

limitarse un espacio por un objeto material, así la libertad, que tiene su espacio en el espíritu, no puede recibir sus justos límites sino por los bienes, que son su objeto y justifican su empleo. En la aplicación práctica esta teoría debía manifestarse insuficiente. En el derecho privado hay bastantes relaciones jurídicas, que no se han constituido por la libre voluntad y para libertad de aquellas que están comprometidas, y en el derecho público la misión del Estado no puede restringirse á la simple protección de la libertad de sus miembros.

El sistema filosófico de Kant fué transformado por J. G. Fichte ⁽¹⁾ (1762-1814), en la primera época de su especulación, en un idealismo subjetivo, donde el sujeto, el yo, se sienta como la sola realidad, negando á la vez el mundo exterior y la realidad absoluta de Dios. La teoría del derecho apenas podía esperar de un sistema tal un verdadero perfeccionamiento. También el mérito que se puede reconocer en la doctrina de Fichte se limita principalmente al método. En el fondo hace retroceder la ciencia, rompiendo completamente el vínculo establecido por Kant entre el derecho y la moral. Según Fichte, la fórmula de la moral es: ama el deber por el deber mismo; la fórmula del derecho al contrario: ámate ante todo y á tus conciudadanos á causa de tí mismo. De donde él deduce la necesidad de instituir, por el poder del Estado, una autoridad de obligación para la coexistencia de la libertad de todos. En sus observaciones para reparar los juicios sobre la revolución francesa, publicadas en 1793, Fichte, todavía joven, inspirado por un vivo sentimiento de libertad, cree que la restauración de la filosofía realizada por Kant y la revolución francesa conducían al mismo resultado: el de fundar un nuevo orden de derecho y de libertad. Pero más tarde, en la segunda época de su especulación filosófica, en que comprende la necesidad de sustituir al yo subjetivo el yo absoluto, Dios, asigna igualmente al derecho un fin más elevado; entonces concibe la libertad en sus relaciones íntimas con la moral, con la religión, y sobre todo con el Cristianismo, del cual da, bajo su nuevo punto de vista, una profunda explicación en el sentido de la razón y de la libertad. Volveremos á este punto al exponer las doctrinas de la escuela teológica.

El racionalismo de Kant, en el que se resume el espíritu de una

⁽¹⁾ Véase, sobre la doctrina de Fichte y su influencia en el movimiento político nacional de Alemania, mi discurso en la fiesta secular del nacimiento de Fichte, en el momento de la solemnidad universitaria de Leipzig: *Fichte's politische Lehre*, etc. Leipzig, Veit et Co. 1862.

grande época, abierta por la reforma religiosa, ha encontrado en Alemania muchos partidarios entre los filósofos y los jurisconsultos más distinguidos. Pero esta doctrina apenas ha pasado las fronteras de los países germánicos, porque sus resultados, á los que se había llegado en Francia y en otras partes por otro camino, eran demasiado poco satisfactorios y demasiado desnudos por su carácter crítico y negativo de potencia organizadora para responder á las verdaderas necesidades sociales. Se había detenido en la mitad del camino, y esperaba en Alemania todavía progresos ulteriores. Porque debían apercibirse bien pronto que ella no consagraba por todas partes más que la voluntad, la libertad individual, y que señalaba al Estado un límite demasiado estrecho, dándole por misión mantener el derecho en el sentido de Kant. Se reconoció que el Estado no puede ser una simple institución de policía, llamada solamente á proteger á cada uno en su derecho; que su misión positiva es también favorecer por medios positivos el perfeccionamiento en todos los órdenes del bien.

La filosofía del derecho de Kant, desenvuelta en un sentido todavía más restrictivo por Fichte, forma el último término de este movimiento subjetivo, en el cual el hombre emprende la construcción del orden jurídico y político según algunos principios puramente formales, hecha abstracción de la historia y de las relaciones religiosas y morales del hombre; no podía tardar en producirse la oposición, cuando estas doctrinas iban á encontrar su aplicación en Francia; ella se promovió por las razones indicadas más arriba, en diferentes direcciones dentro de las escuelas histórica, teológica y especulativa, que nosotros tenemos que considerar más en detall, después de haber dirigido una ojeada sobre la doctrina de Bentham, que encontrándose en todo un poco aparte del progreso del derecho natural, presenta algunos puntos de vista, secundarios es verdad, pero que merecen ser brevemente examinados.

§ VIII.

III. *Doctrina utilitaria de Bentham* ⁽¹⁾.

La teoría explanada por Jeremías Bentham (1748-1832) se distingue por este espíritu práctico que caracteriza al pueblo inglés, y

⁽¹⁾ En las ediciones precedentes de este curso se halla una exposición crítica bastante detallada de la doctrina de Bentham, quien en la época de la primera edición (1839) estaba muy en boga en Inglaterra y en Francia. Aunque la tendencia utilitaria y positivista haya hecho todavía después más progresos, ha tomado

que se apodera inmediatamente de un principio que la reflexion y el buen sentido parecen justificar, pero sin examinarlo en su origen ni ponerle en relacion con el conjunto de un sistema filosófico. Bentham pertenece á la escuela de Locke, y sobre todo de Hobbes, cuyas ideas sensualistas acepta. La escuela sensualista, desde la antigüedad hasta nuestros dias, ha sostenido que el hombre no se mueve mas que por motivos de placer y de pena, que él obra por interés ó por un interés bien entendido. Bentham da á este principio el nombre mas vago y mas seductor de utilidad, pero le determina enteramente segun las máximas del sensualismo. Por tanto, el mérito del autor no consiste en el enunciado del principio, pero sí en la aplicacion práctica que ha ensayado hacer de él.

La nocion de la utilidad parece al primer aspecto extraña á la ciencia del derecho; pero del mismo modo que este principio sirve de base á la division conocida del derecho romano en derecho público y privado (Ley I, § 2, D. *De justitia et jure: Publicum est quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim*), así tambien está en una relacion íntima con el principio del derecho, llamado á arreglar en el organismo social, donde todo se contiene, las relaciones de ayuda, de asistencia y de servicio entre los hombres, y prosigue de este modo objetos de utilidad; con todo, el derecho no es idéntico á lo útil: es un principio que arregla las utilidades; y la regla que debe dominar todas las apreciaciones y todas las acciones de utilidad es el bien ó lo que es conforme á la naturaleza racional y moral del hombre. Es, pues, una ilusion de parte de los utilitarios el considerar la utilidad como un criterio, sobre el que pueden fácilmente los hombres ponerse de acuerdo. No hay

otras formas y se aproxima más á un movimiento materialista que de francés que era en el siglo XVIII se ha esparcido ahora por casi todos los países. Por esta razon presentaremos solamente algunas observaciones críticas sobre el principio de utilidad en general. Jérémie Bentham anunció ya sus principales miras en un escrito anónimo: «A fragment on government,» 1776; publicó, despues de haber hecho muchos viajes por el continente, sus «Cartas sobre (contra) las leyes de usura;» escribió á favor de la Asamblea nacional en Francia, que le concedió el título de ciudadano francés, su *Essay on political tactics*, 1791. No ha cesado de hacer esfuerzos (con Alejandro I en Rusia, 1814, en los Estados Unidos desde 1811 á 1817, en Inglaterra con respecto á la reforma parlamentaria) para hacer admitir sus ideas en la práctica; pero no ha sido sino por la redaccion que Dumont, de Ginebra (bibliotecario durante largo tiempo del marqués de Londsdowne), hizo de las obras principales de Bentham en los «Tratados de legislacion civil y penal,» 1802, sobre todo desde la segunda edicion, 1820, por lo que la doctrina utilitaria ganó partidarios.

dos hombres que tengan las mismas ideas sobre lo que es útil, cuando su punto de vista antropológico y moral es diferente; el materialista no verá lo útil mas que en la satisfaccion de los placeres de los sentidos; el espiritualista reconocerá bienes mas elevados. Sin entrar en el exámen del lado inmoral del principio de utilidad, tal como ha sido presentado por Bentham (exámen que ha sido hecho de una manera incisiva por Th. Jouffroy en su Curso de derecho natural, 1836, t. II), esta nocion es un término puramente relativo, que conduce á un principio superior absoluto, que es el bien. La utilidad expresa una relacion entre dos cosas, de las cuales la una sirve á la otra de condicion de existencia y de desarrollo. Para determinar la utilidad es necesario, pues, conocer los dos términos que se encuentran en esta relacion, es necesario sobre todo apreciar justamente la cosa á la que se refiere otra como útil: de otro modo se ignora la preferencia que la una merece sobre la otra, y se sacrificará fácilmente un objeto mas importante á un objeto de menos valor. En la sociedad actual se trastorna á menudo de esta manera el orden verdadero, porque se consideran las mejoras materiales mas útiles que los progresos intelectuales y morales. Por la aplicacion del principio de la utilidad mal determinado se llegaría fácilmente, en lugar de reformar la legislacion social, á justificar la mayor parte de los abusos que existen, y aun á multiplicarlos. Lo esencial en toda teoría de organizacion social es, pues, el fijar el espíritu de los hombres sobre el bien, el objeto y sobre todas las condiciones de una cultura armónica de la sociedad. La utilidad no está en oposicion necesaria con la justicia, como la dicha no lo está con el bien. Pero en todas las cuestiones es necesario por de pronto interrogar á la justicia; y examinando bien los resultados, se encontrará que lo que es justo es al mismo tiempo lo que hay de mas útil que hacer. Se puede, pues, decir que hay una especie de armonía preestablecida entre la justicia y la utilidad, entre el bien y la dicha, en el sentido de que la justicia, como *causa*, tiene siempre, considerado todo, los *efectos* mas útiles para el bien de los hombres que viven en sociedad.

La doctrina utilitaria ha hecho no obstante á la ciencia del derecho y de la legislacion el gran servicio de haber hecho sentir la necesidad de reemplazar ó de completar las cuestiones de formas por problemas que entren en el fondo de la vida real, y de haber hecho comprender mejor que son necesarios otros elementos en vez de vagas fórmulas para construir un edificio de legislacion. Ella tiene el mérito de haber retraido las investigaciones políticas legis-

lativas al exámen de la naturaleza del hombre, de sus facultades y de sus necesidades ⁽¹⁾.

IV. Oposicion contra las doctrinas subjetivas y abstractas, formada por las escuelas histórica, teológica y especulativa.

§ IX.

Escuela histórica.

La concepcion histórica del derecho forma una parte integrante de la idea completa del derecho. Porque la idea del derecho no es una noción abstracta, pero sí un principio de vida, que se desarrolla bajo la influencia del carácter y de toda la cultura de un pueblo. Con todo, el estudio de la historia presupone ya el conocimiento de la idea del derecho, que por sí misma no puede sacarse de la experiencia. Esto es lo que no ha comprendido la escuela histórica. Ella tiene solamente el doble mérito de haber hecho depender la importancia del elemento histórico de la ciencia del derecho y del Estado, y de haber buscado el origen del derecho por encima de la voluntad individual, en el ser moral y colectivo de la nacion.

La escuela histórica traza sus raices, en cuanto á la explicacion del derecho positivo, en una época bien anterior. Ya *Cujas*, el gran romanista francés del siglo xvi (muerto en 1590), habia llamado á la historia del derecho «su anzuelo de oro.» Despues de él *Vico* (nacido en Nápoles, 1688, † 1744), en su obra *De universi juris uno principio et fine*, 1720), divide toda la ciencia del derecho en tres partes: la filosofía del derecho, la historia del derecho, y una tercera parte consistente en el arte de aplicar la filosofía á los hechos; distingue profundamente en las leyes el espíritu ó la voluntad del legislador (*mens legis*), y la razon de la ley (*ratio legis*), que reside en el acuerdo de una ley con los hechos históricos y con los

(1) Las tendencias utilitarias han hecho desde Bentham nuevos progresos, sobre todo en Inglaterra. Desde que la antigua aristocracia, que practicaba realmente el viejo adagio *nobleza obliga*, y que ha dado pruebas de grandeza y de perseverancia, sobre todo en la gestion de la política exterior, ha tenido que repartir su influencia, por la reforma electoral de 1832, con la pequeña nobleza y en general con las clases medias, representadas en la Cámara de los comunes, preponderante ahora, y se ha originado en ella un debilitamiento moral; la democracia, que se ha aumentado cada vez más y que tiende á entrar con una nueva reforma electoral en la Cámara de los comunes, no se inspira desgraciadamente sino en las doctrinas exclusivas del sensualismo empírico, que Mill y otros esparcen, con buenas intenciones sin duda, pero con el efecto inevitable de estrechar el espíritu y debilitar el carácter moral.

principios eternos de la verdad y del bien. Casi al mismo tiempo Montesquieu (1689-1755), con una tendencia mas práctica, emprende, en su «Espíritu de las leyes, 1748» (del que hubo en pocos años veinte y dos ediciones), el considerar las instituciones civiles y políticas de los pueblos en sus relaciones con todos los otros elementos de cultura, con la religion, la moral, la educacion, la industria, el comercio, y sobre todo con el medio físico, en cuyo seno se desenvuelve la nacion. El pensamiento fundamental que inspira toda la obra está expresado en la definicion de las leyes, como las «relaciones necesarias que derivan de las cosas.» El autor hace observar que «los seres particulares inteligentes pueden tener leyes que han hecho, pero que tambien tienen otras que no han hecho;» él se declara francamente por allí adversario de la escuela que hace derivar las leyes de la voluntad convencional de los individuos. Sin embargo, falta en Montesquieu la unidad de principio: el elemento histórico, como tal, no se ha puesto todavía bastante en relieve, en oposicion con las teorías individualistas y abstractas, y se ha dado una grande importancia á las influencias físicas, sobre todo al clima. Pero la obra respondia al espíritu de la época, cuyas tendencias liberales alimentaba; condenaba al absolutismo por la historia, y señalaba á los pueblos la constitucion de Inglaterra como un modelo que imitar.

La verdadera lucha contra las doctrinas abstractas principió casi al mismo tiempo en los dos países, Inglaterra y Alemania, donde estas doctrinas debian hallar una fuerte repugnancia, ó al menos un poderoso contrapeso en las costumbres, los hábitos y la organizacion social del pueblo. Fué la revolucion francesa la que hizo surgir en Inglaterra, dentro del Parlamento, un orador célebre, Burke, el Mirabeau de la contrarevolucion ⁽¹⁾, que no cesaba de trasla-

(1) No obstante, Burke (1730-1797) no es contrarevolucionario en el sentido comun de esta palabra; era amigo de la libertad civil y política; habia abogado por los derechos de América y defendido la causa de la India contra el gobernador Warren Hasting; no era siquiera adversario de la teoría de un contrato social, y no podia serlo en su concepto de inglés y de whig. Pero concibe el contrato bajo un punto de vista mas alto, como un lazo histórico que se extiende sobre las generaciones y no puede ser roto por la arbitrariedad ó la violencia. A propósito de esto dice en su pintoresco estilo: «La sociedad es, en efecto, un contrato. Los contratos que se refieren á objetos de un interés pasajero pueden disolverse segun la libre voluntad. Pero el Estado es una cosa mas elevada que un contrato de sociedad sobre pimienta ó café, percal ó tabaco; en nada se le puede comparar con un negocio, no tiene un interés transitorio, y no puede ser disuelto por el capricho de los partidos. El Estado debe, pues, ser mirado con mucho mas respeto, porque no es una sociedad en las cosas perecederas, que sirven únicamente á la

dar á la barra de la Europa las doctrinas y los actos de la revolucion francesa; predecia casi como profeta las peripecias de este grande drama político; se oponia con fuerza á toda tentativa de reforma de la sociedad de acuerdo con principios abstractos, y perseguia con los mas amargos sarcasmos los proyectos sucesivos de constitucion que Sieyès inventaba para cada nueva situacion. Segun Burke, la sociedad es un ser misterioso, del que todas las partes están unidas entre sí por un lazo moral invisible. El arte de organizar ó de perfeccionar un Estado sobre principios *a priori*. La verdadera ciencia política no puede ser mas que el fruto de una larga experiencia. Las instituciones, por otro lado, que en la série de los tiempos pueden hacerse defectuosas, deben reformarse en algun modo por sí mismas, sin ninguna intervencion de la reflexion y de la voluntad, mas ó menos arbitraria de los hombres. Pues estos son los principios profesados por Burke en la política, que se desplegaron casi al mismo tiempo en Alemania, en el dominio de la legislacion civil y de la jurisprudencia, por los dos jefes de la escuela histórica, por Hugo (1768-1844) en Göttingue, y de Savigny (1778-1861) en Berlin. Aunque Hugo (*) haya emitido el primero la mayor parte de los principios de la escuela, es Savigny quien los ha formulado, dándoles un carácter sistemático.

Segun la exposicion de este célebre jurisconsulto, el derecho no es mas que una creacion reflexiva, voluntaria, todavia menos arbitraria del hombre ó de la sociedad. El derecho nace en un pueblo

existencia animal; es una sociedad en toda ciencia, en todo arte; una sociedad en toda virtud y en toda perfeccion. Como no es posible llenar los fines de esta sociedad en algunas generaciones, llegará á ser una sociedad, no solo entre los que viven, sino tambien entre los que han muerto y los que nacerán. Cada contrato de un Estado particular es una cláusula de ese gran contrato primitivo de una sociedad eterna, que enlaza los seres inferiores con los superiores; que une el mundo visible con el invisible, segun un pacto determinado y garantido por un juramento inviolable, y en el que cada ser tiene señalado su lugar. Esta ley no está sometida á la voluntad humana: lejos de ser así, los hombres tienen el deber, en virtud de una obligacion infinitamente superior, de someter su voluntad á esta ley. Véase Buss, *Histoire de la science du droit et de l'Etat*, t. I, p. 225, y el artículo sobre Burke en la *Revue des Deux-Mondes*, 1853, 1.º de febrero.

(*) Hugo habia enunciado ya su opinion, publicando en los *Göttinger Anzeigen*, número 140, 1789, algunas cartas de J. G. Schlosser acerca del código prusiano, y la precisó más en los años siguientes. Los principios políticos de Burke, que Brandis y Rehberg se esforzaron en propagar, ejercieron gran influencia en los progresos de la escuela histórica. De Savigny expuso sus principios con lucidez, precision y método, en su célebre escrito *Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung*, 1815. (Inclinacion de nuestro tiempo hácia la legislacion), y en su nueva obra titulada *System des heutigen römischen Rechts*, 1840.

por un instinto racional, como la lengua, las costumbres y toda la constitucion. El pueblo mismo es un todo natural, viviendo y desarrollándose, bajo la influencia de un espíritu comun, por un conjunto de funciones, cada una de las cuales da un producto social, y entre las que se halla tambien esta funcion particular que engendra el derecho. El conocimiento mismo de esta funcion especial no le deja comprobar históricamente; y por esto es que se refiere, en los mitos el origen del derecho á los Dioses. La edad juvenil de los pueblos es mas pobre en ideas, pero tiene mas clara la intuicion de sus relaciones y de sus estados sociales, expresados primitivamente en los *símbolos*, en seguida en el *lenguaje*, mas tarde solamente la conciencia reflexiva de los *jurisconsultos* reemplaza á la conciencia nacional. Todo derecho nace, pues, como derecho consuetudinario; se engendra por las costumbres, por las creencias nacionales, y, en fin, por la jurisprudencia, pero siempre por medio de una fuerza oculta, de una accion tranquila, sobre todo cuando el desarrollo nacional se realiza de una manera arreglada. Pues esta condicion favorable se encontró realizada en Roma. Lo que constituye el crédito de los jurisconsultos romanos es que su ciencia no se separó jamás de la experiencia ni de la intuicion inmediata de la vida. Son principalmente los tiempos de la libertad republicana los que suministraron á los jurisconsultos el fondo de su ciencia, y los que les enseñaron su admirable método. El derecho progresaba con la vida; las instituciones políticas permitian al juez arreglar los principios establecidos sobre las nuevas necesidades, modificarlas segun los casos presentes. La grandeza de Roma depende del sentido político de este pueblo, que sabia siempre rejuvenecer las formas de su constitucion, de manera que las leyes y las instituciones nuevas no eran mas que el desarrollo de las que precedian. Habia tambien en Roma un justo equilibrio entre las fuerzas de conservacion y de movimiento. El mismo carácter se demuestra en el derecho romano, que se ha formado de una manera regular y orgánica, y que por esta razon puede servir de modelo á los pueblos modernos y hacerse la base de su legislacion. No se encuentra ya hoy esa prudencia tranquila, ese espíritu de consecuencia que hace el fondo del carácter romano. El espíritu de las naciones modernas está menos concentrado, es mas expansivo, mas cosmopolita; tambien estas naciones poseen hasta un grado mas elevado el poder de asimilacion, consistiendo en esto el no haber podido adoptar el derecho romano como ellos han recibido el Cristianismo. El uno y el otro han venido de Roma. Pero para conser-

var tanto como es posible la libertad, la espontaneidad de acción de los pueblos en la formación y desarrollo del derecho, es necesario oponerse á las codificaciones nuevas. El derecho consuetudinario, expresión verdadera de las necesidades de una nación, vale mas que los códigos, que no son una fuente viva para el derecho. Las reformas que se reclaman deben recaer menos sobre la legislación que sobre el procedimiento.

Esta doctrina, formulada por Savigny y dirigida principalmente contra las tentativas de una codificación nueva y general para la Alemania, no dejó de ser vivamente atacada por juristas y filósofos, bajo el punto de vista de la Filosofía, de la historia y de las exigencias de la vida social. Thibaut ⁽¹⁾ mostró que ella desconocía la naturaleza libre y racional del hombre al someterle al imperio del instinto, de los hábitos y de las costumbres mas ó menos reflexivas; que destruía en los pueblos modernos la originalidad, el carácter propio, lo que se habia exaltado en el pueblo romano al obligarlos á mantener una legislación que habia sido adoptada en un estado social enteramente diferente, y que no respondía de modo alguno á las nuevas necesidades, nacidas en consecuencia de ideas y de relaciones desconocidas de la antigüedad; que las reformas, en fin, que se habian reconocido como necesarias en las otras ramas del derecho, el derecho criminal, comercial, público, eran igualmente indispensables por el fondo y por la forma en la legislación civil. En efecto, la escuela histórica ha considerado al pueblo romano en algun modo como al pueblo elegido, revelador del derecho, y ha querido erigir el derecho romano en código universal para todos los pueblos, mientras que este derecho ha debido servir únicamente de medio de educación y entrar como un elemento de asimilación en la cultura jurídica de los pueblos modernos; no es necesario que él se haga un obstáculo para su libre desarrollo, conforme á su propio carácter. Mas tarde, el sistema filosófico de Hegel ⁽²⁾ se anunció á sí mismo como adversario á la vez

⁽¹⁾ Es Thibaut, catedrático de la universidad de Heidelberg, quien provocó con su opúsculo titulado *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland*, 1814 (sobre la necesidad de un código civil general para la Alemania) la obra de Savigny, y fué constantemente adversario de la escuela histórica. El éxito que alcanzó esta escuela se explica por todas las circunstancias contemporáneas, pero no puede ser definitivo. Las necesidades de una nueva codificación se hacen sentir cada vez con mayor fuerza. Muchos Estados de Alemania han empezado la reforma con una codificación (como Sajonia en 1864), y no está lejano el tiempo en que el sentimiento enérgico de la nacionalidad alemana conducirá también á la unidad de la legislación.

⁽²⁾ El sistema de Hegel, profesado en Berlin, se ha atraído un celoso partidario

de las teorías abstractas del liberalismo y de la doctrina histórica, y proclamó la necesidad de establecer principios capaces de reunir de una manera íntima el elemento histórico y el elemento filosófico del derecho. Sin embargo, en esta escuela la alianza proyectada entre la historia y la Filosofía ha venido á ser una absorción mútua, que no permite ya distinguir los hechos y los principios, y ha conducido á las interpretaciones mas arbitrarias de los hechos históricos. La verdadera alianza entre la Filosofía y la historia no puede verificarse fuera de un sistema, que manteniendo la independencia relativa de estas dos ciencias, sepa combinar con método el orden de las ideas con el orden de progreso de los hechos históricos. Este problema nos parece hallarse resuelto en el sistema de Krause.

La escuela histórica tiene el mérito de haber concebido el derecho como independiente de lo arbitrario ó de la voluntad individual; ella es la que ha hecho comprender, bajo el punto de vista práctico, la distinción importante que la Filosofía habia establecido entre el derecho y la ley; pero en lugar de buscar el origen del derecho en los principios eternos racionales superiores, que constituyen la naturaleza del hombre, ella ha buscado el origen en las tendencias instructivas inferiores. Ella ha reanimado todavía el estudio de las leyes y de las constituciones del pasado, reformando muchos juicios injustos sobre las antiguas instituciones, y hecho comprender mejor cómo la vida presente tiene siempre sus raíces en la vida anterior, en las costumbres que las generaciones se transmiten, y que es peligroso atropellar por reglas abstractas, por reformas que rompen la ley de continuidad. En la ciencia del derecho ha llegado á sustituir al antiguo método en alguna manera exterior, que interpretaba las leyes segun la voluntad supuesta en el legislador, y establecía el sistema del derecho segun principios lógicos puramente formales un método mas interior, que penetra mas profundamente en la naturaleza propia de cada materia y de cada institución de derecho. En fin, ella ha concebido con razón el Estado como un organismo, y no como una simple agregación de individuos, ó como un mecanismo resultante de las fuerzas reunidas de los individuos, y mantenido por leyes convencionales: ha considerado el derecho igualmente como un elemento orgánico de la sociedad, influido por todos los otros elementos de cultura social, y desarrollándose por una impulsión interna de la vida nacional.

en un distinguido jurista, M. Gans, conocido especialmente por su obra: *Das Erbrecht in seiner weltgeschichtlichen Entwicklung*.

Pero por otro ha desconocido el carácter libre y racional que distingue el organismo moral de la sociedad de todo organismo físico sometido á leyes fatales. Cuando los pueblos se encuentran todavía en un estado semejante á la infancia, el derecho se forma mas pronto instintivamente, por una especie de vegetacion, que por una inteligencia clara y precisa de las necesidades que está llamado á satisfacer; pero cuando la reflexion y la razon adquieren mas influencia, el derecho se traslada dentro de la esfera de la libertad, y la legislacion llega á ser mas razonada. El organismo moral y libre, manifestado en el derecho, no debe, pues, estar identificado con un organismo físico. La escuela histórica ha olvidado demasiado en el hombre el carácter de la libertad; ella ha reemplazado, para la formacion del derecho, la ley de la razon por la del instinto; ha consagrado el fatalismo, borrando en el fondo la diferencia entre el bien y el mal moral, entre lo justo y lo injusto. El instinto de los pueblos está declarado infalible, y Savigny piensa que seria levantar una acta de acusacion contra la vida misma el reprobar leyes é instituciones que él ha producido. Sin duda no se puede condenar moralmente á unos seres sometidos á leyes fatales; pero en la vida de los pueblos, considerados como seres morales, pueden encontrarse leyes é instituciones inspiradas por pasiones, por costumbres depravadas, y mantenidas por intereses exclusivos, á pesar de un estado mas adelantado de cultura, y se deben vituperar esas instituciones como un obstáculo al desarrollo de la nacion. La escuela histórica ha caído en el extremo; ella ha rechazado todo principio absoluto de justicia, sosteniendo que el derecho cambia sin cesar con la diferencia de cultura y las costumbres de un pueblo; y en vez de fundar investigaciones filosóficas sobre la idea eterna de la justicia, no ha querido admitir mas que deducciones históricas del derecho, probar la bondad de una ley, haciendo comprender las causas y las circunstancias que la habian traído. Pero como los pueblos, del mismo modo que los individuos, no son seres orgánicos que crecen fatalmente, como ellos están sometidos al error, y con la capacidad de hacer mal; la vida de todo pueblo presenta, en el cuadro de su desarrollo, ciertas instituciones malas é injustas, aun para la época en que han existido, por ejemplo la tortura.

Para juzgar lo que es bueno y justo en la vida actual ó pasada, es necesario poseer un criterio que no esté traído del pasado ó del presente, pero sí de la naturaleza humana. En efecto, no debe confundirse la explicacion de un hecho ó de una institucion con el jui-

cio que se deba formar sobre su bondad y su justicia. La explicacion no consiste mas que en reunir un hecho con otros hechos que le han dado nacimiento, pero que pueden ser igualmente buenos ó malos, justos ó injustos. La nocion del derecho mismo no puede sacarse de la experiencia ó de la historia, porque esta experiencia es contradictoria. Se encuentran leyes é instituciones diversas en los diferentes pueblos. No hay materia alguna de derecho civil ó político que esté arreglada de la misma manera, aun en las naciones civilizadas. Para que la nocion del derecho sea general, debe abrazar la vida de todos los pueblos; pero por consecuencia de los principios contradictorios que rigen las materias mas importantes, por ejemplo, la organizacion del matrimonio, la propiedad ó el gobierno, es imposible deducir de estos datos históricos un principio universal. Y si se quisiera hacer una eleccion, seria necesario conocer ya los principios generales, segun lo que pudiera discernirse en las instituciones existentes lo que es bueno ó malo.

Además, la historia de las instituciones sociales, de las que es un elemento constitutivo la libertad humana, se distingue esencialmente de la experiencia que recae sobre el dominio de la naturaleza orgánica; los objetos de esta pueden ser observados en su desarrollo completo, desde su nacimiento hasta su madurez y decadencia, mientras que la humanidad y los pueblos están todavía lejos del estado de perfeccion al que pueden llegar en sus instituciones sociales. Así, pues, ningun estado del pasado ó del presente puede servir de regla para el perfeccionamiento ulterior. Sin duda la historia es una ciencia experimental. Pero como la experiencia presupone ya en el dominio de la naturaleza el arte de sentar bien las cuestiones y de combinar los resultados obtenidos de manera que se hagan brotar nuevas luces, la historia requiere una aplicacion bastante mas extensa todavía de este arte. Debe consultarse la historia de las sociedades acerca de los grandes problemas religiosos, morales, políticos, que han sido sentados para el perfeccionamiento de la humanidad, y que son sacados de la esencia constitutiva del hombre. Tambien responde ella siempre en el sentido de las cuestiones que se la dirigen. Un historiador desnudo de sentido religioso presentará una falsa apreciacion de todas las religiones. Cuanto mas vasto sea el espíritu del historiador y mas capaz de dominar todos los aspectos de la vida de la humanidad, tanto mas completa y verdaderamente humana será su obra. La historia misma señala, pero no demuestra; la demostracion no se hace mas que en la Filosofia de la historia, por medio de las ideas generales, de las

que la historia ofrece una evolucion sucesiva. Por esta razon se puede oponer á las palabras de Ciceron: *Historia magistra vitæ, lux veritatis*, la opinion de Arndt, el intrépido adversario de la dominacion napoleónica en Alemania, que lo que la historia enseña mas claramente es que no se aprende nada por la historia. En efecto, los tiempos modernos son todavía un triste testimonio del poco provecho que los pueblos y los gobiernos sacan de la historia. ¡Qué pronto se olvida que el desvío de los principios eternos de moralidad y de justicia, que la adoracion materialista de la fuerza y de sus actos hacen necesariamente revivir al absolutismo! El materialismo político no puede ser vencido sino por convicciones morales, reanimadas y fortificadas ante todo por una sana filosofia. La historia civil y política debe ser igualmente inspirada por ideas filosóficas que sondeen profundamente la naturaleza y el fin de una institucion, el espíritu general de una época, y sobre todo el carácter ó el genio de los pueblos, que se revela á menudo en los menores detalles. El genio de Roma se deja comprobar en cada una de las partes de su derecho civil y político. Cuando se penetra así en el carácter nacional, se evita el error de querer encadenar la vida de todos los pueblos al derecho romano, de hacer falsas analogías, de modelar la vida política de una nacion sobre las instituciones políticas de otra nacion, ó de echar en el molde de una fuerte organizacion central el organismo de un pueblo que en toda su historia ha mostrado un espíritu federativo.

Los principios de la escuela histórica, revestidos de un carácter mas bien naturalista y fisiológico que moral, debian parecer insuficientes á aquellos que, aunque opuestos al racionalismo, buscaban un origen mas elevado para el derecho y las instituciones sociales. Surgió una nueva escuela que, resistiendo al mismo tiempo contra las tendencias propaladas por la revolucion francesa, tomó un carácter esencialmente religioso y teológico, manifestando la intencion de retraer el derecho, la legislacion, todas las instituciones sociales, sea á una revelacion primitiva, sea á la voluntad divina, que la fé y las tradiciones históricas debian hacer conocer. Esta escuela ha sido fundada por Maistre⁽¹⁾ y continuada en el es-

(1) José de Maistre nació en Chambéry 1764, † 1821; ministro plenipotenciario de Cerdeña en San Petersburgo en 1803, escribió en esta ciudad las *Soirées de St. Pétersbourg*, publicadas despues de su muerte, obra filosófica mucho mas profunda que la de *De Pape*, en la cual formuló la doctrina del papismo ultramontano. V. L. Binaut, *Rev. des Deux-Mondes*, 1 Dic. 1858, y 1 agosto 1860, así como las *Mém. polit. et correspond.* de J. de Maistre, publicadas por A. Blanc, Paris, 1858.

píritu del catolicismo por de Bonald, Adam, Müller, Baader y otros ella fué trasformada recientemente segun el espíritu del protestantismo, y apoyada sobre mas fuertes bases filosóficas é históricas por Stahl⁽¹⁾

Si esta escuela no hubiera tenido por fin mas que retraer la nocion del derecho al principio supremo de todas las cosas, indicar las relaciones que existen entre la accion divina y la vida de todos los seres, y dar á conocer así el fin providencial que se realiza en la historia de todas las instituciones, ella habria adquirido las simpatías de todo hombre religioso. En efecto, un progreso real y duradero no puede verificarse fuera de las grandes ideas religiosas; sin ellas la vida humana es un enigma insoluble, y la historia una série de accidentes, un progreso abandonado al azar, desprovisto de una direccion superior que la guie hacia el fin de la humanidad. Pero la escuela teológica, lejos de comprender el gobierno de la Providencia en todas las grandes evoluciones de la historia, tiende á inmovilizar la sociedad, ó, si se quiere, á hacerla retrogradar hácia un tipo de organizacion, que no encuentra ya su razon de ser en el presente; ella estrecha la nocion del derecho, haciéndola derivar del pecado ó de la caida del hombre, la

(1) M. Stahl (1802-1861), catedrático de la universidad de Berlin, colocándose en un punto de vista mas filosófico en su importante obra *Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, ha podido libertarse de muchas ideas exclusivas y erróneas de las escuelas teológica é histórica. No obstante, segun el espíritu dominante de su doctrina, y como uno de los defensores principales de «el Estado cristiano», debe ser enumerado entre los partidarios de la escuela teológica. Al concebir todo el orden del derecho y del Estado como una consecuencia de la culpa, y como no estando destinado sino para conservar, por medio de la fuerza, los últimos limites, en los cuales debe encerrarse toda accion moral de una persona ó de una institucion, Stahl estableció una doctrina que por su carácter limitado y negativo no se eleva sobre la teoria de Kant, y desconoce la mision mas elevada del Estado, la de contribuir tambien de una manera positiva al perfeccionamiento del hombre y de la sociedad. En el derecho público Stahl se hizo el defensor de la dignidad real (con un simulacro de representacion) y del derecho divino contra el derecho, á la vez divino y humano, de los pueblos, y el sosten del principio exclusivo de la autoridad y de la legitimidad, representadas por la nobleza, el ejército y el clero, contra el principio igualmente exclusivo y puramente formal de las mayorías; en el fondo erige en el dominio político una dignidad real bajo el modelo del papado en el dominio religioso; nota bien la diferencia entre la funcion ó la institucion y sus órganos, reconoce que los reyes y los papas son pecadores como los pueblos; pero cree que los pecados de los reyes son mas humanos, los de los pueblos soberanos mas diabólicos. La doctrina de Stahl caracteriza la época prusiana de Guillermo IV, con las tendencias feudales, que aun son hoy muy vivas, á pesar de la revolucion que este Estado está operando en Alemania.