

CAPÍTULO V.

EL DERECHO ALEMÁN Y LA LUCHA POR EL DERECHO.

Podríamos dar por terminada aquí nuestra tarea, pero séanos permitido ocuparnos todavía de una cuestión que está íntimamente relacionada con la materia de que nos venimos ocupando; es ésta el saber en qué medida nuestro derecho actual, ó mejor, nuestro derecho romano de hoy, tal cual se ha introducido en Alemania, y del que solamente nos atrevemos á ocupar, responde á las condiciones que hemos desenvuelto hasta aquí

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

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

Pero, se dirá: ¿qué debe garantizar el derecho al que ha sido lesionado en su propiedad, sino el objeto en litigio ó su valor? (1) Admitiendo la justicia de esta objeción, preciso sería llegar á la conclusión, de que no podría ó no debía ser castigado el ladrón que hubiese restituido el objeto robado. Pero el ladrón, se dirá aún, no ataca

(1) Así me expresaba yo en mi obra intitulada: *„Ueber das Schuldmoment im römischen Privatrecht“* Giesen 1867, pág. 61. Después de largos estudios sobre esto, he formado la opinión que hoy emito.

solamente á la persona lesionada, sino tambien á las leyes del Estado, al órden legal, á la ley moral; y nosotros queremos que se nos diga, si no hace lo mismo el dendor que niega de mala fé el préstamo que se le ha hecho, el mandatario que abusa indignamente valiéndose de la confianza en él depositada; ¿es reparar la lesion que se ha hecho á nuestro sentimiento legal, el no devolvemos despues de largos debates más que lo que desde un principio nos pertenecia? Pero aparte de ese deseo tan motivado de obtener satisfaccion, ¿no es chocante el desequilibrio natural que existe entre las partes? El riesgo que les amenaza de salir mal en el proceso, consiste para el uno, en perder el bien que era suyo, y para el otro en la devolucion de un objeto que injustamente conservaba; en el caso contrario, el uno tendria la ventaja de no haber perdido nada, y el otro la de haberse enriquecido á costa de su adversario. ¿No es esto provocar la más grande de las falsedades y acordar una prima á la deslealtad? No hacemos, en realidad, más que caracterizar nuestro derecho; más adelante tendremos ocasion de traer hechos en apoyo, pero creemos que ha de fa-

cilitar la prueba, el considerar primeramente el punto de vista bajo el cual se miraba esta cuestion en el Derecho romano.

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

Reasumiremos en pocas palabras el resultado de investigaciones que hicimos y publicamos en otra obra sobre la forma, bajo la cual aparece esta cuestion, en el primer grado de su desenvolvimiento. La irritabilidad del sentimiento del derecho, era tal en esta época, que toda lesion, que todo ataque al derecho personal, se consideraba como una injusticia subjetiva, sin tomar en cuenta, ni en consideracion, la inocencia ó el grado de culpabilidad del agresor; así el querellante exigia por el hecho mismo de la ofensa, de aquel que era formalmente culpable, como del que lo era

sólo materialmente, una satisfaccion. El que negaba una deuda probada, evidente (*noxum*) y el que habia causado un daño en la cosa de su adversario, pagaba si perdía, el doble; lo mismo el que en un juicio de reivindicacion habia recogido ya los frutos como si fuese propietario, si era condenado debia devolver el doble y por haber perdido el litigio estaba todavia obligado á sacrificar la suma depositada como fianza ó puesta (*sacramentum*). El querellante ó demandante que perdía estaba sometido á la misma penalidad, porque habia reclamado algo que no era suyo; si se excedía algo la evaluacion de la suma que reclamaba en justicia, aun cuando fuese la deuda cierta, se le retiraba y anulaba la demanda.

Ha pasado al nuevo derecho algo de esas instituciones y de esos principios del antiguo, pero todo lo que es propio del derecho intermedio, respira distinto espíritu, puede ser caracterizado diciendo, que es la aplicacion y el empleo de una moderacion grande, en todos los casos en que se trata de lesiones al derecho privado; se distingue rigurosamente la injusticia objetiva de la subjetiva; la primera sólo supone la restitution del objeto,

la segunda entraña, además, un castigo que consiste, ya en la multa, ya en la marca de infamia, y esta aplicacion proporcional de las penas, es precisamente uno de los pensamientos más sanos del Derecho romano de este periodo. Los romanos tenían un sentimiento del derecho demasiado justo, para permitir al depositario que tenía la perfidia de negar ó de detentar injustamente el depósito al mandatario, y al tutor que había abusado de su posicion de confianza para servir á sus intereses, ó que abandonaba de propósito el cumplimiento de sus deberes, pudieran cubrir su responsabilidad con devolver la cosa llegado el caso, ó pagar los daños y perjuicios; exigían además, que el culpable fuese castigado, primeramente como satisfaccion personal y despues como medio de intimidacion. Entre las penas más usadas estaban la de infamia; pena gravísima, porque entrañaba no sólo la pérdida de los derechos del ciudadano, sino también la muerte política; se aplicaba principalmente cuando la lesion revestia el carácter de una deslealtad especial, y la pena pecuniaria, de la que se hacia un uso mucho más frecuente. Se había establecido todo un arsenal de tales medios de inti-

midacion, para el que intentaba un proceso con causa injusta. Estas penas consistian primeramente en fracciones del objeto, en litigio, $\frac{1}{10}$, $\frac{1}{8}$, $\frac{1}{5}$, $\frac{1}{2}$, elevándose luego, hasta sumar varias veces su valor, y se perdia, en ciertos casos en que no era posible formar juicio de la obstinacion del adversario, en el infinito; esto es, el que perdia, debia de pagar todo lo que el adversario exigiese, bajo juramento, como satisfaccion suficiente. Habia en particular dos formas de procedimiento. «Los interdictos prohibitorios del prétor y las acciones arbitrarias» que tenian por objeto colocar al acusado en la necesidad de desistir ó aguardar á ser reconocido como culpable de haber violado la ley con deliberado propósito, y ser tratado como tal. Le obligaban cuando persistia en su resistencia ó en su ataque, á no limitar su accion contra la persona del acusador, sino á obrar contra la autoridad, de donde resultaba que no era el derecho del demandante de lo que se trataba, sino de la ley misma, que por medio de sus representantes, se ponía como objeto de la cuestion.

El fin que se proponia aplicando tales penas, no era otro que el que se queria alcanzar en ma-

teria criminal: de una parte, el fin puramente práctico de colocar los intereses de la vida privada, al abrigo de esos atentados no comprendidos bajo el nombre de crímenes; de otra parte, el fin ideal de hacer solidario el honor y la autoridad de la ley, rindiendo satisfaccion al sentimiento del derecho que habia sido lesionado, y no sólo en la persona que es directamente atacada, sino tambien en las de todos los que de ello tenían conocimiento. El dinero no era, pues, el fin que se tenía á la vista, sino un medio para llegar á él (1).

Esta manera de mirar la cuestion que el Dere-

(1) Se encuentra en las *actiones vindictam spirantes* una prueba particularísima de lo que venimos diciendo; hacen resaltar ese punto de vista ideal y muestran de la manera más evidente, que no tienen por objeto alcanzar una suma de dinero ó la restitucion de una cosa, sino la reparacion de un atentado hecho al sentimiento del derecho y de la personalidad (*magis vindictae quam pecunia habet rationem*). Hé ahí por qué no pasaban á los herederos, ni podia ser cedido su uso á terceras personas; los acreedores no podían intentarlas en caso de cesion de bienes, se extinguían pasado cierto término relativamente corto y no tenían lugar cuando el lesionado no demostraba su resentimiento «*ad animum suum non revocaverit*» de injuriis, 47. 10.

cho romano intermedio tenia, es, á nuestro modo de ver, maravillosa. Alejándose por igual de dos extremos, del viejo derecho, que colocaba la injusticia objetiva en la misma línea que la subjetiva y de nuestro derecho actual, que marchando en direccion contraria, ha rebajado ésta al nivel de aquella, satisfacía por completo las legítimas pretensiones que pudiera tener el sentimiento del derecho más justo, porque no se contentaba con separar las dos especies de injusticias, sino que sabia discernir y reproducir con minuciosidad é inteligencia, la forma, el modo, la gravedad y todos los matices diversos de la injusticia subjetiva.

Al llegar al tercer período ó grado de desenvolvimiento del Derecho romano, tal cual ha sido fijado en las Institutas de Justiniano, no podemos ménos de recordar y admirar la influencia é importancia del derecho de sucesion en la vida de los pueblos, como en la de los individuos. ¿Qué seria del derecho de esta época si hubiera tenido que establecerse por sus propias fuerzas? Lo mismo que ciertos herederos que son incapaces de proporcionarse lo extrictamente necesario, viven á costa de las

riquezas acumuladas por el testador, así también una generación decrepita y débil, encuentra en el caudal intelectual acumulado por la edad vigorosa que le ha precedido, con que subsistir largo tiempo. No queremos decir que goza tal generación sin esfuerzo alguno, del trabajo de otras, sino hacer notar que está en la naturaleza de las obras, de las instituciones del pasado, influir durante cierto tiempo, y hacer reinar en la vida, el espíritu que ha presidido á su nacimiento; tienen, en una palabra, cierta fuerza latente que al contacto y al roce cambia en fuerza activa. Es en este sentido en el que el derecho privado de la República donde se había reflejado ese sentimiento enérgico y vigoroso que para el derecho había poseído el antiguo pueblo de Roma, pudo servir al Imperio, durante algún tiempo, de fuente vivificadora; en ese gran desierto de la última época, era el único oasis por donde corría todavía un arroyo de agua fresca y cristalina. Pero el despotismo, parece racha ardiente que no permite á ninguna planta desenvolverse, y el derecho privado, no pudiendo por sí sólo hacer prevalecer y mantener un espíritu que por todos era des-

preciado, debió de ceder también, lo mismo que todas las demás ramas del derecho, al nuevo espíritu del tiempo. ¡Y se presenta ante nuestra vista bajo rasgos verdaderamente extraños ese espíritu de la nueva época! No se revelan en él los verdaderos signos del despotismo, la severidad y la dureza; al contrario, aparecen otros caracteres, que expresan la dulzura y la humanidad; pero esa dulzura misma es despótica, es decir, que lo que á uno concede, lo arrebatá á otro, como que es la dulzura de la injusticia y del capricho y no la de la humanidad; es el desorden de la crueldad. No hemos de traer aquí todas las pruebas, sobre las que podríamos apoyar esta opinion (1); nos bastará, hacer resaltar un rasgo muy particular y significativo de ese carácter y que encierra un rico material histórico; tal es, el esfuerzo hecho para mejorar la posición del deudor á costa del acreedor (2). Se puede adelantar esta opinion

(1) Los caracteres estaban tan debilitados en esta época, que no podían soportar la justa severidad del antiguo derecho. Así, por ejemplo, se suprimieron esas penas tan rigurosas que en el antiguo procedimiento habían sido aplicadas.

(2) Es fácil encontrar numerosas pruebas en las dis-

como general. Simpatizar con el deudor es el signo más patente de que una época es débil: en ella llámase esta simpatía, humanidad. En una edad llena de fuerza, se trata, ante todo, de que sea hecha justicia al acreedor. El derecho de hipoteca privilegiado que Justiniano concede á la esposa, viene tambien de esa humanidad de su corazon, de lo que no podia prescindir y que le hundia á la vez, en un asombro indecible siempre que daba una disposicion nueva; pero esa humanidad es la de San Crispin, queriendo el cuero de los ricos para hacer con él botas á los pobres.

posiciones de Justiniano. Concede, por un lado, á favor de los fiadores, el beneficio de discusion, y por otro, al de los co-deudores el de division; fija para la venta de la prenda el irrisorio plazo de dos años; despues que la propiedad ha sido adjudicada, concede todavia al deudor dos años como plazo para el retracto, y pasado este tiempo le reconoce mejor derecho que al acreedor que ha vendido la cosa: y aún se pueden añadir: la extension del derecho de compensacion á los que no eran ciudadanos, *la datio in solutum*, la desmedida extension de la defensa, *usura supra alterum tantum*, la limitacion de la prima de seguro en el *foenus nauticum*, reduciéndole al 12 por 100, la posicion excepcional y buena que dá al heredero dejándole el beneficio de inventario, etc., etc. Justiniano hace posible la obtencion de un lapso de tiempo para hacer el pago cuando lo con-

Vengamos ahora á nuestro Derecho romano actual. Despues de todo lo que hemos dicho, nos encontramos obligados á formar un juicio sin poder fundarlo aquí como queríamos, pero al ménos presentaremos, ya que no otra cosa, lo que pensamos acerca de la cuestion.

Diremos resumiendo en pocas palabras nuestro pensamiento, que encontramos en el conjunto de la historia y en toda la aplicacion del Derecho romano moderno una marcada preponderancia, por

ceden la mayor parte de los acreedores, lo cual no era más que una imitacion de las Moratorias de Constantino. Débese á sus predecesores tambien la accion *non numerata pecuniæ*, la *cautio indiscreta* y la ley Anastasi; así como la gloria de haber sido el primero en reconocer desde el trono la fealdad del castigo corporal y de haberle abolido en nombre de la humanidad pertenece á Napoleon III. Este soberano no se molestaba más por haber hecho funcionar la guillotina en Cayenne, que se incomodaban los últimos emperadores romanos por deparar á los inocentes hijos de los criminales de lesa majestad, una suerte que caracterizan ellos mismos diciendo: "*ut lus perpétua ajetate sordentibus sit et mors solatium et vita supplicium*" (l. 5. cod. ad. leg. Pul. may, q. 8.), pero la humanidad para con el deudor no resaltaba más así; ¡qué importa lo demás! ¡No hay verdaderamente mejor manera de acomodarse con la humanidad, que enriquecerse unos á costa de otros!

más que las circunstancias la han hecho hasta cierto punto necesaria, de la erudicion pura, sobre el sentimiento legal de la nacional y sobre la práctica y la legislacion, que contribuyen ordinariamente de una manera exclusiva á formar y á desenvolver el derecho. Es tal erudicion, un derecho extraño, escrito en lengua extraña, introducido por los sábios, que son los únicos que pueden comprenderlo perfectamente, y expuesto siempre á la influencia contraria de dos intereses opuestos que luchan frecuentemente; el interés de la ciencia pura y simplemente histórica y el de la aplicacion práctica junto al desenvolvimiento del derecho. La práctica no tiene, por otra parte, una fuerza suficiente para dominar por completo el espíritu de la materia, está, por consecuencia, condenada á una dependencia perpétua, á una eterna tutela de la teoría, y de ahí viene que el particularismo la arrastre, en la legislacion como en la administracion de la justicia, hácia los débiles ensayos que se hacen para llegar á la centralizacion. ¿Deberíamos asombrarnos de que semejante derecho esté en profundo desacuerdo con el sentimiento de la Nacion, que el derecho no se incline más hácia el pueblo

que ¿el pueblo hácia el derecho? Detestamos las instituciones y los principios que los habitantes de Roma explicaban perfectamente, porque no tienen entre nosotros la misma razon de ser, y ciertamente que no ha habido nunca en el mundo una manera de rendir justicia, que haya tenido más poder que esa, para disminuir en el pueblo toda confianza en el derecho y toda fé en su existencia. ¿Qué debe pensar, en efecto, el hombre del pueblo, en que el juicio es simple y recto, si el juez, ante el cual se presentase con un título, probando que su adversario reconoce deberle cien thalers, declarase que el suscriptor no está obligado porque hay en eso una *cautio indiscreta*? ¿Qué puede pensar aún, cuando un título en el cual se establece textualmente que la deuda tiene por causa un préstamo anterior, no reviste fuerza de prueba hasta pasados dos años?

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

El primero consiste en que nuestra moderna jurisprudencia no admite nunca el pensamiento tan sencillo que hemos desenvuelto y que se resume diciendo: no se trata en una lesion del derecho de un valor material, sino de una satisfaccion al sentimiento legal del que ha sido lesionado. Nuestro derecho no conoce otra medida que la del materialismo bajo y grosero, no mira la cuestion más que bajo el punto de vista del interés pecuniario. Recordamos haber oido hablar de un juez que para desembarazarse de los pequeños embrollos de un juicio sobre cosa de poca importancia, ofreció pagar de su bolsillo al demandante la suma en litigio, y se incomodaba grandemente cuando no era aceptada su proposicion; no podia comprender este sábio magistrado que el demandante no tenia á la vista una suma de dinero, sino su derecho: no era en realidad muy culpable, porque hubiera podido lanzar sobre la ciencia el reproche que á él se le hubiese dirigido. La pena pecuniaria que fué para el magistrado romano el medio más potente de administrar justicia al sentimiento ideal que habia sido lesionado (1), cambia bajo la in-

(1) Se pueden traer como pruebas de esta opinion que

fluencia de nuestra teoría de las pruebas en uno de los expedientes y recursos más tristes, de que la autoridad ha podido servirse para ensayar el porvenir de la injusticia. Se exige al acusador que pruebe hasta el último céntimo, el interés pecuniario que para él tiene el proceso. Juzguen, pues, en lo que se convierte la protección del derecho, cuando un interés de esta naturaleza no está en juego. Un arrendador rehusa á un arrendatario la entrada en un jardín que se ha reservado por contrato para su goce; preguntamos ahora: ¿cómo se arreglará el primero para decir el valor pecuniario de algunas horas pasadas por el segundo tomando el fresco dentro de un jardín? Un propietario arrienda á otra persona una finca que ha alquilado ya, pero que no se ha ocupado todavía, y el primer arrendatario debe contentarse durante seis meses con una miserable ha-

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

bitacion antes de encontrar una conveniente; que se evalúe este daño en dinero, ó mejor, que se vea la indemnizacion que el tribunal acuerda: en Francia se exigiria mil francos, en Alemania nada de eso, porque el juez de Alemania responderá que las incomodidades, por graves que sean, no pueden apreciarse en dinero. Supongamos aún, un profesor que está ocupado en un colegio privado, encuentra más tarde mejor colocacion, rompe el contrato sin que pueda encontrársele por el momento un sucesor; ¿cómo podria evaluarse en dinero el daño causado á los discípulos, por haberles privado durante algunas semanas ó acaso meses, de las lecciones de francés ó de dibujo? Y más todavía; ¿cómo se compensaria la pérdida material que el director del establecimiento ha sufrido? Supongamos todavia un cocinero que deja sin razon su servicio, y que por la imposibilidad de reemplazarle, coloca á sus amos en ese grande embarazo; ¿cómo puede evaluarse este perjuicio en dinero? Nuestro derecho no concede en todos estos casos proteccion alguna, porque les dá tanto valor, como el que tendrá una nuez para el que no tenga dientes. Este es, pues, el reinado de la ileg-

lidad, y lo que hay en todo ello de más temible y vejatorio no es la imperfeccion en que se encuentra, sino el sentimiento amargo de que el derecho bueno, puede ser pisoteado sin que existan medios para remediarlo.

No es al Derecho romano á quien debe acusarse de esta falta de coercion, porque por más que haya tenido como constante principio que el juicio definitivo llevase solamente una pena pecuniaria, ha sabido aplicarlo de manera que satisficiese muy especialmente, no sólo los intereses materiales, sino tambien todos los demás intereses legítimos. La condena á pagar una suma de dinero, era el medio coercitivo que el juez empleaba en los negocios civiles, para asegurar la ejecucion de sus prescripciones. El acusado que rehusase hacer lo que el juez le imponia, no se libraba devolviendo el valor pecuniario de la obligacion á la cual estaba sujeto, sino que esa obligacion se cambiaba para él en una pena, y es precisamente este resultado del proceso el que aseguraba al que habia sido lesionado, una satisfaccion á la cual tendia mucho más que á la suma de dinero. Nuestro derecho no concede nunca esta satisfaccion, y ni la

comprende porque no ve más allá de donde llega el interés material.

Tampoco existen en la práctica las penas que en Roma se aplicaban en materia de derecho privado, y esto nace de la insensibilidad de nuestra legislación actual, por el interés ideal que vá unido á una lesion del derecho. La infamia no es hoy aplicada en ningun caso de infidelidad del depositario ó del mandatario. El bribon más grande vive en nuestros dias completamente libre é impune, mientras sea bastante diestro, para evitar todo aquello que puede caer bajo el golpe del código criminal. Verdad es que en pago se encuentra todavia en nuestros libros de derecho que el mentiroso frívolo puede ser castigado, pero esto tiene en la práctica muy rara aplicacion. ¿Qué significa esto, en una palabra, sino que la injusticia subjetiva es colocada entre nosotros al nivel de la injusticia objetiva? Nuestro derecho no establece diferencia alguna entre el deudor que niega de mala fé una deuda y el heredero que de buena fé la niega, entre el mandatario que nos ha faltado á sabiendas y el que faltó contra su voluntad, en fin, entre la lesion premeditada de mi derecho y la ignorancia ó

incapacidad; el proceso se coloca siempre en la esfera del interés material. Nuestros legistas actuales se hallan tan lejos de creer que la balanza de Témis debe, en el derecho privado como en el derecho penal pesar la injusticia y solamente el interés pecuniario, que teniendo presente esta advertencia, debemos considerarla como la objecion de los que dirán que ahí precisamente está la diferencia que existe entre el derecho penal y el derecho privado. Será esto por desgracia una verdad para el derecho actual. ¿Pero lo es para el derecho en sí? lo negamos. Seria preciso, ante todo, probar que hay una parte del derecho en la cual la idea de la justicia no debe realizarse en toda su extension; por eso quien dice justicia, dice realizacion de la idea de culpabilidad.

El segundo de esos errores, verdaderamente funestos en nuestra moderna jurisprudencia, consiste en la teoría de la prueba que ha establecido. Estamos tentados á creer que no ha sido descubierta más que para aniquilar el derecho. Si todos los deudores del mundo se hubiesen concertado para matar y burlar el derecho de los acreedores no hubieran encontrado medio mejor que ese sis-

tema de pruebas, en vano se buscaría un matemático que lo presentase más exacto. Sobre todo en los procesos de daños é intereses, llega al grado supremo de lo incomprensible. Recientemente se ha pintado en algunos escritos y de una manera tan sorprendente el odioso desórden, que para emplear la expresion de un legista romano diremos (1), «reina aquí en el derecho, bajo el nombre de derecho», y el contraste que ofrece el inteligente modo de obrar de los tribunales franceses, que no tenemos necesidad de añadir una palabra; pero no podemos ménos de decir que vá como gritando ¡desgracia para el acusador y valor para el acusado! Resumiendo, puede afirmarse que este grito es la palabra de órden de nuestra jurisprudencia teórica y práctica. Ha avanzado mucho en esa vía que habia comenzado Justiniano; no es el acreedor, sino el deudor quien excita su simpatía, y prefiere sacrificar el derecho de cien acreedores, que exponerse á tratar demasiado duramente á un deudor.

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

El que no esté versado en el derecho, apenas podrá creer que haya sido posible todavía aumentar esta parcial ilegalidad que nos ha presentado la falsa teoría de los legistas que se ocupan del Derecho civil y del procedimiento. No obstante, los criminalistas anteriores son los que se han extraviado hasta el punto de cometer lo que puede llamarse un atentado contra la idea del derecho, y la falta más grosera de que la ciencia se ha sentido capaz, contra el sentimiento legal. Queremos hablar de esta vergonzosa paralización del derecho de defensa provocada, de ese derecho primordial del hombre, que es como dice Ciceron, una ley que la misma naturaleza le ha impuesto, y la que los legisladores romanos juzgaban no podía ser desconocida en ninguna legislación (*«Vim vi repellere omnes leges omniaque jura permittunt»*). ¡Cómo habrán podido en los últimos siglos y en nuestros días los jurisconsultos persuadirse de lo contrario! Es verdad que los nuevos sábios reconocen este derecho en principio, pero llenos de esa simpatía por el criminal, que los legistas del Derecho civil y del procedimiento tenían por el deudor, tratan

de limitarle y debilitarle en la práctica de tal suerte, que el criminal es, en la mayor parte de los casos, protegido en detrimento del atacado que queda sin defensa. ¡En qué abismo profundo no vá á perderse el sentimiento de la personalidad, cuando tanto se descende en la literatura de esta doctrina! ¡qué olvido de la dignidad humana! ¡qué desprecio, qué perturbacion de su sentimiento simple y justo del derecho! El hombre que es amenazado en su persona ó en su honor, debe, pues, retirarse y huir (1); el derecho debe dejar su puesto á la injusticia; esos sábios no están en desacuerdo más que en la cuestion de saber: si los militares, los nobles y otras personas de alta condicion, deben tambien retirarse y huir. Un pobre soldado que para obedecer á esta órden se habia retirado dos veces, pero que perseguido por su adversario habia hecho resistencia y le habia muerto, "era para darle una lección eficaz y para ofrecer á los demás saludable ejemplo", *nada más que condenado á muerte.*

(1) Toda esta doctrina se encuentra expuesta en la obra de K. Levita "*Das Recht der Nothwehr.*" Gierßen, 1856, p. 158, etc.

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

El modo que se considera propio para excluir

el derecho de defensa cuando se trata de una cuestion de propiedad, es todavia más edificante. La pérdida de la propiedad, dicen unos, es exactamente como la del honor, una pérdida reparable, ya por la reivindicacion, ya por la accion, *injuriarum*. ¿Pero y si el ladron ha huido y es tan conocido como su domicilio? qué importa, responden los sábios, se tiene siempre la reivindicacion y sólo debida á circunstancias «fortuitas y de todo punto independientes de la naturaleza del derecho de propiedad, la acusacion no lleva siempre al fin que se propone.» El hombre que debe entregar sin resistencia toda su fortuna, que consigo lleva en papel, puede, pues, consolarse, tiene siempre la propiedad y el derecho de reivindicacion; ¡el ladron no goza más que de la posesion real! Otros permiten, cuando se trata de una suma considerable, emplear la fuerza, pero solamente como cosa extrema, y no dicen que el atacado debe tener tambien en este caso, á pesar de su dolor vivísimo, el cálculo escrupuloso de la fuerza que debe emplear para rechazar la agresion. Si innecesariamente llegase á romper el cráneo á su adversario, mientras que si él hubiese estudiado la dureza del

hueso hubiese aplicado al ladron un golpe ménos violento, pero lo bastante para atemorizarlo, tendrá que responder de ello. Si un hombre, por el contrario, no se ve expuesto á perder sino objetos de poco valor, un reloj de oro, por ejemplo, ó una bolsa que sólo contiene algunos thalers, debe guardarse bien de hacer el menor daño al que ataca; ¡qué es, en efecto, un reloj en comparacion del cuerpo, de la vida y de los sagrados miembros del hombre? El uno es un bien fácilmente reparable, lo otro es por completo irreparable su pérdida. Hé ahí una cosa que nadie negará; pero se olvidan los que tal dicen, que el reloj es mio y que los miembros son de un ladron. Sin duda que tienen un valor inapreciable para el ladron, pero para mí no tienen ninguno, y aún me queda siempre el derecho de pedir que me reemplacen mi reloj.

Pero hé ahí bastantes locos extravíos de la ciencia. ¡Qué profunda humillacion no debemos sentir viendo que ese pensamiento simple, tan conforme y justo con el verdadero sentimiento del derecho, que ve en todo ataque (fuese su objeto no más que un reloj) un atentado á todo el derecho de la personalidad y á la personalidad misma,

ha desaparecido de tal modo de la ciencia, que pudo consentir el sacrificio del derecho, levantando la injusticia á la altura de un deber! ¿Podria asombrarnos que la cobardía y el sufrimiento de la injusticia fuesen el carácter de nuestra historia nacional en una época donde la ciencia osa emitir semejantes doctrinas? Felicitémonos de vivir en una época bien distinta. Semejantes teorías son hoy imposibles; no pueden crecer más que en el lodazal en que se arrastre una Nación que esté tan podrida bajo el punto de vista político, como bajo el punto de vista del derecho.

Esa doctrina de la cobardía, de la obligacion de sacrificar el oro que se nos arrebatara, es el punto de la ciencia más opuesto á la teoría que hemos defendido y que hace, por el contrario, de la lucha valerosa por el derecho, un extricto deber. Un filósofo de nuestros dias, Herbart, ha emitido acerca de la base del derecho, una opinion que no es tan falsa, pero que se encuentra bien lejos de esa altura ideal, donde se eleva el hombre en que el sentimiento del derecho está completamente sano. Herbart descubre el fundamento del derecho en esta causa estética: el disgusto de

la lucha. No hemos de demostrar aquí cuán insostenible es esta tesis, y nosotros nos congratulamos de poder referirnos á los escritos de uno de nuestros amigos queridos (1). Pero si se está autorizado para apreciar el derecho bajo ese punto de vista, no sabemos verdaderamente si en lugar de hacer consistir lo que el derecho nos ofrece de estético en la exclusion de la lucha, lo colocaríamos precisamente en su existencia.

Tenemos el valor de emitir una opinion completamente opuesta á los principios de ese filósofo, reconociéndonos francamente culpables de amar la lucha. No admitimos ciertamente una lucha por nada, pero si ese noble combate en el cual el individuo se sacrifica con todas sus fuerzas, por la defensa de su derecho personal ó de la Nacion. Los que critican en este sentido el amor á la lucha, tienen que romper toda nuestra noble literatura y toda la historia de las artes, desde la Iliada de Homero y las famosas esculturas de los griegos, hasta nuestros dias. Apenas si hay materia que

(1) Jules Glaser *Gesammte, Kleinere Schriften über Strafrecht, Civil-und, Strafprocess.*—Viena 1863, monsieur Glaser es actualmente ministro de Justicia en Austria.

haya atraído más á la literatura y á las bellas artes, que el combate y la guerra; no será preciso investigar ahora en donde el sentimiento estético está más satisfecho, viendo ese desenvolvimiento supremo de la humana potencia que la escultura y la poesía han glorificado en el uno y en la otra.

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

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

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

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

FIN.