que lugar en que éstos se coordinan.

Frente al determinismo, coloca Kohler los argumentos de la escolástica. No somos forzados desde dentro por las energías formativas que existen en cada uno de nosotros. Los motivos internos no convierten al alma en una máquina. Hay que distinguir la *libertas a coactione* y la *libertas a necessitate*. Esta última significa que, puestas todas las condiciones, puede el agente obrar o no obrar. La responsabilidad no se basa, como piensa el determinismo, en un juicio de valoración, sino en la posibilidad de hacer una cosa en vez de otra. En otro caso, no



se ve por qué hubiera de limitarse a la valoración moral y no abarcar también la intelectual, siendo condenado, *v. gr.*, el demente.

Contra Merkel, que niega la libertad de la voluntad, pero cree que ésta puede ser objeto de valoración ética, porque en la ética, como en la estética, nada influye el que pueda o no obrarse de otro modo,²⁷ arguye Kohler que, mientras en la estética no importan el agente ni la acción, sino la obra, la idea devenida realidad, en la ética se trata del sujeto, en el cual es precisa la posibilidad (aunque no la efectividad) de una deliberación interna. Merkel prescinde, a juicio de Kohler, de que el carácter es también a su vez producto de la disciplina educadora que uno se impone; de que hay en ocasiones elección entre varios actos buenos, según la oportunidad y las circunstancias, o elección del modo y forma de su realización, y de que, por último, pueden ir acompañados de sentimientos diversos, como la modestia o la vanidad. A un loco, dice, que tuviera la manía de salvar náufragos, no le atribuiríamos mayor cualificación moral que a un perro de San Bernardo.

La voluntad humana no está, ni sometida al determinismo de los motivos y el carácter, ni en el equilibrio indiferente de un

27 Porque no admiraríamos, *v. gr.*, menos al samaritano, aunque no pudiéramos imaginar que hubiera obrado de otra manera. Al contrario, le apreciaríamos más, si creyéramos su moral tan firme, que excluyera la posibilidad de obrar de otro modo.



absoluto indeterminismo. Tiene un campo limitado por ciertos puntos extremos; pero dentro de él es sustantiva.

Parece aceptar Kohler la concepción escolástica, en cuanto a los límites entre lo inmoral y lo injusto. El Derecho, dice, no se refiere a los pensamientos, sino a los actos externos, aunque éstos consistan solo en una simple manifestación de voluntad.

¿Qué actos humanos deben caer dentro de las prescripciones del Derecho penal? En sentir de Kohler, para que un acto deba ser castigado como delito, es preciso que dañe ciertos intereses (*Lebensgüter*) de la humanidad y que no sean eficaces los restantes medios de reacción de que la sociedad dispone para anularlo o hacerlo inofensivo. Los intereses que el Derecho penal ha de proteger varían según los tiempos y las relaciones sociales.

Pero, en todo caso, es la pena un último remedio, aplicable solo en defecto de todos los otros, especialmente en defecto de una suficiente protección de Derecho civil.

La teoría que supone existente en todo caso una *norma* prohibiendo obrar de un cierto modo y amenazando con una pena al contraventor, no es admisible, según Kohler, en el Derecho penal, sino solo en las reglas de policía, donde la contravención, *v. gr.*, del que no circula con su coche por la derecha



o por la izquierda, no es un ataque a los intereses sociales, sino una norma arbitraria, establecida para mantener el orden.

Es fin del Derecho penal, según Kohler, la retribución, que restablece, mediante un padecimiento, el orden perturbado. Si se prescinde de la retribución, el Derecho penal se convierte en un sistema de tutela policíaca o de seguridad utilitaria, o en una organización pedagógica, que nada tienen que ver con la justicia.

Profesa, pues, Kohler una teoría absoluta; pero la atenúa por varios lados:

1°. Porque la retribución, en cuanto a su intensidad, ha de acomodarse a los postulados de la cultura de la época.

2°. Porque, aunque no contenidos en el concepto de retribución, se hallan en conexión con él otros dos: el de intimidación y el de corrección, y ambos deben acompañar a la pena.

3°. Porque, recogiendo lo que ya son exigencias culturales comunes a casi todas las escuelas, exige Kohler del estado la prestación de aquellas condiciones que, favoreciendo una vida social sana y noble, contribuyen a la disminución de la criminalidad. Tales son: la educación en todas sus fases, especialmente la educación del carácter; el cultivo de la religión, que tan gran influjo moral ejerce; el fomento del espíritu corporativo; la lucha



contra el alcoholismo; las facilidades para la obtención de trabajo; las medidas de seguridad (incluso la privación de libertad) tomadas, después de cumplida la pena, con los delincuentes no corregidos o incorregibles; la tutela de los penados, después de la condena; la libertad condicional, etc.

Cierto que todas esas funciones que corresponden al estado como otros tantos deberes para con el delincuente tienen, en sentir de Kohler, su esfera perfectamente separada de la propia del Derecho penal; pero, aun así, queda la teoría absoluta atenuada y completada por las ideas fundamentales de las teorías relativas.

Considera Kohler erróneo que el fomento de los intereses espirituales y el progreso de la civilización disminuyan la criminalidad. Al contrario, dice, trae aquélla gérmenes de perversidad que debemos procurar ahogar. A mayor cultura, mayor rigidez en el Derecho penal.

En todo caso, no considera que ese aumento de criminalidad sea un estorbo para la marcha de la historia. Desde Nietzsche, dice, nadie puede dudar de que en ésta no importa el valor moral de un hombre, sino su influjo en el desarrollo de la cultura y de la humanidad. Parece, pues, que Kohler coincide con los que, como Durkheim, consideran el delito como un fenómeno necesario, aunque malo.



Es hoy quizá Kohler el más caracterizado representante de una dirección de la ciencia jurídica que, formada en época reciente, ha consolidado ya buena parte de sus conquistas y quiere tomar posición en los diversos problemas fundamentales. Me refiero a la llamada ciencia del Derecho comparado, y también jurisprudencia etnológica o etnología jurídica.

La reacción que contra la corriente abstracta del Derecho natural, representó la llamada escuela histórica, hizo volver la vista al dato empírico, como única base firme de construcción científica. Para sorprender al Derecho en la conciencia del pueblo, era menester escudriñar la vida jurídica de las sucesivas generaciones que, en su continuidad, lo integran. Se acudió a lo que más a mano se tenía; y los historicistas, a pesar de voces aisladas que proclamaban la necesidad de tomar como base la legislación de todos los pueblos antiguos y modernos (Thibaut), no apoyaron fundamentalmente sus doctrinas, ni extendieron apenas sus trabajos más allá del Derecho romano y el Derecho germánico; porque la escuela histórica fue, ante todo, una escuela de juristas, preocupados, no de estudiar *el* Derecho, sino *su* Derecho.

La introducción de la historia universal de éste se debe principalmente a un movimiento de la que suele llamarse filosofía abstracta o especulativa, a la corriente de Hegel y los



hegelianos. Pero una cosa era asignar a la historia su lugar en una concepción del mundo, y otra descubrir y sacar a luz sus arcanos. Esto último ha sido la resultante de muchas investigaciones. Cuando Gans planeaba su gran obra, no había aún materiales para construirla sólidamente.

Ha sido después de mediar el siglo pasado cuando toma cuerpo la idea de reunir esos materiales para una historia universal del Derecho.

Bachofen, Maine, Mac-Lennan, Morgan, Post, Howitt, Bernhöft, Dargun, Leist, Letourneau, Lubbock, Westermarck y tantos otros, aportan contribuciones importantes; y la revista para la ciencia del Derecho comparado (*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*) se convierte en principal archivo, donde los nuevos descubrimientos van registrándose.

Los investigadores no suelen contentarse con recoger los datos –muchos de ellos los reciben de viajeros y misioneros, o los entresacan de la literatura– y añaden la labor coordinadora y la reconstitución de las instituciones.

Apenas la nueva ciencia empieza a sentir ensanchada su base, recibe el soplo realista positivista de la época, y rompe las amarras para navegar por cuenta propia.

Post es quizá el más caracterizado representante de ese momento en que la ciencia del Derecho comparado adquiere



fuerza constructiva, se alza contra la concepción filosófica que la había engendrado y contra la corriente historicista que la había nutrido, y aspira a ser el núcleo por excelencia de toda ciencia jurídica.

Rechaza Post el criterio de la conciencia y proclama la experiencia criterio único cognoscitivo. Para dar a ésta garantías, reclama la investigación de las instituciones jurídicas de todos los pueblos; solo que no le interesan en su localización nacional, ni en su conexión temporal, sino como elementos para descubrir ciertas fases (*v. gr.*, gentilicia, territorial, señorial, corporativa) que se repiten en la vida de aquéllos y acusan la evolución uniforme y la unidad fundamental de la naturaleza humana.

Esa unidad es uno de los ejes de la doctrina, porque únicamente apoyándose en ella cabe aspirar a la deseada universalidad de la experiencia, ya que los datos históricos ofrecen, sobre todo por lo que se refiere a los tiempos primitivos, grandes lagunas que no sería posible llenar si, en virtud de aquella hipótesis, no se acudiera a los pueblos actuales que se supone atraviesan una fase análoga, ya a los pueblos salvajes, bárbaros y semicivilizados, ya también, para situaciones especiales, a los mismos pueblos cultos.



Así se contrapone la jurisprudencia etnológica a la filosofía abstracta del Derecho y a su historia, y por eso la doctrina de Post ha tenido que sufrir los ataques de ambos campos.

Desde el campo de la filosofía, replica, *v. gr.*, Schuppe, negando valor metodológico universal al sistema del Derecho comparado, porque –viene a decir– para buscar una cosa, es preciso tener previamente alguna noción, por vaga que sea, de ella; no hay experiencia sin un concepto general de su objeto, y no cabe buscar fenómenos jurídicos, ni aplicar el calificativo de jurídico a hecho alguno, sin saber ya, más o menos definidamente, lo que es el Derecho, lo cual, como todos los conceptos generales, nos es dado primeramente en forma oscura en el lenguaje. Aunque los conceptos no nacen sin comparación, no es, pues, ésta sola la que los forma. Ni tampoco es preciso conocer todos los pueblos: como el zoólogo y el botánico no necesitan, para llegar a conclusiones, haber visto todos los ejemplares de una especie. Aunque lo común ha de encontrarse en todos y cada uno de los individuos, no quiere eso decir que se obtenga por la mera eliminación de las diferencias; antes bien, depende de la aptitud individual, que coloca a un observador en situación de sorprender en pocos ejemplares lo que otro no llega a percibir en el examen de un gran número.



Desde el lado de la historia, ponen unos en duda la especialidad del método comparativo frente a la crítica y al método histórico; quieren otros (*v. gr.*, Schröder) llevar a la historia del Derecho el de los pueblos arios, y a la etnología el de los demás; y alguno, como Leist, pone a un lado la investigación de las afinidades racionales de los esquemas jurídicos (que es, para él, la esfera del Derecho comparado), y separa de ella la de las instituciones de un grupo de pueblos (los pueblos arios), la cual no tiene otro método que los principios de la crítica histórica.

No es tampoco la teoría que Post representa, la única dentro de la ciencia del Derecho comparado. Al menos, se presentan bajo el mismo nombre otras concepciones que coinciden con aquélla en la admisión del método comparativo; pero no en la finalidad, ni siquiera en la naturaleza misma de la comparación. Hay, sobre todo, un grupo considerable de juristas que cultivan el estudio paralelo y aun el estudio comparativo de los Derechos modernos, ya como accesorio y auxiliar del conocimiento de un Derecho nacional, ya para entresacar las ideas dominantes en nuestra época, obteniendo, *v. gr.*, un «Derecho común legislativo» o las bases de una «Política civil».

Pertenece Kohler, sin duda, a la corriente que viene de Post, y, como él, ha traído preferentemente al Derecho com-



parado las instituciones de regiones remotas y de pueblos primitivos o semicivilizados. El Derecho de los negros australianos, de los papúas, de polinesios y malayos, de diversas tribus africanas y americanas, de los aztecas, chinos, japoneses, egipcios, israelitas, asirios y babilonios, el Derecho birmano y el budista, el musulmán, el indo, el armenio, el griego, el celta, el del Tibet y tantos otros, han sido objeto de sus trabajos, unas veces, tratando de reconstruir su conjunto, otras, estudiando en alguno una manifestación especial, y otras refiriendo varios a una institución determinada, como la comunidad de mujeres, el parentesco artificial, el matrimonio, el matriarcado, la venganza de la sangre, el Derecho de asilo o las ordalías.

A veces se inclina Kohler a considerar la ciencia del Derecho comparado como una especie de prehistoria, que, con procedimientos especiales, nos conduce a través de épocas inciertas hasta las puertas mismas del conocimiento propiamente histórico.²⁸

Lo mismo que Post, reduce Kohler los sistemas jurídicos varios que aparecen en épocas o regiones distantes, a ciertos tipos de organización, con lo cual señala, en medio de la infini-

28 Véase su artículo *Die Entwicklung im Recht* (La evolución en el Derecho), en la Revista de Grünhut (*Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart*), tomo XIV, 1887, pág. 410 y sigs.



ta variedad de los usos y las normas, algunas fases comunes de una evolución general.

Supuesto necesario de ese método es también para Kohler la unidad fundamental de la especie humana, a que antes se hizo referencia, la cual queda, en su opinión, demostrada por la identidad de ciertos usos en pueblos apartados y épocas distantes. Los estudios inferiores de la cultura son uniformes en sus líneas generales; las diferencias se inician en los pueblos, como en los individuos, cuando llegan a un cierto desarrollo somático. Por eso rechaza muchas construcciones, *v. gr.*, de Leist, que tienden a inducir, de la identidad o analogía de algunas instituciones en varios pueblos, la comunidad de vida de éstos en la época en que aquéllas se formaron.

No se contenta Kohler con una reconciliación entre la filosofía del Derecho y su historia universal; quiere compenetrarlas íntimamente. La historia pone de manifiesto los datos y las fases de la evolución jurídica, sus antecedentes culturales, sus consecuencias, el mecanismo total de fuerzas y resistencias que han determinado la vida, una de las cuales es el Derecho. En este punto, recoge la filosofía esos materiales e investiga cuál ha sido y cuál será el valor del orden jurídico en la evolución teleológica del proceso universal.

Es decir, que, ni para Kohler, ni para Post, cabe filosofía del Derecho sin historia universal. Y si un hombre como Hegel



pudo en cierta medida hacerla, fue por haber adivinado, con una intuición genial, el elemento positivo que su época aún no conocía.

Pero la coincidencia de ambos no llega mucho más allá. Porque, mientras Post, partiendo de una especie de panteísmo mecánico, coloca la evolución general del Derecho como base para fundar su filosofía, Kohler pone en el fondo la doctrina hegeliana (con las atenuaciones antes indicadas), y añade, por tanto, al elemento histórico otro apriorístico, siendo la relación entre ambos, no metodológica, como en Post, sino metafísica, como en Hegel. Sabido es que, para éste la historia desenvuelve dialécticamente, según las fuerzas interiores que la impulsan en cada momento, lo que la filosofía construye *sub specie aeternitatis* en forma de concepto.

Por último, es también distinto en ambos el factor primordial de la historia: para Post, es el elemento étnico; para Kohler, la relación cultural. Ya Bachofen la había señalado como determinante del Derecho; pero, en Kohler, la cultura no es, o por lo menos no es solamente, según se ha indicado, la suma de fuerzas espirituales que a la sazón actúan, sino una ley de la vida, una finalidad inmanente que, por caminos distintos, empuja indefectiblemente a la humanidad hacia su más alto destino.



*

Debo al profesor Kohler su generoso permiso para publicar esta obra en español; a mi maestro señor Giner de los Ríos, la revisión de una parte del texto y casi todos los materiales para las notas que preceden; y a mi compañero señor Canseco, algunos interesantes datos y correcciones. Sirva esta mención de público testimonio de mi agradecimiento.

Valladolid, diciembre de 1909

J. CASTILLEJO.

A. Fundamentos

§ 1. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO NATURAL

La filosofía del Derecho es una rama de la filosofía del hombre, es decir, de la filosofía que trata de descubrir la posición de éste y de su civilización en el mundo y en el mecanismo universal. El Derecho, como en las otras manifestaciones de la cultura humana, se eleva a las alturas de la filosofía desde el momento en que se trata de investigar su significación en el universo. La filosofía del Derecho ha de considerar, pues, al hombre como órgano de la cultura; y habiendo de concebirse ésta en constante progreso si no se quieren destruir el mundo y la humanidad, será misión de la filosofía del Derecho el reconocimiento de éste como una cosa en continua evolución y progreso.

Nada hubo, pues, en su tiempo más equivocado y antifilosófico que la opinión de que la filosofía del Derecho, tiene que investigar y como hacer bajar de las estrellas un Derecho natural, eternamente justo. Se desconocía por completo que la cul-



tura y sus manifestaciones no son como las leyes naturales, que permanecen siempre invariables. Sin duda que el hombre todo y toda la evolución humana se reducen, en último término, a leyes del cuerpo y del espíritu; pero en virtud de la constante y nueva mezcla de fuerzas, brota de esas leyes una variación y renovación continuas. Deducir de la unidad de la naturaleza humana un Derecho permanentemente inmutable valdría lo mismo que deducir de la inmutabilidad de las leyes naturales la consecuencia de que los fenómenos de la naturaleza no pueden en modo alguno ser varios.

La idea del Derecho eterno era, por consiguiente, un error fundamental. Podría solo justificarse suponiendo que el hombre ha sido creado perfecto de una vez, y que su destino consiste en conservar siempre la misma perfección, es decir, que el estado paradisiaco es el correspondiente y adecuado al hombre.

Esto aceptó en su tiempo la ciencia teológica, y partiendo de aquí tenía sentido y congruencia el creer en un Derecho implantado por Dios que, a lo sumo, se habría perdido como consecuencia de la caída en el pecado.²⁹ Déjense a un lado estas

29 Sin embargo, ya Tomás de Aquino, aunque supone una *lex aeterna* y una *lex naturalis*, derivada de ella (*Suma theol.*, 1, 2 q., 91 a., 1-3), y supone también que la *lex naturalis* el fondo común a todos (1, 2 q., 94 a., 4), admite excepciones; y piensa igualmente, no sólo que la *lex naturae* es susceptible de adiciones, sino que hay cosas en ella que pueden suprimirse: *nonnulla propria subtrahi quoe legis observantiam pro temporum varietate impedire possent* (1, 2 q., 94 a., 5). Con mayor claridad se expresa en



representaciones teológicas, y la idea de un Derecho establecido *ab aeterno* carece de toda base racional, por muy racionalista que ella trate de aparecer; contradice la vida humana como fenómeno de cultura; supone que al hombre cuadra y conviene solo una misma norma, como si la civilización no engendrarse constantemente la necesidad de otras nuevas, y como si el progreso fuera cosa accesoria que no tocara a la esencia del hombre. Es el mismo error que imaginaba un idioma universal y tenía que recurrir a la Torre de Babel para explicar la diversidad de lenguas, mientras que

Nulla effetto mai ragionabile

Per lo piacer uman che rinnovella,

Seguendo il cielo, sempre fu durabile.

(Dante, *Paradiso*, XXVI. 127 y sigs.)

Aquel Derecho natural tenía su base, según queda indicado, en la concepción canónica, y encontró también un apoyo en

ese sentido el gran discípulo de Tomás, Dante, en un pasaje citado ya por mí en otro lugar (*Monarchia*, 1, 16): *Habent namque nationes, regna et civitates inter se proprietates, quas legibus differentibus regulari oportet. Est enim lex regula directiva vitae. Aliter quippe regulari oportet Scythas, qui, extra septimum clima viventes et magnam dierum et noctium inaequalitatem patientes, intolerabili quasi algore frigoris premuntur; et aliter Garamantes, qui sub aequinoctiali habitantes et coaequatam semper lucem diurnam noctis tenebris habentes, ob aestus aëris nimietatem vestimentis operiri non possunt.* Como complemento, el pasaje del *Paraíso* mencionado en el texto. Elevóse con ello la investigación a una altura frente a la cual el Derecho Natural, hasta la época de Hegel, no significa sino un retroceso. Sobre el Derecho Natural tomista, véase también Haring, *Recht und Gesetzesbegriff in der katolischen Ethik* [Concepto del Derecho y de la ley en la *Ética católica*], págs. 30 y sigs.

las sutilezas de los jurisconsultos romanos, que idearon la fábula de un Derecho enseñado por la naturaleza a todos los animales. Solo en el siglo XVI se elaboró el Derecho natural formando sistema propio, y en el XVII recibió de Hugo de Groot (Grocio) la forma con que realizó su carrera triunfal por los diversos países.³⁰ Una serie de las inteligencias más importantes le prestaron homenaje: Hobbes, Pufendorf, Leibniz, Thomasius proceden de él, y en Wolf encontró el último de sus más significados campeones y su postrera, ya muy superficial y pobre estructura.³¹ Ese Derecho natural no era en realidad otra cosa que el Derecho civil de la época, más o menos recortado y orlado con algunas aspiraciones jurídicas, y es solo explicable teniendo en cuenta el miserable estado de la ciencia histórica y la terrible ignorancia de la vida jurídica de los diferentes tiempos y pueblos.

30 No ciertamente sin empeñado combate, sobre todo del lado teológico, que calificaba el sistema de Grocio de *impium ac absurdum* (así Valentín Alberti). El más significado adversario, mostrando ya un sentido histórico, es John Selden de *jure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum* (1640). De él trata, con gran acierto, Sternberg, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* [Revista para la ciencia del Derecho comparado], XIII, págs. 365 y sigs. Acerca de otros adversarios véase Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* [Jurisprudencia y Filosofía del Derecho], págs. 163 y sigs.

31 Los más importantes maestros del Derecho Natural son Johann Oldendorp, 1480-1567; Johann Bodinus, 1530-1596; Johann Althusius, 1557-1638; Hugo Grotius, 1583-1645 (*De jure belli et pacis*, 1625); Thomas Hobbes, 1588-1679 (*De cive, Leviathan*); Samuel Pufendorf, 1632-1694 (*De jure naturea et gentium, de officio hominis et civis, Monzambano*); Espinosa, 1632-1677 (*Tractatus theologico-politicus*, 1670; *tractatus politicus*, 1677); Locke, 1632-1704 (*Two treatises of government*, 1689); Leibnitz, 1646-1716; Thomasius, 1655-1738; Wolf, 1679-1754 (*Jus naturae*, 1740). Además, una serie de filósofos del Derecho en el siglo XIX, como Zachariä, Bauer, Schilling, von Rotteck, que han caído más o menos en olvido, y lo merecen.



§ 2. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y POSTULADOS DEL DERECHO

La destrucción del Derecho natural fue la gran obra de Savigny y Hegel.³² Especialmente, la teoría de la evolución de este último, admitiendo, en contraposición a un Derecho que permanece siempre igual, un cambio y desarrollo permanentes, declaró la guerra a todo Derecho natural, es decir, a todo Derecho racional eterno. Pero aún fueron mucho más importantes los resultados que alcanzó la ciencia del Derecho comparado, mostrándonos una enorme evolución jurídica que antes no se había ni siquiera sospechado; instituciones jurídicas en violenta oposición con las nuestras; formaciones que difieren de las actuales, como podría diferir la lengua de los *bantus* del griego. La suposición de que todo ese Derecho no haya sido otra cosa que un ridículo extravío, apareció tan antihistórica y etnográficamente equivocada que hizo imposible toda discusión posterior. Es como si considerase el idioma de los pieles rojas como una mezcolanza incoherente, cuando es en realidad un idioma de extraordinaria finura y agudeza. Fue preciso, por tanto, convencerse de que el Derecho es y tiene que ser diverso, y de que ninguna de sus formas puede aspirar a una duración eterna.

32 El primer ataque a ese Derecho Natural fue de Schelling, en las *Lecciones sobre el método de los estudios académicos*. (N del T.).



Cabría ciertamente preguntar si no hay al menos algunos principios jurídicos unitarios que pudieran servir de base al desarrollo total del Derecho, y, en especial, si no existen ciertas máximas de política jurídica que conservan un valor igual en todos los períodos de la evolución. Se habla mucho, sobre todo, del juicio de valoración de la justicia, y especialmente de que lo igual debe ser igualmente tratado, y de que el orden jurídico no puede hacer distinción entre los que tienen iguales merecimientos, de tal modo que unos resultasen preferidos y otros pospuestos. Estos son los conocidos principios de la ética a Nicómaco.

Pero esos no son más que moldes que han de rellenarse con las exigencias del período cultural respectivo, cada etapa de la civilización ha de decidir por sí quién merece o desmerece, quién es culpable o inculpable, y quiénes tienen valor igual o diferente, todos esos preceptos generales giran, pues, en su conjunto, sobre esta idea: el Derecho debe desarrollarse conforme al período de cultura y según las exigencias de cada etapa de la civilización, y esto exige naturalmente que se pronuncie el Derecho en favor de aquél que la cultura de la época designe; que valores iguales encuentren su expresión en la igualdad de Derecho, y valores desiguales en la desigualdad. Una etapa cultural puede, por ejemplo, aceptar que las diferentes clases



de hombres necesitan tener una posición diversa y ejercitar actividades diferentes en la vida del estado, como, por ejemplo, las castas superiores e inferiores de la India, o la nobleza en los pueblos orientales y occidentales; exigir que los que ejercen cargos religiosos disfruten de una consideración especial y de cierta posición privilegiada; tratar de modo muy diferente a nacionales y extranjeros, y hasta privar a éstos de todo Derecho: hacer que el individuo responda por su familia y ésta por aquél, o determinar que se castiguen los daños aunque no medie culpa. Negar el carácter de jurídicas a tales prescripciones sería tanto como negárselo, por ejemplo, al principio de nuestro Derecho, que nos autoriza, cuando un estado extranjero nos da pretexto para la guerra, a diezmar sus ejércitos y matar a tiros sus soldados en cuanto lo exijan los fines de nuestra táctica. No es posible, pues, hablar de una unidad del principio fundamental, porque el principio de que cada civilización debe dignificar lo que le parezca digno y despreciar lo que crea indigno, no quiere decir otra cosa ni permite sacar otra consecuencia sino que cada sistema de cultura es precisamente eso, un sistema de cultura, con lo cual no se adelanta gran cosa.

Un *solo* punto de vista podría aspirar a tener valor general: el de la santidad y la dignidad del trabajo. Pero también se



trata aquí exclusivamente de un molde que la cultura de cada época necesita llenar; porque ciertos trabajos, para nosotros incomprensibles, *v. gr.*, prácticas supersticiosas, etc., eran considerados como de gran valor e importancia en otros tiempos; mientras que nuestra actividad económica y comercial se estima cosa secundaria en muchos pueblos, y la producción artística se mira en ellos frecuentemente como indigna del hombre libre. Por eso la máxima no puede formularse más que de este modo: el trabajo debe encontrar en el Derecho la estructura que le corresponda según la estimación del período cultural. Todo es aquí, por consiguiente, relativo, y no cabe decir sino: 1) el Derecho de un período de cultura considera las cosas de tal o de cual modo; y 2) el Derecho de la época se halla de acuerdo con la cultura o no se halla, y exige acaso, por lo tanto, una modificación.

También por ese lado ha sido vencido el Derecho natural, y ya no tienen hoy día valor general las máximas de la ética aristotélica, por mucho que sea, aparte de eso, el contenido aprovechable que encierren.

§ 3. EL DERECHO COMO FENÓMENO DE CULTURA

Aunque se haya arrinconado en esa forma el Derecho natural, no debe por eso imaginarse el Derecho como una cosa



externa, como un producto que carece de todo fundamento racional y que solo accidentalmente reviste esa forma y no otra. Ese ha sido el mayor error en que cayeron algunos enemigos del Derecho natural. Fueron a parar a un positivismo que proscribía toda reflexión sobre el Derecho vigente, y negaba a los juristas hasta la competencia para dar su opinión sobre el Derecho y sus progresos y para intentar una apreciación del orden jurídico-positivo; en otros términos, se trataba de extirpar, no solo el Derecho natural, sino la filosofía del Derecho y la política jurídica, porque no se comprendía rectamente la misión de ambas. Aunque el Derecho es un cambiar y evolucionar continuos, no es sin embargo, una cosa externa y casual, sino que se apoya con sus más íntimos tejidos en las raíces del alma nacional, y corresponde a la presión cultural evolutiva de que el pueblo se halle penetrado, consista ese pueblo en todos los miembros de la sociedad o en algunos espíritus superiores y de amplios horizontes. Desde este punto de vista se comprende que el Derecho puede ser objeto de una valoración; a de ser juzgado con relación al modo y forma en que atiende a la cultura y a la necesidad que de ella tenga el pueblo. De esa cultura y de esa necesidad hemos de deducir el ideal que el Derecho de una época determinada ha de satisfacer en lo posible.³³

33 En eso se diferencia la concepción histórica del derecho de la de los sofistas. No tratamos de suprimir el juicio de valoración del derecho, sino de encauzarlo por el camino adecuado.



Solo está en lo cierto el positivismo en cuanto que el juez y el jurista se hallan, ante todo, sometidos de un modo general al Derecho positivo, y a él tienen que atenerse.³⁴ Pero el jurista tiene también otros problemas: necesita meditar sobre la significación del Derecho en la evolución, conocer su devenir histórico y trabajar en su perfeccionamiento. El positivismo se destruye por sí solo en cuanto se examina la misión del legislador. Si fuera lo mismo un Derecho que otro, sería superflua toda deliberación legislativa; bastaría con arrojar en una urna todas las posibilidades jurídicas y sacar a la suerte cualquiera de ellas. ¡Hasta ahí llega el positivismo y, en general, cualquier teoría que se aparta de la filosofía del Derecho!

Hállase éste, por tanto, construido sobre la base de la civilización; pero es, lo mismo que todo elemento de cultura, una cabeza de Jano: derivado de una cultura pasada, ayuda a preparar el terreno de la futura; emanado de la racionalidad de un

34 La cuestión de si el juez ha de examinar la racionalidad del Derecho positivo y declararlo, en su caso, inaplicable, no se plantea ya hoy (a); pero en la Edad Media fue decidida con frecuencia afirmativamente. En la dirección positivista hace Bergbohm afirmaciones insostenibles (págs. 109 y sigs.), y yerra completamente en lo relativo al devenir del Derecho [*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*], (*Jurisprudencia y Filosofía del Derecho*): Leipzig, 1892], pág. 432. El dualismo que él censura ha sido siempre la fuente del progreso.

(a) Sin embargo, una corriente moderna, cada vez más poderosa, tiende a cambiar el carácter de la función judicial, convirtiendo la ley en una máxima de orientación general y al Juez en un verdadero legislador, para cada caso concreto. (*N. del T.*).



período determinado, sirve al progreso de la civilización, trabajando así en la formación de una nueva cultura y en la destrucción de sí propio. Todo Derecho es un Edipo que mata a su padre y engendra con su madre un nuevo linaje.

§ 4. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DE LA EVOLUCIÓN

La filosofía del Derecho debe, pues, considerar éste como variable y progresivo, poniendo de manifiesto como descansa sobre la base de la cultura, representando la antigua y preparando el camino de la nueva. Por eso tiene que mantenerse la filosofía del Derecho dentro del campo de la teoría de la evolución, y está perdida si lo abandona. Por la misma razón necesita también vivir en el terreno de una filosofía general, porque no es posible ni aun presentir lo que significa la evolución de la humanidad, ni siquiera el concepto mismo de evolución, sin tener una representación del universo y de su sentido. Una filosofía del Derecho no es tampoco posible sino sobre la base de una filosofía idealista. No puede apoyarse en la filosofía positivista, que, descansando en errores kantianos, supone no nos es dado ver más allá de los fenómenos del mundo,³⁵ ni

35 Hay sobre la materia una enorme literatura de que yo, considerándola infecunda, prescindo. Para los detalles véase Dallari, *Nuovi fondamenti della Filosofia del Diritto*, págs. 11 y sigs.



puede edificarse sobre el materialismo, que no reconoce cosa alguna sobre el mundo fenoménico.

Una filosofía que pueda servir de apoyo al Derecho, necesita penetrar, a través del fenómeno, en un orden más profundo. Tampoco la teoría del conocimiento es filosofía sino en cuanto nos prepara para una filosofía ulterior: la metafísica. El que no va más allá de ese mundo de los fenómenos que se corresponde, más o menos exactamente, con las impresiones externas, puede contentarse con creer que nuestra misión es conocer y describir el mundo fenoménico como tal, e interpretarlo en cuanto sujeto a una cierta regularidad externa; pero eso no es filosofía ni puede ser, por tanto, para nosotros filosofía del Derecho.

Se ha objetado que el tránsito al mundo ultrafenoménico no es cosa del conocimiento, sino de la fe.³⁶ Eso es inexacto. La fe muestra, en el mundo de la fantasía y las imágenes, lo que la filosofía debe ofrecernos en el de la realidad;³⁷ la fe trata de adivinar en el sentimiento lo que nuestro penetrante entendimiento arranca a la contemplación del universo, porque, así como el estético analiza la impresión del cuadro para mostrar-

36 Kant y, en otro sentido, Spencer.- (*N. del T.*).

37 La Religión es, según Hegel y Schopenhauer, la Metafísica para el pueblo. (*N. del T.*).



nos en qué consiste su significado y el encanto y brillo de la expresión, mientras el observador perspicaz recibe la impresión estética en una percepción momentánea, así la filosofía aspira a conocer lo infinito, en tanto que la fe lo siente en un estremecimiento misterioso. Sería completamente erróneo prescindir del estético por tratarse de sentimientos y no de conocimiento científico; y otro tanto ocurre con las relaciones entre religión y filosofía.

§ 5. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA

Todos los sistemas filosóficos que aspiran a la profundidad, parten del principio monista o del dualista,³⁸ buscando la unidad suprema, la divinidad, o en el mundo o fuera de él.³⁹ El monismo deviene panteísmo cuando concibe el mundo como un movimiento permanente de la divinidad, algo así como la

38 Hay también sistemas pluralistas o polistas, por ejemplo, el del americano Carus que es partidario de una especie de monadismo leibniziano pero sin una mónada. También, en ese sentido, muchos herbartianos. (*N. del T.*).

39 Quizá podrían agruparse en esta forma: 1. Divinidad immanente en el mundo: *a*), siendo una misma cosa en él (Espinosa: Dios es la sustancia única y el mundo su manifestación, necesaria para que tenga realidad, porque sólo lo concreto es real); *b*), siendo distinta (San Anselmo: Dios es distinto del mundo, pero immanente en él); 2, fuera del mundo (los escolásticos: el Ser universal es una abstracción; Dios contiene en grado eminente todo lo bueno que existe en el mundo; creación de la nada); 3, en el mundo, pero excediendo y trascendiendo de él (Leibnitz, y en otro sentido Krause –panenteísmo–, y en otro Schleiermacher). (*N. del T.*).



irradiación de un solo punto luminoso en el todo. El dualismo, por el contrario, busca la divinidad fuera del mundo y la contrapone a él en una u otra forma.

La conciliación trata de hallarse en la creación, en el acto de formar de la nada, que se retrotrae a un período determinado del universo.

No están, sin embargo, ambos sistemas tan divorciados que dejen de tener sus puntos de contacto. El dualismo especialmente puede con facilidad cambiar de tal modo, que llegue a considerar la creación no como un acto único, sino como una acción permanente de la divinidad, en cuyo caso queda tendido el puente hacia el panteísmo.

El panteísmo, tal como aparece desarrollado en su forma más pura y genial en la filosofía vedanta de los Indos, especialmente en el comentarista Çankara,⁴⁰ y como ha sido elaborado en manera divergente, pero esencialmente igual en el fondo, por Platón, Hegel, Shopenhauer y E. von Hartmann, me parece la

40 El comentario de Çankara a los *Sûtras* del *Vedânta*, que inició el movimiento, ha sido traducido [al alemán] por Deussen (1887), y también por Thibaut en los *Sacred Books of the East*, vols. XXXIV y XXXVIII. Para nosotros resulta sólo perturbador el idealismo exagerado, que llega hasta suponer al mundo una naturaleza aparente, de tal modo, que sólo Brahma existe. Más realista es la Filosofía, *Sankhya*, que también debe tenerse en cuenta. Véase Garbe, *Die Sâmkhyaphilosophie* (1894), especialmente págs. 201 y sigs. Sobre la concepción Vedanta de *Râmânüja*, que se aparta algo de Çankara, véase la detallada exposición de Thibaut, lugar citado, XXXIV, págs. XXVII y sigs.



forma más importante y verosímil del conocimiento. El todo es, según él, una forma fenoménica que tiene su último eco en el ser humano, y encuentra en el pensamiento del hombre su más alta transfiguración (*Verklärung*). Partiendo de este sistema panteísta, halla la historia su más adecuada explicación. Para esto son posibles dos concepciones: o se considera el tiempo como algo que ni siquiera está contenido en el fenómeno, sino solo en la apariencia sensible, como una ilusión de nuestra conciencia (a lo cual se inclina Çankara), o se lo considera como realidad (*Wikliches*) que reina en el fenómeno, de tal modo que la evolución temporal es una esencia (*Wesenheit*) y no una fantasía engañosa de nuestro espíritu, cuyo fundamento real no conocemos.

Yo no considero en modo alguno decisivas las razones alegadas por Çankara, y más tarde por Kant, en pro de la idealidad del tiempo.

Especialmente, la circunstancia de que nosotros tenemos que pensarlo todo en el tiempo y en el espacio, se deriva de que, hallándonos rodeados de ellos constantemente y percibiendo sin cesar imágenes temporales y extensas, no somos capaces de crear en nuestra fantasía sino dentro del tiempo y el espacio.⁴¹ Pero no cabe duda que podemos elevarnos sobre

41 Véase especialmente Eduardo von Hartmann, *Kritische Grundlegung des transscendentalen Realismus* [Fundamentación crítica del realismo trascendental], págs. 18 y siguientes.



ellos en nuestro entendimiento, prescindiendo del tiempo y pensando lo infinito. Esto no excluye que haya, tras el mundo fenoménico, una realidad independiente de espacio y tiempo que abraza en sí los fenómenos, de tal modo que éstos son otra cosa sino manifestaciones de su ser activo. Hállase así el fenómeno penetrado siempre por el ser total, y la serie entera de los fenómenos muestra una evolución que se corresponde con el impulso de ese ser. Si, de ese modo, nos representamos al hombre como fenómeno del mundo, será su actividad una actividad dentro del todo, y la cultura no representará otra cosa sino una corriente continua de magnificencia divina con el fin de realizar las aspiraciones de Dios. De esta manera adquiere la cultura un fondo lleno de significación, se hace metafísicamente profunda, y referimos nosotros lo que aquí percibimos al todo y su acción. Claro que no consideramos ésta como una acción casual y ciega, sino en correspondencia con un fin, como una actividad teleológica. Solo así adquiere la historia sentido e importancia: no es una serie de acontecimientos, sino fruto permanente de la actividad y exteriorización de la razón divinas.

Admitimos, como Hegel y Heráclito, un flujo continuo de las cosas: pero nos apartamos de la concepción de aquél, que quiere emplear aquí para todo las categorías del pensar y da a la historia un sentido puramente humano. El movimiento del



ser universal se realiza de otro modo que por el proceso dialéctico del pensamiento, y ofrece, dentro de la unidad, una enorme variedad y una profundidad a que no alcanzan las categorías del pensamiento humano.

Según nuestra concepción, habrá un momento en la historia que adquirirá especial relieve: la humanidad será conducida, sin ella quererlo ni saberlo, hacia determinadas formas de evolución. En la pluralidad de los individuos existe una plenitud de gérmenes evolutivos iguales que se despliegan sin que los individuos tengan conciencia de ello, y crean formas siempre nuevas. Así han nacido el matrimonio, la familia y la propiedad; así surgió la moralidad, sin que los individuos que tomaban parte en el proceso sospechasen siquiera la dirección ni la finalidad de éste.

La existencia de ese fondo tras el mundo fenoménico no es, como queda indicado, cosa exclusiva de la fe, sino también del pensar analítico. Hay ya una serie de fenómenos de la vida humana que no pueden ser pensados sin recurrir a la infinitud: así, especialmente, el concepto de culpa y su conexo el de libertad de la voluntad, no pueden construirse desde el punto de vista de una filosofía materialista o positivista. ¡Hasta se ha intentado prescindir de esos conceptos, relegándolos al mundo de la fe o de la poesía, porque no se lograba encontrarles una explicación den-



tro del criterio positivista!, mucho menos aún pueden comprenderse los fenómenos del mundo orgánico y de la historia, con su admirable teleologismo, si no se pone como base un ser actuando con objetivos determinados, a cuyo servicio esté el mundo fenoménico, y en el cual y desde el cual encuentre su expresión el fenómeno del mundo (*Welterscheinung*).

Solo este sistema filosófico puede darnos el concepto de evolución.⁴² En cuanto se acepte que existe una evolución, no solo en el ser humano individual, sino en la humanidad, o por lo menos en el pueblo, es preciso confesar que la historia toda no se realiza en una sucesión externa, sino que los productos de una etapa cultural surgen del estado de la época anterior y no pueden ser considerados sino como emanación y consecuencia ulterior de las ideas en él contenidas. Deben, pues, existir en el pueblo y en la humanidad gérmenes de evolución que con el tiempo se desarrollan, y por eso nuestra misión no consiste en alinear en la historia los hechos y las situaciones, sino en poner de manifiesto cómo lo posterior existía ya en germen en lo anterior, y no representa otra cosa que el desarrollo de ese germen, de esa disposición primitiva. Pero eso nos lleva por completo a la idea panteísta de que el mundo no es sino la irradiación per-

42 Su reconocimiento por Hegel es una de las mayores conquistas del siglo pasado.



manente del ser divino; de modo que lo que en el tiempo se despliega está ya contenido en la primera actuación divina, o, por decirlo así, en la divinidad misma. El que no acepte esta filosofía puede tratar la historia, con Schopenhauer, como un conocimiento, pero no como una ciencia.

Si, traspasando el mundo de los sentidos, podemos probar de ese modo lo suprasensible, nos hallaremos en el terreno de la ciencia y no en el de la fe; del mismo modo que la astronomía no se ocupa solo en los astros que nosotros alcanzamos a ver, sino también en aquellos otros que podemos solo calcular, reconociéndolos por las perturbaciones que en otros producen y pudiendo seguirlos en sus órbitas. La ciencia tiene que partir del fenómeno sensible; pero creer que ha de permanecer en él sin serle dado tener acceso a lo suprasensible, es el defecto de que adolecen una serie de sistemas modernos.

§ 6. FINES MODERNOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Después de la anterior fundamentación filosófica, aparecerá de un modo claro la misión de la filosofía del Derecho: tenemos que poner en relación los resultados de la historia jurídica con toda la historia de la civilización, investigar el significado de ésta en el mundo, y averiguar el influjo que correspon-



da a cada institución jurídica y a su historia en la evolución de la cultura, y, por tanto, en la del universo. Solo así es posible, en nuestro sentir, una filosofía del Derecho. Cuando no se trata de apreciar sino las aspiraciones y finalidades de nuestra actual evolución para deducir cuál deba ser la estructura del Derecho actual, no se hace, en nuestra opinión, filosofía del Derecho, sino política jurídica, según diremos más adelante; cuando más, podemos llegar al conocimiento de un grado determinado de cultura, pero nunca a percibir la significación del Derecho en la historia del universo.⁴³

Mucho menos podemos considerar como filosofía del Derecho el estudio encaminado a derivar todo Derecho de ciertas aspiraciones utilitarias e interesadas. En cuanto esta dirección coincide con la anterior, limitándose a tener en cuenta los fines y objetivos actuales, y con ello las instituciones jurídicas presentes, le es aplicable lo que queda expuesto. Pero en cuanto quiere significar una evolución del Derecho, o carece de sentido, o es errónea por completo. Porque considerando *la aspiración a un fin* como tendencia subordinada: (*nach Massgabe*) a la

43 Conciben con demasiada estrechez la misión de la filosofía del Derecho aquellos que prescinden de todo enlace serio con una Filosofía, y tratan sólo de las instituciones jurídicas en su significación para el presente, en mayor o menor conexión orgánica con fenómenos históricos. Compárese, por ejemplo, Lingg en la *Revista de Grünhut*, XVIII, págs. 42, y otros de cuya mención prescindo.



evolución divina del mundo, nada quiere decir el fin en Derecho mientras esa evolución y sus fines no estén claramente establecidos, o por lo menos indicados. Mas si se consideran los fines y objetivos meramente como al servicio de la felicidad del hombre o de los hombres; si se supone que solo la aspiración a la felicidad (el egoísmo del individuo que busca siempre lo mejor, o el egoísmo unido de varios que persigue el bien de muchos como base para la felicidad de cada uno) es el creador legítimo del orden jurídico, cae la teoría filosófica de los fines en un vacío eudemonismo, dominado por el supuesto, tan equivocado como frívolo, de que la felicidad máxima posible es el objetivo de todo impulso humano. Eso es fundamentalmente erróneo, porque, considerando las cosas en conjunto, resultaría que el hombre inculto, de vida puramente exterior y muy limitado horizonte, podría ser tenido, desde el punto de vista eudemonista, como el más feliz, y no aquél que trabaja al modo de Fausto y lucha lleno de esperanzas. El inventor de la leche esterilizada sería, según eso, un hombre superior a Homero y Goethe; y el establecimiento de las cocinas populares un hecho más grande que la creación del Tristán. Y si quiere hacerse extensivo el concepto a la humanidad entera y decir que ha sido nación más importante la más feliz, se azota el rostro a la civilización, porque las épocas que produjeron los más



grandes pensadores, poetas, pintores, músicos y escultores, no han llevado acaso el sello de la mayor felicidad. Ni la era de Pericles, ni el *Quattrocento*, ni el período de Rafael, han sido los más dichosos. En cambio, se impone como verdad indiscutible, a poco que se profundice, que la nación más importante, la más conforme con los fines del universo, es aquélla que crea productos culturales más grandiosos, no aquélla en que el filisteo pasa sus más felices días.

§ 7. HEGEL Y LOS POSTERIORES

El hecho inmortal de Hegel consiste en haber fundado la filosofía del Derecho como ciencia, venciendo a la escolástica y al Derecho natural: él fue el primero, desde los tiempos de la Escolástica, que puso de nuevo en relación el Derecho con la evolución universal, dándole así un fondo infinito. Ese hecho aparece tanto más admirable si se consideran los antecesores, especialmente el mismo Kant. Carecía éste, ciertamente, como consecuencia de su criticismo, de todo apoyo metafísico, y su concepción del mundo no le proporcionaba base ni para la moral ni para el Derecho. Por eso no pudo sino construir un pobre cimiento para su filosofía del Derecho, con los restos de las doctrinas individualistas del Derecho natural, de tal modo, que vino parar al teorema: «es justa toda acción que, o según



cuya máxima, la libertad de albedrío de cada uno puede coexistir con la libertad de los demás, según una ley general».

Esencial es, por tanto, que quede todo lo posible garantido el albedrío de cada uno; la mutua limitación de la voluntad, es el Derecho... idea indigna de Kant, sobrepasada solo por su repulsiva representación del matrimonio, como la entrega, en cierto modo en calidad de cosa material, que mutuamente se hacen los esposos de sus órganos sexuales y de todo su cuerpo. (*doctrina del Derecho*, introducción, § C; 1, 2, § 25).

Hegel puede, por el contrario, edificar sobre los importantes resultados de la filosofía de la identidad. La evolución del mundo es para él lo eterno, y de esa evolución nace el Derecho. Construye éste como la *idea de libertad*, enlazando así con toda su concepción metafísica del mundo, porque, saliendo a luz la Idea universal mediante la libertad, es decir, por medio de los individuos libres, no puede hacerlo sino en la forma de Derecho. Es, pues, el Derecho el modo y forma como lo general se proporciona su evolución por medio de esos individuos libres, de donde resulta de suyo que el Derecho es una emanación del ser universal en que todos nosotros somos y nos movemos. El gran panteísmo de Hegel, comparable al indio, reina, como se ve, en todo su Sistema del Derecho.

Las grandiosas ideas de Hegel fueron ciertamente a parar a una generación pobre, pues sorprende verdaderamente ver

a débiles continuadores, por ejemplo Roeder (*principios del Derecho natural*, 2.^a edición, I, pág. 261), sofisticando aquellas máximas, como el paralítico que se empeñase en escalar una montaña. Piensa Roeder que la libertad moral, aunque es un bien de la vida, no es ni todo el bien ni el Derecho mismo; es solo la forma, no el contenido de la vida racional, y añade otras cosas por el estilo. El sublime panteísmo de Hegel, y la significación que en él tiene la idea y el culto de la libertad en forma de orden jurídico, ha pasado inadvertido para esos sucesores.⁴⁴

El gran principio «*lo que es real es también racional*», que enuncia Hegel en la introducción a su *filosofía del Derecho* (pág. 17); ese principio tan ultrajado y calumniado, que algunos han creído signo del quietismo o del estancamiento del estado, es la piedra angular de la historia universal, porque todo lo real, aunque sea la obra del demonio, llena su fin en la evolución y trabaja por el avance del proceso universal. Ese principio es tan evidente, desde el punto de vista de la evolución histórica, que su desconocimiento no es ciertamente un indicio favorable para la concepción filosófica de la humanidad.

¡Y Roeder (I, pág. 39) se atreve a hablar de una «audaz afirmación» de Hegel! También fui yo objeto de una interpretación

44 Contra esto, acertadamente, Lasson, *System der Rechtsphilosophie* [Sistema de la Filosofía del Derecho], pág. 271.



equivocada, cuando afirmé en mi *Shakespeare* que el progreso de la historia universal se realiza aun a través de lo injusto, y que el destino avanza siempre pisando cadáveres. Se me ha censurado que justifico de ese modo los actos de violencia, los autos de fe y las persecuciones de los judíos. Toda contestación sería ociosa... estamos afortunadamente más allá de Ihering. Igualmente grandiosa es la representación hegeliana del matrimonio (*filosofía del Derecho*, § 161), que consta de dos momentos: *la realidad de la especie* y su proceso, y *la unidad natural de los sexos*, que se transforma en amor espiritual.

Construye Hegel el estado (§ 257) como la «*realidad de la idea moral*» indudablemente, puesto que es la realización del impulso que en la humanidad existe hacia la cultura, hacia la evolución histórica universal.

No puede negarse que el espíritu de Hegel no se mantuvo siempre fiel a si mismo. En la filosofía del Derecho como en la de la religión, incurrió en el defecto de exponer como absolutas y definitivas ciertas instituciones y grados de la evolución (que desde nuestro punto de vista tienen que aceptarse sin duda como conquistas de primer orden, pero solo como conquistas históricas, manifestaciones del flujo permanente de la fuerza evolutiva), como si el libro de Clío se hubiera terminado y no tuviéramos aún que recorrer muchas páginas.



Lo mismo se equivocaba al declarar la monarquía constitucional forma absoluta del estado, que al concebir como religión absoluta la evolución que las ideas cristianas han adoptado en un determinado momento histórico. Ambas cosas podrán ser, dado nuestro modo actual de pensar, el punto culminante de nuestras conquistas; más no nos es permitido hablar sino de nuestras actuales representaciones; en modo alguno de tiempos futuros, sobre cuya evolución no podemos emitir juicio definitivo.

Pero esas limitaciones eran en Hegel todavía un contagio de las doctrinas del Derecho natural, tanto más explicable si se tiene en cuenta cuán poderosamente dominaban estas doctrinas a la sazón. Aparte de esto, no hay nada en la época posterior que pueda compararse a su *filosofía del Derecho* (que lleva la fecha de 25 de junio de 1820), y asombra contemplar cómo Krause, Ahrens y Roeder rebajaron el nivel de ese grandioso panteísmo de Hegel. En lugar de la universalidad de la evolución; en lugar del movimiento universal, dentro del cual actúa el individuo como miembro del todo exclusivamente, aparece de nuevo el individualismo del Derecho natural considerándose como lo esencial en el Derecho conseguir que el hombre, el individuo, alcance su evolución completa. Lo más raro es que llegue hasta tal punto el desconocimiento de aquel gran panteísmo universal, que se tema (*como teme Ahrens*) que pueda destruir la personali-



dad individual con su nobleza y su libertad. Ese temor puede solo abrigarlo el que no sea capaz de armonizar la sustantividad del individuo con su conexión metafísica con el gran todo universal; y quien carece de esa capacidad, denuncia hallarse muy distante del pensar especulativo.

Schopenhauer, que tantos méritos ha contraído lo mismo en la metafísica que, muy especialmente, en la doctrina moral, y que ha apreciado antes que nadie la profundidad infinita de la filosofía india, no ha contribuido, por desgracia, al progreso de la filosofía del Derecho sino en ciertos puntos. De vez en cuando encontramos en él algún destello de una clara y honda concepción, de un pensamiento iluminado por el sol eterno del todo universal; pero nunca un sistema completo de filosofía del Derecho, ni un simple intento siquiera.⁴⁵

Eduardo de Hartmann, a quien tanto debe especialmente la fundamentación de la ética, no ha contribuido tampoco al progreso del sistema filosófico jurídico de Hegel.

45 Véanse Weigl, *Die Politischen und sozialen Anschauungen Schopenhauers* [Las concepciones políticas y sociales de Schopenhauer], 1899, especialmente págs. 7 y sigs., sobre la doctrina del Derecho; Damm, *Schopenhauers Recht und Staatsphilosophie* [Filosofía del Derecho y del estado de Schopenhauer], 1901, especialmente págs. 20 y sigs. y 29 y sigs. En la doctrina del Estado se inclinaba a la teoría del contrato; en Derecho penal a la de la intimidación. Notables y fecundas son, sin embargo, sus opiniones sobre el honor y sobre la reimpresión fraudulenta. Comp. también Koch, *Schopenhauers Abhandlung über die Freiheit des menschlichen Willens* [tratado de Schopenhauer sobre la libertad de la voluntad humana], 1891, y Neumark, *Freiheitslehre bei Kant und Schopenhauer* [Doctrina de la libertad en Kant y Schopenhauer], 1891.

En cambio es importante, desde el punto de vista hegeliano, la *filosofía del Derecho*, de Lasson (1882), que en varias materias va fundamentalmente más allá que el maestro. Yo no puedo ciertamente estar conforme con la excesiva importancia que concede a la Ética a Nicómaco (págs. 58 y sigs.); y lo que afirma sobre el Derecho de los pueblos primitivos [*Naturvölker*] (pág. 263) no se atrevería hoy él mismo a sostenerlo, porque procede de una época en que la ciencia del Derecho comparado se encontraba aún en el estadio de un diletantismo superficial.⁴⁶

No hago mención de la *filosofía del Derecho*, de Stahl, con su constante pedantería contra Hegel, con su carácter repulsivo y siempre estrecho y con su sentido oscurantista (comp., v. gr., I, pág. 428 y 458).

Los representantes del Derecho natural en Inglaterra, como Austin y Holland (*elements of jurispr.*, 2ª. ed; 1882), ocupan un nivel de ideas sobre el cual nos hemos elevado nosotros hace ya mucho tiempo. Tampoco necesito detenerme en la «aversión a la lucha», de Herbart.

46 Merece también citarse Harm, *Begrif, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie* [Concepto, formas y fundamentación de la Filosofía del Derecho] (publicado como obra póstuma en 1889).



Falta solo hacer referencia a una obra que aparece con el vigoroso intento, como de ofrecer por vez primera una verdadera filosofía del Derecho, cual si Hegel no hubiese hecho aún absolutamente nada; pero que ni ella misma aporta cosa alguna, ni llega a un solo resultado sostenible. Nos referimos a *El fin en el Derecho*, de Ihering (vols. I y II). Carece la obra de toda base metafísica; todo está edificado sobre arena: ahí están los individuos, ahí está la sociedad...

¿Para qué preocuparse más de sus fundamentos filosóficos? ¿Para qué filosofar sobre el espacio y el tiempo?

En realidad, la metafísica de Ihering está casi a la altura de la de un cura rural frisón;⁴⁷ él mismo confiesa que, a la sazón, no había penetrado en el pensamiento hegeliano. (Prólogo, I, pág. VIII.)

«No es la causalidad, sino el fin, lo que crea el Derecho.» Eso se enuncia como un gran descubrimiento, cuando no es realmente otra cosa que una adulteración y enervación de la doctrina panteísta evolutiva. Lo que espontáneamente se ofrece en la más elevada esfera filosófica, la evolución del universo con su inmanente impulso teleológico, queda traducido al idio-

47 Es una alusión a la patria de Ihering, Aurich, en la Frisia oriental. (N. del T.).

ma del *trivium* filosofista. Dice que ese impulso es egoísta, en principio, en todo individuo; pero que deviene moralidad en cuanto entra en acción, no el egoísmo del individuo, sino el de la sociedad. Mas ¿qué clase de fines son esos para los cuales es activo el egoísmo de la sociedad; fines de bien estar, de felicidad, de sentimientos nobles? La respuesta que se nos da (II, pág. 204), es muy vacilante. Dice también que la eficacia del egoísmo social es una cosa secundaria que aparece solo en el curso de los siglos, sometiendo a los individuos; opinión que contradicen los primeros datos históricos, porque, en cuanto retrocedemos, hallamos en la humanidad móviles altruistas: el amor filial y la hospitalidad son más antiguos que la propiedad, y hasta las tendencias sociales son al comienzo sobremayoría dominante, desarrollándose solo más tarde el egoísmo del individuo.⁴⁸ Y si algunos han pensado que la hospitalidad

48 Acertadamente hace notar Haas en su obra *Ueber den Einfluss der epikureischen Staats und Rechtsphilosophie auf die Philosophie des 16 und 17 Jahrh.* [Sobre el influjo de la Filosofía epicúrea del Derecho y del Estado en la Filosofía de los siglos XVI y XVII] pág. 144: «Pero es la más saliente particularidad de los hombres de un grado inferior de cultura, que sus sentimientos sociales hacia la horda primitiva son de tan extraordinaria fuerza, que no nace en absoluto entre ellos la idea de provecho personal.» Exactamente; ahí tiene que naufragar toda concepción moral epicúrea. Sobre la antigüedad de los impulsos altruistas, compárese también Stern, *Krit. Grundlegung der Ethik* [Fundamentación crítica de la Ética], págs. 313 y sigs., y los *Allgemeine Grundlagen der Ethik* [Fundamentos generales de la Ética], págs. 8 y sigs. Contra el eudemonismo, recientemente, también Stammler, *Lehre von dem richtigen Rechte* [Teoría del Derecho justo], págs. 191 y sigs.



fue un producto de tiempos posteriores, revelan una inteligencia completamente errónea del pensamiento y las tendencias de los pueblos primitivos. Toda esa concepción invierte la historia y la trastorna desde el principio al fin.

Careciendo, pues, de todo valor ese modo de deducir la moralidad, son también etnológicamente infundadas, y, por tanto, diletantistas e inútiles, sus consideraciones sobre el Etos. Así, por ejemplo, trata en el tomo II, pág. 312, del origen del traje de luto, sin sospechar siquiera que en los tiempos primitivos era un disfraz para evitar ser reconocido y librarse del espíritu del muerto; y queda para él, del mismo modo, desatendida e ininteligible toda la corriente de representaciones religiosas, desde el *totemismo* hasta el culto de *Manitu*, como si la humanidad se hubiera compuesto desde sus comienzos de frisonos constructores de diques;⁴⁹ no me detengo en su obra póstuma la *prehistoria de los indo-europeos* (1894), en la cual se revela la simplicidad del punto de vista, por respeto al autor, que no llegó él mismo a publicarla.

Realmente, cuando se ha leído la *filosofía del Derecho*, de Hegel, y se desciende a las pobres producciones de Ahrens, Krause y Roeder, se experimenta la misma impresión que aco-

49 Véase la nota de la pág. 38. (N. del T.).



mete cuando se abandona un elegante palacio rococó lleno de riquezas seculares, de mobiliario algo extraño sin duda, con cosas un poco anticuadas y deslucidas, pero confortable, rico y castizo en su conjunto, si se visita después una modesta familia burguesa donde la mujer hacendosa no da paz a las manos y todo está muy decentemente arreglado sin traspasar los recursos. Si se examina, por último, *El fin en el Derecho*, de Ihering, se experimenta la sensación de una casa pobre con el pavimento de tierra, las ventanillas provistas de miserables cortinas que bastan apenas para el recato; todo aprovechado hasta lo último: los trajes vueltos; las ropas cortadas como para economizar angustiosamente una cuarta de paño, y las alfombras suprimidas por inútiles y hasta dañosas para los pulmones.

Tal desconsolador resultado nos ofrece la época posterior a Hegel. Parece como si todo el tesoro de pensamiento que desde el siglo X habían acumulado los espíritus, todas las ideas de un Abelardo, de un Tomás, de un Espinosa, hubieran sido arrebatadas por arte mágica, quedando solo la suprema escasez y miseria. Toda esa filosofía del Derecho va dándose la mano con la ruina del sentido estético y la decadencia de las ideas artístico-industriales que han caracterizado la época que acabó hace unos veinte años



El siglo XIX sería muy pequeño al terminar, después de haber comenzado tan grande, si no resurgiera la sombra de Hegel⁵⁰, y si la filosofía del Derecho, en unión con la ciencia del Derecho comparado, no hubiera comenzado a tomar nuevos vuelos. ¡Es muy divertido el modo y forma cómo anteriores filósofos del Derecho se expresaban con referencia a la Historia jurídica universal; por ejemplo, Krause, *System der Rechts philosophie* [Sistema de la filosofía del Derecho], pág. 20, que la rechaza diciendo que no es posible conocer todos los derechos, y que de lo que se trata solamente, lo mismo que en la geometría, es de si la forma es justa o no; en modo alguno de la manera cómo los pueblos han comprendido las formas y las leyes! De esto habrá que hablar a continuación.

§ 8. FILOSOFÍA DEL DERECHO E HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO

Con lo dicho ha quedado claramente planteada la relación entre la filosofía del Derecho y la historia universal del mismo. Ha de mostrar ésta cómo el Derecho se desarrolla en el curso del

50 Un signo favorable del renacimiento de las ideas hegelianas es la obra de Kuno Fischer, *Hegels Leben, Werke und Lehre* (1901) [Vida, obras y doctrina de Hegel], muy especialmente, sobre su *Filosofía del Derecho*, I, págs. 270 y Sigs., 371 y sigs.; II, págs. 689 y sigs., y el interés general que tal obra ha despertado. Pongo esto de relieve con tanto mayor gusto, cuanto que tengo que acentuar que difiero bastante de Fischer en la manera de comprender las ideas hegelianas y en su apreciación histórica.



tiempo, y tiene que exponer, en combinación con la historia de la civilización, qué consecuencias culturales han ido enlazadas con el Derecho y cómo éste ha condicionado la existencia cultural de un pueblo y fomentado el progreso de su civilización. Cuando hayamos alcanzado ese punto tendrá que enseñarnos la filosofía del Derecho cuál es la función que el orden jurídico ha desempeñado en la evolución teleológica del proceso universal, y cuál ha de desempeñar aún bajo las diferentes relaciones de cultura; qué fines debe alcanzar la humanidad bajo la protección del Derecho, y cómo éste toma parte, de esa manera, en la determinación última del destino del mundo.

Sin historia universal del Derecho es tan imposible una verdadera filosofía jurídica, como sin historia universal una filosofía de la humanidad, y sin lingüística una filosofía del lenguaje. Por eso, todo lo que se ha producido antes de la aparición de la historia universal del Derecho, pudo solo tener el carácter de filosofía jurídica y llevar ese nombre cuando un filósofo como Hegel suplió, en cierto modo, con una mirada intuitiva en el orden universal lo que le faltaba de conocimientos positivos. Es, por otra parte, enteramente errónea la concepción de que el tiempo presente no es apto para la filosofía del Derecho. Todo lo contrario: solo ahora nos hallamos en



sazón, y solo ahora podemos realizar algo que represente una digna continuación de la gran obra de Hegel.

De lo dicho resulta también la injusticia con que algunos piensan que el estudio de la historia universal del Derecho carece de importancia para el de su filosofía, y que sería como querer rebajar nuestras actuales matemáticas al estado, por ejemplo, de las representaciones matemáticas de los pieles rojas, arrojando a un lado la evolución de miles de años.⁵¹ En las matemáticas, como en las ciencias naturales, se trata de algo dado fuera del hombre y que llega a conocerse mejor o peor, en cuyo aspecto claro que no aprenderemos jamás nada de los pueblos primitivos; pero el Derecho, lo mismo que el idioma, no es cosa que se dé fuera de nosotros, sino un producto obtenido por el hombre en el hombre mismo. Por eso, cuando lo estudiamos, de un modo semejante a la religión y al idioma, como un fenómeno del respectivo mundo de cultura, tratando de mostrar las relaciones entre la evolución jurídica y el proceso de la civilización, nos encontramos por completo en el camino verdadero, del mismo modo que el paleontólogo, *v. gr.*, no se detiene en la constitución actual de la tierra, sino que

51 Tales cosas, y otras análogas, ha sostenido repetidas veces el Derecho Natural. Compárese, por ejemplo, Krause, *System der Rechtsphilosophie* [Sistema de la Filosofía del Derecho], pág. 19.



retrocede a los tiempos anteriores y pone de manifiesto cómo ha nacido de lo simple lo más complejo, de lo débil lo vigoroso y de lo imperfecto lo más perfecto. Nosotros consideramos precisamente el Derecho, no como el reflejo de un fenómeno externo al hombre, enturbiado quizá en los pueblos primitivos y resplandeciente entre nosotros, sino como un producto humano, interesante en todos los estados en que se nos ofrece, porque nos pone de manifiesto al hombre y la evolución de la humanidad. No cabe, pues, establecer parangón con el caso en que, para estudiar leyes naturales o reglas matemáticas, recurriésemos al proceso mental de los pueblos primitivos (lo cual sería, naturalmente, equivocado), sino que habría más bien que comparar con el caso de que quisiéramos ver, por ejemplo, la posición que el espíritu humano ha adoptado hasta nuestros días frente a los problemas geométricos y a las leyes naturales, y estudiásemos, desde ese punto de vista, las concepciones de los pueblos primitivos sobre la naturaleza y sobre las relaciones matemáticas. Tal estudio sería del mayor interés, y no es, ciertamente, un estudio de la naturaleza, sino del hombre. Del mismo modo, el estudio del Derecho es también un estudio del hombre, de una de las diversas creaciones del espíritu humano que hemos de seguir a través de los diferentes grados de la evolución.



Encontramos comienzos favorables de un renacimiento de la filosofía del Derecho sobre una base histórica universal, en los escritos de Post; en Pulszky (*Theory of law and civil society*, 1880) en los trabajos de Vanni (*Prime linee di un programma critico di sociología*, 1888; *Gli Studi di Sumner Maine*, 1892; *La funzione pratica Della Filosofia del Diritto*, 1894, y artículos en la revista di *Sociología*, IV, página 1, entre otros); Dallari (*Dei nuovi fondamenti Della Filosofia del Diritto*, 1896); Labriola (*Concetto teorico Della società civile*, 1901; y *Revisione critica delle più recenti teorie su le origine del diritto*, 1901, Trespioli (*Coscienza sociale e giuridica*, 1902) . Sobre mis escritos, véase más adelante pág. 117, nota.

§ 9. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y POLÍTICA JURÍDICA

El Derecho es, pues, una manifestación del espíritu racional que gobierna la humanidad y de su impulso cultural; procura que dominen en ésta estados de cultura ordenados, tolerables y progresivos, siempre de acuerdo con la organización social, con la manera de pensar y sentir de la humanidad, teniendo en cuenta especialmente la mayor o menor individualización e independencia del hombre respecto de la colectividad. En el fomento de esos ideales consiste la elevada misión del Derecho. Poner de manifiesto cómo surgen las respectivas necesidades jurídicas íntimamente unidas a las circunstancias de la época; cómo sobre esa base cambia y se transforma el



Derecho, en armonía con las formas de evolución social, y cómo todo ello se relaciona con la coexistencia humana y con el universo, constituye, según queda indicado, la hermosa misión de la filosofía del Derecho.

No se identifica, por tanto, la filosofía del Derecho con la Política jurídica; tiene ésta por objeto exponer qué forma de Derecho es la mejor en cada período de cultura; es producto de una época que ha pasado ya de la esfera sencilla e inconsciente de evolución a esa formación conscia, legislativa, del Derecho, en la cual no nos limitamos a contemplarlo e investigarlo, sino que tomamos parte activa en su perfeccionamiento. Indudablemente, la Política jurídica tiene su base propia. Se deriva inmediatamente de lo arriba dicho. Aunque el Derecho de los diferentes pueblos carece de unidad y cambia con los tiempos y las circunstancias, y aunque el Derecho de una época y de un momento determinados no se halla exactamente prefijado por la evolución del pueblo (porque también en Derecho juega su papel lo que suele denominarse accidente), se puede, sin embargo, decir que un Derecho está más de acuerdo o está menos de acuerdo con el carácter de la evolución y con las aspiraciones del espíritu universal; fomenta en mayor o en menor grado las direcciones a que la evolución precisamente tiende, y, en su virtud, tiene más valor que otro, apareciendo



por ello la política jurídica como apreciación de valores y siendo su función el juicio de éstos.

Ahora bien: apreciar en este punto lo justo; mostrar lo que es más y lo que es menos adecuado a esos fines, y lo que mejor concilia, *v. gr.*, los intereses opuestos o, donde la conciliación sea imposible, menos daña el interés más importante, esa es la misión de la política jurídica. Constituye de ese modo un excelente medio de progreso, especialmente para el legislador. Según que queramos o no aumentar el tráfico, aceptaremos o rechazaremos la libertad de forma en los contratos; limitaremos o ampliaremos la capacidad para el cambio; facilitaremos o impondremos condiciones a la celebración del matrimonio; liberraremos o esclavizaremos la propiedad territorial; daremos acceso, frente a esa propiedad, a los «derechos a un valor» (*Wertrechte*), especialmente a las hipotecas, pulverizando así en valores muebles lo que era firme e inmueble, o, por el contrario, considerando eso un error, nos resistiremos a la expansión de los derechos mobiliarios; declararemos la libertad de la sucesión, equiparando a todos los herederos o limitaremos la disposición y estableceremos privilegios. En todas estas relaciones se trata de sentir dentro de sí mismo el impulso de la evolución y de trabajar para elaborarlo. El jurista deviene así colaborador consciente de la idea del mundo y de la historia universal.



Mucha ayuda puede especialmente prestarnos para ello el poder de la fantasía jurídica, porque nos permite el experimento, nos hace posible imaginar una porción de casos nuevos en que la regla de Derecho habría de tener aplicación, cuyos casos típicos indicarán, mejor que nada, si hemos acertado o equivocado el camino.

Una cosa es preciso todavía poner aquí de relieve: la política jurídica no debe contentarse de ningún modo con definir, por ejemplo, lo que la conciencia del pueblo quiere, porque ésta es, generalmente, ultra-conservadora, vive en sus propias representaciones, y no permite fácilmente que se la separe de ellas, mientras que la política jurídica es progresiva. Por eso son, con frecuencia, algunos pocos los espíritus eminentes que trabajan de ese modo en la esfera político-jurídica para el progreso del Todo. La supresión de los procesos de brujería y del tormento no se hizo, *v. gr.*, sino bajo la mayor oposición por parte de las clases populares que a la sazón daban el tono en la conciencia general, y hoy mismo la abolición del duelo tendrá también que luchar violentamente con las concepciones reinantes.

La filosofía del Derecho se relaciona con la política jurídica, prestándole su confirmación y fundamentación y mostrando, especialmente, el error del llamado positivismo en el Derecho.



§ 10. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TÉCNICA JURÍDICA

También hay que distinguir la filosofía del Derecho de su ciencia técnica.

El fin de la decisión judicial (*Rechtsprechung*), es la consecución de lo justo. Mientras el Derecho viva en el pueblo y se transforme solo consuetudinariamente, la decisión judicial será por completo inconsciente: no se sacan consecuencias, no se compara expresamente, no se hace más que sentir. Se toma de la vida el sentimiento de lo que el Derecho exige, y se tratan semejantemente, de un modo espontáneo los casos semejantes. Así se forma un cierto sentimiento, una cierta sensibilidad que se revela en la decisión judicial.

Sólo cuando el Derecho legislativo alcanza una mayor importancia bajo el influjo del caudillaje,⁵² deviene paulatinamente la decisión judicial consciente y meditada. La ley no puede hablar sino valiéndose de conceptos, y, cuando más, saliendo al encuentro del sentido jurídico por medio de ejemplos aclaratorios. Y de esos conceptos va desarrollándose la función consciente de la justicia, y con ello, en definitiva, la ciencia del Derecho.

52 Sistema de Gobierno por caudillos, caciques. (*N. del T.*).



La ciencia reflexiva del Derecho tiene, ante todo, que analizar los conceptos y sacar su contenido. En esa función corre sin duda peligros, porque los conceptos, como es sabido, no son nunca tan precisos que ofrezcan una conclusión firme, sino que indican generalmente lo que el Derecho quiere, de un modo aproximado solamente. Cuando se habla, por ejemplo, de publicidad, de escándalo, de posesión, es fácil decidir con seguridad muchos casos que se encuentran como en el punto medio del concepto; pero no ocurre lo mismo cuando se llega a sus límites, porque entonces el concepto se desvanece en una penumbra tal, que es muy difícil decir dónde termina definitivamente.

También es preciso advertir que los conceptos no tienen siempre un contenido igual, aunque se hallen expresados con la misma palabra. Así, la expresión «industrial» o «industrialmente» puede significar cosa distinta, según la materia a que se aplica.⁵³

53 La aspiración a percibir de un modo preciso los conceptos en su relatividad, asegurando así y facilitando su uso, es en todo caso importante y meritoria, aunque yo no encuentre en ella la esencia de la Filosofía del Derecho. En ese orden ha hecho Schuppe especialmente trabajos de gran valor en diversos escritos y artículos (*Methoden der Rechtsphilosophie* [Métodos de la Filosofía del Derecho] en la *Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, V, pág. 209 y sigs.; *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie* [Ciencia jurídica y Filosofía del Derecho], en los *Jahrbücher der internationalen Vereinigung*, y otros varios).



Los peligros de la Jurisprudencia conceptual (*Begriffsjurisprudenz*), consisten en el empleo no jurídico del concepto, es decir, en no tener en cuenta ni la naturaleza, por decirlo así, tornasolada del concepto jurídico, ni la diversidad de las palabras y los conceptos en las diferentes materias. Contra esto existe dos correctivos. En primer término el sentimiento del Derecho, es decir, el conocimiento irreflexivo (*unbewusst*) del mismo, la sensibilidad de que acabamos de hablar. Esto no podrá desaparecer por completo en la nueva época del Derecho y, aunque no sirva de guía inmediata, será el vigía que dé al jurista la voz de alerta cuando emprenda un falso camino; será la conciencia [ética, *Gewissen*] del Derecho, por decirlo así. El jurisconsulto está obligado a escucharla, y comete una falta de las más graves cuando ofende al sentimiento jurídico o prescinde de él, o cuando busca en la lesión de ese sentimiento la finura de la aplicación del Derecho. En segundo término existe la posibilidad de sacar del concepto, no una, sino muchas consecuencias, y ver si son racionales o disparatadas y contradictorias.

Sin esos correctivos no debería trabajar ningún jurista.

La jurisprudencia conceptual tiene también otras formas de actividad, a saber: deducir consecuencias de los conceptos jurídicos; pero por la relación que éstos mutuamente mantienen, chocan aquéllas entre sí, se atraen y se repelen recíproca-



mente, dando así lugar al desarrollo de nuevos conceptos. Fijados, por ejemplo, los conceptos de propiedad y de Derecho real limitado, tendrá que preguntarse el jurista cuál es la posición del Derecho en el caso de una colisión entre ambos, y cómo surge, de esa manera, el concepto de propiedad real limitada. Del mismo modo, cuando el concepto de sociedad coincide con el de obligaciones, será necesario meditar sobre la forma que éstas adoptan cuando entran en relación con una sociedad; si son obligaciones de ésta, o del patrimonio social, o de cada uno de los socios, etc.

De esa manera se desarrolla, dentro del Derecho, la serie infinita de las conexiones, las asociaciones de ideas y las nuevas formas de conceptos.

La doctrina, pues, que fija los principios según los cuales el jurista ha de manejar los conceptos, establece las precauciones que necesita observar y señala el camino que tiene que emprender, constituye una parte de la doctrina del Derecho, un capítulo preparatorio, que debe preceder a la parte dogmática, pero que nada tiene que hacer con la filosofía del Derecho.

§ 11. HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO

La historia universal del Derecho, que suele también denominarse ciencia del Derecho comparado, tiene por objeto la



investigación, hasta donde sea posible, del Derecho de todos los pueblos, lo mismo de los vivos que de los muertos, e investigar, no solo por lo que se refiere al orden jurídico objetivo, sino también a su actuación en la vida jurídica subjetiva. Este campo es infinito, tan infinito como la historia del espíritu humano, y no es aquí nunca posible, naturalmente, sino una aproximación al ideal, no solo causa de la enorme extensión del asunto, sino también, ante todo, por haber desaparecido tan extraordinario número de materiales. Muchos pueblos han perecido sin dejar huellas; de muy pocos relativamente tenemos monumentos escritos, y de estos documentos se han destruido, a su vez, para siempre, un gran número. A pesar de eso, lo que aún existe es extraordinariamente abundante, y a nosotros nos toca salvar por todas partes lo que aún pueda salvarse. Los pueblos primitivos nos ofrecen todavía un contenido inagotable de derechos y usos jurídicos, y solo se necesitan investigadores que nos den noticias claras y suficientes de ellos. Mucho se ha hecho en este orden: observadores ingleses, holandeses, franceses y alemanes, nos han legado reseñas; viajeros y misioneros, empleados y magistrados de las colonias, han consignado sus datos, y, por último, la jurisprudencia indígena constituye una fuente pura del Derecho respectivo. Se pueden señalar hoy en esa dirección grandes progresos: se ha despertado la afición a las investigaciones etnográficas; se ha



comprendido también que el conocimiento de un pueblo constituye un medio auxiliar extraordinario para apoyar nuestra dominación, y que los muchos errores de los gobiernos coloniales proceden, en su mayor parte, de la ignorancia de las concepciones indígenas.

Así se ha revelado la gran utilidad que la investigación lleva en sí, y también por ese motivo deben los gobiernos coloniales proteger esos trabajos. Para ello es esencial prestar ayuda al observador, indicándole los puntos de vista exactos y mostrándole dónde hay que buscar en el fenómeno las ideas decisivas, de modo que se separe lo esencial de lo accesorio. Es también, seguramente, imprescindible que los investigadores se acerquen con verdadero amor al asunto y respeten las organizaciones jurídicas de los pueblos primitivos, como manifestaciones de la razón humana, por mucho que contradigan nuestras actuales concepciones, y en modo alguno las traten desdeñosamente, cual antes ocurría, como si fueran sandeces o errores ridículos. El gobierno colonial alemán envió tiempo atrás a los protectorados unos cuestionarios arreglados por mí, y se ha recibido una serie de informes en alto grado interesantes, que he refundido y publicado en la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*.

Pero también los pueblos civilizados que nos han legado monumentos jurídicos escritos, ofrecen un material enorme,



aunque ya antes, por ligereza, tosquedad e incultura, haya perecido tanto. Poseemos, *v. gr.*, restos considerables del código penal azteca del rey Nezahualcóyotl, y también, de otro lado, las noticias respecto de los aztecas indígenas que encontramos, por ejemplo, en Durán y en Sahagún, son un testimonio vivo del Derecho de aquel pueblo. Los monumentos jurídicos *babilónicos* y *asirios*, nos dan un cuadro tan claro de la vida jurídica y comercial en aquella época, que conocemos mejor esos derechos que, por ejemplo, el Derecho germano del tiempo de Carlomagno; del mismo modo que algunas partes de la luna nos son más conocidas que ciertos lugares de la tierra. La antigua Babilonia alcanza a más de 1.000 años antes de Jesucristo; los monumentos jurídicos de Asiria nos ofrecen el Derecho hasta la caída del imperio, y los documentos babilónicos modernos llegan desde Nabucodonosor hasta Nabunaid, y desde éste hasta el período persa y aún hasta el griego. Las excavaciones alemanas, hechas con gran celo, dejan presumir aún un material enorme oculto bajo el suelo de la Mesopotamia; y si penetramos en el archivo de estado de Nabucodonosor, se ofrecerá claramente a nuestra vista todo el mecanismo de gobierno de la época: la legislación, la administración y la justicia. Afortunadamente ha alcanzado ya una altura el conocimiento de Asiria y Babilonia, que, a pesar de ciertas incertidumbres, se puede llegar en este punto a un resultado en general seguro y claro.



Los documentos jurídicos *egipcios* no alcanzan, en su mayor parte, más que al último tiempo de la dominación indígena, perteneciendo los más a la época de la dinastía macedónica. Aún no han sido, en su mayoría descifrados ni trabajados.

El Derecho *griego* nos ofrece también una porción de monumentos jurídicos; los escritores griegos, y especialmente los oradores, atesoran un caudal de consideraciones jurídicas; numerosas inscripciones nos dan testimonio de la legislación y la práctica del Derecho, y descubrimientos como el del Derecho penal de Gortyn, arrojan clara luz sobre los comienzos de la vida jurídica griega.

También poseemos antiguos testimonios del Derecho *eslav*o, por ejemplo, la llamada legislación de Jaroslaw; y, en el *celta*, ofrecen los llamados *Brehon laws* un conjunto de material, en parte aún no elaborado en absoluto. Pero también sobre los derechos de los pueblos del *Asia oriental* tenemos una riqueza extraordinaria de noticias, y en cuanto se hagan asequibles todos los antiguos monumentos jurídicos japoneses y chinos, gozaremos de un nuevo cuadro de la evolución del Derecho en aquellos países.

Por todas partes, en fin, una masa de manifestaciones del espíritu humano y un conjunto de tendencias tratando de subvenir a las necesidades de la vida y a los impulsos de cul-



tura, mediante la formación del Derecho y la aplicación de sus instituciones.

Una cosa es preciso hacer notar todavía. La evolución jurídica se realiza principalmente, en los grados más avanzados de la cultura, por medio de la legislación; pero ese no es el único camino, porque la costumbre jurídica no puede faltar a su lado en modo alguno. No es ya solo que mediante ella puede ser el Derecho modificado, derogado o completado, sino que cada Derecho tendrá un carácter distinto según como llegue a aplicarse en el pueblo. La mayor parte de instituciones jurídicas son entregadas a la libre elección de los individuos, y con ello a su arbitrio personal, y lo que importa es si se las acepta o no. Un pueblo con las más perfectas instituciones matrimoniales puede tener un número excesivo de solterones; otro que posea la mejor ordenanza de cambio puede acaso carecer de éste, y muchos países con excelente legislación sobre patentes no lleguen a inscribir cinco cada año. Ciertas instituciones jurídicas que el legislador ha creado con la mejor intención, para hacer beneficios, quedan sin aplicación. Y, aun tratándose de instituciones jurídicas en uso, es preciso tener siempre en cuenta el modo cómo en la vida se combinan con otras, y en qué medio y en qué forma son usadas. Así, por ejemplo, la aplicación del Derecho civil francés ha sido en Francia enteramente otra que en los países alemanes donde ha regido el *Code civil*.



Si se quiere, por tanto, conocer la vida jurídica de un pueblo, no cabe limitarse a las fuentes del Derecho; hay que considerar también especialmente el llamado estilo de los documentos; hay que saber cómo celebra el pueblo sus negocios jurídicos, y si son unos u otros más o menos frecuentes. Por eso es conocimiento de los documentos jurídicos de un pueblo tan importante como el de sus fuentes de Derecho.

Pero nada se consigue con el conocimiento externo del Derecho; tenemos también que elaborarlo. Esta elaboración ha de ser, ante todo, analítica; necesitamos descomponer la materia jurídica en sus elementos constitutivos,⁵⁴ porque solo esa descomposición nos dará la posibilidad de construir cada institución y poner de manifiesto las partes de que se compone. El jurisconsulto tiene aquí una misión análoga a la del químico analista: como éste, tiene primeramente que retroceder a los elementos y, una vez obtenidos, puede poner de manifiesto en su estructura la materia compuesta e indicar el modo como pueda, mediante la asimilación y la expulsión de elementos, formarse y

54 No consiste, por tanto, ese trabajo en la sustracción de todas las diferencias, si no en el análisis de los elementos que las forman. Que el conocimiento de esos elementos presupone un espíritu jurídico, es evidente. En este sentido, tiene razón Schuppe (*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* V, págs. 209 y sigs.); pero lo que aduce contra Post es, en su mayor parte, insostenible, porque Post no desconoció ciertamente la unidad en la diferenciación, sino que se limitó a combatir la opinión, entonces consciente, de que el círculo de las formaciones jurídicas posibles se reducía a unos pocos tipos; opinión que la Escuela histórica había tomado del Derecho natural.



configurarse de nuevo. Cuando hayamos descompuesto, por ejemplo, las instituciones jurídicas en sus elementos de Derecho real y de Derecho de obligaciones; cuando hayamos demostrado en todas partes la conexión entre el sujeto y el objeto del Derecho; cuando hayamos descubierto cómo puede el negocio jurídico diversificarse mediante la recepción de elementos nuevos, habremos alcanzado un conocimiento del Derecho, no puramente descriptivo, sino que penetra hasta lo más íntimo del mismo. Llegados a ese punto, es posible una segunda operación: podemos separar lo esencial de lo accidental, el nervio de lo accesorio. Esto es absolutamente indispensable cuando se trata de derechos nacidos concretamente en el pueblo y que viven y se desarrollan en la costumbre. Está aquí el Derecho amalgamado con una masa de elementos artísticos, religiosos y en general espirituales, y no podemos conocerlo si no lo emancipamos de tal unión. Cuando tenemos, por ejemplo, ante nosotros las ceremonias del matrimonio en un pueblo, solo las haremos asequibles a nuestra inteligencia jurídica si las despojamos de los elementos aportados por creencias y fantasías populares, mitos e ideas animistas, dejando solo lo que recuerde, *v. gr.*, la compra y el robo de las mujeres o cualquier otra concepción jurídica o forma de manifestarse el matrimonio.

Ese trabajo que hasta ahora hemos descrito es puramente jurídico; pero es insuficiente, sobre todo si la historia universal



del Derecho ha de constituir la base de la filosofía del Derecho. Necesitamos en tal caso poner en relación el Derecho con los restantes elementos de cultura, especialmente con las creencias y con la historia económica del pueblo. También el carácter etnográfico de éste, sus inclinaciones y antipatías y su sentido idealista o anti-idealista, necesitan tenerse en cuenta y serán apreciables en la configuración de la vida jurídica. Así, aparecerán, por ejemplo, al estudiar el robo, el mayor o menor espíritu económico del pueblo; al tratar de la venganza de la sangre y su composición, unas veces la pasión de odio y el sentido de orgullo personal, otras la codicia y la afición a los bienes, al dinero y a la riqueza. Con esas investigaciones queda cerrada la historia universal del Derecho. Pero con ello está también colocada la base, y la filosofía del Derecho puede desempeñar su oficio.⁵⁵

55 A estas investigaciones se ha dedicado con preferencia la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* [Revista para la Ciencia del Derecho comparado] en sus quince tomos publicados. Abundantes indicaciones bibliográficas pueden verse en Meili, *Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft* [Instituciones de la Ciencia del Derecho comparado], 1898. Puede considerarse como fundador de esta ciencia a Bachofen (*Mutterrecht* [Matriarcado], 1861; Tanaquil, 1870; *Antiquarische Briefe* [Cartas arqueológicas], 1880-1886); y después especialmente a Morgan, *Systems of consanguinity and affinity*, y a Wilken (cuyos trabajos se refieren principalmente a los Malayos). Uno de los más celosos continuadores, aunque no siempre con método acertado, fue Post (*Bausteine* [Piedras para edificar una Jurisprudencia etnológica], 1881; *Grundlagen des Rechts* [Fundamentos del Derecho], 1884; *Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts* [Estudios para la Historia de la evolución del Derecho de familia] 1889; *Ethnologische Jurisprudenz* [Jurisprudencia etnológica] 1894, etc.) También son muy importantes Dargun (*Mutter und Vaterrecht* [Matriarcado y patriarcado], 1892), y Dareste (*Etudes d'histoire de Droit*, 1889). Pertenecen también a estos estudios algunos escritos de Laveleye, Leist y Kowalewski. Acertado, en parte, Steinmetz (*Ethnologische*



§ 12. CIENCIAS AUXILIARES

Son auxiliares de la ciencia del Derecho comparado la *lingüística*, la *historia de la civilización* y la *psicología*, especialmente la *psicología social* (*Völkerpsychologie*).

Studien Zur ersten Entwicklung der Strafe [Estudios etnológicos sobre la primera evolución de la pena], 1894, y en algunos otros trabajos).

La obra de Westermarck, *History of human marriage*, 1891, es una compilación sin carácter científico. Entre mis escritos mencionaré: *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* [Shakespeare ante el foro de la Jurisprudencia]: Würzburg, 1884; *Rechtsvergleichende Studien* [Estudios de Derecho comparado]: Berlín, 1889; *Recht als Kulturercheinung* [El Derecho como fenómeno de cultura]: Würzburg, 1885; *Wesen der Strafe* [Naturaleza de la pena]: Würzburg, 1888; *Recht als Lebensmoment der Völker* [El Derecho como elemento biológico de los pueblos]: Würzburg, 1887; *Zur Lehre von der Blutrache* [Sobre la teoría de la venganza de la sangre]: Würzburg, 1885; *Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen* [Cuestiones jurídicas modernas en los jurisconsultos islamitas]: Würzburg, 1885; *Kommenda im islamitischen Rechte* [El contrato de encomienda en el Derecho islamita]: Würzburg, 1885; *Recht der Azteken* (de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1892) [Derecho de los Aztecas, de la *Revista para la Ciencia del Derecho comparado*, 1892]; *Das chinesische Strafrecht* [El Derecho penal chino]: Würzburg, 1886; *Aus dem babylonischen Rechtsleben* [De la vida jurídica babilónica] (de Kohler y Peiser), cuatro cuadernos: Leipzig, 1890, 1891, 1894, 1898; *Altindisches Prozessrecht* [Antiguo Derecho procesal indio]: Stuttgart, 1891; *Recht, Glaube und Sitte* (en la *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, de Grünhut, vol. XIX) [Derecho, Fe, y Ethos. *Revista para el Derecho privado y público actual*, de Grünhut, vol. XXI]; *Die Ideale im Recht* (del *Archiv für bürgerliches Recht*: Berlín, 1891) [Los Ideales en el Derecho. *Archivo de Derecho civil*: Berlín, 1891]; *Negerrecht* (de la *Z. f. vgl. R.*, 1897) [Derecho de los negros. *Revista para la Ciencia del Derecho comparado*, 1897]; *Urgeschichte der Ehe* [Prehistoria del matrimonio] (de la misma *Revista*, 1897); *Ursprung der Melusinsage* [Origen de la leyenda de Melusina]: Leipzig, 1895.

Artículos en la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*; en el *Gerichtssaal* [El Tribunal] en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* [Revista para la Ciencia general del Derecho penal]; *Zeitschrift für Handelsrecht* [Revista de Derecho mercantil]; *Archiv für bürgerliches Recht* [Archivo de Derecho civil]; *Auslan* [Extranjero]; *Zeitschrift für Sozialwissenschaft* [Revista para la Ciencia Social]; en los *Beiträgen zur Assyriologie* [Contribuciones A la Asiriología]; en el *Juristisches Literaturblatt* [Revista de Literatura jurídica], y en la *Politisch anthropologische Revue* [Revista político-antropológica].



La Lingüística se nos ofrece en dos aspectos. Por una parte, nos hace posible la lectura de los documentos jurídicos primitivos; y lo que en esta materia se ha hecho desde que se conoció el sánscrito y desde que pudo entenderse el asirio babilonio, es verdaderamente extraordinario.

Mas, por otra parte, se ha tratado de sacar todavía otra ventaja de la lingüística: la palabra experimenta una evolución, y ésta nos da al mismo tiempo una imagen de la evolución del espíritu. Las palabras parten de lo concreto y aprehenden lo abstracto; su historia nos enseña el desarrollo del pensar abstracto, y esto también, naturalmente, con relación al Derecho. De ese modo han podido obtenerse algunos resultados, y ha sido especialmente importante que en los idiomas indo-germanos la palabra «padre» se deriva de la raíz «proteger», «pa», y no de «engendrar.» Sin embargo, no debe exagerarse el valor de esa evolución, porque los procesos lingüísticos son a veces muy extraños y conducen a través de grandes oscuridades.

También se ha intentado dar otra significación a la Lingüística comparada, pensando que cuando un pueblo primitivo conoció un concepto, debió tener una expresión para él, y esa expresión se encontrará entonces en todas las lenguas derivadas de aquel pueblo. Por consiguiente, la comunidad de raíces en las lenguas hermanas nos da una prueba suficiente de que el concepto existió en la época primitiva. Algunos extremos: por ejemplo, las denominaciones y las relaciones del parentesco, se pue-



den determinar por ese procedimiento; pero tampoco deben aquí sacarse consecuencias exageradas. Ni de la comunidad de expresión cabe deducir seguramente la identidad de origen, porque siempre se da la posibilidad de préstamos y la de que una palabra que denota cosa distinta llegue poco a poco a adquirir una significación común en los diferentes idiomas; ni mucho menos se puede deducir, como algunos han hecho, de la ausencia de una expresión común, que un concepto faltase originariamente, porque es un fenómeno conocido que muchas palabras desaparecen paulatinamente del tesoro del idioma, siendo sustituidas por otras, por dejar de ser adecuadas al pueblo y a su idioma o por haberse hecho enfadosas y ser llamadas a ocupar su puesto expresiones menos usadas y, en consecuencia, de más noble y elegante sonido.

Dentro de la historia de la civilización, es especialmente importante la ciencia de las religiones, porque una gran serie de fenómenos son solo inteligibles mediante la historia de éstas. Jamás la familia indo-germánica habría llegado a ser lo que es sin el culto de los antepasados; y, sin él, la venganza de la sangre habría adoptado muy otra forma. El establecimiento del año de luto ha nacido del miedo a los muertos, y ya se deducirá del mismo curso de la exposición lo que el culto de éstos ha creado y en qué grado la organización política basada en el caudillaje fue fomentada por representaciones religiosas.



La historia de la civilización conduce por sí misma a la psicología, porque la historia se sirve del alma humana con todas sus pasiones y movimientos, y éstos crean las instituciones jurídicas y, en general, el mecanismo de la historia universal. Los instintos de crueldad, de venganza, de amor sexual, han sido formativos en el Derecho de familia y en el penal; también el desarrollo de la religión y de su Derecho está bajo la influencia de poderosos fenómenos anímicos, de excitaciones sugestivas y auto-sugestivas que pueden llegar a los linderos de la psicosis. Hay que considerar, sobre todo, el poder terrible del contagio espiritual en las masas humanas y la fuerza sugestiva, verdaderamente increíble, del hecho individual en una turba exaltada. En todas estas relaciones puede esperar aún la historia del Derecho grandes enseñanzas, de una observación psicológica sistematizada.⁵⁶

56 La Historia de la civilización y la Psicología social se han fundido recientemente en la Sociología. De este sentido han sido iniciadores, entre otros, Herbert Spencer (*Principles of sociology*, etc.), Lubbock y Frazer. Existe también un anuario. *L'année sociologique*, de Durkheim (5 tomos hasta ahora), y una revista, *Rivista di Sociologia* (5 tomos publicados). Material abundante se encuentra en los numerosos escritos de Bastian, etc. Véase también mi artículo *Recht und Völkerpsychologie* [Derecho y Psicología social] en la *Politisch anthrop. Revue*, I, 5, págs. 385 y sigs.

B. Formaciones jurídicas

I. Relación con la Naturaleza

§ 13. FUNDAMENTOS

El hombre, colocado en la naturaleza, se encuentra dominado, en los primeros tiempos, por la impresión de ésta. Se le presenta como una cosa enorme, poderosa; es la divinidad hacia la cual eleva estremecido su mirada. Acaba por familiarizarse con ella, estima sus liberalidades y agradece sus solicitudes, mientras que de otro lado ve revolotear en derredor los malos espíritus. Así nace un completo demonismo o animismo en que los pueblos viven. Esa creencia en los espíritus domina al hombre aun después de comenzar a apoderarse de la naturaleza y a someterla. Surge, ante todo, un choque violento: es un desacato espantoso invadir la magnificencia de la naturaleza, derribar el árbol, descuajar el bosque; los espíritus de la selva suspiran por ello lastimeros. Pero pronto encuentra el hombre el medio de salir de ese conflicto y aprende a adaptar



las representaciones religiosas a la necesidad; se reconcilia el espíritu, o se pone al servicio del hombre, o se implanta otro nuevo en el campo de la vida civilizada. No en vano es el hombre demonista: consigue aprisionar los espíritus y convertirlos en sus protectores. Así domina, en todo el mar del sur, la institución del *matakau*, por la cual el plantador de un árbol confina en él, para la custodia de los frutos, un espíritu que amenaza con perdición y muerte al malhechor.

La relación entre el hombre y la tierra cultivada, adquiere de ese modo una significación especial; es una relación consagrada que sirve de introducción a la propiedad. La propiedad consiste originariamente en un enlace demonista de la humanidad con la naturaleza, y de ahí también las ceremonias sagradas que rodean los actos más importantes del propietario territorial, especialmente el cultivo de los campos.

Antes de pasar adelante, necesitamos exponer la evolución de las relaciones de la humanidad como tal con la naturaleza, lo cual se enlaza con la *formación* de la humanidad como un todo y el tránsito de la existencia colectiva a la individual.

§ 14. REPARTICIÓN DEL MUNDO. EN GENERAL

La humanidad va del colectivismo, es decir, de un estado de existencia colectiva, al individualismo, o sea al estado de



existencia individual;⁵⁷ pero de tal modo que la colectividad conserva siempre acción sobre el individuo, aunque sin absorberlo ni aniquilarlo. Ahí radica uno de los principales progresos de la cultura: de las masas compactas que forman la humanidad primitiva surgen, luchando, los individuos, y se presentan como tales, con sus derechos individuales, frente al Todo. El individuo no necesita ya acomodarse de un modo absoluto a los rasgos de la colectividad; puede emprender nuevos caminos, ordenar en forma diversa su vida y contribuir así poderosamente al progreso del Todo. Solo mediante la evolución del individuo vino al mundo la cultura moderna.

Es característico en el Derecho del patrimonio, que acompaña lo mismo a los estados de existencia colectiva que a los de existencia individual. El Derecho patrimonial tiene su base, según se ha dicho frecuentemente, en que el hombre necesita del mundo externo para sus fines, sean materiales o espirituales, y ese mundo externo tiene que serle accesible para que pueda servirse de él. Mientras la humanidad lleve, pues, esa existencia colectiva, existirá también un Derecho colectivo sobre los bienes externos, y el individuo no podrá gozarlos ni disfrutarlos sino en esa colectividad y solo en ella. Aparece

57 Véase sobre esta materia mi artículo *Kollektivismus und Individualismus in der Geschichte* [Colectivismo é individualismo en la Historia], en la *Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, I, 4, págs. 261 y sigs.



luego la diferenciación individual, y con ella un fraccionamiento del patrimonio colectivo en patrimonios particulares; porque si el individuo ha de tener su Derecho propio, hay que darle también su propio patrimonio. Solo así puede alimentarse, vestirse y trabajar por sus aspiraciones, sin depender de la voluntad de otros que acaso no le comprenden y querrían privarle de los medios necesarios. El patrimonio privado es, por consiguiente, el signo de la existencia individual, es su fortaleza y el más elevado factor de su desarrollo. En los tiempos de existencia individual tiene que pertenecer a cada cual una parte de los bienes externos, para que pueda vivir su propia vida y servir sus fines bajo el amparo de su patrimonio.

El Derecho de los pueblos nos enseña cómo la sabiduría de la historia universal fue siempre guiada por la idea de que en los primeros tiempos el Derecho era colectivo: Derecho de la horda, Derecho comunal, mucho antes de haber devenido Derecho de familia y Derecho individual.

Con el reconocimiento de la personalidad individual, han aparecido, al mismo tiempo, su protección especial y la protección de su posición individual, desarrollándose al lado del Derecho patrimonial privado el Derecho de la personalidad. Pero, al mismo tiempo, conserva también el colectivismo ciertos derechos, y subsisten en todas partes, junto a las personas individuales, personas sociales unitarias, con unidad



de derechos: las llamadas personas jurídicas, bien tradicionales, bien nuevas, libremente creadas. Por eso el Derecho de la persona social no es una cosa artificial, sino que descansa en fundamentos jurídicos y es más antiguo que el de la persona individual.⁵⁸

§ 15. REPARTICIÓN DEL MUNDO. EN ESPECIAL

En cuanto retrocedemos en la evolución histórica, encontramos el Derecho de patrimonio originariamente como colectivo. La idea de que pertenezca a cada uno lo que con su trabajo crea, lo que coge y conquista, es extraña a los pueblos primitivos. No radica ahí, como se ha creído, el origen de la propiedad privada, porque el trabajo que el individuo realiza, lo realiza, al principio, para la familia y para toda la estirpe. La idea de la propiedad privada se desarrolló, ante todo, con relación a aquellos objetos que eran desde el principio distintivos de la personalidad, tales como los vestidos, las armas y, sobre todo, cuanto se refiere al espíritu protector de cada individuo, porque es una evolución muy importante en la historia del hombre, como después se dirá, que cada cual adquiere un espíritu protector, presentándose con ello en cierto modo frente a los demás como cantidad sustantiva. Esa relación de las cosas con

58 Kohler, *Einführung in die Rechtswissenschaft* [Introducción en la Ciencia del Derecho], págs. 7, 14 y 29.



la personalidad llega hasta tal punto, que aquéllas se encierran en el sepulcro o se queman en unión del cadáver. La creencia en una vida ulterior influye en ello decisivamente, y se le envían al difunto, no solo las cosas inanimadas, sino también animales, esclavos y viudas. Paulatinamente se suaviza esta costumbre: la idea de la otra vida se espiritualiza, y se llega a admitir que el muerto no necesita las cosas mismas en su cualidad corpórea, sino sólo, en cierto modo, un extracto, el espíritu que en la cosa mora, su sombra. Y así, se considera como suficiente colocar el objeto sobre el sepulcro o sobre el cadáver, restituyéndolo después al comercio general.

La propiedad común sobre cosas inmuebles ha durado mucho más. Todavía domina entre los negros y malayos y entre otros pueblos la idea de que el terreno pertenece a la tribu, pero puede dar a un individuo o familia para que lo trabajen, siendo protegido entonces el poseedor mientras lo utiliza, lo cultiva o quiere cultivarlo. Esa es la situación con que todavía hoy tenemos que contar en África. De enajenación, de la idea de que el terreno que yo tengo está adherido a mí y me proporciona un valor en cambio, no cabe en manera alguna hablar. Esta idea puede solo desenvolverse cuando, por mejoras hechas en los predios, aparecen elevaciones y, por tanto, diferencias de valor, o cuando las cualidades culturales de la cosa devienen considera-



blemente diversas en virtud de su situación. Hasta entonces no surge la idea de que, no solo puede utilizarse la cosa mientras se la posee, sino que cabe obtener, al desprenderse de ella, un valor equivalente, el cual no es al principio sino el plus-valor que tiene, a consecuencia de las expensas hechas en ella o de su situación especialmente favorable con relación a otros predios que pueden disfrutarse gratuitamente.

Ese pensamiento adquiere relieve especial en aquellos pueblos donde la agricultura deviene trabajo intensivo, no siendo actividad accidental de algunos, sino modo general de adquisición para todos. La agricultura se hace corporativa; la tribu entera toma posesión del campo y lo labra en común, descuaja los bosques, siembra y cosecha, hasta que, agotada la tierra al cabo de año y medio o dos años, se corre más allá y vuelve a repetirse la misma escena. Ese sistema de economía de praderas⁵⁹ (sistema *Fum* en la India), da lugar a otro que consiste en permanecer de un modo estable sobre un terreno, el cual se divide en dos partes, una cultivada y otra baldía que se deja inculta y descansa para que se haga capaz de un cultivo

59 *Feldgraswirtschaft* o *Koppelwirtschaft*, que otros han llamado *Wechselwirtschaft* ó *Schlagwirtschaft*. Es el sistema en que un mismo terreno se dedica alternativamente, unos cuantos años a la producción de plantas propiamente cultivadas, especialmente cereales, y otros cuantos a la de pastos para el ganado. Se contrapone al llamado *Körnerwirtschaft* ó *Felderwirtschaft*, caracterizado por el cultivo predominante de los cereales, y que puede ser, a su vez, sistema de uno, de dos, tres, cuatro, seis campos, etc. Compárese Conrad, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, III, pág. 829. (N. del T.).

posterior. A su vez, dentro de este sistema puede permanecer común el cultivo como en el sistema *zimindari*, de India, y el del *cyvar* entre los antiguos celtas, o puede repartirse temporalmente la tierra entre las familias para su cultivo, como en el sistema *pattidari* de los indios, el *Reebningsverfahren*⁶⁰ de los germanos; el sistema *comachadt*, de los celtas, y el del *mir* entre los rusos.⁶¹ Un sistema parecido existió entre los chinos hasta los

60 El *Reebningsverfahren* es originariamente una institución escandinava que supone la propiedad privada del suelo y la existencia de las *Hufen* (parcelas de tierra con casa, huerto y derecho a pastos comunes). Cuando alguno creía que otro le había usurpado terreno, pedía el *Reebningsverfahren*, es decir, el nuevo reparto del campo, para que a cada cual se diese de nuevo lo que le correspondía. No estaban sólo sujetos al procedimiento los campos cultivados, sino también calles, plazas, praderas, etc. Era preciso entablar procedimiento judicial. El nombre se deriva de *rep*, *reeb*, que significa cuerda, es decir, el instrumento para medir. Fue desapareciendo el *Reebningsverfahren* cuando se deshicieron las *Hufen*, porque ya no era posible la reconstrucción del primitivo reparto. Los preceptos del *Reebningsverfahren* han conservado eficacia formal, pero apenas práctica, hasta el siglo XVIII. En Alemania se han hallado pocas manifestaciones. (N. del T.).

61 Modernamente se discute mucho si el *mir* es una organización rusa antigua o si es una evolución de tiempos posteriores a partir del siglo XVII. Compárense las exposiciones de Engelmann, Keussler, Meitzen (*Wanderung, Anbau und Agrarwesen* [Trasbумancia, cultivo y organización agraria], II, pág. 223), y especialmente Simkhowitsch (*Feldgemeinschat in Russland* [Comunidad agrícola en Rusia], 1898, págs. 18 y sigs., 56 y sigs., 71 y sigs.) Hay que confesar que la Comunidad agrícola apareció en ciertos lugares con posterioridad; pero donde esto ocurrió fue siempre esa Comunidad un retroceso a anteriores estados de Comunidad de *Marca* (a), es una formación atávica de las que son tan corrientes en el curso de los tiempos.

(a) En tiempo de César no había entre los germanos ni propiedad privada ni uso privado del suelo. El terreno se daba todos los años a las Asociaciones gentilicias para su aprovechamiento en común. En tiempo de Tácito existía propiedad individual sobre la casa y el cercado; propiedad colectiva y disfrute individual, mediante repartos periódicos, sobre la tierra de labor, y propiedad y disfrute colectivos sobre el terreno común (*Marca, Allmende*), formado especialmente por los montes y dehesas.



siglos IV y III antes de J. C., es el sistema *kubunden*, de los japoneses, en el siglo VII de nuestra era. Pero también a este sistema le llegó poco a poco su hora: cesa la nueva distribución paulatina; las familias permanecen asentadas, se apoderan del

La época de aparición de las Comunidades de Marca es muy discutida. Recientemente Hildebrand, siguiendo a Fustel de Coulanges, ha sostenido que no se encuentran hasta la segunda mitad de la Edad Media, y que las noticias anteriores se refieren a derechos de disfrute sobre terrenos pertenecientes a uno o varios señores o sobre *res nullius* (no *res communis*). En esa época encontramos varios pueblos que tienen, además de su área propia, un terreno común (bosque o prado). Pero esas *Marcas* comunes a varios pueblos disminuyeron pronto a favor de las *Marcas* municipales.

Mientras el municipio y la provincia actuales son puramente corporaciones públicas topográficamente determinadas, y solo en cuanto tales son sujetos de Derecho privado, las Asociaciones de Marca se basaban en el Derecho corporativo y no en el político, y unían a la función municipal territorial la de Asociación agraria y económica.

Según Gierke, hay que distinguir en la antigua Comunidad de *Marca*: 1) lo que era común, a saber: a la propiedad de la *Marca* común o *Allmende* bosques, aguas, prados, plazas, caminos, que era indivisible y pertenecía a veces a varios pueblos, y que, según la identidad antigua entre unidad colectiva y pluralidad colectiva, servía lo mismo a las necesidades del municipio como tal, que a las de los vecinos como particulares; b) los campos de la *Marca* repartidos a los particulares para su disfrute individual, que más tarde se convirtió en propiedad, aunque sujeta ciertos aprovechamientos comunes; c) la casa y la cerca en cuanto el derecho de propiedad individual sobre ellas se hallaba sujeto a ciertas limitaciones en lo referente a la facultad de disponer; y 2) lo que se repartía en derechos individuales, a saber: la casa y la cerca (en propiedad); la porción de tierra laborable (para su disfrute, y más tarde en propiedad), y el derecho de disfrute del *Allmende*, que correspondían a cada vecino, y que recibían conjuntamente como unidad económica el nombre de *Hufe*.

En la Edad Media la ciudad se convirtió en corporación puramente pública, y el *Allmende* se convirtió en propiedad de la ciudad, haciéndose libre la propiedad privada de los vecinos; pero conservando estos muchos derechos de disfrute sobre aquél. En los campos se conservó el antiguo municipio de *Marca* y se acentuó en él el predominio del Derecho privado. También se limitó el círculo de los partícipes a ciertas clases de personas. En época más moderna.



terreno y lo retienen, aparte de ciertas instituciones corporativas que se conservan, como, *v. gr.*, la ayuda mutua común contra peligros comunes, o la nueva distribución cuando el arreglo individual de las tierras parece poco adecuado (acoplamiento de fincas, *Verkoppelung, Flurbereinigung*).⁶² También la *Gemeindelosung*, es decir, el Derecho de cada uno de los vecinos del municipio a rescatar, por compra, del poder de cualquier extranjero, la tierra que éste haya comprado dentro del terreno de la comunidad, es todavía un resto de las antiguas ideas. Aparte de eso, nace la propiedad familiar o gentilicia.

Este sistema de propiedad domina en muchos pueblos: círculos familiares de 50 a 100 y más individuos se asientan sobre el mismo terreno y lo cultivan en común bajo la autori-

62 Con los nombres de *Verkoppelung, Flurbereinigung, Zusammenlegung der Grundstücke* y otros varios, se designa el sistema de reunión o acoplamiento de predios, es decir, la sustitución que, en interés de la agricultura y de la técnica de producción, se hace, de trozos de terreno excesivamente pequeños y separados, por otros reunidos y susceptibles de mejor aprovechamiento. El sistema general reinante para ello en Alemania, contiene normas legislativas disponiendo las condiciones bajo las cuales y el modo como los propietarios han de cambiar sus fincas; regulando el funcionamiento de comisiones especiales, tribunales y autoridades, y enlazando ese cambio con otras mejoras que permitan una mejor explotación del suelo.-(N. del T.)

Se separa el aspecto público del privado. El municipio se hace puramente político. El lado económico sufre suerte diversa: unas veces pasa la propiedad de las *Marcas* a los señores, quedando ciertas servidumbres en beneficio de los vecinos otras consiguieron ciertas Asociaciones agrarias la propiedad de todo o parte del *Allmende*, y, por último, pasó éste a ser propiedad del municipio como Comunidad política, quedando también ciertas servidumbres a favor de los particulares.

El siglo XVIII tendió a la disolución de las *Marcas* y se hicieron muchos repartos. Pero todavía quedaron *Allmenden* en el Sur de Alemania y en Suiza, los cuales se procura hoy conservar y favorecer. (N. del T.).



dad de jefes varones y hembras (*gospodar, domatschika*, etc.): así, las compañías familiares, en otro tiempo florecientes, de Suiza; las *communautés*, de Francia; la *zadruga*, de los servios; *Kuča*, de Montenegro,⁶³ etc.

La idea de esa propiedad familiar sobrevive todavía mucho tiempo en el Derecho germánico, revelándose aun en el poderoso influjo que ejercen los bienes hereditarios (*Erbgut*) sobre la evolución toda: por mucho tiempo quedan sustraídos a la disposición de los individuos y están destinados al sostenimiento de la familia; subsiste una diferencia en el modo de tratar los *bona avita* y las ganancias; se conservan restricciones para la enajenación de los bienes hereditarios, y se hallan éstos sometidos a retracto, pudiendo el heredero y los miembros de su familia adquirir, mediante indemnización del precio, los que hayan sido enajenados, etc.

Del *patrimonio familiar* se ha desarrollado, con la individualización creciente de la familia, el *patrimonio individual*.

Ya en la época del patrimonio familiar hay (aun prescindiendo del círculo, antes mencionado, de las cosas necesariamente personales) ciertas porciones del patrimonio, partes del mismo consagradas a la producción y al sistema económico, que no se incorporan al patrimonio común familiar, sino que

63 Que también puede señalarse entre los eslavos del Norte. Compárese *Simkhowitsch*, págs. 8 y sigs. Así también la *consortia* en la Italia septentrional, etc.



están reservadas para un solo miembro de la familia. Por analogía con el Derecho romano pueden denominarse peculios. La idea primitiva es que los peculios no constituyen todavía propiedad privada; pero que, cuando haya de procederse a partir el patrimonio común, deben ser adjudicados en primer término a los peculistas. Ese peculio lo formaba especialmente todo lo que el peculista adquiría fuera de la casa, con su trabajo espiritual o corporal.

Una posterior evolución concibió la idea más estrechamente, atribuyendo al tenedor del peculio una propiedad inmediata sobre las cosas que lo constituyen, y a la colectividad tan solo una cierta administración. De este modo tuvo que desarrollarse el patrimonio privado. También aparece en otra forma: los sucesores del jefe de familia en los primeros siglos, permanecen establecidos juntamente y disfrutan el patrimonio como colectivo, siendo preciso en un principio, para proceder a la división, el consentimiento de todos. Constituyó un enorme progreso la máxima de que cada copartícipe pueda en todo momento exigir la partición. De esa manera se llegó a la desintegración del patrimonio, y a la sucesión seguía la división.

Esta individualización del patrimonio se hace con el tiempo cada vez más enérgica. Se pretende ser propietario único de las cosas más pequeñas, y aun dentro de la economía doméstica reclama cada uno su propiedad. Es ésta una evolución que



se encuentra ya en los pueblos primitivos, enlazada sin duda a la serie de representaciones más arriba indicadas.

La propiedad individual con posibilidad de enajenar contiene ciertamente una contradicción que caracteriza toda la evolución posterior. Mientras que al individuo no le es posible propiamente servirse del patrimonio más que durante su vida, puede enajenar las partes aisladas del mismo, de tal modo que no solo se pierden para él, sino también para los futuros miembros de la estirpe; puede emplear para sí, no solo el disfrute, sino el capital patrimonial, y sacrificarlo todo a sus fines personales. Esto se conforma con aquel mundo de ideas que todavía enviaba los objetos tras el muerto, colocándolos en el sepulcro. Pero eso dejó de practicarse con posterioridad. Lo que queda después de su muerte recibe un destino ulterior; más lo que enajenó enajenado queda, y es como si se hubiera sacrificado al muerto. Ya se verá cómo esta idea, prolongando su influjo, ha conducido. a instituciones hereditarias: pacto sucesorio y testamento.

§ 16. RESULTADOS MODERNOS

Este patrimonio individual presenta muy grandes ventajas. Desencadena el esfuerzo y el instinto de trabajo; hace que acompañe a éste su recompensa; da al hombre la posibilidad de encaminarse a sus fines libre y desahogadamente, sin escl-



vitudo familiar; fomenta la energía de la voluntad, la atención y el sentido económico. En el patrimonio individual han hallado, de ese modo, los pueblos las fuentes de su progreso, de su energía y de su fortaleza cultural.⁶⁴

También tiene, sin duda, el patrimonio individual importantes lados adversos. Si se quiere implantar con fuerza, es preciso modularlo como patrimonio enajenable, porque solo el libre tráfico ofrece las ventajas indicadas; y al mismo tiempo como transmisible por herencia, porque solo así prestará a la personalidad un poder duradero. Pero con la enajenación y la herencia se da en seguida la desigualdad entre los hombres. La diferente fuerza patrimonial de cada uno, la diversidad de disposición económica y energía para el trabajo, y la mayor o menor habilidad en la vida comercial, prestan a un hombre una ventaja absoluta sobre otro; aquél se hace rico, y éste pobre. Durante siglos se han ocupado las gentes en el problema de

64 Las ventajas de la propiedad individual han sido ya desarrolladas de mano maestra por Aristóteles (*Política*, II, 2). Comp. también Tomás de Aquino, *Summa theol.*, 2, 2, qu. 66, a. 2: *quia magis sollicitus est unusquisque ad procurandum aliquid, quod sibi soli competit, quam id quod est commune omnium vel multorum; quia unusquisque laborem fugiens relinquit alteri id quod pertinet ad commune, sicut ascendit in multitudine ministrorum; alio modo quia ordinatius res humanae tractantur, si singulis immineat propria cura alicujus rei procurandae; esset autem confusio, si quilibet indistincte quaelibet procuraret; tertio, quia per hoc magis pacificus status hominum conservatur, dum unusquisque re sua contentus est; unde videmus, quod inter eos, qui communiter et ex indiviso aliquid possident, frequentius jurgia orientur.* Compárese también sobre esto Schaub, *Eigentumslebre nach Thomas von Aquin* [*Doctrina de la propiedad según Tomás de Aquino*], págs. 266 y sigs.



cómo podría eso remediarse, especialmente porque siempre, de tiempo en tiempo, las clases inferiores se han visto afligidas por crisis, y presa con ello de graves dificultades económicas y políticas, y se han levantado y sublevado contra el orden tradicional. El Derecho sucesorio conduce especialmente a grandes desigualdades si se abandona el punto de vista oriental de admitir un solo heredero. Cuando no es éste el caso y tiene uno muchos y otro pocos herederos, puede ocurrir que una porción idéntica de patrimonio se reparta una vez entre diez y otra entre dos, lo cual es una fuente manifiesta de desigualdad.

Después de haberse considerado irremediables estos fenómenos durante siglos, ha intentado el nuevo tiempo allanar más o menos esas dificultades del patrimonio individual. Se intentó conservar las fuerzas individuales de la propiedad, pero implantando en ella al mismo tiempo la tendencia a servir las necesidades sociales. No puede aprovecharnos el instinto individual absoluto y egoísta, y hay que tratar, en mayor o menor grado, de crear de nuevo, sobre el campo de nuestra economía individual, grandes puntos centrales de unión que sirvan al Todo y favorezcan especialmente a los que, en virtud de los principios del patrimonio individual, hayan sido relegados a un último término.⁶⁵

65 Uno de los primeros en remover estas ideas fue el hoy olvidado filósofo Franz von Baader. Véase Reichel, *Sozietätsphilosophie Franz von Baader's* [*Filosofía de la sociedad de Francisco de Baader*], págs. 56 y sigs. (Tirada aparte de la *Zeitschrift für gesammte Staatswissenschaft*, 57, cuaderno 2°).



Se ha introducido, pues, actualmente el socorro regular de los enfermos, desgraciados y faltos de recursos, queriendo así procurar a los individuos más débiles en la lucha económica una existencia digna, energía y aptitud para el perfeccionamiento; y se han establecido también seguros contra la falta de trabajo, organizaciones sociales del mismo, etc.

Esto lo hace hoy el estado, mientras que generaciones anteriores lo trataron más bien como cosa de la familia. Hoy se aprovecha el poder del estado para nivelar por medio de la acción social las desigualdades a que haya conducido el orden económico.

Se ofrecen también a nuestra consideración otras condiciones destinadas a atenuar el daño de la desigualdad: el respeto al trabajo, ante todo, que proporciona a todo trabajador hábil una posición respetada, y, en relación con ello, el Derecho a la idea. Nuestro régimen jurídico otorga al inventor grandísimos derechos, entre los cuales están especialmente los modernos de autor y de patente, los cuales dan al hombre inteligente, aunque carezca de bienes, poder para adquirir un patrimonio indefinido y producir una revolución completa, y aptitud para poner la industria a su servicio, convirtiendo en siervos sometidos a él los que antes eran sus dueños. El culto del trabajo es el verdadero remedio que el individualismo utiliza para curar sus propios daños.



El Derecho del inventor es un Derecho de creación; y con el concepto de creación aparece un pensamiento que tiende el puente entre el trabajo y la naturaleza: lo que yo he creado está fecundado por mi trabajo espiritual, regido por la fuerza de mi espíritu y me es, por tanto, más próximo que a los demás. El trabajo es redención de la persona. En otra dirección fue ya antes fecunda esa idea, en cuanto el concepto de individualidad comenzó a considerar a la persona y a su trabajo como formadores de su propio Derecho. De ahí se ha desenvuelto la máxima: lo que yo conquisto a la naturaleza (ocupo), es mío; se han otorgado en mayor a menor grado los frutos al que los produce, y, por último, la propiedad del producto al que elabora una cosa de tal modo que transforma su naturaleza (especificación), o sea, especialmente, al artista que emplea para su creación un material ajeno. Todos estos son otros tantos influjos poderosos del sistema del trabajo sobre el sistema del patrimonio solariego, del capitalismo objetivo.

La evolución ha establecido todavía, como para seguridad, otro principio: la posesión que dure largo tiempo alcanza su justificación y perdura, aunque contradiga las reglas de la propiedad solariega y del capitalismo objetivo. El fundamento no está en que no se quiera lesionar al poseedor de larga fecha, sino más bien en el hecho de que una posesión de muchos años



se compenetra tanto con toda la economía individual, que la separación posterior conduciría a la destrucción de valores económicos y, con ello, al perjuicio, no solo del individuo, sino también de la comunidad.

II. Relaciones de hombre a hombre

ð). *Relaciones de carácter íntimo*

a). Derecho de familia

§ 17. TOTEMISMO^{65 Bis}

También en el Derecho de familia aparece la idea primitiva de que la humanidad se desarrolla al principio en comunidades, y que el individuo humano surge solo paulatina y lentamente. En la familia tiene originariamente cada uno la raíz de su ser: ella le defiende, ella sufre el castigo cuando él comete algún atentado y ella se relaciona con otras familias; el individuo carece de Derecho y de poder. La comunidad familiar, que constituía de ese modo una unidad, estaba ligada por lazos religiosos: el vínculo jurídico correspondía a otro religioso; la asociación familiar era una asociación del *totem*.

^{65 Bis} Sobre éste y el siguiente capítulo véase mi *Urgeschichte der Ehe* [Prehistoria del matrimonio].



Totem es el emblema genealógico, por regla general una figura animal; pero no es una cosa meramente externa, porque tales formas tienen primitivamente en los pueblos un significado interno muy profundo. Existe la creencia de que la tribu totemista, no solo lleva el emblema del animal, sino que tiene también en sí el alma de ese animal; es éste, por tanto, venerado como dios de la estirpe, y todos los miembros del *totem* temerían matarlo o molestarlo. También domina con frecuencia la idea de que al morir se transforma uno en ese animal.

Ese totemismo se halla extendido por toda la tierra y podemos seguir su influjo hasta los más modernos pueblos civilizados. Por último, se refugia en el mundo de la fábula, porque la leyenda de Melusina, según la cual una madre, tronco de una *gens*, fue el espíritu de un animal, lo mismo que la leyenda de Lohengrin, que es igual, en el caso de un padre tronco de *gens*, no son otra cosa que restos grandiosos de esas ideas mitológicas derivadas de anteriores concepciones de la vida.

Ese totemismo ha hecho que los pueblos se sientan unos. Cuando dos grupos totemistas se casaban, entraban por ese medio los espíritus de los *totems* en una relación misteriosa. Así nacieron los primeros estados; pero el medio más eficaz de



mantener la cohesión fue el matrimonio cruzado por grupos, del cual hablaremos en seguida.

§ 18. DISOLUCIÓN DE LA FAMILIA TOTEMISTA: GRUPO DE INICIADOS Y ESPÍRITU INDIVIDUAL

Poco a poco se deshicieron las asociaciones totemistas y aparecieron nuevas instituciones políticas sobre la base de nuevas relaciones jurídicas familiares.

A las instituciones que rompieron el sistema totemista pertenece, ante todo, la *iniciación colectiva de los jóvenes* (*Fünglingsweihe*). Es práctica constante de nuestra especie que los muchachos y las muchachas pasen, al llegar a la edad de la pubertad, un cierto tiempo de prueba y aislamiento, para entrar después, como miembros con capacidad plena, en la sociedad de hombres y mujeres. Como todos los grandes fenómenos de la vida jurídica, va unido también éste a la fe; descansa en la idea de la renovación de las almas. El niño se despoja del alma infantil y toma la del adulto. De ahí la frecuente creencia de que los jóvenes son devorados por un monstruo, y renacen en una forma cualquiera; olvidan la vida pasada y entran renovados por completo en la sociedad humana.



Esa creencia está tan generalmente extendida, que tiene que descansar en una honda base anímica: es la edad viril que aparece rompiendo con la juventud y considerando toda la vida anterior como juego infantil... un sentimiento que caracteriza la disposición de la época de la pubertad. A esa época pertenece también todo lo que hay de salvaje y rudo en la naturaleza humana, rudeza hacia los demás y rudeza consigo mismo; y de ahí los tormentos, las privaciones y el trato áspero, el aislamiento y los verdaderos martirios. A ese período corresponden igualmente los actos que caracterizan la vida viril, la instrucción sobre cosas religiosas y políticas, y principalmente la circuncisión, muy extendida en la humanidad (y que solo en tiempos de superior cultura se traslada a una edad más temprana).

La iniciación de los jóvenes reúne, pues, a todos los que la hacen a un tiempo en un grupo común (*Weihschar*); se consideran como parientes, como movidos por un mismo espíritu. Es un nuevo parentesco en lugar del de consanguinidad; los asociados en la iniciación viven también después reunidos, moran en la casa de los adultos y tienen comunes sus juegos, sus ganancias y sus relaciones de vida. Así desarrolla la humanidad una nueva y vigorosa comunidad que deviene peligrosa para la asociación totemista; una comunidad de fuerza y de



fiereza. A ella principalmente se debe la aparición del Caudillaje,⁶⁶ porque se convierte en caudillo el que más se distingue en las correrías comunes para recoger botín, conduciendo a los otros como gobernante y guía.

Al mismo tiempo aparecen otros fenómenos: la soledad que abisma al adolescente en sí mismo, los estados de excitación de la época de la pubertad, y, unido a ellos, el prolongado ayuno, las muchas privaciones, enfermedades y fiebres traumáticas. Todo ello conduce a una vida interna fuertemente desarrollada, a sueños y alucinaciones, y especialmente a una sustantivación de la personalidad. El adolescente se siente identificado con un espíritu, con el *manitu*, que se le ha revelado en su sueño juvenil, y de ese modo surge el individuo, como ser sustantivo frente al grupo.

Pero ya también antes se inicia la sustantivación manifestándose en el hecho de *dar un nombre*. El nombre no es originalmente algo así como un mero distintivo, sino que tiene una fuerza secreta; es el sostén del alma. Cuando se muda el nombre, se cambia de alma; donde se pronuncia el nombre de un muerto, se presenta su espíritu, por lo cual muchos pueblos prohíben del modo más riguroso, y hasta consideran como delito merecedor de pena capital, evocar el nombre de un muerto.

66 *Häuptlingtum*, es decir, el régimen social y político basado en la existencia de caudillos al frente de los grupos, como se llama monarquía cuando hay reyes. (N. del T.).



También se revela la significación del nombre en que, originariamente, no era elegido de un modo arbitrario, sino que, o se tomaba de las circunstancias del nacimiento, las cuales son como un horóscopo para el hombre e influyen en su vida, en cuyo caso el nombre era un presagio, o bien se recurría al nombre de un antepasado, lo cual quiere significar que el alma de éste trasmigra al niño. Lo importante es que, así como la iniciación de los jóvenes da a éstos una nueva alma, así también reciben un nuevo nombre. En algunos pueblos va ligado también éste a la posición de empleado, y especialmente a la de caudillo, y aun hoy no se atreve nadie a designar al emperador de China con su nombre anterior.

De ese modo, el nombre no se limita a distinguir al individuo, sino que lo sostiene y fortifica; el alma individual se liga fuertemente al nombre como a su sostén, y puede así subsistir sin disolverse en la vida común. De ahí la santidad del nombre, de lo cual nos han quedado aún restos, pues ya Goethe hace notar que a todo el mundo le desagrada cuando se juega con el suyo.

Hemos hablado de la concepción según la cual el alma del padre o de los antepasados trasmigra al niño. Esa concepción ha conducido en algunos pueblos a extraños resultados, que se manifestaron especialmente en el Derecho de caudillaje, a la *tecnonomia* (gobierno de los niños) tal como existe entre los



polinesios: con el nacimiento del hijo primogénito tiene el caudillo que abdicar y considerar a aquel como señor, actuando él tan solo como su ministro y tutor. No puede decirse que esta institución sea muy provechosa. Otros pueblos la eludieron, suponiendo que el niño no recibe el alma del padre, sino la del abuelo, el cual había muerto ya generalmente cuando el primogénito venía al mundo.

En todo caso aparece aquí claramente la frecuencia con que el individualismo retrocede de nuevo a las ideas comunistas, las cuales adoptan entonces, sin embargo, una especial forma individualista.

§ 19.MATRIMONIO POR GRUPOS

Con el *totemismo* estaba originariamente unido del modo más íntimo el *matrimonio por grupos*. Los hombres del totem *A* se casaban con las mujeres del totem *B*, y viceversa; pero no individuos con individuos, sino todos juntos; los 20 hombres, por ejemplo, de un totem se casaban con las 20 mujeres del otro, de modo que ningún hombre tenía una mujer especial, sino cada uno de los 20 tenía su participación en cada una de las 20 mujeres. De ese modo nacían de los totens *A* y *B* (designando los hombres con letras mayúsculas y las mujeres con minúsculas) los dos matrimonios de grupo: *A b* y *B a*. Esto pro-



ducía, frente a nuestra concepción, un trastorno extraordinario de todas las relaciones de parentesco, porque todos los niños del matrimonio de grupo $A\ b$ consideran los $A, A, A...$ como padres y las $b, b, b...$ como madres, mientras que, viceversa, los niños del grupo $B\ a$ califican de padres a los $B, B, B...$ y de madres a las $a, a, a...$ no porque, *v. gr.*, fuese insegura la paternidad y maternidad, sino porque el niño era considerado como hijo del grupo. La consecuencia es que cada hombre llama hijo al hijo de su hermano, y padre al hermano de su padre. Del mismo modo, llama hijo cada mujer al hijo de su hermana. Forma diferente toma la relación entre un hombre y el hijo de su hermana, porque éste no pertenece ya al mismo matrimonio de grupo, sino al otro respectivo. En el grupo $A\ b$, no llama A al hijo de su hermana a hijo, porque no procede del grupo $A\ b$, sino del grupo $B\ a$: le llama, por consiguiente, sobrino, y es llamado por él tío. Así se desarrollan los conceptos de tío y sobrino.

El matrimonio por grupos, según ese sistema, se encuentra entre los australianos, lo mismo que en una serie de familias de pieles rojas, y aun puede señalarse entre ciertas tribus negras. Pero se desarrolla todavía en otras formas. Hasta aquí hemos supuesto los casos regulares de que los hombres de cada generación se casen siempre solo con mujeres pertenecientes a la misma generación. Mas hay también pueblos en que un hom-



bre no se casa solo con la hermana de su mujer, sino también con la sobrina y con la tía de ésta, y viceversa.

Por otra parte, tienen todos esos matrimonios de grupo como base el principio de que un grupo se casa con otro, y ningún grupo celebra matrimonios dentro de sí mismo. Por consiguiente, no está permitido en parte alguna, al que pertenece a un grupo, tener comercio sexual con un individuo del mismo grupo: eso constituiría el más grave delito. Parece, sin embargo, que este sistema es ya producto de una evolución posterior, porque pueden notarse, especialmente en el mar del sur, formas familiares en las cuales es permitido el matrimonio dentro del grupo, y donde, por tanto, puede casarse el hermano con la hermana.

Se ha querido poner en tela de juicio toda la doctrina del matrimonio por grupos; pero con tan escasa penetración crítica de las pruebas aducidas primero por Morgan,⁶⁷ entre otros, y luego por mí, que esa discusión no necesita ya ser tenida en cuenta.

67 Principalmente en su obra fundamental, *Systems of consanguinity and affinity of the human mankind* (Washington, 1871; en las *Smithsonian Contributions to Knowledge*). El que no haya trabajado esta obra de fuentes no tiene, sobre todo, derecho alguno para tomar parte en la cuestión. Sobre matrimonio por grupos y totemismo, compárese mi *Urgeschichte der Ehe [Prehistoria del matrimonio]* (de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*), y las indicaciones aisladas que he hecho en diversos artículos de esa Revista. Además, los escritos de Cunow, Howitt y Fison, de Spencer y Guillén, entre otros.



§ 20. MATRIARCADO Y TRÁNSITO AL PATRIARCADO

Las relaciones totemistas de matrimonios por grupos en la humanidad descansaban primitivamente en el *matriarcado* (*Mutterrecht*): el niño pertenecía al *totem* de la madre, no al del padre; de modo que, por ejemplo, el hijo del matrimonio de grupo *A b*, era un *B* y no *A*. Esto es comprensible, porque la conexión con la madre y con todo su grupo se imponía por sí misma, no solo por el nacimiento, sino también por la suerte del niño, alimentado y educado completamente por la madre en los primeros años. Ese matriarcado ha dominado la humanidad durante siglos; pero se ha convertido después, por regla general, en *patriarcado*, según el cual el niño no pertenece al *totem* y a la familia de la madre, sino a los del padre. Una cierta necesidad ha conducido en esa dirección a los pueblos.

Por una parte, se sintió la necesidad de seccionar los grandes *totems* en *totems* subordinados, ocurriendo entonces no pocas veces que se derivó de los padres la base de división de los subtotems, y si, por ejemplo, una «loba» se había casado con un «ciervo»,⁶⁸ y la otra «loba» con un «oso», se llamaron

⁶⁸ Recuérdese que el totem tenía generalmente como signo un animal, y se comprenderá por qué se designan aquí las personas con nombres de animales. Quiere decir: una mujer perteneciente al totem «lobo» y un hombre perteneciente al totem «ciervo.» (*N. del T.*)



los subtotems «ciervo» y «oso», siendo olvidada con el tiempo la primitiva relación totemista matriarcal.

Otro motivo se hizo valer cuando la falta de medios de sustento obligó a las familias a buscar ensanche y dividirse en pequeños grupos. Entonces fue imposible mantener el principio de que el niño no se relacionase con la familia paterna, sino con la materna, y que, por consiguiente, no perteneciera al padre, sino al tío; porque hallándose éste acaso muy lejos o siendo quizá por completo desconocido, parecían relaciones antinaturales. Lo mismo ocurría cuando, *v. gr.*, una estirpe enviaba fuera colonistas. Estos no podían conservar, por las mismas razones, el matriarcado: los niños entraban poco a poco en relación con el padre, y los vínculos con el tío quedaron postergados o abandonados por completo.

Pero una causa ha contribuido especialmente y de modo esencial a destruir el matriarcado, a saber: el matrimonio por raptó y por compra. El que poseía su mujer en virtud de raptó o compra, la tenía como una esclava y reclamaba sus hijos como el propietario de una vaca reclama la propiedad de la ternera. Hasta qué punto ha influido ese momento, lo prueba la circunstancia de que en muchos pueblos existen matrimonios bajo el régimen de patriarcado, y matrimonios bajo el régimen de matriarcado: los primeros cuando se ha comprado la mujer, los segundos cuando el precio no se pudo pagar. Esto



se deducirá más detalladamente de la Historia del Derecho matrimonial.

§ 21. DESARROLLO DEL MATRIMONIO INDIVIDUAL

Del matrimonio por grupos se ha desenvuelto el matrimonio individual, según parece, en múltiples maneras. Un tránsito frecuente es el del matrimonio por grupos a la poliandria. Este tránsito se realiza por sí mismo cuando se practica con frecuencia la matanza de niñas, y se hace costumbre dejar con vida y criar una sola de ellas en cada familia. Cuando, por ese procedimiento, hay en un matrimonio cinco hijos y en el otro una sola hija, el matrimonio por grupos conduce por sí mismo a que los cinco hombres reciban conjuntamente una mujer, y esa es la poliandria tal como la encontramos en diversas comarcas de la India, especialmente entre los *Todas*, entre los *Singaleses* y en el Himalaya. No es raro que esa poliandria vaya a parar al matrimonio alternativo (*Wechselehe*), en el cual una mujer no tiene en cada momento sino un solo marido; pero éste cambia de tiempo en tiempo, *v. gr.*, cada dos meses. Así existe, por ejemplo, entre los Nairs [*parastri margan*], en el sur de la India. En algunas tribus indias se oculta esto casándose la mujer con una planta y teniendo “de modo accesorio” comercio, alternativamente, con una serie de maridos humanos.



Una importante evolución se realiza cuando el matrimonio adopta la forma monándrica, casándose la mujer con un solo marido. Esta institución monándrica puede tener diversas causas: una de ellas es el de *rapto de mujeres*⁶⁹, de extraordinaria frecuencia en aquellos tiempos. La mujer es robada a viva fuerza, generalmente en lugar lejano; es una especie de esclava, tiene la posición subordinada que el patriarcado le ofrece, y sus hijos pertenecen al marido, en la forma que acabamos de indicar. Claro que ese rapto de mujeres conducía fácilmente a guerras y luchas familiares que, con frecuencia, continuaban ardiendo largo tiempo y reclamaban sus víctimas, pero que, por último, terminaban con una reconciliación cualquiera. La reconciliación se sellaba, en completa correspondencia con la nota materialista del hombre, entregándose a la familia de la mujer robada una equivalencia cualquiera, que podía consistir en otra mujer, o también en dinero u otros valores.

Cuando la evolución ha avanzado ya hasta ese punto, no falta más que un paso para comenzar enseguida a entrar en negociaciones sobre el precio de la mujer. El rapto deviene, más o menos, una cosa concertada; la lucha se hace, en mayor o menor grado, aparente, y el rapto de la mujer pasa a ser fingi-

69 Ya se ha tratado de esto en el *Recht als Kulturer-scheinung* [Derecho como fenómeno cultural], págs. 8 y siguientes.



do, hasta que, por último, no queda subsistente de todo él sino un par de ceremonias que perduran hasta los tiempos modernos en los usos de los pueblos: así, *v. gr.*, que la mujer desaparece secretamente del cortejo nupcial; que surgen con ese motivo pependencias; que la mujer es conducida con aparente fuerza sobre el umbral, y que prorrumpe en gemidos y lamentos. Un resto de esa concepción, que seguramente puede también tener otras causas, son las llamadas noches de Tobías, institución que consiste en no permitirse que comience la consumación del matrimonio sino pasados algunos días.

Así se convierte el rapto de la mujer en rapto fingido y en ceremonias de rapto, ocupando su lugar la *compra de la mujer*. Hallase ésta extendida por el mundo entero, y es, en todas partes, precursora de relaciones matrimoniales más civilizadas. Sin duda que también esta forma de matrimonio conduce a la completa sumisión de la mujer; pero es, sin embargo posible mitigar en una u otra forma su dependencia, no dejando, por ejemplo, que el marido pague el precio completo, sino perdonándole una parte de él (el *talikulo* de los malayos), con lo cual quedan siempre a la familia algunos derechos sobre la mujer, y el marido no puede impunemente matarla.

De todos modos, la idea de la compra se sutaliza en los pueblos extraordinariamente: así rige entre los negros de nues-



tras colonias la máxima de que hay que devolver el precio de la mujer cuando ésta abandona al marido sin motivo, o cuando muere sin hijos; pero en este caso puede la familia salir del paso entregando al hombre gratuitamente otra mujer. Por eso se consideran las hijas como bendición y fortuna, y entre los Kafires ocurre que gentes poseedoras de una gran ganadería y otras que tienen muchas hijas, se unen en una especie de sociedad, constituyendo las aportaciones sociales por una parte el ganado, y por otra las muchachas.

Ahora bien, es uno de los más interesantes procesos el modo como la compra de la mujer se ha descompuesto a su vez, convirtiéndose en compra ficticia. Y esto por varios caminos. Con frecuencia el precio de la mujer, que originariamente iba a parar al padre o al tío de ésta, se le dejó a ella misma, convirtiéndose así en patrimonio de la mujer o dote (*Wittum*, dote entregada por el marido a la mujer). Muy frecuente era también la costumbre de que los padres de la mujer diesen al marido una dote (*Austeuver*), que equivalía y hasta sobrepujaba considerablemente al precio de la mujer. Así desapareció éste poco a poco entre los indo-germanos lo mismo que entre los semitas: entre los indos se convirtió en patrimonio de la mujer, *culka*; entre los hebreos en *ketuba*, y entre los árabes e islamitas en *mahr*.



Entonces adquirió una esfera más amplia la corriente ética de la evolución, después de haber cesado el apremio de la existencia y la presión del desarrollo. Así surgió la forma matrimonial que trataba de producir místicamente una unión espiritual de los dos esposos: unión de la sangre, comida y bebida comunes, como todavía entre los japoneses el *San Sankudo*, es decir, vaciar tres veces tres copas; entre los indos comidas comunes de arroz, etc. Así surgió la celebración religiosa del matrimonio con la aparición de un poderoso sacerdocio, como entre los indos, donde este matrimonio divino (*Gottesehe*) tiene lugar en formas diversas, y donde el brahmán lee las sagradas sentencias, aun tratándose de las castas bajas, que solo pueden acercarse a él hasta cierta distancia.

Podemos prescindir aquí de la suerte posterior del Derecho matrimonial: el matrimonio religioso se ha convertido más o menos, en los modernos tiempos, en matrimonio civil, y éste (generalmente como obligatorio) domina ya nuestra vida civilizada.

Toda esta evolución muestra, del modo más claro, cómo los progresos de la cultura se realizan sin darse cuenta de ellos el hombre. El que robó por vez primera una mujer, no podía sin duda presumir, en modo alguno, que se convertía por ello en bienhechor de la humanidad.



Un progreso análogo puede señalarse en la elección de esposo. En un principio, la comunidad matrimonial está dada por sí misma: los grupos se casan unos con otros. Después, se casa un individuo de un grupo con un individuo de otro; pero esto no se hace según el propio arbitrio, sino conforme al deseo del grupo o al de la familia de él derivada. Así, la elección de compañero de vida depende aún, en gran parte, de la voluntad de la familia; son los intereses de ésta los que aparecen como hechos cuerpo en el matrimonio, y por eso no se somete al capricho del individuo.

Significa ya un gran progreso el hecho de adquirir el hombre libertad de acción en la compra de la mujer. Lo mismo que puede, a su antojo, comprar vacas y terneras, puede también con su dinero proporcionarse una mujer. El jefe supremo de la estirpe y de la familia trata entonces de sacar provecho de las mujeres; la mujer es mercancía, y mercancía que vale dinero, y su precio constituye una de las rentas principales del cabeza de familia.

Ya queda explicado cómo el matrimonio por compra cesa paulatinamente, y comienza con ello a transformarse el punto de vista. Pero todavía sufre la mujer durante siglos bajo el poder superior de su familia. El matrimonio contra la voluntad de esta, o no le es permitido o es objeto de graves censuras.



Solo la época moderna ha emancipado también de esto a la mujer, creando así un nuevo campo de acción para el individuo. Con ello se da al mismo tiempo una plenitud de pasión individual y una actividad de decisión personal para elegir, con todos los goces y sufrimientos ajenos, que constituyen la característica de la vida moderna. La libertad de elegir presta también a la elección un carácter por completo distinto: alcanzan su expresión inclinaciones personales que descansan en lo profundo de la vida sexual. Es una fuente de alegrías y también de tragedias individuales, pero con la posibilidad, en todo caso, de un rico contenido de vida que estaba vedado a los tiempos anteriores.

§ 22. MATRIMONIO CLANDESTINO

El desarrollo del matrimonio individual se realiza como desviación del Derecho anterior; es, en cierto modo, un robo que el individuo comete contra la comunidad. De ahí una serie de manifestaciones que yo comprendo bajo el nombre de matrimonio clandestino. El matrimonio se celebra secretamente, o cuando tiene lugar en público, no pueden los novios hallarse presentes en las ceremonias y se marchan sin ser notados. De aquí nace especialmente el *horror a los suegros* (*Schwieggerscheu*): los cónyuges sienten temor ante ellos; está



prohibido todo trato, y un retraimiento supersticioso separa ambas generaciones. Rasgos semejantes se encuentran en toda la tierra y muestran cómo, en todas partes, el matrimonio individual se considera como una cosa posterior, inusitada y, en otro tiempo, ilegítima.

§ 23. FASE DEL PATRIARCADO

El patriarcado, según resulta de lo que antecede, se desenvuelve primeramente como Derecho dominical: el marido es dueño de la mujer, y, con ello, de su fruto. Por eso aparece, en la mayor parte de los pueblos cultos, una fase del Derecho de familia, en la cual no importa quién ha engendrado al niño, sino solo que pertenece a la mujer y, por tanto, a su marido. Esto tiene en aquel tiempo tanta mayor importancia, cuanto que son buscadas las fuerzas de trabajo, y cada hijo aumenta el patrimonio familiar en una de esas fuerzas. Por eso también, entre los pueblos indo-germanos y semitas, la institución curiosa por la que, cuando el matrimonio permanece sin sucesión, tiene la mujer que unirse con otro hombre, generalmente con un hermano o pariente del primero, para dar un hijo a la familia. Lo mismo se hace también cuando muere el marido sin sucesión. Es ese un estado de Derecho que se llama, como es sabido, siguiendo el uso hebreo, el Derecho de *levirato*. Tenía en el Derecho indio un especial relieve, constituyendo la institu-



ción del *niyoga*: el hijo engendrado en esa forma se llamaba *kshetraja*, y dentro de la familia estaba equiparado al hijo legítimo, al *aurasa*. Es uno de los más interesantes procesos cómo esta institución ha ido desapareciendo paulatinamente y cómo contradijo cada vez más el sentir de los pueblos, porque se le encontró una fácil compensación mediante la adopción de los hijos. Este desarrollo y decadencia podemos seguirlos fácilmente en los libros del Derecho indio.

En el mismo principio se funda el hecho de que en el Derecho indo-germánico, cuando la mujer se casaba embarazada, el niño que llevaba en su seno se consideraba como hijo del marido, sin tener en cuenta de quién procedía. Ese niño es, en el Derecho indio, el *sahodha*, «el que se lleva»; como aquel que la mujer aporta ya nacido al matrimonio se llama «hijo de doncella», “*kânîna*”.

Y finalmente, hasta el hijo adulterino, el que nace secretamente, aquél que no debe su existencia más que al delito de sus padres, era al principio miembro de la familia como hijo de padre y madre, de donde el conocido principio: *pater est, quem nuptia demonstrant*. Solo poco a poco se realiza en esta materia un cambio. Los hijos adulterinos son cada vez más pospuestos, porque se supone que llevan el estigma de su origen, y así quedan paulatinamente reducidos a solo los alimentos, o son arrojados por completo de la familia, apareciendo con ello la



segunda concepción de la paternidad, según la cual es considerado el padre como engendrador del hijo. Claro que algo queda aún de la antigua idea, y que hoy todavía no ha sido por completo desechada, pues que rige la máxima de que, siendo el marido el padre posible, es considerado como padre verdadero. De todos modos, se admite hoy prueba contra la paternidad y la impugnación de la legitimidad está, por esa razón, permitida, aunque ciertamente con la particularidad de que, si el marido puede impugnar y no impugna, queda subsistente la legitimidad del hijo, porque no se quiere que invadan terceros la tranquilidad de la familia y rompan un lazo familiar que los interesados quieren mantener.

El patriarcado fue, según eso, en su origen, un Derecho del dueño y se ha convertido en un Derecho del engendrador. Este cambio no se ha realizado sin una idea religiosa. Esa concepción religiosa que ha dado una nueva significación al patriarcado es la creencia, extendida por toda la tierra, de que el alma del niño, antes o inmediatamente después del nacimiento, entra en unión secreta con el marido de su madre, el cual, desde entonces, no puede hacer ciertas cosas porque se cree que dañan al niño, que vendrá al mundo como aborto, o enfermará y se escapará su alma. Desarrollada esa idea, lo demás resulta inmediatamente: el niño pertenece al marido lo mismo que a la mujer; está unido a él con alma y cuerpo, no precisa-



mente por ser quien lo engendró, sino por ser el marido de su madre; pero ambas cosas se confunden, y de ese modo llega a ser también comprensible para los pueblos primitivos que el hijo se parezca al padre. En ciertos pueblos se ha desarrollado en proporciones extraordinarias esta idea, conduciendo la curiosa costumbre que suele llamarse *covada* o *Männerkindbett*, porque el marido, después del nacimiento del hijo, tiene que guardar cama un cierto tiempo, mientras la mujer anda en los negocios de casa. La idea es que, precisamente en ese tiempo decisivo, necesita el marido un especial cuidado, abstinencia y retiro de la vida, porque si no se dañaría el organismo del niño y sería presa de la muerte. Esta particular costumbre no es otra cosa que una derivación, algo violenta, de una representación que pertenece a los fenómenos primarios de nuestra especie y que ha ejercido acción formativa como ninguna otra.

§ 24. PARENTESCO ARTIFICIAL

He denominado *parentesco artificial* aquel parentesco que no descansa en la unidad de la sangre o de la potestad, a ella equiparada. Comprende dentro de sí instituciones que conocen hoy todavía nuestros pueblos cultos, y también otras que ya han desaparecido, hace mucho, ante el avance de la civilización. La más importante institución de esa clase es la adopción (*Kindschaftsannahme* o *Ankindung*). Consiste en que alguien, extraño por la sangre, se convierte en hijo mediante un hecho



cualquiera. Esta costumbre alcanza a los tiempos más primitivos de la humanidad, y en algunos pueblos es tan frecuente que conduce a un completo cambio de hijos. Aquí tropezamos, sin duda, con un resto de los tiempos del matrimonio por grupos, porque en ellos pertenecía el niño a todo el grupo y era solo casual que viviese con una pareja más que con otra. Esta casualidad continuaba actuando o era sustituida por el cambio de niños, hasta que, por último, cada familia se quedaba con aquéllos que más le placían.

La adopción de hijos tenía lugar con mucha frecuencia por el influjo de potencias místicas, estableciéndose mediante unión de las almas la relación con el padre y la madre, tal como existe con el hijo verdadero. Para ello se utilizaba a menudo la institución de la *iniciación de los jóvenes*, en la cual, como ya sabemos, recibía el niño una nueva alma; y cuando esa iniciación se hacía en la familia adoptiva, nada más lógico que la idea de que el niño comparte el alma con esta familia. De aquí la máxima corriente de que la adopción ha de tener lugar antes de la iniciación de los jóvenes y se encuentra en relación con ella. Tal ocurre en el Derecho indio. Pero también en la vida germana la adopción, mediante entrega de armas o tonsura, coincide con la iniciación. Al mismo orden de ideas pertenece también la ceremonia de colocar al niño sobre el seno, y hasta el hacer que de ahí resbale hasta el suelo para representar sensiblemente el hecho del nacimiento. Más tarde se convierte la



adopción en una institución puramente jurídica, despojada de todas sus ideas místicas y caracterizada, a veces, por la inscripción del niño en la tabla genealógica.

El fundamento de la adopción no era solo el instinto natural de tener sucesión, sino que, en el fondo, existían también otras ideas. Ninguna ha sido tan importante como la de que el hijo adoptivo está obligado, como hijo, a ofrecer sacrificios a los muertos, proporcionándoles así descanso y felicidad en el otro mundo. Este motivo ha provocado la adopción del mismo modo entre los pueblos del Asia oriental (chinos y japoneses, coreanos) que entre los indo-germanos, especialmente entre los indios y los griegos. Pero también éste y otros móviles análogos desaparecen paulatinamente y no queda más que el motivo natural de la familia; mas es éste tan poderoso, que la adopción desempeña todavía en la vida actual un papel importante, aunque ya no represente una institución tan decisiva como, por ejemplo, en la vida de los indos. Es verdad que el *Islam* no conoce la adopción, pero por la razón especial de que el *Profeta* la reprobó porque le estorbaba: quería tomar entre sus mujeres a la mujer de su hijo adoptivo, y no habría podido hacerlo si la adopción se hubiera mantenido como institución eficaz y esa mujer hubiera sido su nuera.

Hay que distinguir entre la adopción y el sistema de la *compensación de la familia* (*Familienersatz*), que solo parece existir entre los pieles rojas. Se adopta un prisionero de tal modo que



ocupa el lugar de un difunto, sea de un hijo, hermano, padre, etc.; se le considera como el continuador del alma del muerto, toma sobre sí todo su ser, recibe su patrimonio, familia, etc. Esta institución fue muy provechosa para los pieles rojas, porque con frecuencia eran diezmados en sus luchas, y, en caso de grandes pérdidas, solían suplirlas de ese modo con los prisioneros, haciendo que éstos ocupasen el lugar de los que morían o eran matados. Claro que la institución supone también una profunda fe en esa transformación por parte de los prisioneros, porque en otro caso no habría sido posible que éstos se hubieran unido tan estrechamente con familias enemigas, que reinasen tranquilidad y orden y que el nuevo padre tuviera desde luego dentro de la estirpe igual autoridad que el antiguo.

Otra institución antes extendida es la *hermandad de sangre* (*Blutsbrüderschaft*, también *Blutsschwesterschaft*). Entre dos personas se crea la relación de hermano a hermano o de hermana a hermana. En los tiempos antiguos se llevó esto hasta tal punto, que los dos hermanos eran considerados como una unidad, dos cuerpos y un alma, revelándose esta unidad en la comunidad de mujeres y de patrimonio: la mujer de uno de los hermanos de sangre, pertenecía también al otro; el patrimonio de uno era al mismo tiempo patrimonio de su hermano, y ninguno tenía nada con exclusión del otro. Así se encuentra la hermandad de sangre en extensas regiones del globo: lo mismo en las islas Malayas que en el África oriental. Verdad es que poco a poco producen escrú-



pulos esas transcendentales consecuencias, y se hace que los hermanos de sangre sean solo amigos, sin que sus personalidades individuales se confundan y sin que uno pueda tener intervención en la casa del otro. Pero siempre sigue siendo el hermano de sangre una personalidad de peso, una ayuda en el consejo y en la acción. La importancia principal está, sin embargo, en la *venganza de la sangre* (*Blutrache*) un hermano de sangre tiene que vengar al otro; ese es su más sagrado deber. De esa manera ha sido la hermandad de sangre para nosotros, en nuestras colonias, una institución bienhechora y hasta indispensable: la hermandad de sangre con un poderoso caudillo asegurará al viajero la vida y la hacienda, porque el asesino, el opresor, provocaría una severa venganza. Verdad es que la institución ofrece también algunos reparos, y que los señores negros, hechos hermanos de sangre, son a veces muy pretenciosos. Una clase especial de hermandad de sangre es la asociación *pela* (llamada así por los malayos), el lazo de sangre entre dos municipios, que se manifiesta también en un deber recíproco de ayuda y constituye además un impedimento matrimonial. Puede también señalarse entre los galos y los esclavos del sur.

Todo ese parentesco ha desaparecido en los estados actuales; al menos no lo encontramos ya en nuestro Derecho codificado, aunque se haya conservado en la vida de algunos pueblos, como, por ejemplo, los griegos modernos. La razón de haber desaparecido es que, en su evolución posterior, gira prin-



principalmente sobre la venganza de la sangre y conduce a veces a asociaciones incompatibles con el estado. Ambas cosas tienen que desaparecer ante el progreso de la cultura.

Otras clases de parentesco artificial tienen menor importancia y con frecuencia un campo limitado de aplicación. En todo caso, no puede pasarse en silencio la institución del *parentesco de leche* en el *Islam*, la cual parece haber sido tomada por el Profeta del Derecho de algunas tribus árabes. La leche es lo mismo que la sangre: el niño está con el ama en la misma relación que con la madre. Varios niños amamantados por la misma ama llegan a considerarse como hermanos de leche y están entre sí en relación de parentesco. La única consecuencia en el mundo islamita es la prohibición del matrimonio, que tiene para el parentesco de leche igual extensión que para el de consanguinidad. De modo que el parentesco nacido en esa forma entre los diversos niños criados por la misma ama, prohíbe después a los hermanos de leche el matrimonio entre sí... institución muy peligrosa que ocasiona gran perturbación en los países islamitas. Fuera de ellos se encuentra raramente.

Otro parentesco artificial es el parentesco con el *padre-tutor* (*Pflegevater*) y con el *maestro*. Se halla en conexión con la relación adoptiva en cuanto que también hace referencia a la iniciación de los jóvenes: el joven iniciado está por ese hecho en una especie de relación de parentesco con el padrino de la ini-



ciación; y así nace en la India un parentesco entre el brahmán y su discípulo; en el mundo cristiano entre padrino y bautizado, etc.

ß. Derecho de sucesiones

25. EN GENERAL

Cuando la personalidad individual muere, no queda, en los tiempos primitivos, posibilidad alguna de patrimonio individual, porque solo a favor de aquélla se separaban de la colectividad porciones patrimoniales; la individualización era individual y, como tal, temporal, cesando con la muerte. Pero aquí surge el segundo grado de individualización: el patrimonio permanece individual y reviene a un individuo. Produce cada vez más horror el patrimonio colectivo y se trata de fomentar en lo posible el individual. De ese modo se ha desarrollado el Derecho de sucesiones. Supone, por tanto, dos grados de individualización: uno que separa, en general, porciones de patrimonio de la colectividad, y otro que tiende a hacer perdurar esa separación aun después de la muerte de la persona individual.

Los miembros de la familia en los cuales debe recaer el patrimonio son elegidos dentro del círculo familiar: unas veces es un individuo, otras varios. La forma de elección será muy diversa, porque pueden influir en ella los más varios intereses:



intereses de los sacrificios, intereses de la conservación del patrimonio familiar, intereses de la defensa de la unidad de bienes, y, por último, los intereses del círculo social más próximo en que el causante ha vivido, el cual se supone que está con él en más íntima unión que los restantes miembros de la familia.

Nada hubo, por tanto, más erróneo que el intento del Derecho natural queriendo designar de una vez para siempre como naturales ciertos herederos, y los esfuerzos para desterrar, por considerarlas injustas, instituciones como, por ejemplo, mayorazgo o minorazgo. La corriente de la evolución se dirige, en primer término, a conservar el patrimonio como patrimonio individual. La elección de herederos individuales es una cosa que puede estar sujeta a los más diversos motivos. La misión de la ley es, pues, apoyar precisamente aquéllos que sean más importantes y decisivos, y si no lo hace es una ley injusta.

Hay en ese aspecto pueblos que no han pasado de la primera línea de herederos, que eran en el matriarcado los sobrinos y en el patriarcado los hijos; y cuando tales miembros de la familia no existen, se los crea artificialmente. Esta es especialmente la característica del Derecho del Asia oriental: chinos, japoneses y coreanos tienen solo propiamente una herencia de los descendientes, y cuando éstos no existen, es preciso procurarlos por medio de la adopción. Tiene ésta también lugar,



cuando es preciso, después de la muerte, para lo cual se formaron ciertas reglas sobre la elección de la persona, las cuales se mantienen mientras no se oponen razones especiales. El código civil japonés actual conserva aún todavía a ese tipo de Derecho sucesorio por lo que se refiere a la sucesión doméstica.

Otros derechos van más allá y llaman a la herencia, a falta de descendientes, a otros parientes. En este punto se han desarrollado especialmente dos sistemas: el sistema de la proximidad de grado, y el sistema de la sucesión por parentelas. Al lado de ellos, hay todavía sistemas mixtos, más o menos irregulares. La proximidad de parentesco no tiene en cuenta la organización de la familia, sino que se limita a medir la serie de grados que es preciso recorrer desde el heredero hasta el causante, y hace que decida el número de miembros intermedios a través de los cuales se encuentra el camino que lleva hasta el difunto. Por completo diferente es la sucesión por parentelas, la cual parte de la consideración orgánica de la familia: cada uno forma con sus descendientes un orden; el padre con sus descendientes forma un segundo orden; el abuelo con los suyos un tercero, etc. Así se va subiendo escalón por escalón, siguiendo orgánicamente la evolución de las familias: primero los herederos del primer orden, luego los del segundo, después los del tercero, etc., de modo que cada uno está llamado después del anterior. Ciertamente que aquél que está en la prime-



ra parentela pertenece, al mismo tiempo, a los parientes que forman la segunda, y así sucesivamente; pero rige la ley de que se cuenten solo en aquélla, de modo que la segunda consta tan solo de aquellas personas no comprendidas en la primera, y así las demás.

La idea de la sucesión por parentelas es tan evidente, que no hay que extrañarse de que se haya formado independientemente en las regiones más diversas de la tierra. Encontramos la idea de las parentelas especialmente en el Derecho de los indos y en el de los germanos; pero también en el Derecho de los judíos y de los árabes, y aun en el de otros pueblos pueden señalarse, al menos, manifestaciones de la idea.

Muy importante es en este punto la cuestión de si se hereda por estirpes o por cabezas, la cual suele formularse preguntando si rige el llamado Derecho de representación. La dificultad se presenta en dos casos: es posible que exista un hijo y un nieto procedente de otro hijo premuerto, y se pregunta si el hijo existente excluye al nieto de la otra línea, o si el nieto y el hijo heredan juntamente. En este último caso, se dice que el nieto representa u ocupa el lugar del hijo del cual procede, expresión que no es ciertamente adecuada por completo, pero que designa de un modo vulgar la idea exacta. Ciertos derechos se han resistido largo tiempo contra ese Derecho de representación y el islamita se resiste hoy todavía. En Derecho alemán, fue necesaria una



larga evolución para establecerla, porque al principio rigió la máxima: «cuanto más cerca de la sangre, más cerca de la hacienda» (*Je näher dem Blut, je näher dem Gut*).

La segunda forma de sucesión en que el Derecho de representación aparece, es la siguiente: los herederos son del mismo grado; por ejemplo, existen seis nietos procedentes de un hijo y dos procedentes de otro; han muerto los dos hijos, y surge la cuestión de si los nietos heredan por cabezas, o si también aquí penetra la organización familiar, dividiéndose la herencia en dos partes, la mitad para los seis y la otra mitad para los dos nietos. En esta forma de aplicación, tuvo que sostener el Derecho de representación todavía mayores luchas; ciertas leyes que lo admiten en el otro caso, lo niegan en éste. Nuestros modernos derechos alemanes y románicos le han dado también aquí la preferencia, partiendo de la concepción de que el lugar anticipadamente adjudicado a los nietos en la familia, no debe cambiarse por la muerte temprana de los hijos. Si éstos hubieran vivido, habrían obtenido normalmente los nietos respectivos (a través de los hijos) la mitad del patrimonio para cada grupo de ellos, y no existen razones bastantes para dar acceso una división enteramente distinta, cuando los hijos han muerto y heredan los nietos directamente; de tal modo, que en este caso los dos nietos, que de otro modo recibirían cada uno un cuarto del patrimonio, quedarían reducidos a un octavo. El



Derecho alemán se ha resistido largo tiempo contra ese principio estableciendo la máxima: «tantas bocas, tantas libras» (*So viel Mund, so viel Pfund*).

En esta forma se han desarrollado los modernos derechos de sucesiones. Los órdenes sucesorios ofrecen ciertamente grandes diferencias en particularidades; pero en su totalidad descansan sobre uno u otro de los dos sistemas o sobre una combinación de ambos. También nuestro código civil [alemán], que parte de la sucesión por parentelas, la lleva de un modo consecuente y orgánico solo hasta el tercer orden, mientras que desde el cuarto, aunque siguen siendo llamadas las parentelas unas tras otras, domina, sin embargo, dentro de cada parentela, la proximidad de grado y la división *in capita*. La razón es que, en otro caso, se produciría en las parentelas más altas un gran fraccionamiento del patrimonio, lo cual no parece conveniente en modo alguno para la formación de capitales.

§ 26. HERENCIA DE LA FAMILIA AGNATICIA

La familia agnaticia ha impreso muy enérgicamente su sello en la sucesión, no solo porque heredan exclusivamente las personas unidas por medio de varón, es decir, por engendramiento, sino que hasta se empieza a excluir a las mujeres, aun cuando se encuentren unidas del mismo modo. La razón



es ésta: en las relaciones matrimoniales de aquella época, solía la mujer llevar el patrimonio a la casa del marido, de tal modo que quedaba ese patrimonio definitivamente perdido para la familia de que procedía. Por eso se daba a las mujeres casadas su dote solamente y se las excluía de la herencia. Esto se transforma en cuanto varía la posición de la mujer en el matrimonio, y poco a poco se permite a las mujeres concurrir a la herencia. El *Islam* ha recorrido en este aspecto una evolución altamente interesante, porque *Mahoma* fue el que dio a las mujeres, contra las costumbres anteriores, un Derecho hereditario, regulado ciertamente de un modo muy inorgánico. Cuando concurre, por ejemplo, la hermana con el hermano o la hija con el hijo, la mujer es heredera lo mismo que el hombre; pero no recibe sino la mitad de la porción viril en consonancia con el antiguo principio de que la mujer no valía sino media composición (*Wergeld*). Si, por el contrario, la mujer no tiene ningún coheredero masculino de igual clase, la llama *Mahoma* a una porción fija, *fardh*, por ejemplo, la mitad, un sexto, etc. De este modo recibe la hija, la hija de hijo, la hermana, la madre (y también el padre, los esposos y los hermanos uterinos)⁷⁰ tal porción *fardh*. Con ello se hizo, naturalmente, el sistema en extremo complicado y obscuro, y conducía a las particularidades más raras. Así podía, por ejemplo, ocurrir que los hermanos uterinos fue-

70 Es decir, los que están unidos con el causante solo por la madre, no por el padre.



sen llamados como herederos *fardh*, mientras que los hermanos germanos no recibían porción alguna, por lo cual un califa publicó la célebre decisión llamada del «Asno», porque se fingía que el padre de los hermanos germanos había sido un asno, de tal modo que eran considerados solo como uterinos y, como tales, concurrían a la herencia⁷¹.

27. TESTAMENTO

Una de las partes más interesantes de la historia del Derecho, es la historia del testamento. En un principio, no tienen los pueblos idea alguna de él; no pueden concebir que después de la muerte, cuando ya no se es, se pueda todavía actuar eficazmente. Se considera sobre todo como una contradicción que el causante de la herencia quiera disponer de ella para una época en la cual no existirá él mismo ni habrá, por tanto, capacidad dispositiva. Pero aquí se hacía sentir el dualismo de que antes se habló. Una vez hecha la propiedad independiente de la persona y dada al propietario la facultad de destruirla, de privar de ella al heredero, se iba forzosamente a la suposición de que el propietario se encuentre también en situación de declarar que, en el último momento de su vida, pase a otro la propiedad, y esto condujo por sí mismo a la disposición de

71 *Rechtsvergleichende Studien [Estudios de Derecho comparado]*, pág. 108.



última voluntad. La contradicción que resulta de que alguien disponga de un patrimonio que ya no tiene después de su muerte, queda vencida por la idea de que se puede, indudablemente, transmitir el patrimonio en el último momento de la vida, y en verdad de tal modo, que quede para siempre sustraído, no solo al causante de la herencia, sino también sus herederos. Por este camino había que llegar al llamado pacto sucesorio, y su formación encontró todavía apoyo en dos especiales circunstancias: podía ser uno adoptado como hijo, y entonces era él el heredero natural del patrimonio, en calidad de hijo ficticio; pero nada impedía que esa adopción se atenuase de tal modo, que quedase limitada al Derecho sucesorio y excluyera todas las otras notas de la asociación familiar, que en otro caso iban unidas a la adopción. Otro sistema fue el de convocar la asamblea popular y transmitir ante ella y con su consentimiento el patrimonio, bien de presente o bien para el porvenir con lo cual alcanzaba al mismo tiempo la disposición un carácter en cierto modo público y se consideraba como ley.

El pacto sucesorio era obligatorio y no podía rescindirse sino con consentimiento de la otra parte contratante. Esto era molesto, y si la humanidad no lo hubiera perfeccionado, habrían sido una excepción las disposiciones por causa de muerte. Pero se llegó por un camino más amplio a la disposición unilateral revocable, al testamento. Podía esto ocurrir de dos



maneras: 1.^a, reservándose en tal donación o en tal pacto sucesorio el libre Derecho de revocación; o 2.^a, dejando el patrimonio, no al heredero, sino a un fiduciario, ejecutor testamentario⁷², y encomendándole para su ejecución y observancia la serie de disposiciones que se querían realizar⁷³. El heredero de Derecho era aquí el ejecutor testamentario; pero era solo un heredero de naturaleza fiduciaria, en interés de tercero. Y como

72 *Testamentsvollstrecker*, que es creación del Derecho germánico y no equivale exactamente a nuestros albaceas. Eran los antiguos *Salmannen* o *Treubänder*, empleados para la ejecución de las disposiciones testamentarias (*testamentarii*, *executores*, *viceheredes*). El Derecho canónico favoreció su nombramiento, pero lo sometió a la inspección de los obispos. La institución se conservó aun después la recepción del testamento romano y pasó al código civil vigente. En cuanto a su naturaleza jurídica, las doctrinas romanistas consideraban al ejecutor testamentario como representante (*Vertreter*) de los herederos, ya admitiendo un mandato del testador que, por excepción, tenía eficacia más allá de su muerte, ya una representación legal parecida a la del tutor, ya una clase especial de oficio. Los germanistas (en especial Beseler) lo consideraron como representante hereditario del testador, aun frente a los mismos herederos, y otros como representante de la herencia. Hoy, según piensa Kohler, el ejecutor testamentario desempeña un oficio, es un representante, parecido al tutor, que obra por un tercero, el cual es una de las personas jurídicas tácitas del Código alemán, o sea la herencia. Gierke (germanista) cree que es una especie de fiduciario nombrado por el testador, dándole una esfera propia y sustantiva; que no es representante en sentido técnico y, por tanto, no ejerce un derecho ajeno en nombre ajeno, sino es un *Treuhänder* en el sentido germánico, y como tal ejercita un derecho propio en nombre propio, aunque en interés ajeno. Según el código, el ejecutor testamentario tiene un derecho real sobre la herencia. Su designación puede el testador encomendarla a un tercero o al tribunal de herencias. (*N. del T.*)

73 Compárese también la *Einführung in die Rechtswissenschaft* [Introducción en la ciencia del Derecho], pág. 96, donde la evolución pudo solo ser bosquejada. Pero la menciono solo en atención a que la idea enunciada bajo el número 2, que ya había yo expuesto antes en mis lecciones ha sido también independientemente desarrollada hace poco por Lambert, *La tradition romaine sur la succession* (1901), págs. 48 y sigs.

el fiduciario no tenía interés alguno decisivo en que *A* recibiese el patrimonio con preferencia a *B*, se daba naturalmente al causante de la herencia la facultad de alterar las disposiciones y de dictar al fiduciario otra declaración de herederos. De este modo se desarrolló el testamento unilateral⁷⁴, y con él uno de los mayores beneficios para la humanidad, porque lleva consigo las siguientes consecuencias: *a*), la personalidad actúa más allá del sepulcro; *b*), pueden tenerse en cuenta circunstancias especiales y hacer donaciones a aquél que las necesite; *c*), pueden mitigarse las desigualdades e injusticias de la naturaleza, otorgando a aquél que ha sido por ella colocado en el mundo con más necesidades que los otros, una merced especial, proporcionándole así una cierta compensación contra la dureza de su destino. Por último, el testamento es una palanca de beneficencia humana, un medio para fomentar fines ideales y especialmente para reunir patrimonios con destino a fundaciones.

Es un interesante problema saber hasta dónde puede alcanzar la voluntad individual del causante de la herencia, y si su arbitrio, que en lo esencial puede disponer libremente, no se halla bajo ciertas limitaciones y disposiciones de policía legal. Ciertos derechos, como el viejo Derecho romano, lo dejan todos

74 Así, en Derecho romano, el testamento por *mancipatio*. De ahí también la máxima romana: «*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Solo podía transmitirse al fiduciario, al *familiæ emptor*, el patrimonio completo, y esto excluía *ipso facto* la sucesión legítima.



al juicio de deber y a la responsabilidad del testador ante su conciencia y ante el mundo. Este sistema tiene ventajas indudables: los fines del testamento pueden ser más plenamente alcanzados, las desigualdades pueden compensarse mejor y la unidad del patrimonio familiar puede conservarse, protegiéndolo contra disgregaciones. Sin embargo, ni el Derecho romano ni el alemán se han detenido ahí: ambos quieren prever el caso de abuso. Siempre habría sido posible la solución de encomendar a la libre apreciación del *tribunal* o de la *superioridad* la prueba de si en un caso determinado existe tal abuso, especialmente si la herencia ha sido dejada a una persona indigna. Lo mismo el Derecho romano que el germánico, muestran tendencias a este proceso. Pero eso recarga al *tribunal* con una prueba tan difícil y provoca tal inseguridad en la situación jurídica, que la historia no se ha detenido ahí, sino más bien ha pasado a determinaciones fijas de cantidad: los herederos más próximos debían tener Derecho a una parte legal, una *portio legítima*, exceptuando el caso de graves faltas morales.

Esto se ha convertido en sistema de todos los derechos modernos continentales. No puede desconocerse que tiene en cuenta los más opuestos motivos. En otro aspecto no es favorable ciertamente a la gran acumulación de masas patrimoniales, y conduce, especialmente en la gran industria y en la explotación de grandes propiedades, a un fraccionamiento lastimoso o,

por lo menos, al gravamen y recargo de las bases y (medios económicos, de tal modo que se ha considerado preciso, por medio de un sistema de bienes troncales (*Stammgüter*)⁷⁵ indivisibles e ingravables, de un lado, y por la institución aldeana del *Anerbenrecht*⁷⁶, de otro, evitar los graves perjuicios económicos que llevaría consigo un inevitable fraccionamiento de valores.

Otro inconveniente del sistema de legítimas es que hay que dejar con frecuencia una herencia considerable a un hijo que, por ser dilapidador, puede hacer pocos progresos, o a un heredero cuyo patrimonio será inmediatamente presa de los

75 También se denominan *bona stemmatica* o *aviatica*. Para su enajenación (a veces solo para disponer de ellos por causa de muerte) es preciso el consentimiento del heredero. Algunos se rigen por un especial sistema sucesorio basado en masculinidad y primogenitura, al modo de nuestros mayorazgos. La mayor parte de esas vinculaciones se han transformado entre la alta nobleza en *Hausgüter* (literalmente «bienes de la casa»), y entre la baja nobleza en fideicomisos familiares. (N. del T.).

76 Es una especie de heredamiento derivado de la sucesión especial en los bienes de aldeanos (*Bauergüter*, que surgieron en la Edad Media frente a los *Rittergüter* o bienes de nobles, y han conservado su derecho especial hasta el siglo pasado), y tiende a la conservación de la unidad agrícola-económica (*Hof*), mediante el llamamiento de un solo heredero y una indemnización concedida a los demás. Puede haber diversos herederos, si existen diversas unidades agrícolas. Varias leyes han tratado en Alemania de dar nueva vida a la institución, para fomentar las pequeñas explotaciones por cuenta propia. El *Anerben* es, no solo el heredero de la unidad agrícola, sino también heredero universal. Suele alcanzar la institución a los descendientes y, a veces, a los hermanos y sobrinos. El causante de la herencia designa la persona del *Anerben*. Si no lo hace, se concede preferencia al nacimiento legítimo, al sexo masculino y al parentesco de varón. En igualdad de condiciones decide la prioridad de nacimiento, aunque en ciertas comarcas es preferido el más joven. (N. del T.).



acreedores. Ese inconveniente se evita hoy por medio de una restricción de la porción legítima, permitida en tales casos de peligro económico, de modo que el heredero no recibe en sus manos el capital, sino solo los frutos, siendo aquél administrado por un tercero o declarado inenajenable.

Uno de los modos de hacerlo, es la institución de un heredero de segundo grado, al cual tiene el primer instituido que reservar el capital heredado. Esta institución está, aun prescindiendo de la legítima, plenamente justificada. Tiene por objeto evitar que el capital se disipe en seguida de nuevo en la primer generación; y no es raro que esto sea de temer, porque los hijos de padres que han alcanzado una firme posición económica, por la atracción del contraste suelen sentirse inclinados a dilapidar. De ese modo puede asegurar el causante de la herencia que sus nietos y biznietos vivirán disfrutando todavía lo que él en su tiempo conquistó, a fuerza quizá de trabajo intenso y especulación inteligente.

Pero también este sistema tiene que tener sus límites, porque es verdaderamente insoportable que quede aprisionado el patrimonio, acaso durante siglos, y que tenga que desarrollarse la sucesión hereditaria según la serie fija prescrita por el testador. Y por eso aspiran los derechos modernos a limitar tales instituciones de ulterior grado a un tiempo determinado o a un



cierto número de generaciones, limitaciones que se encuentran también en el código civil alemán⁷⁷.

Con esas instituciones de ulterior grado tienen afinidad las fundaciones, y el *Islam* las comprende a ambas sin reparo bajo la palabra *wakf*. En la institución de ulterior grado, el heredero de grado anterior deviene propietario, si bien bajo una condición resolutoria y, aunque no puede disponer del capital, le queda libre la aplicación de los frutos del patrimonio. El fin de la disposición puede ser, sin duda, conservar la familia en situación acomodada, asegurar la posteridad contra dilapidaciones; pero esos fines son fines generales de la conservación del patrimonio y no se refieren a una especial determinación de éste. Muy otra cosa es la fundación: el beneficiario no es propietario del patrimonio de la fundación; recibe solamente su renta, según las reglas de la fundación misma. Cuando ésta no ha sido establecida en beneficio de familias particulares, sino en provecho de objetos de la naturaleza o de cualesquiera otros fines de cultura, la diferencia respecto a la institución de heredero de ulterior y anterior grado es todavía más importante. El patrimonio está aquí más fuertemente encadenado, porque, no solo el capital, sino también los intereses, han de ser aplicados según la intención del testador. Por eso se dirige toda nuestra actual evolución a que no puedan ser establecidas fundaciones

77 *Einführung in die Rechtswissenschaft [Introducción a la ciencia del Derecho]*, pág. 102.



más que con el consentimiento del estado, y a que corresponda a éste en ciertos casos el Derecho de asignar a la fundación otro empleo o de suprimirla por completo, porque, para ordenar estas relaciones racionalmente, es necesaria, no solo la inteligencia del presente, sino la previsión del futuro.

Estos son los puntos extremos de la evolución del Derecho de sucesiones, donde éste se aproxima de nuevo al patrimonio colectivo después de haber sido el amparo del patrimonio individual.

b). Relaciones menos íntimas.

Derecho de obligaciones

§ 28.LA PROMESA COMO MOMENTO ECONÓMICO Y ÉTICO

Esencialmente distinto de las relaciones anteriores es el Derecho de obligaciones, el cual no produce vínculos por toda la vida, ni aún siquiera de duración inusitada, sino conjunciones más o menos pasajeras que se inician y vuelven a disolverse, pero que, por su número, su variedad y su influjo en la vida humana, son de una importancia saliente.

Este Derecho de obligaciones es esencialmente un producto de la evolución jurídica individual. Las épocas de concepción comunista conocen el Derecho de obligaciones, cuando más, como Derecho de los delitos, en el cual una familia tiene



que responder a otra de las transgresiones que cometan sus individuos. Solo en el momento en que el patrimonio se desmembró y cada cual tuvo sus fragmentos de propiedad, se desarrolló la necesidad de que uno obligue a otro a prestaciones; y sobre todo, cuanto más lejos penetraba la división del trabajo, tanto más se mostraba la necesidad de crear ese vínculo que se llama obligación.

La permuta precede, sin duda, con mucho al Derecho de obligaciones; es más: ha habido largo tiempo permuta antes de descubrirse la idea de obligación. La permuta consistía precisamente en la entrega inmediata de una cosa por otra, para lo cual, en las relaciones sencillas, podía prescindirse de relación obligatoria.

Mas en cuanto apareció la idea de traer a la esfera del Derecho las prestaciones futuras, se realizó un progreso, y un progreso, en verdad, de primer orden. Fue un progreso de naturaleza económica y ética. El económico consistió en que fue posible lanzar ya de presente a la corriente del tráfico prestaciones de tiempo futuro, haciéndolas materia de un cambio comercial. Aquél que no tiene otra cosa más que su fuerza de trabajo, puede acaso operar con medios ajenos, si promete la contraprestación en lo futuro después que haya obtenido la ganancia esperada. De ese modo confía uno en la prestación futura de otro, y eso se llama crédito. Con el crédito viene al tráfico una masa de nuevos valo-



res; el pasado sirve al futuro, como el futuro al pasado; se traspasan los límites del tiempo, y el hombre reina entonces sin obstáculo sobre tiempo y espacio.

Ciertamente que la construcción jurídica de esta relación ha sido muy varia. La primera época tuvo que representársela como una especie de *Derecho a un valor*, que el acreedor tiene sobre la persona del deudor. Tenía aquél el Derecho de constreñir a éste hasta obtener en cualquier forma el dinero; el deudor era su prenda. Y así vino la idea histórica universal de la responsabilidad del deudor con su cuerpo y su vida, de la responsabilidad del cadáver, de la responsabilidad con la libertad, de la esclavitud por deudas y de la extinción de deudas mediante el trabajo del deudor pignorado (*Pfandling*), idea que ocupa muchos siglos en la historia de la humanidad, y que obró sin duda de un modo educador a través de las generaciones, pero que llevó también a las familias un raudal de miseria y dolor. Una evolución ulterior tuvo lugar cuando el deudor trató de garantizar todavía más al acreedor obligando solemnemente su persona, y pignorando en su favor una libra de su carne, su libertad, su honor, o arriesgando hasta la salvación de su alma. Esto estuvo en conexión con la creencia, que después expon-dremos, de que el hombre tiene libre determinación, hasta el punto de poder hacer a otro entrega de cuerpo, vida, libertad y honor.



Mucho tiempo tuvo que luchar la humanidad para emanciparse de esta idea. Lo consiguió al fin; pero fue antes preciso suprimir el concepto de responsabilidad de la persona (*Haftung*) y establecer en su lugar el concepto de *obligación* (*Verpflichtung*): el deudor no responde ya con su persona, es decir, su personalidad es libre e intangible; está solamente *obligado*, o sea, está *atenido* a realizar una prestación.

El Derecho no quebranta aquí los cimientos de la existencia humana, no ataca a la persona en su esencia y naturaleza; recurre a la posición de la persona en la vida del tráfico, y declara alterada esa posición cuando la prestación no se cumple. La consecuencia es que esa alteración se hace efectiva mediante la intervención del Derecho. El Derecho, como representante del tráfico, interviene en la posición de la persona y modifica las relaciones como corresponde a las exigencias de la vida jurídico-económica. En este punto era ciertamente posible volver a caer en las crudezas de pasados tiempos, porque si el deudor, para conservar su posición en el mundo de las transacciones, estaba obligado a una prestación, podía ser apremiado, mediante fuerza en la persona, a realizarla. Hasta podía deducirse que el deudor estuviera obligado a hacer lo necesario para colocarse en estado de satisfacer al deber de prestación, es decir, a realizar una adquisición, a proporcionarse con su trabajo los medios, a servir como obrero y hasta a hacerse esclavo. Pero, sin embargo, esto no podía racional-



mente alcanzar sino hasta donde fuera posible suponer una fecundidad de esa fuerza; y la idea de que la obligación de prestación contenga también al mismo tiempo la de ejecutar aquello que haga ésta posible, por ejemplo, trabajar hasta haber reunido el dinero, tenía que revelarse poco a poco como falsa y engañosa. Quedaba así allanado el camino para apartarse del Derecho de obligaciones de épocas anteriores y llegar al principio de que, si el deudor no paga, no nos es dado sino perseguir su patrimonio. Fuera de eso, existe, cuando más, un Derecho del acreedor para impedir que el deudor se oponga a la satisfacción de aquél.

Mas la evolución del Derecho de obligaciones no tiene solo un aspecto económico, sino también uno *ético* muy importante. No es hombre moral solamente el que tiene buenas inclinaciones, sino también el que es al mismo tiempo consecuente, y pertenece a la consecuencia que el que ha hecho una promesa merezca confianza plena, de tal modo que la realización de lo prometido se tenga como segura. Con ello llegó a su madurez el principio «deben cumplirse las promesas.» Surgió esto también frecuentemente entre los pueblos en tal forma, que una promesa aparecía como sagrada y colocada bajo la protección de un dios especial. Mediante invocación de Dios y anatema, podía fortificarse todavía especialmente esa santidad. Al intervenir entonces el Derecho exigiendo, con sus



medios, la obediencia a la promesa, contribuye a aumentar la consecuencia de la vida y a mejorar el carácter. De esa manera ha influido la moral en el Derecho y el Derecho en la moral.

Verdad es, sin embargo, que en este punto se reveló cierta desavenencia, porque la naturaleza económica de la promesa lleva consigo la exigencia de que el «descuento» del porvenir solo pueda tener lugar en Derecho cuando, mediante él, se produzca un resultado favorable a la economía general, y no, por lo tanto, cuando, *v. gr.*, se haga una promesa sobre cosa prohibida, o que contenga tal enajenación de la personalidad, que contradiga el precepto de la libertad económica, o cuando se trate de una promesa sin base económica, de un puro juego. En estos casos el Derecho, como Derecho basado en la economía, tiene que abstenerse rigurosamente, y no puede otorgar su fuerza jurídica para hacer efectivo lo prometido. Por el contrario, desde el punto de vista de la consecuencia, habría que obligar al cumplimiento de tal promesa.

Ya en la doctrina moral se desenvuelven aquí graves dualismos en cuanto se consiente en alguna cosa que contradice la máxima ética, de tal modo que a un lado se encuentra el precepto de la consecuencia y al otro la prohibición moral, que es atropellada si se ejecuta consecuentemente lo que, contra la moral, se ha prometido. No cabe discutir más de cerca cómo ha de resolverse tal colisión dentro de la moral; pero, en todo caso,



el orden jurídico tiende hoy a no exagerar el precepto de la consecuencia y a aplicarlo solamente cuando otras circunstancias importantes no se opongan a la prestación y a la coacción para hacerla efectiva. El precepto de libertad económica es, por tanto, preferente, como lo es la idea de que quedan jurídicamente desamparados los negocios que se encuentran fuera de un círculo económico útil. Esto no ha sido siempre así: ha habido tiempos que han sacrificado cuerpo, vida, libertad y todos los bienes temporales, al precepto de la consecuencia, lo cual se explica por la circunstancia de que la evolución de la moral de la promesa es originariamente religiosa; ante el temor religioso se rompen todas las demás consideraciones, y el que ha dado su palabra a la divinidad tiene que cumplirla, aunque cueste a Jefté el sacrificio de su propia hija.⁷⁸

El Derecho de obligaciones ha surgido de la existencia individual y es su amparo; pero al mismo tiempo constituye un potente medio auxiliar de la colectividad, para llevar a fecunda aplicación, de un modo justo, las fuerzas y las masas patrimoniales.

Aquí aparece, como en la propiedad, la inefable sabiduría del Universo, que hace a los individuos marchar separados y actuar unidos.

78 Compárese la admirable exposición en Dante, *Paraíso*, canto V. Claro que su punto de vista es el de los escolásticos.



§ 29. FORMA

Por otra parte, esta evolución no se ha realizado de una vez. Antes de dirigirse el Derecho de obligaciones directamente a su objeto, se perciben diversos grados intermedios. El primero es el de la libre retractación de la promesa durante un tiempo determinado, de tal modo que solo posteriormente deviene ésta obligatoria.

El segundo grado es el de la sujeción mediata, en el cual el promitente puede retractarse, pero solo siendo un perjuicio, o sea pagando arras (*Reugeld*)⁷⁹, o también siendo objeto de otros apremios más graves. Puede señalarse en los derechos orientales y también en el Derecho alemán.

Una variedad del anterior es el tercer grado, el de la responsabilidad de indemnización: el promitente responde, en el caso de falta de cumplimiento, de la indemnización, porque se considera el no cumplimiento como una injusticia que debe expiarse.

El cuarto grado es aquél en que solo aparece una sujeción inmediata cuando se añade a la promesa alguna otra cosa. Puede ésta consistir en el cumplimiento parcial por la otra parte, de tal modo que la promesa pasa ya del estado meramente espiritual al de realidad corpórea. Esta forma de deter-

⁷⁹ La traducción exacta sería, empleando la denominación de nuestros fueros, *repintalla*. (N. del T.).



minación aparece en el Derecho islamita, y principalmente en el Derecho germánico (*der Gottespfennig bindet*, el céntimo de Dios, ata). Lo que se agrega puede ser también una forma: la consagración religiosa. De esto tratamos a continuación.

La forma procede de la naturaleza religiosa de la promesa. Primitivamente, no significa algo así como la expresión plástica de la voluntad (según pretendía una corriente historicista racionalista), sino que se emplea la forma en virtud de su propio valor, porque se supone que contiene fuerzas misteriosas. Todavía entre los antiguos alemanes regía el principio de que en las *runas*⁸⁰ latían fuerzas especiales, y que el contacto de la varita rúnica sagrada producía bendición o maldición. En todas las regiones de la tierra encontramos, en cuanto los hombres han progresado lo bastante en sus sentimientos religiosos y en las necesidades de su tráfico, que las formas llevan en sí una virtud mágica. Así como en el procedimiento la prueba de Dios denuncia la verdad o la falsedad, porque la declaración falsa lleva consigo maldición, así en la promesa la falsedad de la intención y la infidelidad futura excitan a la divinidad cuando se ha acercado uno a ella y se ha sometido a

80 Sabido es que se llaman así los caracteres gráficos de los primitivos escandinavos y germanos y que se les atribuía poder mágico. Tácito refiere, entre otras supersticiones, que empleaban varitas rúnicas, las cuales, movidas de cierto modo, servían para adivinar el porvenir. (*N. del T.*).



su poder. De ahí, entre los negros, las promesas ante el fetiche mediante una comida; de ahí, entre los malayos, la promesa bajo formas imprecatorias, mediante la destrucción sensible de objetos frágiles, bajo invocación del sol, de la serpiente, de la espada, etc.

Es, por tanto, esencial el encantamiento (*zauber*, magia, hechicería) que acompaña a la promesa como una sombra y sigue al promitente, hasta el otro mundo. Es un medio poderoso de ayuda para hacer obligatoria la promesa y aumentar su fuerza.

Existe, por el contrario, una creación moderna, en cuanto se prescinde de las potencias objetivas, basando por completo la promesa en la honradez del promitente y haciendo a ésta objeto de la protección jurídica. La tutela jurídica debe alcanzar hasta donde sea dado esperar en caso de honradez; salvo lo que exijan las condiciones sociales en que se ha insistido más arriba. En tal proceso pierden ya las formas su fuerza sustancial; sin embargo, frecuentemente se conservan largo tiempo, pero reciben otro significado: sirven para dar claridad y seguridad, para que se sepa si verdaderamente se ha llegado a un acuerdo obligatorio. En lugar de la magia de las runas, aparece la escritura como enunciación permanente del pensamiento, publicando de tal modo, en casos de controversia, el contenido



mental de la promesa, que quedan excluidas toda duda o impugnación. La forma recibe una nueva importancia por la relación con terceros; el negocio, materializado por la escritura, permite que éstos tomen parte en él, también por escrito o materialmente, y así desarrollan instituciones jurídicas tales como el cambio y los documentos al portador.

§ 30. IMPUGNABILIDAD

El lado ético de la promesa conduce todavía a un principio ulterior importante.

No se exige ciertamente para la validez de la promesa la libertad del promitente en el sentido de que fuese, por ejemplo, impugnable una promesa provocada por motivos pasionales: tal máxima estaría a un tiempo en contradicción con las reglas fundamentales de la economía y con los principios de la ética, porque también lo que se quiere bajo la presión de imperiosos motivos, ha sido querido⁸¹. Pero indudablemente tiene que ser defectuosa una promesa cuando, de una manera opuesta al libre comercio de los hombres, se han provocado de intento ciertos motivos sobre los cuales aquélla descansa; porque sería contrario al principio ético de la libertad personal, que se per-

81 *Coactus volui*: así ya también en la *Ética a Nicomaco*, III, I. Véase también la admirable exposición en Dante, *Paraíso*, canto IV.



mitiese a un individuo arrancar a otro una promesa mediante tales maniobras, y ponerlo así al servicio suyo o de otros. De ahí la máxima: una promesa puede ser impugnada cuando ha sido obtenida por la fuerza, o conseguida subrepticamente, de tal modo que una parte haya sido engañada o se le hayan imbuido representaciones falsas, sometiéndola así espiritualmente al poder de la otra; porque el que produce en otro una falsa representación con el fin de que éste obre según la voluntad del que lo engaña, es como si lo arrastrara por la fuerza a una esfera ajena de pensamientos e intuiciones, haciéndolo así esclavo de otro, esclavo de aquél que determina su pensamiento. Por eso los Derechos más progresivos han concedido una impugnación de la promesa por causa de fuerza, de engaño, y también frecuentemente, en mayor o menor grado, por causa de error.

§ 31. GARANTÍA

∂. *Garantía real*

Aún antes de que la promesa hubiera llegado a su desarrollo completo, se conoció *la garantía pignoratitia*. Es más: ésta era el punto de partida, o por lo menos uno de los puntos de partida, para la evolución del Derecho de obligaciones; el deudor respondía con su cuerpo y su vida. Por eso era perfec-



tamente explicable que el deudor pignorase cualquier objeto, dando al acreedor la posibilidad de hacerse pago con él.

Todas las clases de Derecho pignoraticio e hipotecario tienen, pues, de común el hacerse pago con la cosa; pero esto puede ser o mediante disfrute o mediante consumo, y según eso hay que distinguir, ante todo, entre prenda⁸² de disfrute (*Nutzunspfand*) y prenda de capital (*Kapitalpfand*). En la primera se daba la cosa al acreedor para su disfrute, bien de tal modo que éste amortizaba poco a poco el capital debido y liberaba al deudor, o bien imputando el disfrute a los intereses y ofreciendo de ese modo al acreedor una renta de su capital. A través de la mayor parte de los pueblos puede seguirse esta diferencia entre la anticresis (*Zinspfand*) y la llamada *Totsatzung*⁸³, lo mismo por lo que se refiere a la pignoración de cosas, que también en lo referente a la pignoración de personas.

82 Hay que entender aquí prenda en un sentido amplio, comprendiendo todas las especies de garantía real, y, por tanto, la hipoteca. Ese es el sentido de la palabra alemana *Pfand*. (N. del T.).

83 *Prenda de amortización* sería acaso la traducción más exacta. La primitiva garantía inmobiliaria entre los germanos, era semejante a la anticresis romana. Se hacía mediante una cesión en justicia, como las enajenaciones. El acreedor quedaba en posesión de la finca del deudor, la cultivaba y percibía los frutos. El deudor podía recuperarla pagando la deuda; pero eso era más bien un derecho que una obligación. A veces se estipulaba que los frutos percibidos por el acreedor se computasen, no como intereses, sino como amortización del capital debido: entonces el acreedor debía restituir la finca al extinguirse la deuda. Esta última forma se llamaba *Totsatzung*-(N. del T.).



Hallamos ese sistema en grandes civilizaciones, como en el Derecho oriental, y ya en el Derecho de Asiria y Babilonia nos sale al encuentro como prenda, con la cláusula: «no hay intereses, no hay alquiler», es decir, que el acreedor entra en el disfrute de la casa y no paga alquiler, pero se ve por ello privado de los intereses del capital prestado.

La satisfacción de la deuda con la cosa misma dada en garantía ataca, por el contrario, esa cosa en las raíces de su esencia, la saca del patrimonio del deudor y utiliza su valor capitalístico para la formación de nuevos valores. También aquí hay, a su vez, diversas formas: la satisfacción mediante *adquisición de capital por el acreedor*, o mediante *adquisición de capital por un extraño*. En el primer caso, se hace propietario el acreedor mismo, y entonces la diferencia eventual entre el valor del capital y la cuantía de la deuda unas veces se compensa y otras queda sin compensación (lo primero ocurre en la venta con pacto de retro, lo último en la prenda con pacto comisorio). La satisfacción de la deuda mediante adquisición de capital por un extraño, consiste en que el acreedor enajena la cosa y se hace pago con el producto. Esta es la forma de la hipoteca, que tiene grandes ventajas y ofrece también la posibilidad del Derecho de pignoración múltiple: se puede dar la



cosa en garantía de tal modo, que el segundo acreedor reciba lo que ha quedado restante del producto de la enajenación del primero, y así sucesivamente. El Derecho romano, lo mismo que el alemán, han llevado a madurez este sistema. Pero el Derecho alemán ha establecido al hacerlo dos principios observados ya antes en Grecia, y que en el Derecho romano fueron, con grave perjuicio, abandonados: ha procurado, tratándose de bienes inmuebles, llevar el Derecho hipotecario a conocimiento público, como se hacía en Grecia mediante las piedras de hipoteca y por otros medios. En Alemania tenía lugar mediante publicación en la Asamblea Popular o mediante registro en los libros que llevaban los tribunales, de los cuales se han desarrollado después nuestros libros de registro de la propiedad inmueble.

§ 32. FIANZA

β. Fianza

La fianza es originariamente la entrada de un nuevo deudor en el lugar del antiguo, para rescatarlo, para librarlo de la deuda, de las cadenas y de la prisión. El Derecho no conoce originariamente sino un fiador en lugar de, no un fiador al lado



del deudor. Esto alcanza también a tiempos relativamente recientes: todavía en Derecho romano quedaba libre el fiador cuando se demandaba al deudor, y viceversa. El problema de la doble deuda para el mismo contenido obligatorio, es demasiado difícil para el tiempo primitivo. Más tarde se desarrolló la institución del siguiente modo: el deudor quedaba liberado originariamente mediante el fiador; pero, como la responsabilidad de éste era personal y se extinguía con la muerte, se prolongó la responsabilidad del deudor originario en el sentido de que tenía que presentar, si el caso ocurría, un nuevo fiador. Esta responsabilidad se ensanchó de tal modo, que el deudor tenía que responder cuando el fiador no podía pagar, y así se vino paulatinamente a una responsabilidad común de ambos, la cual tenía, sin embargo, como en Derecho romano, ciertos límites. Solo una evolución posterior invierte las cosas y transforma la responsabilidad del fiador en subsidiaria, concediéndole la excepción de excusión.

De especial interés es la relación del fiador con el deudor principal: originariamente queda éste liberado respecto al acreedor; pero tiene para con el fiador, como deber de lealtad, la obligación de redimirlo. Si esto no ocurre, si se hace efectiva la responsabilidad del fiador y necesita pagar, tiene un Derecho a repetir contra el deudor, que con frecuencia se eleva, por vía de pena, hasta el doble.



§ 33. MANIFESTACIONES SOCIALES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

a). En general

El Derecho de obligaciones, que es base del Derecho individual, tiene por eso mismo, según queda indicado, una gran importancia social. Debe organizar el mundo de los bienes de tal modo, que resulte de él la mayor prosperidad posible para la humanidad. Esto se realiza mediante el tránsito de los bienes de uno a otro patrimonio y mediante su reunión para la consecución de un fin común. En el primer caso, los bienes cambian de dueño; en el último, se ponen al servicio de dos. El traspaso de los bienes puede ser a su vez definitivo o temporal: son representantes principales de lo primero, los negocios de cambio, y de lo segundo, el préstamo mutuo.

Menos importantes son las formas no económicas del Derecho de obligaciones, de lo cual se tratará más adelante.

Tales manifestaciones del Derecho de obligaciones se desenvuelven del modo más diverso en la *libertad del tráfico económico*. Se halla éste ciertamente limitado durante largo tiempo por instituciones de carácter social y por invasiones del estado. También aquí es todavía el impulso de la colectividad más fuerte que la fuerza expansiva del individuo: gremios, castas y monopolios limitan la libertad individual; pero

poco a poco lucha el individuo por su emancipación y se rompen las barreras que fueron saludables durante siglos, cuando la nación no había alcanzado aún la madurez necesaria. Todavía en la primera época de la liberación de las fuerzas económicas aparecen, al lado de una gran evolución progresiva, sombras considerables. La competencia se convierte en lucha, en una lucha que no siempre se lleva honradamente. Se han roto los medios protectores de otras veces, y tiene ahora que surgir, como nuevo poder, el orden jurídico, para extirpar las excrescencias y amparar la fuerza ética del hombre.

Pero aparecen a su vez otros fenómenos: los individuos se unen entre sí en asociaciones de competencia y nacen las coaliciones industriales (*Wettbewerbskartelle*)⁸⁴, y éstas a su vez se convierten en institutos comunes de producción, unitariamente organizados y con amplias ramificaciones, los cuales

84 Se llaman *Carteles* y *Trusts* las coaliciones de empresarios encaminadas a limitar o excluir la concurrencia (Baumgarten y Meszlény, *Kartelle und Trusts*: Berlín, 1906, pág. 38). En la literatura francesa suelen denominarse Sindicatos de productores y acaparadores de mercancías (Babled). Coaliciones industriales y comerciales (Colliez) o por los nombres alemanes e ingleses. La diferencia entre *Cartel* y *Trust* no está muy precisada todavía. Los autores americanos usan con frecuencia la palabra *Trust*, abarcando ambos de un modo vago e indeterminado.

En un sentido amplio, el *Cartel* comprende dentro de sí al *Trust*, siendo éste una forma de aquél. La diferencia está en que el *Cartel* puede imponer a los coaligados toda clase de limitaciones; pero les deja su *independencia en el proceso económico de la producción*, mientras que el *Trust* tiene un *órgano central* que puede *disponer acerca de la forma y proceso de producción de cada uno de los asociados* (llegando hasta cerrar tal o cual fábrica, por ejemplo). Por eso podría decirse, según Baumgarten, que el *Trust* es una *sociedad por acciones con finalidad de Cartel*. Sin embargo, advierte él mismo que los *Trusts* adoptan a veces formas distintas de la de sociedad por acciones. Por eso, siguiendo una idea de Kleinwächter, que compara el *Cartel* a una confedera-



dominan de hecho el tráfico y arruinan toda competencia. También aquí tiene el orden jurídico su misión: necesita vigilar la formación de sociedades y oponerse a ella donde devenga perniciosa; tiene que proteger a los particulares contra el lazo que ellos mismos se echan al cuello, declarando esos *Carteles* jurídicamente ineficaces o, caso de eficacia, libremente rescindibles.

Por todas partes resultan, para el orden jurídico, enormes problemas que solo comprende el que contempla el Derecho desde más alta atalaya.

§ 34. MANIFESTACIONES SOCIALES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

∂. *Negocios de cambio*

b) En especial

Las relaciones obligatorias se elaboran especialmente mediante negocios de cambio: se permuta mercancía por mercancía. Es una consecuencia del desarrollo de la existencia individual y de la división del trabajo. Si la permuta tiene

ción de Estados, y el *Trust* a un Estado unitario, dice Baumgarten que el *Cartel* es una confederación de empresas independientes para conseguir un determinado fin económico, y el *Trust* una empresa única con organización unitaria del proceso de producción. Colliez, en el mismo sentido, llama *Cartel* al convenio entre productores de la misma industria, conservando su individualidad para obtener el monopolio sobre el mercado que *surten*. (N. del T.)



lugar en el momento, no queda al principio, según se ha indicado, espacio alguno para las relaciones obligatorias; pero otra cosa ocurre cuando se concede crédito respecto a prestaciones especiales.

El cambio toma una forma particular en cuanto aparece la idea del dinero, es decir, de un valor intermedio general que ofrece la gran comodidad de que una cosa no necesite buscar a la otra. Si suponemos de un lado el objeto *A* y del otro una masa de objetos de *B* a *Z*, el cambio tendría que realizarse de modo que el que desee cambiar tendrá que buscar la permuta de *A* contra uno de esos objetos, por ejemplo, *F*, que él precisamente necesite. Ahora bien: ocurrirá con frecuencia que aquél que puede dar el objeto *F* no necesite el *A*, y aquí tiene el dinero su función: suple todos los objetos *B-Z*; y quien enajena el objeto *A*, lo hace contra ese valor intermedio general, es decir, contra la posibilidad de los objetos *B-Z*, encontrándose de ese modo en situación de adquirir todas las cosas y, por tanto, también la cosa *F*; porque quien quiera que la posea, la da contra el valor intermedio general, puesto que a su vez recibe, a cambio de éste, aquello que él necesita,

El dinero tiene, pues, una misión parecida a la de una calle pública: mientras que fuera de ella las gentes no podrían encontrarse y reunirse sino cuando algún vecino les otorgase privadamente paso, pueden hallarse siempre yendo por la



calle común, con lo cual cada uno puede buscar a aquél que le interesa ver.

En la vida de los pueblos se usan como dinero las cosas más diversas: son primeramente objetos de adorno, de que uno se despoja para darlos a otro, como conchas y perlas; son después objetos de aplicación o de estimación general, como cabezas de ganado, pieles, etc.

Pero aparecerá una nueva época en cuanto se empleen como dinero aquellos objetos que no solo tienen el carácter de sustituíbles⁸⁵, es decir, cuya estructura es tal que cada uno equivale al otro, sino que también son divisibles y duraderos. Ese es el caso de los metales, y por eso la aparición del dinero metálico es para los pueblos de tan extraordinaria importancia. Después de diversos ensayos han llegado a ello, bien quedando estacionados en los metales ordinarios, o bien avanzando hasta el uso de los metales preciosos. La división en trozos sueltos se hacía originariamente mediante separación y fraccionamiento efectivos, teniendo por eso la balanza una gran importancia: era la compañera de todos los negocios del tráfico; sin balanza, no existía negocio de dinero. Una nueva, grandiosa idea fue la amonedación del dinero; es decir, que se grabó el valor en forma tal, que esa acuñación mereció la fe

85 Es la denominación con que una parte de los juristas alemanes ha sustituido el concepto romano, algo equívoco, de cosas fungibles.-(*N. del T.*).



pública. Con ello se hizo de una vez superflua la división y peso en cada caso, desapareciendo la balanza de la vida general jurídica; quedó solo subsistente todavía como símbolo, como resto tradicional de las viejas relaciones jurídicas.

Con la aparición del dinero se separa la compraventa de la permuta; pierde esta última considerablemente en extensión, aunque sin desaparecer por completo de la vida jurídica. El negocio de compra es especialmente apropiado para operaciones de crédito, particularmente con aplazamiento de la entrega del dinero.

Aquí se desenvuelven problemas de gran interés, como, por ejemplo, la cuestión de cuándo se trasmite al comprador el riesgo, es decir, cuándo deviene la situación jurídica tal, que el comprador, a pesar de la pérdida de la cosa, tiene que pagar el precio de la compra; cuestión en la cual los derechos se separan extraordinariamente. Mientras que el Derecho indio, griego y romano transmiten el riesgo desde la celebración del negocio, no se transmite en Derecho alemán sino con la consumación. En las diversas escuelas de Derecho islamita se hallan representadas ambas soluciones.

El nuevo código civil [alemán] ha adoptado, como es sabido, en principio la regla alemana, si bien esencialmente limitada por la posibilidad de la *Besitzauftragung*, del llamado *consti-*



*tutum possessorium*⁸⁶, es decir, que el riesgo no se trasmite desde el instante de la toma efectiva de posesión, sino ya antes, desde un momento que las partes consideran como equivalente a la entrega.

Existe una permuta atenuada cuando se traspasan, bienes, no como capital, sino solo en particulares formas de disfrute por las cuales hay que abonar una contraprestación, frecuentemente en dinero. Ese es el dominio del contrato de alquiler y de arrendamiento. Una forma económicamente muy importante del último es la *aparcería*, en la cual no hay que pagar una renta fija, sino una parte alícuota de los frutos, con lo cual recibe el arrendamiento un cierto elemento asociativo que hace participantes a ambos contratantes en el desarrollo favorable o adverso del producto; pero, al mismo tiempo, como el sistema de explotación tiene que estar fijamente determinado, constituye un momento de la dependencia económica del colono⁸⁷.

§ 35 PRÉSTAMOS E INTERÉS

β. Préstamos e interés

Así como los negocios de cambio se basan en la división del trabajo y en la necesidad de proporcionarse lo que otro

86 [Kohler] *Zwölf Studien zum B. G. B.* [*Doce estudios sobre el código civil*], I, 328 y sigs.

87 La *aparcería* se encuentra ya en el antiguo Derecho oriental, así especialmente entre los antiguos Babilonios. Sobre sus ventajas e inconvenientes económicos, existe toda una literatura: trabajos de Ehrenberg, Dietzel, Reitzenstein, etc.



tiene, contra aquello de que puede uno desprenderse, así el préstamo se funda en la idea de que los capitales son, con frecuencia, más necesarios para una parte que para la otra, y que por ello debe hacerse posible que, en virtud del comercio jurídico, se ponga temporalmente a disposición de uno, para su uso, el capital que a otro pertenece.

Es, pues, el préstamo un medio excelente para que la colectividad utilice lo mejor posible los capitales y, al mismo tiempo, para que el individuo progrese mediante el empleo adecuado de capitales ajenos. Esos capitales son un conjunto de cosas sustituíbles [fungibles]: cereales, dinero, etc., en las cuales no son las unidades, sino la masa, lo que se considera elemento de consumo y producción.

Y aquí surge ahora el difícil problema del interés, que ha conmovido a la humanidad durante siglos, y penetrado en toda la vida económica hasta lo más profundo. Lo que es en la cosa alquilada el alquiler, eso es en el préstamo el interés, es decir, una remuneración temporal por permitirse al prestatario retener en su poder, durante un espacio de tiempo, el capital prestado, o, por lo menos, no estar obligado a devolvérselo al prestamista. A nosotros nos parece esa remuneración tan natural como el alquiler, y, sin embargo, esa idea ha costado largas luchas. Hasta varias religiones de las más importantes se han opuesto a la percepción de intereses. Las ideas que para ello predominaban eran



las siguientes: por una parte, puede servir el préstamo, no solo a fines de producción, sino de consumo, en cuyo caso el prestatario no experimenta enriquecimiento alguno con el capital prestado, porque lo ha consumido, sin que haya quedado el valor formando parte de su patrimonio. Y entonces se pregunta: ¿puede ser equitativo que el prestatario tenga que pagar todavía algo además del capital, cuando éste no ha sido en sus manos productivo? Y cuando, como en otros tiempos, este préstamo consumativo es el principal y determinante, se comprende que la regla se derivase de él, y que los casos de préstamo productivo no mereciesen consideración alguna especial.

Una segunda idea es⁸⁸ la de que el préstamo se recibe muchas veces en un caso de necesidad; y en los tiempos todavía próximos al patrimonio colectivo tenía que parecer especialmente injusto explotar la pobreza. Y aunque tampoco exista precisamente una situación de apuro, se dan, sin embargo, las relaciones en forma tal, que el número de los prestamistas es muy reducido, o se encuentran al menos en número limitado a disposición del prestatario; así que no cabe pensar en una competencia eficaz, ni, por tanto, en la correspondiente determinación objetiva de la tasa del interés según el criterio de normas reales generales.

88 [Kohler] *Einführung in die Rechtswissenschaft [Introducción a la Ciencia del Derecho]*, pág. 63.

Otro razonamiento, todavía más jurídico, es el siguiente: el dinero es improductivo; solo es productivo el trabajo que del dinero se sirve, siendo éste aquí, cuando más, medio auxiliar, pero no causa de la adquisición. Cuando, por consiguiente, se hace rentable el dinero, se le atribuye una cualidad que no tiene, y se le quita al prestatario una parte del fruto de su trabajo, que aparece como lo único determinante, productivo y capaz de aumentar el capital⁸⁹.

Todas estas concepciones han conducido a que percepción de réditos se prohibiese en ciertos pueblos: a los judíos no les era permitido cobrar intereses sino de los no judíos; el cristianismo prohibió toda percepción de intereses, y la Iglesia castigó la «usura», es decir, la percepción de intereses, con el más grave

89 Tomás de Aquino, *Summa*, 2, 2, qu. 78, a. I: *Cum pecuniae usus sit illius consumptio ac distractio, injustum et illicitum est, pro eius usu aliquid accipere... venditur id quod non est, per quod manifeste inaequalitas constituitur, quae iustitiae contrariatur*. Hace uso del ejemplo: *si quis seorsum vellet vendere vinum, et vellet seorsum vendere usum vini, venderet eandem rem bis vel venderet id quod non est; unde manifeste per injustitiam peccaret*. La última consecuencia puede, naturalmente, aplicarse sólo al préstamo consumativo, y aun tampoco a éste cuando se priva al prestamista, en virtud del préstamo, de una ganancia de dinero. Los mismos canonistas reconocen hoy que esa fundamentación no tiene más que una justificación por completo relativa, y que está calculada esencialmente sobre las circunstancias de aquella época; por ejemplo: Schaub, *Eigentumslebre nach Thomas [Doctrina de la propiedad según Tomás]*, página 360 y sig.; Biederlack, S.J., *Der Darlehnszins [El interés del préstamo]* (1898), pág. 8 y sig. También los pontífices hicieron sobre ello reservas, como la encíclica *Vix pervenit*, de Benedicto XIV, de 1745, y permitieron la percepción moderada de intereses sobre la base de las leyes del Estado. Véase Biederlack, págs. 32, 39, y el *Enchiridion morale*, de Bucceroni, que allí se cita. Además, repite también Scaccia, *De comm.*, I.º, qu. I, nr. 403, la argumentación de Tomás de Aquino.



anatema eclesiástico⁹⁰, reclamando especialmente la jurisdicción en todos los casos de usura, para hacer efectiva su prohibición. También el *Islam* proscribía la percepción de intereses; y esta prohibición y las trabas puestas a los negocios de comercio, para evitar pueda ser burlada, pertenecen las particularidades más especiales del Derecho islamita de tráfico. Como que esta idea ha contribuido principalmente a paralizar las sociedades mercantiles del *Islam* (*Schizkat*), y con ello una de las palancas principales de la cultura.

Otros pueblos prescindieron de esas razones; pero tuvieron en cuenta, de otros modos, la situación del que solicita capitales, el cual se encuentra, frecuentemente, necesitado y tiene que inclinarse ante las duras condiciones que se le ofrecen. Permitieron la percepción de intereses; pero establecieron determinados límites, más allá de los cuales los réditos eran prohibidos y usurarios, y un contrato de esa clase nulo y hasta punible. Encontramos este criterio en el Derecho indio lo mismo que en el romano; pero en aquél hay todavía subdistinciones de especial delicadeza, siendo diversa particularmente la cuantía de los intereses, conforme disponen los libros de Derecho, según la casta a que pertenezca el prestatario. En ciertos casos se vieron obligados a apartarse de la prohibición, a saber cuando el interés lleva consigo un conside-

90 Comp. especialmente *Clem. un. de usur.* (5, 5) del Concilio de Viena, 1311.



rable premio de seguro, en especial si el préstamo se hizo para un negocio arriesgado, de tal modo que el prestamista corra un peligro considerable; así, en el crédito que se otorga al navegante, o al comerciante que, en otra forma cualquiera, recorre el mundo.

Uno de los fenómenos más interesantes es el influjo sobre los pueblos, de la prohibición de intereses, y la lucha desesperada del tráfico, en naciones progresivas, contra el mantenimiento estrecho de las reglas prohibitivas. La prohibición del interés paraliza indudablemente el capital en uno de sus aspectos; obliga a tenedor de dinero a colocarlo en propiedad territorial o en otros objetos que produzcan frutos naturales; y si se quiere comerciar, no es posible la participación mediante capital; hay que recurrir al comercio propio o, por lo menos, elegir una clase de sociedad. Todas aquellas formas que la prohibición del interés deja libres son aprovechadas con ansia, y la energía reprimida trata de hallar expansión. Así, ninguna forma de comercio se ha hecho en el Oriente tan usual como la del *kirad* o la *encomienda* (*commenda*), llamada *bagilaba* en el archipiélago del Asia oriental, la cual consiste en entregar a alguno un capital para sus negocios, participando en cambio en la ganancia.

Otra forma en la cual el capital se hace productivo es la del censo: se entrega al propietario de un inmueble un capital que, consignado sobre el predio, produce una renta perpetua. El capi-



tal no subsiste; se deshace, se disuelve en la renta perpetua, y ya no se pagan intereses, sino una renta, que se considera como cosa susceptible de ser vendida. El capital no es, por consiguiente, productivo en el sentido de la prohibición de la usura, sino que desaparece como prestación, siendo la renta la contraprestación.

En oposición a ello, se encuentran todas aquellas formas que aparecen, más o menos, como negocios Fingidos, en los cuales el interés conserva su carácter, pero adopta una máscara jurídica; negocios jurídicos en que tan ricos son el mundo cristiano y el islamita.

No puede decirse que la prohibición del interés prescrita por la Iglesia haya obrado en general desfavorablemente. Tuvo eficacia en una época en que se guiaba a los pueblos, cuyas relaciones en el orden de la riqueza no habían alcanzado su madurez, hacia otras formas de la vida económica, y en la cual especialmente podían ser acentuadas la fertilidad del suelo y la fecundidad de la espontaneidad económica frente al capital mobiliario; porque en otro caso, extensas capas sociales se habrían inclinado a la ociosidad acompañada del ansia de placeres, y habrían querido utilizar la posición capitalista para esclavizar a sus prójimos.

De ese modo ha contribuido la prohibición del interés al fomento del comercio económico y a mitigar los contrastes socia-



les. Se explica perfectamente y se justifica en el orden económico que los pueblos mercantiles, en su desarrollo ulterior, no quisieran ya conformarse con la prohibición; que, especialmente las ciudades italianas, hicieran, a despecho de ella, prósperos negocios mediante la usura, y que por ello conminaran con penas a cualquiera que acudiera contra esos negocios ante los tribunales eclesiásticos. A medida que el préstamo tomaba un carácter productivo; a medida que en el floreciente comercio aparecía el dinero, si no como causa inmediata, al menos como condición esencial del lucro mercantil, tenían que desmoronarse los argumentos de los que combatían el interés y saltar por cima de ellos la lógica de los hechos. Ocurrió esto especialmente desde que la próspera clase de los banqueros aumentó considerablemente el número de los prestamistas, tomando su tráfico de dinero el carácter de una actividad mercantil sujeta a la competencia.

Así han abandonado por completo los pueblos modernos la prohibición del interés y hasta han establecido la plena libertad del mismo, recibiendo el concepto de usura enteramente otro contenido. Se consideró entonces la usura, no en modo alguno como una cosa exclusiva del Derecho que regula los intereses, sino como una planta parásita que se presenta en todo el tráfico, como un acto espoliador y anticomercial para la explotación de la necesidad, de la inexperiencia o de la ligere-



za, es decir, de los desequilibrios humanos, objetivos o subjetivos; explotación tan inmoral como opuesta al comercio, porque solo la prestación verdadera debe dar la medida de la ganancia, no la necesidad del contrario que está caído.

También aquí aparece la corriente de la historia universal, que trata en cada tiempo de proporcionar a la cultura particular las instituciones jurídicas adecuadas. En la evolución de las instituciones jurídicas se revela, al que estudia la civilización, el sano instinto de la humanidad.

§ 36. SOCIEDAD

Υ. Sociedad

El contrato de sociedad ha nacido de la incapacidad del individuo para alcanzar, con solo sus medios, determinados fines. La sociedad requiere la ayuda mutua, la sumisión de masas patrimoniales de varios a un fin unitario, lo cual exige un especial acoplamiento de obligaciones, finamente regulado. Las aportaciones pueden ser cosas materiales y también prestaciones corporales y espirituales. Así, ha aparecido desde la antigüedad el negocio de sociedad en dos direcciones: la sociedad de servicios, cuyos principales ejemplos son, al principio, la sociedad musical y la sociedad para el asalto y saqueo (con invasión del territorio enemigo); y la sociedad mercantil, en la cual representa un prin-



cial papel el patrimonio material. Es especialmente usual, desde antiguo, la institución de la encomienda, ya muy conocida de los babilonios, en la cual aporta uno el patrimonio y otro comercia con él, según queda dicho en otro lugar.

Formas importantes de sociedad se desarrollaron en el Derecho romano como sociedades de publicanos, y en Derecho moderno como asociaciones mineras, y nacieron las sociedades de armadores y las sociedades por acciones, que realizaron, en mayor o menor grado, la fecunda idea de concentrar sobre el matrimonio social la responsabilidad por las deudas de la sociedad, dando al Derecho de obligaciones la forma de un Derecho de valores que grava solo el patrimonio; idea atrevida que hace posible una especulación intensa, para la cual resultan demasiado débiles los hombros de los individuos.

§ 37. DONACIÓN

δ. Manifestaciones no económicas: donación, juego

La donación en sí es extraña al hombre primitivo. No le es extraña la hospitalidad, ni el amparo con el fin, por ejemplo, de pagar la composición (*Wergeld*); pero desconoce el concepto general de donación, la idea del aumento indeterminado (no encaminado a un fin especial) del patrimonio de un extraño en detrimento del propio.



Cierto que el hombre primitivo da fácilmente las cosas que posee; pero espera una liberalidad recíproca: la donación es una compulsión a la permuta, un modo de forzar al correspondiente cambio en el medio diario, cosa que tanto preocupa a los pueblos primitivos. Por eso existe en todas partes la idea de que la donación se entiende hecha bajo el supuesto de una liberalidad recíproca; si ésta no tiene lugar, puede reclamarse la devolución de aquélla.

Fue precisa una larga evolución para encerrar dentro de estrechos límites ese Derecho de revocar, limitándolo poco a poco a perentorios casos de excepción, por ejemplo, el de pobreza o grave ingratitud.

Las liberalidades desempeñan en la vida culta adelantada, como manifestaciones del altruismo, un gran papel: representan el altruismo abstracto, en oposición al concreto, al socorro del hombre; son, en un aspecto, manifestaciones del esfuerzo individual; pero pueden también, en cambio, compensar o mitigar las desigualdades que él produce.

Muy otra cosa es el *negocio de juego*, que tiende a enriquecer a uno a costa de otro, según el resultado de un acontecimiento. El momento psicológico se encuentra aquí en la esperanza excitada, que quiere alcanzar el hecho decisivo para la ganancia o la pérdida; en la tensión nerviosa que constituye una cierta necesidad, principalmente en épocas de una vida espiritual independiente y desarreglada. Por eso se consideró el juego en otro tiempo, por ejemplo, entre los germanos, como



una cosa grave y sagrada: el que perdía, hacía entrega de buen grado de sus bienes y hacienda y quedaba prisionero.

Tiempos posteriores, que crean, en lugar del juego, influencias psicológicas y excitaciones anímicas de otras clases, o que las refrenan por medio de la disciplina, llegan a mirarlo con prevención, comprendiendo que, por su naturaleza, es destructor del orden económico; lo prohíben con frecuencia bajo duras penas, bien en absoluto o bien con excepciones particulares, o por lo menos le niegan la protección jurídica. En este punto se tiene también especialmente en cuenta que, entre pueblos adelantados, aparece además, con ocasión del juego, un elemento de corrupción: el ansia de enriquecerse rápidamente y sin trabajo, el horror a la vida ordenada, la aversión a las pruebas de paciencia que ella nos exige y que es preciso sufrir si se quiere alcanzar alguna cosa fecunda.

Verdad es que la pasión del juego sabe abrirse con frecuencia nuevos campos. El conocido y disfrazado juego de bolsa es el más moderno retoño de la misma idea.

Combatir el juego, aun en esa forma, es una misión importante de la legislación, tanto más importante cuanto más difícil es separar aquí el juego de las formas productivas del tráfico⁹¹.

91 Véase mi trabajo sobre el juego de Bolsa (1894).

III. Uniones orgánicas en un todo social promovedor de cultura

§ 38. ESTADO TOTEMISTA, DERECHO CAUDILLISTA, MONARQUÍA

Ya ha quedado más arriba (pág. 139 y sigs.) expuesto cómo de las familias se han desenvuelto los *totems*, y cómo éstos, con ayuda del matrimonio por grupos, se han unido unos a otros⁹²; falta todavía considerar la organización de estos *totems* y de sus agrupaciones. La organización era, en general, republicana. Los diversos miembros o cabezas de familia se congregaban y deliberaban sobre los asuntos. En épocas críticas, principalmente durante la guerra, colocábanse bajo la dirección superior de un jefe del estado elegido con ese fin. A veces ciertas familias consiguieron alcanzar tal ascendiente, que los jefes de estado eran sacados de ellas sin otro requisito.

Podemos llamar a ese jefe de estado, *Sachem*, según la denominación usual de los Pieles Rojas, cuyas instituciones son las más asequibles a la investigación.

92 Por eso se ha puesto ya, con razón, de relieve que las comunidades humanas en su origen alcanzan a los tiempos prehumanos. Véase v. Schubert-Soldern, *Zur Rechtsphilosophie* [Sobre Filosofía del Derecho], en la *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* [Revista general de la ciencia política], 1897, III, pág. 491.



El tránsito evolutivo de jefe circunstancial de *totem* al *sachem* de carácter estable, del electivo al más o menos hereditario, *sachemismo*, es un movimiento importante en la historia de la comunidad humana.

Todos estos círculos se rompieron cuando apareció el *Caudillaje*. Temperamentos vigorosos supieron derrumbar toda la constitución, arrebataron todos los derechos y se identificaron con el estado. Hicieron esto, según queda indicado en la pág. 143, con la ayuda de las asociaciones de jóvenes. Las correrías, para robar y recoger botín, desarrollaron un poder militar, a cuya cabeza se colocó un osado caudillo, y con su ayuda los más fuertes arrancaron para sí la soberanía. Entonces se consideró como suyo el territorio del estado, y reclamaron para sí, a su capricho, la propiedad y las mujeres de los ciudadanos. Para justificar este Derecho, atribuyeron a su estirpe un origen divino: como vástagos de los dioses, se hallaban colocados sobre los ciudadanos; todo trato con ellos se consideraba sagrado; les era permitido sustraer cualquier cosa al comercio civil ordinario (hacer *tabu*), y todos debían considerarse dichosos y felices en poder servirles. Tenían, pues, una posición parecida a la que Aristóteles caracteriza como tiranía; pero una posición religiosamente glorificada.

Esta revolución produjo un cambio enorme en todo el proceso: transformaciones que en otro caso se habrían operado en el curso de los siglos, tuvieron lugar en pocos años. El progreso de toda la civilización había especialmente de importar



mucho a los caudillos, porque ese progreso era al mismo tiempo un aumento de su prestigio y su poder. Trataron, sobre todo, de fomentar la cultura material, y con ello, al mismo tiempo, su propia riqueza. Las tendencias antisociales, como la venganza de la sangre y el propio auxilio⁹³, tenían que serles contrarias. Intervinieron, pues, violentamente en el mecanismo de la vida del pueblo; quisieron tener ellos solos la facultad de apaciguar tendencias; pretendieron ser los únicos competentes para regular y dirigir la administración, los únicos capacitados para mantener y realizar el Derecho.

Aparecieron de ese modo, en corto tiempo, los progresos de la evolución humana antes indicados. Donde antes no había sino tanteos, hay ahora producción consciente; las leyes siguen a las leyes, las ordenanzas a las ordenanzas; todo tiene que acomodarse al súper-hombre, y cuando él muere se estanca la civilización toda. Hasta que no aparecía el nuevo caudillo no se producían otra vez estados de cultura, porque no se sabía otra cosa sino que todo procedía de él y que a él se retrotraía toda prosperidad: de ahí la costumbre, en muchos pueblos, de ocultar la muerte del caudillo hasta que aparece uno nuevo y toma las riendas del mando.

Pero el Derecho caudillista ha actuado también favorablemente en otro sentido: interesaba al caudillo defenderse de

93 *Selbsthilfe*. Podría también traducirse justicia privada: es el sistema de tomarse cada cual la justicia por su mano. (N. del T.).



enemigos extraños, y tenía, por tanto, que verse obligado a concentrar todas las fuerzas necesarias para la protección de las fronteras, lo cual era también de interés para la colectividad. Así produjeron con frecuencia los caudillos situaciones tranquilas, y libraron al pueblo del azote de irrupciones extranjeras que antes devastaban el territorio y que habrían en otro caso, exterminado amenazado con exterminar al pueblo, o le habrían conducido a completa sumisión y esclavitud.

Otra ventaja del Derecho caudillista era el mantenimiento de relaciones internacionales. Los caudillos eran personas que tenían que habituarse a mirar más allá del propio territorio, y a considerar principalmente la relación del estado con los estados vecinos. Estimulaban la buena armonía, y a ellos hay que agradecer, por tanto, sobre todo, las alianzas con otros estados y los tratados internacionales. Se ve esto, por ejemplo, entre los caudillos africanos, y su influjo continúa hasta la época medioeval. En las ciudades italianas era principalmente la elevada *signoria* la que cuidaba de las relaciones internacionales.

Todavía hay que considerar otro punto. Los caudillos han sido con frecuencia los que han introducido una cierta libertad de cultos; la libertad de confesiones tenía que procurarles una ayuda poderosa en la lucha contra el sacerdocio. Esto nos lleva a considerar las relaciones con la clase sacerdotal.



Si el caudillo se hallaba en situación de apoderarse del oficio sacerdotal; si era, al mismo tiempo que jefe, sacerdote supremo, como entre los incas, entonces su poder no tenía límites. Pero no siempre encontraba, en ese aspecto, un lecho de rosas, porque el sacerdocio estaba con frecuencia tan arraigado en el pueblo y se había desarrollado en tan estrecha unión con las concepciones y la cultura de los hombres, que el caudillo no podía hacer otra cosa sino llegar con ellos a ciertas transacciones. Con todo, los caudillos poderosos no cesaron de sacudir el poder de los sacerdotes y de llamar a sí, una tras otra, sus funciones: secularizaron el procedimiento, secularizaron la administración y la dirección de la guerra, otorgaron una cierta libertad de confesiones, colocaron en pugna un sacerdocio con otro y contribuyeron así esencialmente a modernizar el estado.

Por otra parte, el sacerdocio era con frecuencia una protección de los débiles contra la preponderancia del jefe único, especialmente contra los abusos de un poder individual tan terrible. No fue, pues, raro que hubiera rozamientos y competencias que todavía se ven estallar en la última época de la contienda entre el papado y el imperio, y que condujeron con frecuencia a tremendos choques, acerando en ambas partes las energías del espíritu.



Pero el sacerdocio ha cumplido todavía otra importante función: con su ayuda se realizó el tránsito del caudillaje a la monarquía⁹⁴. El rey no es caudillo, ni aun siquiera el rey absoluto, porque el rey no se declara en modo alguno fuente única del Derecho; sabe que es un órgano del estado, aunque se tenga a sí mismo como un órgano que puede proceder libremente sin rendir cuentas a nadie. De ello se deduce una consideración ulterior: siendo el rey un órgano del estado, no solo tiene derechos, sino también deberes; está atenido a obrar en interés del estado, y aunque esta idea de deber no llegue sino paulatinamente a pleno reconocimiento, inside ya desde el principio en la monarquía el sentimiento inconsciente de que el soberano no ha de obrar solo para sí, sino también para otros.

También aquí ha realizado el sacerdocio la transformación: los sacerdotes reclamaron que el rey fuera consagrado a Dios, y declararon los deberes para con Dios, sagrado contenido del poder real; el rey tenía que jurar defender la causa de Dios y cumplir los mandatos divinos. Con ello adquiriría expresión por sí misma la idea de que su arbitrio tiene límites, y que estos límites, naturalmente, están también marcados por las necesidades de la comunidad y por el bien del pueblo... hasta donde

94 Véase también la *Einführung in die Rechtswissenschaft* [Introducción en la Ciencia del Derecho], págs. 109 y siguientes.



el bien del pueblo importaba a los sacerdotes y podía servirles de punto de apoyo.

Así nació la monarquía. Pero no en todas partes ha obtenido el caudillaje la supremacía: en muchos pueblos continuó la constitución republicana del *totem*; en otros quedó sometido el caudillo al poder de las gentilidades, es decir, de las familias influyentes; en otros conservó la asamblea popular su significación, y tenía que ser convocada siempre que se tratase de resoluciones importantes que excedían del círculo ordinario de la administración del estado.

Hay, por tanto, dos, y no hay más que dos organizaciones fundamentalmente diversas de los estados. o la organización basada en el Derecho de un individuo, o la organización basada en el Derecho del pueblo, el cual puede también, sin duda, nombrar, y nombrará, un presidente; pero solo con un poder derivado del pueblo, no con un poder inmediato, sustantivo y venido de fuera⁹⁵.

95 Esto se ha expuesto más detenidamente en la *Einführung in die Rechtswissenschaft [Introducción en la ciencia del Derecho]*, pág. 109. Por lo general es todavía corriente la inexacta división tripartita socrático-aristotélica en Monarquía, Aristocracia y República (*Politie*,) (*Aristóteles, Política*, III, 5, I.º) Ya decía acertadamente el gran *Maquiavelo, Príncipe*, c. I: *Tutti gli stati... sono o repubbliche, o principati*. Sobre lo mismo también modernamente *Menzel*, en la *Revista de Grünhut*, XXIX, pág. 562.



La evolución ulterior de la vida del estado es esencialmente de naturaleza moderna; pero ya se descubren rudimentos de ella en los derechos de los pueblos primitivos y de los pueblos medio civilizados. En los pueblos totemistas se encuentran ejemplos de nuestra moderna representación popular, y ya aquí constituye la barrera del sacerdocio una cierta garantía constitucional. Aun por lo que se refiere a la judicatura, no es raro encontrar la institución de que el rey no sentencie de ningún modo por sí mismo, sino que tenga solo la presidencia, y falle el *Consejo de los Grandes*, como, *v. gr.*, ocurre en el África oriental con el Consejo de los *Schauri*. Estos son rudimentos que, ciertamente, solo en relaciones posteriores, en que la constitución no es vacilante e indeterminada, sino reducida a máximas precisas, han encontrado su pleno desarrollo.

§ 39. ESTADO GENÉTICO Y ESTADO DEMÓTICO

El pueblo agrupado de ese modo constituye una unidad, no solo una unidad de Derecho, sino una unidad de toda la cultura, una unidad de la evolución espiritual y de toda la concepción biológica. Esa unidad resulta ya, al principio, genealógicamente, porque el pueblo ha salido de la familia, y habiéndose unido por medio de matrimonios los diferentes *totems*, es la vida común tan íntima, y arraiga tan profundamente el matrimonio por grupos,



que surge por necesidad una cierta nivelación unitaria, un grado igual del pensamiento. También se mantiene la unidad religiosa, porque aun cuando los diversos *totems* tienen sus ídolos diferentes, se entienden estos dioses entre sí tan bien como los *totems* mismos. Así se desarrolla una atmósfera espiritual uniforme, y sobre ella descansa la fuerza vital del pueblo.

Se interrumpe esto cuando penetran en el estado elementos extraños. Al principio es eso inconcebible: no puede hacerse miembro del estado nadie que no pertenezca a una de las familias o de las estirpes. No es raro, en verdad, que la necesidad lleve a que una persona sea acogida en relación de clientela, colocándose de ese modo a la sombra de una familia que la ampara, y que también tiene que responder por ella. Sin embargo, eso son excepciones.

Las cosas cambian en cuanto se permite el acceso a inmigrantes extranjeros: constituyen éstos a menudo un refuerzo apetecible; cultivan grandes porciones de terreno; pueden ser sometidos al impuesto, y contribuyen de ese modo a la prosperidad material y al poder, porque la defensa del estado es también interés suyo. Una importante evolución tiene lugar en cuanto esos inmigrantes son recibidos en la confederación política y se funden más o menos con el estado. Entonces aparece, en lugar de la unidad, una cierta diversidad en la constitución



espiritual, en el carácter y aptitud; pero esa diversidad tiene que compensarse de nuevo mediante la vida común, los matrimonios mixtos, el interés colectivo y la acción coordinada en provecho del estado. Así nace, en el lugar del antiguo estado genético, nuestro *estado territorial*.

También en otros órdenes se ha gastado la constitución genética. Al romper los inmigrados el poder exclusivo de las gentilidades, tenían éstas con frecuencia que disolverse a sí propias por unirse al azar las familias que a ellas pertenecían. La familia genética dejó de vivir entonces reunida; no formaba ya una estrecha unidad, la unidad de los gentiles y de las fratrías, sino que eran las relaciones locales las que ligaban los hombres unos a otros. Si vivían reunidas una familia de la gentilidad *A* y una familia de la gentilidad *B* o *C*, tenía que formarse en su círculo una nueva comunión, una comunión de los intereses despiertos por la vida en sociedad, y una comunidad de los esfuerzos por ella misma excitados.

Así entra, en el lugar de la constitución genética, la constitución demótica, con sus jefes propios y su representación propia. Esto contribuyó mucho, naturalmente, a aproximar entre sí los inmigrados y las gentilidades. La historia de los comicios romanos por tribus es un testimonio elocuente del poder de tales ligas locales. Son importantes esas comunidades, espe-



cialmente en el Asia oriental: la sociedad china se basa en las ligas de los *Chía* y de los *Pao*, con sus Jefes-*Chía* y Jefes-*Pao*, y también la sociedad japonesa estaba fundada antes sobre tales ligas, *Go=nin=kumi* y *Kashira*. Pero también en la vida germánica ha contribuido esencialmente esa constitución demótica a romper el poder de las gentilidades, que trataron ciertamente mucho tiempo de mantenerse como ligas más estrechas, como un estado dentro del estado, con privilegios especiales; pero que tuvieron, por último, que ceder.

Cuanto más poderosa se desarrolle la variedad en el estado territorial; cuanto más se una, por otra parte, esa variedad con un cierto modo de pensar común, tanto más rica será la cultura que el estado desenvuelva. Necesitamos para la civilización muchas y muy diferentes aptitudes; pero también necesitamos a su vez un fluido espiritual común, en el cual esas aptitudes se unen y actúan conjuntamente. Esa es la condición cultural de nuestros estados.

§ 40. EL ESTADO COMO REALIZACIÓN DE LA IDEA ÉTICA

Esta evolución del estado es a la vez su justificación: el estado *tiene que existir*, porque solo en una comunidad semejante puede desarrollarse la cultura humana, puesto que si los hom-



bres se disgregan como individuos, todas las conquistas del espíritu humano perecen. La unión tiene que ser autoritativa y muy potente, si han de mantenerse los fines de la civilización frente a las fuerzas destructoras; y también necesita ser duradera y consecuente, si no ha de estar sujeto constantemente el proceso de nuestra civilización a las mayores fluctuaciones.

De ese modo es el estado la realización del espíritu divino, de las fuerzas culturales y de los poderes que obran en la historia universal. Esto por lo que se refiere a la esencia del estado. El modo cómo se desarrollan en particular los estados, depende de la acción de fuerzas históricas, desempeñando en ello, sin duda, un gran papel del espíritu y la conciencia del pueblo. Que un pueblo produzca o no personalidades que puedan tomar la influyente posición de caudillos; que un pueblo posea o no flexibilidad bastante para adaptarse al gobierno de ellos, son cosas que dependen, naturalmente, no solo de las condiciones históricas externas, sino también del carácter y del proceso formativo del pueblo.

Aparte de eso, la idea del valor y justificación del estado ha experimentado variaciones esenciales desde que se empezó a reflexionar sobre ella. *Aristóteles* fue en la antigüedad quien concibió el problema del modo más profundo y racional, y su obra sobre la Política ofrece todavía al lector actual multitud de



enseñanzas, y ha sido también para la concepción del mundo en la Edad Media de una importancia decisiva.

Verdad es que, en la Edad Media, surgió la idea cristiana de la soberanía divina y, apareciendo el estado y la iglesia como divinos, se desenvolvió la famosa cuestión de si el estado ha sido establecido inmediatamente por Dios, o si debe solo su autoridad a la iglesia. Esta fue la disputa que dominó toda la Edad Media desde Gregorio VII, y que, ni aún posteriormente, se apaciguó por completo. La iglesia pretendía para ella sola el carácter divino inmediato, y declaraba que el estado deriva sus derechos de ella, lo mismo que la luna deriva su luz del sol. Así nació la teoría de las dos espadas, según la cual la iglesia, que tiene ambas, entrega una de ellas al estado, etc. La iglesia deducía de ahí la facultad de inspeccionar el poder imperial y, caso necesario, de deponer al emperador.

La expresión más plena del curialismo de Roma fue la famosa Bula *Unam Sanctam*, de Bonifacio VIII, a quien Dante combatió sin cesar del modo más apasionado. Encendióse entonces la lucha en toda la línea, y hombres como *Dante*, gibelinos convencidos, trataban de defender con todas sus fuerzas la sustantividad del estado frente a la iglesia, sosteniendo que ésta no debía herir al estado, porque también él pertenece a las



condiciones biológicas de la humanidad. En su poema inmortal expresa esta idea muchas veces. Aparte de eso, escribió un libro *De Monarchia*, en el cual desarrolló detalladamente esta cuestión. Más allá llegó, hacia el año 1324, Marsilio de Padúa, médico de cámara del emperador Luis de Baviera, que defendía, a la inversa, una soberanía del estado sobre la iglesia, en el sentido enteramente de la belicosa personalidad del emperador para quien él escribió.

Un gran papel ha desempeñado también en todo ello la fábula de la donación de Constantino, al sostenerse que este emperador, habiendo curado de una enfermedad, hizo al Papa Silvestre importantes concesiones. Antiguamente se creía en esa donación, y Dante, Bartolo y otros trataban de hallar la fórmula conciliatoria. Hoy no cabe duda de la falsedad y del carácter legendario de esa tradición.

Todavía siguió agitándose la lucha largo tiempo, aun después de haber naufragado la idea del imperio universal. Algunos jesuitas, como *Suárez* y *Juan de Mariana*, fueron representantes elocuentes del sistema curial, que llegó hasta la doctrina, sistemáticamente acabada, del Derecho a matar a los tiranos⁹⁶.

96 Véase el notable escrito de H. G. Schmidt, *Lehre von Tyrannenmord* [Doctrina del tiranicidio] (1901), páginas 40 y sigs.



El Derecho natural emprendió más tarde otro camino. La sana idea de que la organización de la humanidad procede de lo íntimo del alma humana, pero no del alma aislada, sino en su conexión social, degeneró en la del contrato social, descomponiendo la voluntad común en una suma de voluntades individuales coincidentes que se encerraba en la fórmula del contrato, procedente del Derecho privado. Toda la representación dependía de la falta de base metafísica, propia del Derecho natural, de la incapacidad para reconocer la colectividad como tal y el impulso teleológico inmanente en ella⁹⁷. Profesábase esa idea a pesar de que ya *Aristóteles* en su *política*, I, I, §, 9.º, había dicho, en insuperable fórmula que el estado es una creación natural y el hombre un ser formado, también por su natural estructura, para el estado, un *zoon politicon*; y a pesar de que *Tomás de Aquino* había tan admirablemente expuesto que el hombre tiene que vivir en estados, y habría tenido que vivir en ellos aun cuando no hubiera caído en el pecado original⁹⁸.

Y, sin embargo, había mostrado ya uno de los más grandes políticos y de los más enérgicos oportunistas, *Maquiavelo*

97 Véase *Einführung in die Rechtswissenschaft* [Introducción en la Ciencia del Derecho], pág. 107.

98 Véase *Baumann, Staatslebre des beiligen Thomas von Aquin* [Doctrina del Estado según Santo Tomás de Aquino], pág. 167.

(1469-1527), cómo en la adquisición y en la conservación de la soberanía, la cuestión capital es la del poder sobre los medios y sobre los espíritus, sin consideración al consentimiento del pueblo.

El mismo *Espinosa* no pudo librarse durante largo tiempo de la idea del pacto social; fue todavía partidario de ella en su *Tractatus theologico-politicus*, en el cual hablaba aún de las condiciones de ese *pactum* (XVI, § 12 y sigs.). Verdad es que avanza más en su obra póstuma, el *Tractatus politicus* incompleto, en el cual desaparece casi el pacto social (VI, I; III, 9): *in unum conspirare, et communi aliquo affectu naturaliter convenire*⁹⁹. Pero el influjo de *Espinosa* disminuyó desde el primer decenio del siglo XVIII, y la publicación del último tratado no tuvo apenas ninguno¹⁰⁰.

Todavía en el siglo XIX se movía como un fantasma la idea del contrato social, hasta que el gran Hegel la desterró para siempre: «No está en el arbitrio de los individuos separarse del estado, porque se es ya ciudadano del mismo por naturaleza. Es determinación racional del hombre vivir en el

99 Véase sobre ese progreso en la concepción de *Espinosa*, Menzel en las *Festgaben für Unger* [Homenajes a Unger], págs. 54 y sigs.; y además mis observaciones en el *Juristisches Literaturblatt*, XI, pág. 30.

100 Comp. Bäck, *Spinozas erste Einwirkungen auf Deutschland* [Primeras influencias de *Spinoza* sobre Alemania], págs. 84 y sigs.



estado; y si no hay estado, es una necesidad racional el fundarlo. Pertenece al estado el conceder que se entre en él o se salga de él: esto no depende pues, del arbitrio de los individuos, y el estado no se basa, por tanto, en el contrato, el cual presupone arbitrio. Es falso decir que está en el arbitrio de cada uno fundar un estado; es antes bien absolutamente necesario para cada uno estar dentro del estado». (*Philosophie des Rechts [Filosofía del Derecho]*, § 75, págs. 113 y sigs.)¹⁰¹. Esto es desde Aristóteles lo más racional que se ha dicho en la materia. No es preciso penetrar en los diversos errores del contrato social, porque aquí tenemos que exponer filosofía del Derecho y no historia de la filosofía del Derecho.

Tampoco es de este lugar la teoría de los límites del poder del estado y de los llamados derechos del hombre, porque no se trata aquí de una cosa absoluta, sino de una formación sobre bases y condiciones fundamentales históricamente diversas. La más equivocada de todas es la teoría que hace del estado un estado de Derecho, es decir, que no le concede ninguna otra misión más que la de la tutela jurídica.

101 En este orden se expresa también con gran acierto *Franz von Baader*, cuyas máximas han sido reunidas, para dar idea del conjunto, por Reichel, *Die Sozietätsphilosophie Franz von Baaders* [La Filosofía social de Francisco de Baader], págs. 24 y sigs. (Tirada aparte de la *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 57, cuaderno 2.º).



Por otra parte, sirve evidentemente de base al estado moderno la exigencia de que la administración proceda según ciertas máximas fundamentales y que reconozca los derechos legales de los individuos. Pero esto se deduce de la doctrina constitucional del gobierno, de la cual se encuentran ya atisbos en tiempos anteriores.

IV. Influjo del Todo sobre la suerte del individuo

I. Derecho penal

§ 41. CULPA Y VOLUNTAD LIBRE

En la evolución de la individualidad humana surge también la llamada voluntad libre, y con ella la culpa. Mientras en la época del régimen comunista la culpa era cosa de la colectividad más que del individuo, aparece éste ahora como su pleno sujeto, teniendo él y solo él que asumir la responsabilidad.

Pero la culpa descansa en que el hombre no está regido, como una máquina, por el mecanismo de los motivos, sino que goza de una cierta libertad, un llamado albedrío, para elegir dentro de una determinada esfera formada por motivos y disposiciones. Ya he expuesto esta relación en mi *Introducción a la ciencia del Derecho*, págs. 136 y sigs: la disposición natural no está formada de manera que engendre excitaciones inmediatas de la voluntad sobre la base de los motivos, porque si así fuera, dejaría de existir la libertad de la voluntad; sino que da sola-



mente una cierta inclinación, una cierta tendencia para obrar en virtud de los motivos. A su lado se encuentra la voluntad libre, que está en situación de apartarse de ese impulso y emprender otra dirección. Verdad es, sin duda, que el individuo humano, firmemente determinado, no otorga a la voluntad libre toda clase de licencias y desenfrenos, porque libertad no es lo mismo que desenfreno. No hay nada más erróneo que prescindir por completo de la personalidad y de su carácter, y pensar que cada cual es, en cada momento, un misterio del cual podrían salir las cosas más inverosímiles y más raras. Antes bien presta el carácter de cada hombre a su voluntad ciertas inclinaciones que la apartan en absoluto de una serie de hechos, de tal modo que éstos nunca jamás son de esperar de él. Pero, al lado de ello, queda siempre todavía abierta al hombre normal una gran serie de posibilidades, y elegir entre ellas es cosa de la voluntad libre.

Cuando ésta se vuelve contra los mandatos sociales, incurre en culpa. Los preceptos sociales nacen en cuanto se comienza a contraponer el individuo como personalidad a la colectividad; si tiene aquél, por una parte, la facultad de obrar y decidirse, se le ordena por otra respetar en sus actos ciertos bienes de la humanidad. Si no lo hace, constituye eso una rebelión contra la sociedad; es un atentado al Derecho, es la culpa.



La culpa reclama su expiación; la expiación es la reparación del mal ocasionado por la culpa, del mal que consiste en que se tuerce el orden social y se pone con ello en peligro a la colectividad; porque quien permite a los individuos obrar autónomicamente, tiene que esforzarse en que sea guardado el orden social. No debe perecer el Todo bajo el desenfreno del individuo¹⁰².

La expiación consiste en un dolor, en un padecimiento espiritual, porque el padecimiento espiritual purifica al individuo, y embota también para la colectividad el aguijón de la culpa, puesto que la justa indignación se convierte en compasión y queda con ello el culpable ganado de nuevo para la sociedad. También el sentido ético se fortalece en la colectividad cuando percibe que se doblega al dolor aquél que amenazaba hacerse peligroso para la comunidad.

Tal es la esencia de la pena, la cual no se agota, por tanto, con exterioridades; no se agota con que la pena intimide a otro, porque, aunque se diera este caso, no sería nunca una situación justa que tuviera uno que purgar (como *souffre-douleur*) para que los otros se enmendasen. Solo cuando la pena se vuelve expiatoriamente contra el autor mismo, es justa.

102 Explicado por mi más detalladamente en el opúsculo *Wesen der Strafe* [Naturaleza de la pena], 1888.



Tampoco puede decirse que la pena tiene meramente como fin la corrección del delincuente, porque entonces sería preciso no castigar al incorregible, y, en el caso de un corregible, coincidiría la pena con la educación forzosa, siendo así que hay que separarlas del modo más absoluto. El vagabundo que a nadie ofende necesita con frecuencia una disciplina mucho más duradera que el ladrón o el falsario, o, sobre todo, el delincuente de ocasión.

Es esto también principalmente aplicable a lo que hoy se presenta como pena finalista. Pena finalista no significa otra cosa sino lo que antes se llamaba pena en virtud de una teoría penal relativa, o sea pena de intimidación, de corrección, pena de seguridad, en cuanto la sociedad humana debe ser protegida contra individuos incorregibles. En este último caso no debe considerarse la privación de libertad como pena. Si el delincuente merece la pena en virtud de la norma de justicia, hay que ocasionarle un dolor; pero en cuanto, aparte de eso, por razón del peligro, tenga que ser excluido de la sociedad, no debe causársele daño sino hasta donde vaya éste unido de un modo inseparable con aquella exclusión. El porvenir de la ciencia del Derecho penal depende de la separación radical entre educación forzosa y prisión de seguridad, de un lado, y pena de otro.



§ 42. VENGANZA DE LA SANGRE

En los tiempos en que el espíritu individual estaba poco desarrollado, y, por tanto, el concepto de la pena, que supone precisamente la oposición entre la personalidad individual y la colectividad, no podía aún aparecer, regía, en lugar del Derecho penal, el *Derecho de venganza*.

La venganza es una institución emparentada en ciertos respectos con la pena; descansa en la idea de que a la culpa tiene que corresponder una retribución; pero carece del elemento social.

No quiere retribuir porque el individuo se haya rebelado contra la comunidad y ésta tenga que hacérselo expiar, sino porque el individuo ha sido lesionado y esa lesión requiere a su vez otra lesión. Así lo reclama un sentimiento que incide originariamente en el hombre lo mismo que en otros seres animales.

Por eso también es la venganza indomable y ciega; no conoce, al menos en sus primeras fases de desarrollo, medida ni proporción. No contribuye al saneamiento de la comunidad, sino que da ocasión a agitaciones siempre nuevas, y es, por tanto, una institución antisocial e inmoral. Ciertamente que la venganza de la sangre no ha permanecido siempre en esas primeras fases; ha aceptado formas de evolución que la aproxi-



maban a la pena. Ya la circunstancia de que no se la consideraba solo como Derecho, sino como deber, y de que no era ejercitada por el lesionado, sino por toda la familia, le prestaba un carácter más general. Aparte de eso, se desarrollaron ciertos principios de conducta: la venganza necesitaba mostrar, especialmente, una determinada proporción con el agravio. Por eso ocurrió que la venganza de la sangre bastó a los hombres durante siglos, y solo paulatinamente cedió su lugar a otras instituciones.

Pero, en todo caso, es la venganza de la sangre uno de los fenómenos más extendidos de la tierra. No hay ningún pueblo primitivo que no la conociera, ni ningún pueblo culto que no haya pasado por ella.¹⁰³

§ 43. COMIENZOS DEL DERECHO RETRIBUCIONISTA

Cuando se desarrolló el Derecho penal social, apareció frecuentemente la idea de la expiación, y con ella la relación justa entre culpa y pena, solo en forma muy borrosa. Cierto que ya

103 Pruebas se hallan en mi *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* [*Shakespeare ante el foro de la jurisprudencia*], págs. 131 y sigs.; en mi escrito sobre la venganza de la sangre (1885), y otras abundantes en posteriores trabajos sobre Derecho comparado. Comp. modernamente Arias, *Istituzioni giuridiche nella divina Commedia* (1901). págs. 31 y sigs.



en la época de la venganza de la sangre se había establecido una cierta proporcionalidad, y la idea de que del mismo modo que uno ha lesionado tiene él a su vez que ser lesionado, se hallaba extremadamente extendida; es una manifestación corriente de la idea fundamental de que la pena tiene que ser una expiación justa y una retribución. De ahí la máxima: ojo por ojo, diente por diente. Esta expresión parece tener a primera vista algún fundamento; pero se encuentra en contradicción con nuestra concepción actual, y conduce a resultados demasiado materiales. Porque de un lado no atiende en modo alguno a la culpa, sino a la consecuencia de la acción, debiendo aplicarse al culpable idéntica consecuencia, lo cual es inadecuado según nuestra actual concepción jurídica; el delincuente ha obrado acaso bajo una fuerte excitación: ¿es procedente causarle intencionadamente, y tras una reflexión tranquila, el mismo daño sacándole, por ejemplo, un ojo, si él ha ocasionado la pérdida de otro?

Por otra parte, hay que tener en cuenta que un mismo resultado es mucho más doloroso para un individuo que para otro. Ya se mencionaba en tiempos pasados el caso de que si un manco cortaba a otro una mano, la pérdida de la suya sería para él mucho peor que el daño ocasionado a aquél que, después de perder una, conservaba todavía otra. La idea del Talión no cuadra ya, por consiguiente, a una concepción jurídica ade-



lantada. Se considera justo aplicar al reo un padecimiento que, por su relación con la culpa, nos produzca el efecto de una justa retribución y extinción de esa culpa. Esto es, sin duda, diferente en los diversos tiempos.

Es diferente, sobre todo, según la sensibilidad y la susceptibilidad de la especie humana para el dolor, la cual no es en modo alguno la misma en todos los tiempos.¹⁰⁴

El principio de la retribución alcanza su consagración por la idea del castigo divino. Es retribuido el hecho porque ha ofendido a la divinidad, y hay que reconciliar a la divinidad ofendida. No necesita referencia alguna el hecho de que la concepción antropomorfista, abandonada ya por nosotros hace tiempo, llevaba consigo un importante elemento formativo. La expiación en obsequio de la divinidad ofendida, era al mismo tiempo una expiación para satisfacer la conciencia moral ultrajada, y era además una expiación por la conducta sacrílega y, como tal, antisocial. Esta idea adoptó con frecuencia, ciertamente una forma en extremo personal: se creía que la divinidad estaba enfadada e indignada, y hasta se suponía que manifestaba ese enojo a toda la humanidad, o, por lo menos, a la ciudad y al estado. Así ocurre que un hombre tan temeroso de Dios como el mismo Justiniano, opina que la

104 Variedades degeneradas de la idea del Tali3n son la pena simb3lica y el castigo de la parte del cuerpo que se considera ha pecado. Sobre ello comp. *Einführung in die Rechtswissenschaft* [Introducción en la Ciencia del Derecho], págs. 147 y sigs.



blasfemia ocasiona pestes y temblores de tierra, y al final del siglo XV se creía que la aparición de la viruela había que referirla a un grave castigo divino a causa de pecados semejantes. También se encuentra a menudo la misma idea en el Derecho municipal italiano del siglo XVI, y así se explica la terrible pena de la muerte por el fuego contra el pederasta, y la disposición de que se matase también al animal de que se hubiera abusado.

Se quería alejar todo lo que recordase el hecho, para que también la divinidad olvide y no se lo haga purgar a la sociedad. Aparte de eso, ha contribuido este punto de vista a perfeccionar el Derecho penal como institución social y a emanciparlo de la venganza, porque existió entonces una necesidad social de castigar que pesaba mucho más que la pasión de un individuo, del lesionado.

Pero la idea de la retribución va a parar a una forma racional sensible, que es la idea de la *intimidación*. La expiación trata de evitar la perdición. La creencia popular de que el único modo de evitarla es impedir la repetición del delito y de que la expiación espiritual consiste solo en el temor externo ante la pena, convierte la idea de expiación en la de intimidación, la cual domina y ha dominado en extensas regiones del mundo culto. Aquí es todavía la idea de intimidación muy ruda y material. No se trata, por ejemplo, de intimidar mediante la



amenaza de la pena, de tal modo que la ejecución de ésta sea solo una cosa accesorio, sino que se quiere precisamente intimidar mediante la ejecución de la pena, haciendo ésta, por tanto, tan pública y tan horrorosa como sea posible. Todavía en los comienzos del siglo XIX era costumbre llevar a los niños a las ejecuciones para que sintiesen un saludable horror hacia el delito, puesto que la pena se les presentaba palpable ante sus ojos: el cadalso es generalmente una colina visible desde lejos, y el patíbulo es el signo material de la justicia, tal como lo ha representado dos veces uno de los más notables pintores, Vettore Pisano, en sus cuadros.¹⁰⁵

Esa idea ha contribuido, sin embargo, esencialmente a la concepción de que el interés social interviene en el Derecho penal, convirtiéndose éste, de sistema de Talión para beneficio del individuo, en un sistema de expiación para beneficio de la comunidad.

Este sistema expiatorio no es ciertamente absoluto, sino que admite excepciones en cuanto, en ciertos casos, se extingue la necesidad de penar o retrocede ante otras exigencias sociales. Así resultan justificados la prescripción y el indulto.¹⁰⁶

105 En el Tondo de la Galería de Berlín, y en el San Jorge, en Santa Anastasia de Verona.

106 Véase *Wesen der Strafe* [Naturaleza de la pena], páginas. 18 y sigs. La historia de la doctrina de la gracia es característica para la concepción filosófica del Derecho penal. Véase sobre ello la excelente exposición de Sternberg, *Begnadigung bei den Naturrechtslehren* [La gracia entre los maestros del Derecho Natural] (*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*), XIII, págs. 321 y sigs.



§ 44. NACIMIENTO DE LA RETRIBUCIÓN POR CULPA

La idea de la venganza de la sangre consistía en una retribución externa: por eso se consideraba originariamente el daño externo solo, no la culpa interna. También el Derecho penal social ha permanecido largo tiempo en esa situación. Muchos pueblos castigaban la acción exclusivamente a causa de su resultado, sin consideración al proceso anímico que en ella se desarrolla. Hasta un Derecho penal tan adelantado como el chino, castiga la transgresión casual, es decir, la acción ilícita inculposa; y también el Derecho penal japonés, antes del influjo de las ideas europeas, admitía el castigo de los dementes y los privados de voluntad. Posteriormente se establecieron diferencias, siendo la primera la de separar la acción dolosa de la no dolosa y tratar aquella con más dureza. Esa diferencia apareció ya en la época de la venganza de la sangre, y ciertos pueblos, como, por ejemplo, los pueblos islamitas, observaban la idea de tal modo, que, tratándose de una muerte no intencionada, obligaban al vengador de la sangre a recibir el *Wergeld*, es decir, la composición por el muerto; mientras que en el caso de homicidio intencional, daban al lesionado el Derecho de rechazar el *Wergeld* y proseguir la ejecución de la venganza de la sangre.

Más por mucho tiempo se conserva como única diferencia ésta: se castiga tanto el acto ilícito intencional como el no



intencional; pero éste más suavemente y aquél con más dureza, haciendo también, además, al no intencional diversas concesiones. Así, por ejemplo, permitía el Derecho judío al autor no intencional refugiarse en la ciudad de asilo y permanecer allí. Poco a poco se exceptúan por completo de la pena algunos casos, como el de demencia y el de error perentorio, y así se llega, por último, a la distinción más difícil, a la diferencia entre la acción por negligencia y la plenamente inculposa. Con negligencia obra aquél que ni quiere ni prevé el resultado, pero que lo habría previsto si hubiera prestado la atención que la vida en general o el oficio y profesión en especial exigen. Se dice en este caso que existe un desacierto de la voluntad, una culpa, cuando se omite en los peligros que la vida lleva consigo, la tensión de espíritu necesaria para evitar daños a nuestros prójimos. Y cuanto más peligrosa es una actividad, tanto más se está obligado a meditar sobre todas las posibilidades para evitar una consecuencia funesta. En la época actual, en la época del tráfico eléctrico y de vapor, en un tiempo en que la medicina no retrocede ante las operaciones más atrevidas, se impone especialmente a los hombres, como apremiante precepto, la diligencia más exquisita. De ese modo, la época que rechaza la responsabilidad en caso fortuito, introduce una estrecha responsabilidad por imprudencias, especialmente las profesionales; responsabilidad que frisa a veces en el antiguo sistema de responsabilidad por caso fortuito.



§ 45. FUERZAS PROPULSORAS DE LA EVOLUCIÓN

El gran acto de la historia universal, la transformación de la venganza de la sangre en Derecho penal a cargo del estado, se ha consumado en dos direcciones.

Por una parte intervino el estado. Quería y tenía que castigar, porque la venganza de la sangre no satisfacía la necesidad jurídica. Condujo a ello, ante todo, la idea del Derecho divino de que ya se ha hablado: el estado y sus órganos son ejecutores de la voluntad de Dios. Además, hubo trasgresiones que amenazaban tan manifiestamente la integridad del estado y la seguridad común, que la intervención de aquél apareció como absolutamente necesaria. Así, aun entre pueblos en que regía la venganza de la sangre, fueron penadas por la comunidad la traición a la patria y otros delitos semejantes; así también la brujería (el hechizo maligno), porque ocultaba dentro de sí, según opinión del pueblo, un terrible peligro para todos, para la comunidad.

Interviene además el estado, porque la venganza de la sangre no solo satisface imperfectamente el interés social, sino que trabaja abiertamente contra él y consume, con su espíritu particular y su capricho egoísta, la medula de la nación. Ya en época temprana se había desarrollado el principio de que dentro de las familias particulares, dentro del *totem* singular, no puede realizarse ninguna venganza de la sangre, porque con ella se cebaría



la comunidad en su propia carne. La consecuencia es que se forma un tribunal de la familia, de la estirpe, del *totem* y que la disciplina de la comunidad ocupa el lugar de la venganza de la sangre. Entonces sucedió que, al reunirse en estados los diferentes *totems*, evolucionó el principio en el sentido de que no pudieran ejercitarse, dentro de toda la asociación de estirpes, ninguna venganza de la sangre; que, por consiguiente, quedase excluida esta entre ciudadano y ciudadano, y que, para conservar el equilibrio, tuviera que establecerse un tribunal del estado. El Derecho romano ha dado este paso con una especial precocidad, sometiendo a ese tribunal todo homicidio de un ciudadano romano, como *parricidium*. En ciertos pueblos se ha colocado, al menos, la venganza de la sangre bajo la inspección del estado; así en el *Islam*, y en el Japón en la época de la Tokugawa (siglos XVII, XVIII y mitad del XIX). Tampoco es raro el sistema de que la venganza sea ejecutada por órganos del estado, siendo el verdugo el instrumento del vengador.

Esa doble evolución ha sido promovida por tres factores: por el *sistema de caudillaje*, por la *idea del asilo* y por las *religiones* que se oponen al espíritu de venganza.

El sistema de caudillaje ha ejercido aquí muy especialmente su benéfico influjo, no siempre en verdad, ni aun siquiera preferentemente, por benevolencia paternal o amplia política social, aunque tampoco estas altas razones estuvieran excluidas por



completo. Era principalmente la conciencia que los caudillos tenían de su poder lo que aquí se afirmaba; era su egoísmo, porque las penas y las confiscaciones iban a parar total o parcialmente a ellos. Así ha ocurrido que tribus del África occidental, que tienen un Derecho de caudillaje muy desarrollado, suprimieran ya completamente la venganza de la sangre; de tal modo, que el Derecho penal caudillista absorbió el interés de la venganza. Y hasta ha llegado aquí a ocurrir que intervinieran los caudillos directamente persiguiendo, sin acusación, a los delincuentes, lo cual se llama sistema de pesquisa o inquisición.

El asilo es una institución encajada en el sistema de la venganza de la sangre, parte por la religión, parte por las asociaciones de familias o por las asociaciones de defensa. Se manifiesta en el precepto de que, en ciertas circunstancias y relaciones, la venganza de la sangre no puede consumarse.

Así existe, ante todo, el asilo local: hay ciertos lugares en los cuales no es lícito ejercitar la venganza de la sangre. Sucede especialmente que el autor se refugia en un templo, en un bosque sagrado, en la casa del juez o en un edificio público, en cuyo caso no puede ser aprehendido y sacado. Este modo de evolución ha conducido con frecuencia a que la venganza de la sangre perdiese su rigor y se convirtiera en el sistema de la composición, o a que interviniesen los caudillos para reconciliar o hacer expiar.



Una estructura particular adoptó la doctrina del asilo en el Derecho judío; se investigaba en él si la acción era o no intencionada: en el primer caso, se sacaba al autor de la ciudad-asilo y se le abandonaba al vengador de la sangre; en otro caso, podía permanecer en ella y estaba a salvo. También aquí aparece la intervención de la superioridad, a consecuencia del obstáculo que la idea del asilo oponía a la institución de la venganza de la sangre.

El asilo puede además ser temporal, quedando sustraídos a la venganza de la sangre determinados días del año o de la semana; y puede también ser personal, y entonces se hace el delincuente invulnerable contra el ejercicio de la venganza desde el momento en que entra en relación con un miembro de la familia del ofendido o con un amigo protector poderoso.

Por último, también la *religión* ha contribuido esencialmente a suprimir la venganza de la sangre. La idea ética de que la venganza es censurable, tenía que conducir a su desaparición. No estaba con ello en pugna la idea de que debe aplicarse una pena, y pena muy enérgica (hasta la de muerte), en cuanto lo exija la colectividad para conservar la salud del pueblo, porque aquí desaparece toda idea de venganza. Ya dice Tomás de Aquino que los príncipes están llamados, como médicos, a extirpar excrescencias en el cuerpo social. Se reconocía que



la pena decretada por el estado se funda en otra base que la venganza; la idea antes mencionada del Derecho divino había ya provocado un cambio en ese orden, distinguiéndose la pena por la divinidad y la pena por la humanidad. Por ese camino, el Derecho de los pueblos cristianos ha reprimido la venganza de la sangre y ha introducido en todas partes el Derecho penal del estado, como ejercicio imparcial de la justicia.

Por mucho tiempo subsisten aún, ciertamente, algunas derivaciones de la venganza de la sangre, y hay un período en que está la vida en contradicción con el Derecho: así, por ejemplo, Dante trata todavía del deber de vengar la sangre, y considera esa venganza como una cosa natural que corresponde a la familia. ¡Y aún hoy mismo, seis siglos después de Dante y tres siglos después de Shakespeare, no pueden comprender muchos por qué Hamlet no se decidió a vengar la sangre!

§ 46. PROBLEMAS MODERNOS

El mundo actual se asienta todavía sobre las bases del Derecho retribucionista. Los ataques en contra y los esfuerzos para edificar la pena sobre la llamada idea teleológica, es decir, sobre fundamentos utilitarios apartados de la justicia y que no están en conexión con la culpa, no han podido estremecerlo. Las aspiraciones del tiempo presente se encaminan más bien a



realizar con mayor pureza y perfección la idea de la justicia, mediante la individualización de la pena; a cegar las fuentes del delito por otros medios que con ella se combinan, y, para hacerlo en mayor escala, a conocer los poderosos gérmenes que emponzoñaron la vida del pueblo. La educación de la juventud es especialmente un factor esencial en el cual tiene que ocuparse el estado; en él descansa a menudo la salud del porvenir. Otro ideal es la rigurosa separación de los incorregibles del seno de la sociedad. Este fin puede solo alcanzarse mediante colonias de delincuentes.¹⁰⁷

107 *Einführung in die Rechtswissenschaft [Introducción en la Ciencia del Derecho]*, págs. 150 y sigs.

II. Procedimiento

§ 47. PROCEDIMIENTO Y PROPIO AUXILIO (*SELBSTILFE*)¹⁰⁸

El Procedimiento es una organización destinada a que el Derecho se realice, frente a los obstáculos de la voluntad humana, no por la acción de los particulares, sino mediante el auxilio del estado. Originariamente no establece el hombre diferencia entre los obstáculos para el Derecho procedentes de la naturaleza y los debidos a la acción humana¹⁰⁹, y considera como evidente que quien tiene un Derecho tenga también la facultad de doblegar la voluntad humana opuesta. Aparece un nuevo refinamiento cuando se dice que al que tiene un Derecho le es lícito

108 La palabra alemana *Selbsthilfe* no tiene fácil traducción. Algunos autores franceses traducen *propre défense*; pero hay que tener en cuenta que la institución de que se trata traspasa los límites de la que suele llamarse legítima defensa. Por eso dicen otras veces *s'aider soi même*. La denominación de *justicia privada* ofrece quizá también reparos. La adoptada en el texto es la que ha usado en sus traducciones el Sr. Dorado. La frase «tomarse la justicia por su mano» coincide acaso, en su acepción corriente, con la idea de la *Selbsthilfe*. (N. del T.).

109 *Einführung in die Rechtswissenschaft* [Introducción en la Ciencia del Derecho], págs. 122 y sigs.



to, ciertamente, conseguir su realización en todo caso; pero que solo puede hacerlo por medio del poder del *estado*. Con ello se intercala un factor entre el Derecho y su realización: se dice que ésta no puede obtenerse por todos los medios posibles, sino solo por algunos determinados. En contraposición a ello se presenta el *propio auxilio*, que permite todos los recursos al que tiene un Derecho.

El propio auxilio es primitivo, es general, y le parece al hombre lo natural, porque la restricción de la realización del Derecho a ciertos medios tiene algo de artificial que ha de justificarse por motivos especiales. La justificación resulta de los inconvenientes del propio auxilio, y también de la posición especial de la voluntad humana frente a las fuerzas naturales.

Los inconvenientes del propio auxilio se han puesto suficientemente de manifiesto. Confía al acaso el imperio del Derecho y convierte su realización en una cuestión de poder; desencadena, sin garantía ni precaución, el mar de las pasiones humanas; no produce tranquilidad, sino un flujo y reflujo permanentes de la fuerza; desvía la humanidad del trabajo civilizador.

Contra esos graves inconvenientes, trató el propio auxilio de encontrar remedio dentro de sí mismo: el propio auxilio se hizo público, exigía la cooperación de personas de igual rango, requería una forma determinada y también, especialmente, la



previa notificación. Con ello se alejaron una porción de abusos, porque rara vez osaba nadie una resistencia descarada contra la convicción popular, a lo cual se añadía que el Derecho de los tiempos primitivos era más transparente y más conocido del pueblo que el de hoy.

También, de vez en cuando, se requerían órganos públicos, aunque solo con presencia pasiva: así, verbigracia, el pretor en la *legis actio per manus injectionem*; así el *thunginus* francosalio en el *nexticantichio*. Constituyó un gran progreso la aparición del procedimiento penal: a aquél que había ejercitado el propio auxilio injustamente, se le imponía una pena más o menos dura por la vía del procedimiento penal, lo cual era una poderosa reacción contra graves abusos.

Pero todos esos remedios eran solo aparentes. El verdadero progreso tenía que consistir en que los órganos del estado no prestasen meramente una asistencia pasiva, sino fueran ellos mismos activos para la realización del Derecho. Tenía ya esto la extraordinaria ventaja de que también el débil podía entenderse con el más fuerte acudiendo al estado, que es el más poderoso, aun frente al particular que más lo sea. Ya de esta manera tenía que ofrecer el procedimiento grandes ventajas frente al propio auxilio, y eso aun en el tiempo en que ambos coexistían, de tal modo que podía hacerse efectivo el Derecho mediante uno u otro.



En virtud de una nueva evolución, el propio auxilio fue postergándose más y más, prohibiéndose, por último, en absoluto y apareciendo entonces lo que se llama *monopolio del procedimiento*, o sea la máxima: si quieres hacer efectivo tu Derecho contra una voluntad que se resiste, tienes que utilizar la vía del procedimiento. El monopolio del procedimiento tiene ciertamente una doble limitación: no tiene lugar cuando uno se encuentra en situación de defensa, pues para la defensa de la persona y de la posesión se *puede* recurrir al estado, pero no se *necesita* hacerlo; y además, el monopolio del procedimiento sufre un paréntesis cuando falta el estado y el auxilio es tan apremiante que, si no llega, perecería el Derecho. Esto se reconoce hoy todavía en el código civil alemán, § 229.

§ 48. DERECHO CAUDILLISTA Y PRUEBAS DE DIOS

También aquí, como siempre, han contribuido diversas circunstancias a la evolución del Derecho, habiendo sido los hombres inconscientemente servidores del progreso. Ante todo, el procedimiento ha sido esencialmente fomentado por el *Derecho caudillista*, no porque los caudillos se inspirasen para ello en el bienestar del pueblo, sino porque querían aumentar su propio poder. Había un aumento enorme de la fuerza total del caudillo, cuando los que demandaban justicia tenían que recurrir a él para obtenerla. Había asimismo un crecimiento de



su poderío cuando le competía hacer efectivo el Derecho aún contra el más poderoso. Por otra parte, ofrecía esto al caudillo una espléndida ocasión de enriquecerse, porque se trataba con mucha frecuencia de peticiones de indemnización, en las cuales él retenía de buen grado para sí una parte considerable.

Pero ya antes de la época de los caudillos, ya en el estadio de la *constitución totemista*, tenían que aparecer, más o menos distintamente, instituciones procesales, porque el propio auxilio chocaba, en el comercio interno, contra el orden y disciplina de la familia y de la comunidad gentilicia, y de ahí el influjo del *totem* para llegar a una solución de las contiendas.

Un importante elemento, enteramente nuevo en la evolución, fue el influjo del *Derecho divino*. La idea de que la realización del Derecho es también divina y de que la divinidad se ocupa en distinguir lo justo de lo injusto, condujo a nuevas instituciones. Ya entre los pueblos primitivos se encuentra una curiosa, la de las hermandades jurídicas (*Rechtsbrüderschaften*), es decir, asociaciones religiosas destinadas a realizar por la fuerza la voluntad divina en lo que se refiere al Derecho. Son manifestaciones como algunas de las que conocemos en nuestras colonias; como el *dukduk*, *balum*, *kani* entre los papuas¹¹⁰; como el *egbo* en Kamerun: gentes con vestiduras fantásticas

110 Véase, por ejemplo, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, XIV, págs. 383 y sigs.



que aparecen de pronto y hacen efectivo el Derecho, castigando y restituyendo.

Después del desarrollo del sacerdocio, tuvieron que tomar las cosas un nuevo aspecto: los sacerdotes se apoderaron del Derecho, formaban las máximas jurídicas y las enseñaban a sus discípulos. Y aún más todavía: se acercaban a la divinidad para averiguar, en cada caso particular, la verdad y la solución acertada entre lo justo y lo injusto. Lo que nosotros aspiramos hoy a alcanzar por los difíciles medios de la prueba, tratando de llegar, según principios racionales y según las leyes psicológicas del conocer humano, a conclusiones y convencimiento, eso tenía lugar entonces mediante las *pruebas de Dios*.

Prueba de Dios es cualquier actividad encaminada a obtener una decisión de la divinidad sobre lo justo y lo injusto. Una de esas pruebas de Dios es especialmente la prueba del ataúd (*Bahrprobe*) en caso de homicidio, queriendo obtener del mismo muerto, que ha pasado a morar con los espíritus, el descubrimiento del homicida.

Esa prueba del ataúd es tan natural, que se encuentra en toda la superficie de la tierra; lo único que varía son los medios por los cuales se hace hablar al espíritu del muerto y se establece comunicación con él. Unas veces se recuestan con la cabeza sobre el pecho del cadáver, esperando recibir en sueños la revelación; otras transportan el cadáver y creen que al pronun-



ciar el nombre del homicida obtendrán, por una contracción repentina, por un espasmo nervioso del muerto, la declaración de que quien lleva aquel nombre ha sido el autor; otras se observa solo la dirección que toma el humo del fuego que se enciende sobre su sepulcro, suponiendo que el alma del muerto va derecha hacia donde el matador se encuentra, siendo así ella la que determina la marcha del humo.

Un carácter más ideal aún tiene la *ordalía de la suerte*, en la cual, o se hace un sorteo, o se deja, de otro modo cualquiera, que la casualidad descubra la verdad o la falsedad. Los pueblos tienen extraordinaria inventiva para tales formas de adaptación de la suerte.

Pensada con muy extraordinaria idealidad, pero muy peligrosa, por la imposibilidad de comprobación, es la llamada *inspección del vidente* (*Seherschau*), en la cual el sacerdote, el vidente, recibe en una forma cualquiera la revelación y reconoce al criminal, ya sea mediante iluminación en el éxtasis, en un sueño extático, ya mediante una imagen en el espejo o en las ondas del agua. Esta inspección del vidente coincide con la institución, también religiosa, de la *auguración*, en la que se intenta también investigar de un modo análogo el porvenir. La *auguración* para lo futuro, y las *pruebas de Dios* para el pasado, descansan sobre la misma estructura anímica.



Unos pueblos han conservado unas, y otros otras. Dos pueblos tan sobrios como los romanos y los chinos no ofrecen ya pruebas de Dios en su procedimiento; pero conservan la *auguración*, los romanos ciertamente bajo un predominante influjo etrusco. En cambio, se encuentran las pruebas de Dios, en la forma de inspección del vidente, entre los polinesios y los araucanos, así como entre los negros africanos; entre estos últimos, a la verdad, en tal forma, que no se presta confianza ilimitada a la visión del *oganga*, sino que se concede al acusado por el vidente el Derecho de apelar a un *juicio de Dios* (generalmente la ordalía del veneno).

La prueba de Dios adquirió un nuevo desenvolvimiento cuando se convirtió en *juicio de Dios*. Es éste una prueba de Dios en la cual, ya ambas partes, ya una sola, generalmente el acusado, es puesta en relación con ciertas fuerzas naturales, dependiendo todo entonces de cómo arrostra su influjo. General en todos los países del globo es, en este orden, la prueba del agua y del fuego: la del agua, por inmersión, pronunciándose el Derecho a favor de la parte que resiste un cierto tiempo; y la del fuego, en la que vence aquél que se somete a él sin sufrir lesión importante, ya atravesando una hoguera, ya llevando en la mano un hierro o una bola candentes, ya entrándola en agua o aceite hirviendo.



También la ordalía del veneno se halla muy extendida: la encontramos en los libros de Derecho de la India, y aun hoy todavía en nuestras colonias de África. El acusado tiene que tomar el veneno: si lo resiste, queda justificado; pero si desfallece y pierde el conocimiento, está vencido y derrotado. También encontramos en la India la ordalía de la balanza, en la cual se pesa dos veces al acusado, la segunda después de haber tomado a su cargo su culpa eventual: si es culpable, pesa más la segunda vez. Del mismo modo las diversas pruebas con animales, *v. gr.*, la ordalía de la serpiente y del cocodrilo en África, etcétera.

Forma una categoría especial la prueba con objetos de la naturaleza dotados de energías secretas y en los cuales no obra la fuerza natural de la sustancia, sino un poder artificialmente imbuido: así, la ordalía del agua maldecida, entre los judíos, en la cual la mujer acusada de adulterio que lo negaba, tenía que beber agua en la que se había introducido un pergamino con maldiciones escritas, y se creía que a la culpable se le inflamaba el vientre y estallaba. Además, la ordalía del bocado consagrado, que se encuentra entre los incas peruanos, en la cual se toma una comida consagrada, después de haber protestado de la inocencia, etc.

Ese juicio de Dios ofrece un progreso frente a la prueba de Dios, que es impersonal, en cuanto se pone en juego la perso-



nalidad de las partes, especialmente la del acusado. La consecuencia es que no deciden meramente las fuerzas naturales, que nada tienen que ver con el Derecho, sino que, más o menos, adquiere importancia el convencimiento del acusado acerca de la justicia o la injusticia, y de ese modo se hace eficaz la fuerza espiritual de una conciencia pura. Ese elemento toma aún mayor relieve en aquellos juicios de Dios en que aparece como decisiva una manifestación anímica del acusado, como, por ejemplo, el temblor, la palidez.

Pero entra aquí todavía en acción otro elemento espiritual; el vencimiento en el juicio de Dios tiene que llevar consigo frecuentemente graves consecuencias: el que se somete a la divinidad protestando de su Derecho, no debe solo esperar que la divinidad le abandonará, sino también la maldición y la ruina. ¡Recuérdense las espantosas consecuencias del agua maldita y del bocado consagrado! por eso, en la mayoría de los casos, el culpable no se someterá a la prueba, sino que confesará y se entregará. Confíase por eso en que el culpable se descubre a sí mismo. Mas, para el inocente, una ordalía de esa última clase, en que salen a luz secretos del alma, es de un gran valor: se somete a ella tranquilamente y tiene la seguridad de salir justificado ante la sociedad.

Comienza un proceso enteramente nuevo cuando alguno se encomienda a una fuerza natural, pero de modo tal, que el



resultado no aparece inmediatamente, sino en lo *futuro*; por ejemplo: protesta de su inocencia e invoca al sol, al mar, a las serpientes, etc., como testigos, y se cree que, si no tiene razón, le acometerán esos seres o lo arrebatarán en un corto plazo. Así, es también común entre los pueblos cultos, especialmente en India, poner la mano sobre la cabeza de un niño, diciendo que muera si se falta a la verdad. Se espera, pues, un espacio de tiempo, y si transcurre sin ocurrir desgracia alguna, queda justificado el reo.

Todavía va más allá en la espiritualización el sistema de los *anatemas y maldiciones contra sí mismo*, que han de cumplirse en un tiempo indeterminado, o bien en la otra vida. Aquí no se podía ya, naturalmente, esperar el resultado para saber si el que jura es o no inocente, y por eso se varió la institución en el sentido de que no es un resultado futuro lo que ha de justificar al que jura, sino el mismo juramento por sí solo. De ese modo se desarrolló el anatema contra sí mismo, el juramento prestado sobre una varita cubierta de fórmulas de maldición. Ese juramento es el único resto que nos ha quedado todavía de los tiempos del juicio de Dios, y desempeña aún un papel importante en nuestro actual procedimiento.

Todavía hoy consideran muchos el juramento como un anatema y maldición de sí mismo para el caso de inexactitud culposa; pero cada vez pierde más ese carácter histórico y se



convierte en una afirmación solemne, cuya falsedad va acompañada de severas penas. No es ya, por tanto, una especie de anatema que gire una letra sobre el porvenir, sobre la otra vida, sino una declaración solemne dotada de graves consecuencias penales; una declaración que, para el hombre religioso, tiene todavía, sin duda, el aspecto especial que la religión le presta al considerar el perjurio como un grave pecado que ha de encontrar su castigo; pero ya no en una forma en que parece que el reo atrae sobre sí, como magnéticamente, la maldición, sino de tal modo que la pena sigue al pecado en virtud de la justicia objetiva. Aparte de eso, se marca aquí muy especialmente el punto de vista espiritual antes mencionado. Cuanto más enérgica es la creencia en la pena, tanto más se supone que ningún culpable ha de someterse a tan grave peligro; confesará, por tanto, y la prestación del juramento fundará ya, sobre esa base, un convencimiento decisivo de su inocencia.

El juicio de Dios, que es una cosa que entra por los sentidos, se convierte, pues, en juramento: en juramento de descargo. Favoreció todavía este tránsito la circunstancia de que, aunque se pensaba que la desgracia no ocurriría sino en lo futuro, no estaba, sin embargo, excluida la idea de que la divinidad se manifestaría en una u otra forma, si el anatema sobre sí propio y la invocación de las potencias divinas se hacían en abierta



contradicción con la verdad. Si no se manifestaba, era esa una señal de verdad y Derecho.

De esa manera se ha realizado la transformación de la prueba de Dios en juicio de Dios, y de éste en juramento.

§ 49. TRÁNSITO AL PROCEDIMIENTO RACIONAL

La más importante evolución del procedimiento es la que borra esos motivos religiosos y conduce, del procedimiento de carácter divino, al procedimiento humano racional. Las pruebas de Dios desaparecen; el juramento se conserva todavía, pero con una significación enteramente distinta, y no es esencial para la decisión la voz de Dios, sino el convencimiento del juez. Se supone que está en contradicción con la naturaleza de la divinidad el mostrarse en cada caso particular y según el capricho de las partes. Como consecuencia ulterior de esto mismo, se simplifica también el procedimiento; pues mientras tenía lugar hasta aquí en formas rituales y ante la majestad divina, se reduce después a simples declaraciones y réplicas, en las cuales importa solo la claridad de la expresión, no el empleo de frases especiales.

Esa evolución se ha realizado con mayor o menor rapidez. Entre ciertos bantus, por ejemplo, el Derecho de caudillaje ha dado lugar, ya en época temprana, a un procedimiento entera-



mente moderno, mientras que entre los germanos se han conservado los juicios de Dios durante un período extraordinariamente largo, precisamente a causa de su sentido profundamente religioso. Una de las últimas formas del juicio de Dios fue el combate singular que se extinguió paulatinamente en el siglo XIII. Ya antes se había considerado esta ordalía incómoda para el tráfico, y, en especial los comerciantes, trataron de sustraerse a ella, consiguiendo libertades especiales o introduciendo una jurisdicción mercantil propia. Y en la jurisdicción mercantil se fomentó esencialmente el procedimiento racional, que recibió también un impulso importante gracias al sistema de la prueba documental y a la posibilidad de fijar las declaraciones mediante la escritura, suprimiendo así su carácter caduco, puesto que podían volver a exhibirse a voluntad y se hacía así innecesaria toda otra prueba procesal.

Entre los medios racionales de prueba, los testigos son especialmente indispensables en el procedimiento. Contribuye a ello, prestándole apoyo, la idea de que, aun cuando los testigos no atestigüen inmediatamente el hecho, pueden, sin embargo, aportar otros datos, de los cuales quepa deducirlo e inferirlo. Tratase entonces de indicios o señales. Ambas cosas se han desarrollado ya, en todo caso, en los tiempos del procedimiento religioso. Tenía que ser especialmente de interés



para los sacerdotes o videntes, a fin de no equivocarse, el conocimiento de la verdad y del Derecho por medios humanos, de los cuales necesitaron valerse cuando ya ellos mismos no creían enteramente en su propio poder mágico; pero que rían, sin embargo, prolongarlo, puesto que en él se apoyaban su fuerza y su consideración, mientras que las equivocaciones de importancia podían asestar un golpe certero a su autoridad. Era, pues, de interés para ellos esforzarse, por todos los medios, en evitar graves errores. Por eso se informaban y por eso trataban, aun por medio de indicios, de encontrar las huellas de la verdad.

El desarrollo de esa prueba civil tuvo que recibir un importante impulso bajo el Derecho caudillista. Los caudillos estaban con frecuencia en lucha con los sacerdotes, y les era muy poco grato que éstos, por su autoridad exclusiva en materia de ordalías, les preparasen obstáculos y motivasen decisiones que les fueran desagradables. Interesaba, pues, a los caudillos eliminar en lo posible los juicios de Dios, y especialmente dar el mayor grado de autoridad a la prueba de indicios.

Aparte de eso, se ha conservado algo todavía de las pruebas de Dios; así, especialmente, la prueba de testigos ha guardado todavía largo tiempo rasgos que provienen del procedimiento de carácter divino: conocía éste, junto al juramento, los



llamados coadyuvantes del juramento (*Eideshelfer*),¹¹¹ es decir, personas que manifestaban reputar verdadero el juramento de las partes, o más bien unían su anatema al del que juraba, para el caso de falsedad. Tenía que considerarse como un reforzamiento del propio anatema la añadidura de la severa maldición de tantos o cuantos miembros de la misma estirpe y tronco (porque ellos eran generalmente los que ejercían de coadyuvantes del juramento).¹¹² Llegaron éstos, en el transcurso del tiempo, a convertirse en testigos, porque se prefirió de un modo especial para aquella función a aquellas personas que habían presenciado el hecho mismo o indicios muy próximos. Viceversa, tenía que ser, con frecuencia, de interés para el querellante invalidar el juramento del acusado, probando él el hecho con testigos. Por eso se ha conservado, hasta entrado el siglo XIX, una teoría de la prueba basada en que el juez puede solamente y tiene que aceptar un hecho cuando esté atestiguado por dos testigos al menos.¹¹³

Aparte de eso, en ciertos derechos, la relación entre el juramento y la prueba testifical se ha conservado en esta forma: se

111 Literalmente habría que traducir «cojurantes.» (*N. del T.*).

112 Recientemente se ha señalado también la existencia de coadyuvantes del juramento entre los albaneses. Véase un artículo mío en la *Politisch. Anthropol. Revue*, I, 3, pág. 204.

113 Ya he indicado este carácter de la teoría de la prueba en mi *Einführung in die Rechtswissenschaft* [Introducción en la Ciencia del Derecho], pág. 132.



podía, o probar el hecho por testigos, o exigir el juramento del contrario; es decir, o podía hacerse depender la cuestión del juramento decisorio del contrario, o podía combatirse su juramento mediante testigos. Prueba testifical y juramento (eventualmente) eran muchas veces incompatibles; el actor tenía que elegir una de las dos cosas.

§ 50. CARACTERÍSTICA DE LA EVOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

También la historia del procedimiento muestra el tránsito de formas que se han hecho ininteligibles para nosotros a otras que nos parecen más apropiadas al bienestar del *Todo*, y enseña cómo actúan las causas más diversas para destruir poco a poco lo antiguo y dejar paso, en su lugar, a las formas posteriormente descubiertas.

También aquí tuvo la humanidad que atravesar un estadio en el cual el individuo, y, por tanto, el juez, estaba por completo sometido al dominio de otras fuerzas y apenas podía apoyarse en su convencimiento propio. Y con razón, porque el individuo no había alcanzado aún la madurez necesaria para que pudiera confiársele una cosa tan importante como la decisión sobre lo justo y lo injusto. Tuvo, pues, ya el Derecho caudillista, donde el caudillo se consideraba como enviado de Dios, que intervenir para desterrar del procedimiento, en una larga evolución, el ele-



mento religioso que subyugaba la personalidad, y así obtuvo el espíritu individual la facultad de obrar según las circunstancias y según la consideración racional del caso.

Esa es la característica de la época moderna. La forma actual de nuestro procedimiento trata de alcanzar el fin capital de la realización del Derecho apelando a la razón del espíritu individual. Claro que esto no deja de tener consecuencias para la evolución del *Todo*, porque, en su virtud, se aumenta la fuerza de la nación y se coloca al individuo humano en una esfera más elevada. De ese modo es aquí el Derecho, como siempre, un medio de formación del pueblo, una escuela de la humanidad.

C. Ojeada sobre el porvenir

§ 51. FORMACIONES FUTURAS

La evolución futura del Derecho está diseñada con lo que queda dicho. La humanidad ha partido del Derecho social avanzando hacia el Derecho individual. Los extravíos del esfuerzo individual han provocado, por una parte, el nacimiento de instituciones sociales para reprimir la explotación del individuo por sus semejantes, para atenuar las deformidades de la concurrencia en el tráfico, y para lograr, frente al patrimonio individual excesivo, una base fundamental de patrimonio público, independiente de la actividad del individuo. Por otra parte, los sindicatos de productores han dominado con frecuencia el comercio, aspirando así a resultados que parecen en contradicción con las leyes fundamentales de la concurrencia.

Algunos han deducido de ahí que la humanidad retrocede de nuevo y vuelve a la propiedad y la economía colectivas. No



cabe hablar de tal cosa. Las asociaciones para una acción común y para la exclusión de la concurrencia fomentan también, en todo caso, el egoísmo personal. Los negocios particulares se reúnen porque marchan mejor de esa manera que si se destrozasen recíprocamente. La comunidad conduce, pues, siempre al patrimonio privado del individuo. Tampoco las instituciones sociales de prevención son en modo alguno enemigas de la propiedad individual, sino, al contrario, colocan esta propiedad sobre una base más firme, impiden que las capas bajas de la humanidad se hagan peligrosas para nuestro orden social.

A eso se añade que los derechos de inventor constituyen siempre un privilegio del individuo, y éste se encuentra, en su virtud, en situación de vencer todo un sindicato y hacerse dueño de la industria. Ciertamente que las potencias asociadas tratarán, aun en ese caso, de encadenar a su servicio al inventor; pero hay tantos espíritus inventores, que siempre queda de nuevo un elemento de dispersión.

Se mantendrá, pues, el Derecho individual; pero, naturalmente, con mil matices y en unión múltiple con elementos corporativos. La sociedad se conservará en forma corporativa, en forma de estado como reunión jurídica de fuerzas... por más que acerca de la composición del estado futuro, y especialmente acerca de la posibilidad de una confederación universal, hay que prescindir aquí, como es natural, de suposiciones.



Ya se agita la idea de si conseguiremos algún día extender nuestra dominación sobre cuerpos celestes desconocidos; entonces se nos presentarán de nuevo importantes problemas que, por de pronto, podemos pasar en silencio.

Más, según todo lo dicho, el fin de la última evolución humana no puede ser la felicidad personal, sino el más alto desarrollo de la cultura en las dos direcciones: hacia el lado de la dominación del mundo (del poder), y hacia el lado de la vida espiritual. Debemos hacernos poderosos, dominadores del Universo. Mientras, espiritualmente, debemos alcanzar la madurez del pleno conocimiento, conquistar en arte las esferas más elevadas y abarcar en religión lo divino. De ese modo, el movimiento que parte de lo absoluto se aproximará cada vez más al absoluto, y la humanidad se asemejará cada vez más a la Divinidad.

¿Qué ulteriores fines metafísicos se enlazan con ello, y qué significación tiene para la marcha del mundo tal evolución teleológica del movimiento irradiado? Sobre eso prescindimos de suposiciones; basta con enunciar el problema. Mas, en la evolución indicada tiene el Derecho una doble actividad: es, de un lado, como manifestación de la vida civilizada, materia de la antropología; y de otro, un medio auxiliar de la cultura, como educador del carácter y protector de la evolución cultural contra las fuerzas enemigas.



También la teoría del Derecho, la práctica jurídica, la filosofía del Derecho, la historia del Derecho, la dogmática jurídica y su aplicación, son, de igual modo, medios indispensables para el fomento del progreso humano y, con ello, para el progreso universal. El Derecho se asemeja a la luz, que brilla y nos descubre el *Todo*; pero que, al mismo tiempo, prodiga el calor que pone en movimiento toda la naturaleza. Se corresponde con la esencia del mundo, que crea en voluntad y en intelecto infinitos. El Derecho es divino, y así subsistirá.

Sin cesar surgirá el perseo que, con la cabeza gorgónica del Derecho, convertirá en piedra al dragón amenazador, es decir, a las potencias enemigas de la cultura.

APÉNDICE

IDEALISMO Y REALISMO EN EL DERECHO

Idealismo y realismo

EN EL DERECHO¹¹⁴

El idealismo, o el ideal de la vida en el Derecho, es la solución que yo di en su tiempo como grito de combate frente al trastrueque de nuestras más elevadas tendencias, frente a una doctrina que busca la fuente del Derecho en las bajezas de la ordinaria utilidad de la vida. En realidad, esa teoría utilitaria, ese utilitarismo, ha fracasado ya, y el torso de *El fin en el Derecho*, de Ihering, que seguramente no habría pasado de ser torso si el autor estuviera aún en el número de los vivos, es la última importante manifestación del positivismo de una ciencia que, sin la suficiente profundidad histórico-filosófica, trataba de resolver el problema del mundo.

Al hablar de idealismo en el Derecho necesito hacer una aclaración. El idealismo en el Derecho no es un apartamiento del mundo en el sentido de que el orden jurídico tenga su asiento fuera de los movimientos de la cultura humana y nos dicte desde

114 Publicado en la revista *Zukunft* en 12 de noviembre de 1892.



allí sus prescripciones. El ideal no es exótico; el ideal está en nosotros, es una parte de nosotros mismos. Por eso el idealismo no tiene nada que ver con el Derecho natural, como si se tratase de un beneficio celestial que nos viniera de las estrellas.

Tampoco debe ser entendido el idealismo en el sentido de que los ideales determinantes permanezcan siempre idénticos, ni que la humanidad esté regida irremisiblemente por un mismo mandamiento, de modo que los derechos de los pueblos no fueran sino intentos, más o menos felices, de aproximación al Derecho ideal.

Es preciso aquí alejar un funesto error que encarna profundamente lo mismo en los juristas que en los profanos: la idea de que el Derecho es una formación sobrenatural, y la jurisprudencia de los pueblos una mera aspiración a la armonía con ese Derecho sobrenatural, algo así como las leyes matemáticas o las verdades astronómicas, que representan potencias colocadas fuera del hombre, y que podrían existir aunque el hombre desapareciera de la faz de la tierra.

El Derecho, como la lengua, está creado por el hombre, que habla ésta lo mismo que practica aquél. El Derecho es, como el idioma, una creación del hombre, objeto del cultivo y de la acción humana: con el último hombre moriría también el último Derecho.



Por eso el Derecho de los pueblos primitivos no ocupa el mismo lugar que sus representaciones astronómicas y geográficas; es una creación peculiar de su espíritu, no una imagen defectuosa, parcial y, en parte, falseada de un fenómeno que se dé fuera de ellos; es un producto espiritual de la naturaleza, es una floración, un fruto de la vida humana, no el reflejo de un fenómeno natural exótico colocado fuera de ella y que hay que llevar a conocimiento del espíritu.

Las representaciones de los pueblos sobre astronomía o geografía no pueden asimilarse al Derecho y a su ejercicio, sino a las representaciones de los pueblos acerca de la esencia y el devenir del Derecho. Por eso, cuando muchos pueblos suponen que el Derecho ha sido revelado por los dioses, es como cuando piensan que la tierra es el centro del universo o que su idioma es el idioma primitivo. Cuando, por el contrario, los pueblos reconocen como suyo y viven un determinado Derecho, es como cuando hablan un determinado idioma o practican ciertos usos religiosos.

Esta idea nos hace comprender la naturaleza autónoma y al mismo tiempo la relatividad del Derecho. El Derecho, como la lengua, es creado por el hombre: no le ha sido revelado, no le ha sido dado desde fuera. Los ideales del Derecho son ideales de los hombres, ideales de la cultura humana. Los ideales son



variables, como es variable la cultura humana: cada período jurídico tiene sus ideales especiales.¹¹⁵

Pero la esencia del ideal consiste en que la humanidad coloque ante sus ojos una finalidad más elevada y de mayor alcance que el goce sensible, y en que se esfuerce en aproximarse a ella. El pensamiento ideal es el de que la humanidad tiene que cumplir una misión que está por cima de la existencia terrestre y de su goce y deleite; que sobre la existencia terrestre hay una existencia espiritual, para la cual aquélla es solo un primer grado, una preparación.

No me refiero a la inmortalidad personal del individuo, al ideal individual, que es cosa de cada uno; trato de los ideales de la humanidad, de los más elevados fines señalados a la especie humana. No necesitamos investigar cuáles sean éstos: están sobre nuestra existencia humana y pueden ser por eso, ciertamente, presentidos, contruidos y representados; pero no reducidos a comprensión sensible. Podemos representar-nos que el fin de la existencia humana es la más alta aproximación posible a lo divino, mediante el saber, el arte y religión; que en la unión plena con el *Todo* está la más elevada potencia del hombre, y que la humanidad se agita, lucha con la máxima energía y pone todo su empeño en elevarse, en un

115 Véase mi trabajo *Ideale im Recht [Ideales en el Derecho]*, pág. 1.



tiempo indefinido, a la divinidad. De todos modos, en el anhelo hacia lo divino está el resorte histórico universal que impulsará siempre nuestra humanidad hacia el ideal, y, aunque haya tiempos en que parezca morir toda fe en los ideales, no son más que etapas transitorias a las cuales tiene que seguir un nuevo período ideal. El naturalismo es solo un tránsito al romanticismo.

Los ideales de la humanidad no están, por consiguiente, en la mayor felicidad humana posible. Es un esfuerzo digno de estima aminorar la miseria del mundo y auxiliar a las clases menesterosas, del mismo modo que es una tendencia plausible la de evitar el tormento de los animales y la de reducir los males de este planeta a una modesta proporción. Pero incurren en una enorme exageración los filántropos que piensan que con ello se cumple el fin del impulso cultural, y que el ideal de la humanidad está alcanzado en cuanto se haya conseguido ofrecer a cada trabajador su porción de carne y pan, su buena ración de rapé y tabaco y la ropa limpia para sus hijos. Esos filántropos tienen buenos propósitos; pero si creen que con ello han alcanzado los fines de la humanidad, se colocan en un punto de vista parecido al de la comadre que considera como el más alto fin de un espíritu aplicado encontrar para su hijo una buena prebenda o una ventajosa colocación, con sueldo decente, donde pueda alimen-



tar honestamente una mujer honrada y el correspondiente número normal de cuatro, cinco o seis niños.

El pensamiento de que nuestra vida tiene ciertos ideales que traspasan el bienestar sensible, ha sido en todo tiempo vigoroso en los pueblos.

Toda idealidad es originariamente religión; es más: toda idealidad es sobre todo religión... religión en el sentido amplio que denota la tendencia del hombre hacia lo infinito y su unión con lo divino. Solo con la especialización de las religiones y con su configuración histórica, se separa la religión en ese sentido general de la religión determinada de un pueblo o de una comunidad de pueblos. Al hablar yo, por consiguiente, de que la idealidad se emancipa más tarde de la religión, hay que entender esto en el sentido de una separación entre lo religioso general y las formaciones religiosas especiales. Toda religión, en cuanto aspira a una unión con lo divino, lleva en sí una idealidad, aunque una religión ofrezca más rasgos metafísicos, penetración más honda, horizonte más vasto, y sea, por consiguiente, más profunda, más poderosa y más importante que la otra.

Aparte de eso, toda religión, como toda idealidad, es cosa del sentimiento, no del entendimiento, y lo principal es el influjo ideal en la vida del sentimiento, la corriente metafísica que conduce a lo divino. Por eso debemos siempre respetar lo



que uno cree, aun cuando nosotros no lo creamos: toda fe significa una idealidad.

La idealidad de la vida civilizada se identifica, pues, originariamente con la religión. La religión de todos los pueblos primitivos es animismo, es decir, la creencia de que la naturaleza está dotada de alma, el panteísmo en su primera forma, en cuanto la idea de unidad dormita aún escondida; pero, en general, ve el hombre surgir y desaparecer una masa enorme de espíritus.

Esos espíritus son los que él reverencia, los que teme y los que obedece.

Todo el esfuerzo de los pueblos se dirige en un principio a mostrarse afectos al reino de los espíritus, a cumplir sus exigencias y obtener y conservar su favor y su gracia. No hay institución alguna que no se haya enlazado en sus orígenes con la religión y significa un desconocimiento completo de las relaciones jurídicas de los pueblos primitivos y de la historia del Derecho, pensar que los hombres han formado el Derecho para procurarse bienestar y vida segura sobre la tierra; que el Derecho ha sido inventado para que los hombres pudieran tranquilamente comer, beber, dormir, engendrar hijos y adquirir un patrimonio, y, por último, que la hospitalidad haya sido inventada por los pueblos mercantiles, porque no existían hosterías de primer orden y no era posible viajar sin tener dónde albergarse... ¡Cuándo el huésped es ya sagrado para los pueblos primitivos!



Tomemos, pues, la institución jurídica que queramos, siempre se encuentra originariamente enlazada con la religión. La familia tiene su espíritu doméstico, y alrededor de él se agrupa cuanto a aquélla pertenece. Ese espíritu doméstico es generalmente un antepasado, y frecuentemente son varios o muchos antepasados, bajo cuya protección y tutela está la familia, los cuales castigan implacablemente toda lesión de las leyes familiares. El espíritu doméstico es un elemento de la familia en los pueblos desde los tiempos más remotos, desde la adoración de las calaveras, desde el *Korwar* (la imagen de madera de los papuas), hasta la tabla genealógica de los chinos y el *lar domesticus* de los romanos. Todas las instituciones familiares se encuentran en conexión con él, lo mismo el matrimonio que la adopción. Conservar la familia y continuar así la veneración del *lar domesticus*, se considera como el más alto y sagrado deber.

La propiedad se halla impregnada de ideas religiosas; el patrimonio público se encuentra bajo la protección de los dioses generales de la naturaleza o de los santos nacionales; la propiedad privada, con sus límites, ha sido arrancada a la divinidad y está bajo la dominación de los espíritus, a los cuales ha sido ganado el suelo.¹¹⁶ Las armas y el caballo se hallan sometidos al poder de seres superiores.

116 De ahí las ceremonias que suelen acompañar el cultivo de los campos.



El Dios de la verdad es el guardador de la promesa; la divinidad decide acerca de lo justo y lo injusto; el Derecho sagrado, el Derecho de las ordalías (juicios de Dios) domina todos los pueblos.

A fuerza de luchar se han elevado los pueblos de la etapa animista a la de las religiones especulativas reveladas, donde ciertos sistemas de creencias, edificados sobre acontecimientos históricos, dominan la concepción religiosa. Aquí se enlaza la segunda fase del Derecho. Todo él está impregnado de esos sistemas religiosos. El Derecho *brahmánico* lleva el sello del brahmanismo: la separación de clases, la familia rígidamente agnaticia, el sacrificio de la viuda (cremación de viudas), las penas rigurosas, el ordalismo, todo es Brahman. Brahman es el retraimiento del mundo y la doctrina de las edades con todo su influjo sobre el Derecho.

Enteramente otra cosa es el Derecho *budista*, caracterizado por la reprobación de las castas separadas, por la igualdad de la mujer, y por el más elevado amor, que perdona y no tolera penas graves.

El Derecho *israelita*, con el Dios uno, con castigo severo de toda infracción del mandato divino, con la particularidad de la venganza de la sangre y del Derecho de asilo, es religioso. Religioso es, ante todo, el Derecho *islamita*, donde la vida entera, desde las ceremonias del nacimiento hasta la tumba, se



halla rodeada de prácticas sagradas. El matrimonio del *Islam* es religioso, lo mismo que el divorcio; la prohibición de la adopción, la de la usura, todo está fundado en ideas religiosas, y la vida jurídica se encuentra por completo bajo la salvaguardia y protección de *Allah*.

Pasemos al más grande de los pueblos indígenas del Nuevo Mundo. La vida de los *aztecas* estaba desde la juventud bajo un influjo religioso: en el nacimiento se pronunciaban fórmulas religiosas; la consagración mediante el agua elevaba al niño a una nueva vida; el matrimonio era religioso; la educación era colectiva en la escuela o en el templo; el rey era el consagrado por el dios supremo, hacía prácticas religiosas, sacrificaba y se dedicaba a ejercicios ascéticos. Verdad es que el oficio de sacerdote supremo estaba separado del de rey; pero la unidad se conservaba, porque solía ser elegido sacerdote supremo un miembro de la familia real.

La más grande y la más alta religión de cultura, el cristianismo, ha producido una concepción del mundo enteramente nueva y ha transformado desde sus raíces la concepción jurídica de la antigüedad clásica. El sereno mundo de la antigüedad necesitaba la honda penetración religiosa, y la sencilla vida edonista de los antiguos había caído en un tejido de sensualismo material que hacía precisa una reforma de dentro afuera.



Entonces apareció el cristianismo con su apartamiento del mundo y el desprecio de los bienes terrenos. Solo la intención interna debe tener un significado: dinero y riquezas son cosas que consume la polilla y la herrumbre; la santidad de la intención es lo sagrado, lo único que da valor a la vida. La carne es pecaminosa; esta vida es una escala previa para un mundo más alto, en el cual solo lo espiritual tiene importancia.¹¹⁷

Por eso adquirió el Derecho una nueva significación. No se da el Derecho para asegurar el goce de los bienes, sino para apartar la impiedad y la bajeza.¹¹⁸ En el Derecho penal no es la lesión de los bienes, sino la voluntad impía, lo que reclama castigo. El comercio y el tráfico tienen solo un valor relativo como medios para la perfección de las almas; la usura, la especulación, la ganancia que con ella se obtiene, son cosas profanas mediante las cuales una persona se arroja sobre otra y la priva de su patrimonio.

Por eso encontramos, de un modo análogo al del *Islam*, tan diferente en otros aspectos, una enérgica lucha contra el realismo de la vida. Esa lucha era necesaria; era preciso refrenar los espíritus antes de que pudiera abrirse el torrente de oro, antes de entrar en el camino del individualismo floreciente, donde se

117 Véase especialmente von Eicken Geschichte und Systeme der mittelalterlichen Weltanschauung [Historia y sistemas de la concepción medioeval del mundo]. pág. 151.

118 Véase von Eicken, págs 551 y sigs., 559 y siguientes.



permitió que uno sobrepujase a otro y le venciera en la competencia de la especulación. Nada hay que indique mayor limitación de horizonte que el considerar la doctrina jurídico-canónica, con sus cortapisas al tráfico, como un error cuya supresión nos haya permitido magníficos progresos. Sí, hemos adelantado notablemente en bancarrotas de estados, furor de agiotaje, quiebras de bancos y defraudaciones de depósitos, donde, por el embrollo de las circunstancias, no se sabe siquiera si existe o no tal defraudación. Esto indica que el individualismo desenfrenado no es el remedio único, y que es, ante todo, necesaria una base ética. Por eso el Derecho canónico tuvo, ante todo, que educar a los hombres en el temor de Dios y en el sentido ideal. De otro modo se habrían arrojado de cabeza al torrente del oro.

También el imperio alemán de la edad media lleva en sí, del mismo modo, el carácter divino. La separación del sacerdocio supremo y la monarquía fue para la edad media el más importante principio, y la lucha entre la monarquía y el papado ha sido uno de los fenómenos más grandiosos de la historia universal. Solo la falta de sentido histórico puede deplorar esa lucha. Estaba destinada a amortiguar las supremas fuerzas y a trasplantar al norte la cultura de las ciudades italianas, del mismo modo que las cruzadas fundieron a su vez la civilización del oriente con la del occidente.



Pero ya durante esa época de lucha entre el papado y el imperio había resurgido en las ciudades un vigoroso realismo idealista, y el renacimiento, que despertaba, desató las ligaduras. Un nuevo tiempo se aproximaba. Su característica era la fusión del antiguo realismo con la elevada idea cristiana.

La idea del apartamiento del mundo y de la pronta vuelta del Señor pudo, en buen hora, persistir en la doctrina; pero ya no le era posible desempeñar el papel principal, como antes. Comercio y tráfico no se conformaron ya con la prohibición de la especulación y del disfrute de los bienes. La apacible vida edonista de la antigüedad se introdujo furtivamente hasta en los atrios de las iglesias, y el Vaticano albergaba las bacanales del placer terreno. Lorenzo de Médicis había creado la canción del tranquilo goce momentáneo, y al lado de Platón vivía el genio de la antigua escultura en las salas y jardines del gran Médicis.

El arte se despojaba de su severo ropaje eclesiástico: junto a la *Madonna* y a la Eva se creaba la Venus, y lo corporal, antes apenas indicado, fue objeto de detenido estudio. En el lugar de Cimabue aparece Giotto; en el de Vivarini se presentan Giovanni Bellini, Mantegna; luego, Perugino y Rafael.

En tal estado de ánimo de la humanidad no podía ser ya el apartamiento de la vida momento dominante. Pensando que la



Divinidad está *sobre* el mundo, se comenzó a admitir que también está *en* el mundo, y que éste se halla santificado por Dios. La diferencia entre esta vida y la otra tenía que perder así su crudeza. La fe en la inmortalidad individual podía ser aún creencia de las gentes; pero no se trataba de abreviar la vida presente en consideración a la futura; se la consideraba ya a ella misma grata a los ojos de Dios; se llegó a la consecuencia de que lo divino actúa ya en esta vida. Al mismo tiempo, su finitud y perdurabilidad tenían que hacer madurar el convencimiento de que los fines de la humanidad no se realizan, al modo que en Fausto, en el hombre individual, sino que la humanidad entera, en la lucha permanente del espíritu, está destinada a los más altos fines.

El simple idealismo apartado del mundo ha pasado a ser el idealismo realista de los tiempos modernos; mejor dicho, el idealismo transcendente se ha convertido en idealismo inmanente, y éste es la nota característica de la época actual.

El idealismo no se ha perdido; muy lejos de eso: la humanidad no puede verse ni se verá privada de él de un modo duradero. No ha hecho más que cambiar su clase y su punto de vista.

Los ideales de la vida en la época presente no están ya ligados a una religión determinada. Verdad es que toda nues-



tra vida culta se halla penetrada por el cristianismo lo mismo que por la antigüedad clásica, y todo el mundo participará de las conquistas cristianas, aunque no pertenezca a ninguna confesión de esa clase, del mismo modo que cualquiera siente el poder de lo antiguo aunque no haya aprendido griego. Por eso los ideales de la vida en nuestro tiempo tienen valor para todos, pertenezcan a la confesión que quieran.

Los ideales de la vida en la época moderna consisten, pues, en que hay en nuestra vida una santificación y consagración, porque lleva dentro de sí otros fines que los del bien y felicidad terrenos. Este convencimiento tenemos que hacerlo penetrar en todas las instituciones jurídicas.

No debemos ver en el matrimonio solamente un medio de ayuda o una regulación de las relaciones sexuales, sino un medio de transfigurar la vida, mediante continua abnegación y permanente entrega de sí mismo, en la más alta exaltación de los espíritus. Por eso debemos apartar todo aquello que enturbie esa imagen y apague su encanto. Aunque suceda que el ideal no se realice sino fragmentariamente y que se abandone con frecuencia en la vida, el Derecho debe mantener ese ideal. Instituciones como la agencia de matrimonios, el matrimonio forzado, los legados para excitar a un casamiento por motivos de dinero, son contrarias al ideal del matrimonio y no deben ser



reconocidas por el Derecho. Nada hay más erróneo que defender lo contrario invocando la conciencia del pueblo; no es la conciencia ordinaria del pueblo la norma del Derecho, sino la idealidad que brota de las concepciones refinadas de nuestro mundo civilizado.¹¹⁹ El Derecho, aun como destinado para la plebe, no debe ser jamás plebeyo: ha de permanecer siempre ideal. Aunque la masa vulgar se sienta incómoda, el Derecho no está para proporcionar a la masa una existencia agradable. El Derecho debe formar, educar; necesita llevar delante la antorcha; no arrastrarse detrás, a la retaguardia de la evolución cultural.

Del mismo modo, la libertad individual es un ideal de nuestra civilización; un ideal, porque solo dentro de la libertad puede el hombre alcanzar su plena fuerza ética, desarrollar dignidad y santidad. De ahí el esmero del Derecho en apartar cuanto denote esclavitud o servidumbre obligatoria vitalicia. De ahí la caída de todas las instituciones que, como la prisión por deudas y las servidumbres personales, pesaban en otro tiempo sobre la humanidad.

También es un ideal la santidad de nuestra vida interior, porque en ella está la fuente de la energía moral.

La posibilidad de excusar el testimonio cuando se trate de la revelación de acontecimientos íntimos de la vida interna, no

119 Kohler, *Ideale im Recht* [*Ideales en el Derecho*], pág. 13.



debe, pues, limitarse tímidamente; el secreto de redacción de los periódicos debería ser respetado en cualquier circunstancia, y su quebrantamiento en la ley procesal alemana fue una falta grave. El secreto de la correspondencia debe guardarse rigurosamente, limitando las excepciones a la proporción mínima. Si al hombre no se le deja su vida interna, se corta el nervio de su esencia y, con él, la dignidad y la nobleza.

También la intimidad debe ser respetada como intimidad. Es completamente equivocado considerar las manifestaciones íntimas, hechas en el seno de la familia, como declaraciones de las cuales es preciso responder en el caso, por ejemplo, de que un sirviente o una criada las haya acechado y oído. Lo que se habla dentro del círculo familiar debe considerarse tan íntimo como un monólogo, por el cual no se da responsabilidad alguna. Haber perseguido a ciertas personas a causa de tales manifestaciones íntimas, por ofensa, hasta por ofensa a un funcionario, contradice por completo la naturaleza de las cosas. Toda ofensa supone una parte a quien la manifestación se dirige. Más lo que en la casa se dice, no son manifestaciones hechas a otros: son desbordamientos del corazón, que nacen del impulso natural a contar lo que se siente, en la íntima reunión de los propios y de las personas queridas. Eso debe permitirse a todo el mundo; tiene que haber un lugar donde cada cual pueda



expresarse sin reserva, sin peligro y sin apremio: eso es el hogar doméstico.¹²⁰

En el procedimiento criminal y en el Derecho penal, el tratamiento del culpable que respeta al hombre en todo hombre, fortificará también la conciencia de los inviolables derechos humanos. No hay que creer que el castigo del delito es lo único y lo último: por eso no es adecuado utilizar al hombre, como máquina privada de todo Derecho, para descubrir la verdad.

Así también, la propiedad debe estar penetrada de ideal; el resorte económico no debe ser el único decisivo, como quería una vieja escuela de economía nacional. La propiedad debe ofrecer al hombre la posibilidad de la conservación y el desarrollo; pero también la de un sacrificio abnegado. Es un principio erróneo poner trabas al establecimiento de fundaciones, entorpecer las instituciones de beneficencia y querer prohibir la vida contemplativa.

Por otra parte, es preciso hacer reflexionar que el carácter excluyente de la propiedad no existe sino por la cultura. Por eso no puede permitirse que se arrebaten a la sociedad obras de arte escogidas que representan un gran patrimonio de la civilización. La clausura, realizada hace tiempo, de la villa

120 Compárese un artículo mío sobre la ofensa, en el *Archiv für Strafrecht* [Archivo de Derecho Penal], págs. 19 y sigs.



Farnesina, y los conocidos sucesos de los sciarras y borgheses, han hecho saber suficientemente a la humanidad lo que ella debe a los bienes culturales del arte. Los diversos pueblos se apresuran ahora a dar leyes para la protección de las obras de arte contra la facultad dispositiva del propietario.

De ese modo será siempre el Derecho un Derecho ideal. La idealidad no es hoy trascendente, sino inmanente, porque Dios está en nosotros.

Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho, se terminó en el invierno de 2011. Impreso en Av. San Lorenzo Tezonco No. 244, Col. Paraje San Juan, Del. Iztapalapa, C.P. 09830, por *Impresora y Encuadernadora Progreso, S. A. de C. V. (IEPSA)*, con un tiraje de 1000 ejemplares, la revisión editorial estuvo al cuidado del maestro Carlos Gabriel Cruz Sandoval y el licenciado Raciél Garrido Maldonado.

COLABORADORES EDITORIALES: Ileana Mónica Acosta Santillán, Cristina Eugenia Bocanegra Andrade, Joel Oswaldo Vega Viazcán, Dulce Carolina Galván Díaz, Víctor Manuel Ramírez Gálvan y Gabriela Torres Cervantes • **DISEÑO DE INTERIORES:** Ismael González Reyes y Martha Reséndiz Moreno • **PORTADA:** Noemi Martínez Vilorio, Carlos Gabriel Cruz Sandoval y Sandra Juárez Galeote.



"2011, La Ética Judicial, un compromiso de todos"

Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial
Dirección de Anales de Jurisprudencia y Publicaciones