

mente con energía, hace al reflejo automático sujeto a la voluntad, hace que el impulso ciego rinda tributo a la razón, sea en todo caso algo más perspicaz, y hace ascender al hombre en el camino del desarrollo desde el grado de un ser instintivo al de una personalidad capaz de pensamiento, de juicio, de previsión, de carácter, que no se procura las sensaciones de placer necesarias a todo ser vivo mediante imposiciones sensuales y el hartazgo de apetitos carnales, sino por medio de satisfacciones de orden superior, por el triunfo del espíritu sobre la vida vegetativa, por la afirmación de la voluntad frente a las irritaciones del mundo exterior y de los órganos corporales, por la satisfacción que procura el contenido de la razón por su obrar. Son estos austeros, pero refinados sentimientos de placer los que predominando constantemente en la conciencia, acaban por producir el estado que es en el más alto grado propicio a la vida, la felicidad subjetiva.

La moral es una institución que se ha creado por las necesidades de la sociedad, es decir, no de una innata, sino artificial condición de la especie. Pero se injerta a órganos y cualidades naturales del hombre y por esto se convierte de fenómeno sociológico en fenómeno biológico. He rechazado, burlándome de ella, la idea que la moral sea algo absoluto, un poder cósmico que existiría y tendría valor aunque no hubiera humanidad ni siquiera una Tierra. Hay que fijarse bien que la moral es una ley de las acciones humanas, que obra sólo en el seno de la humanidad y no es concebible fuera de ella. Sin embargo, llegando a ser una función diferenciada del aparato de inhibición, participa en los procederes generales de la vida y nos conduce al punto donde en efecto, se abre delante de nosotros la perspectiva emocionante de lo absoluto, de los problemas de la eternidad.

El encadenamiento de mis deducciones, me ha conducido ante numerosos fenómenos que podemos precisar y definir como hechos de experiencia, pero cuya explicación está fuera del alcance del entendimiento humano. Hemos dado la vuelta interrogativamente al enigma de la vida, hemos reconocido en él las inexplicabilidades, la falta de un comienzo de la irritabilidad, de la conciencia, de la transformación de vibraciones en sensación y representación de la voluntad, de la inhibición. Hemos llegado a la conclusión que el único fin reconocible de toda actividad vital es la conservación de la vida, dicho más brevemente, que la vida es su propio fin. La moral tam-

bién se propone de un modo ostensible u oculto, como su única tarea claramente demostrable, garantizar al individuo la conservación y seguridad de su existencia en una esfera más elevada que la de las funciones vitales vegetativas del individuo. Por eso se integra en el plan de la existencia, de sus misterios y de su fin y coexiste con el ciclo de vida que de la eternidad brota y a la eternidad va a parar.

## IV

## LA MORAL Y EL DERECHO

La coacción que la colectividad ejerce sobre sus miembros y por la cual les obliga a poner de acuerdo sus acciones u omisiones con la norma por ella exigida, tiene dos formas: la costumbre y el derecho. ¿Son ambos realmente distintos una de otro? Y ¿cuáles son sus relaciones recíprocas? Preguntas son estas que requieren examen.

Desde los tiempos más remotos, serios espíritus han meditado sobre la relación entre derecho y costumbre. La evidencia y la experiencia práctica les obligaban a reconocer una diferencia entre ambas instituciones, pero al mismo tiempo tenían la impresión segura que se remontan a orígenes comunes. Sócrates distingue entre las leyes escritas de la patria y las no escritas que expresan la voluntad de los dioses. Forman las primeras el derecho positivo que el ciudadano está obligado a respetar y al cual tiene que someterse; pero las segundas son superiores procediendo de los dioses mismos. Una prueba de que las leyes no escritas tienen la precedencia sobre las escritas, está en su invariabilidad. Las leyes escritas cambian de un Estado a otro. Son obra de legisladores individuales que unas veces eran sabios, otras tiranos irracionales. Pero todas contienen ciertas prescripciones que en todas partes son las mismas reglas. Es como si uno sólo y el mismo legislador hubiera colaborado en todas las leyes que rigen en los diversos países y ciudades y que en tantos puntos son diferentes. Pero este único legislador común, cuya voluntad se encuentra en todas las leyes, por diferentes que sean, es, pues, la Divinidad. Este es en esencia el pensamiento de Sócrates, tal como lo refiere Xenofonte en sus «Memorabilia». El sabio de Atica habla el lenguaje de su época, que es también todavía el de muchos hombres de nuestros

tiempos. La Divinidad, cuya voluntad penetra todas las leyes escritas y a la cual pueden ser reducidas, es el principio moral. Hugo Grotio dice con un modo de expresión más cercano al pensar moderno: «Derecho y moral brotan de la misma fuente, del vigoroso instinto social que es natural en el hombre. Atestiguan la solicitud dirigida por la razón para conseguir el bien de la colectividad». Esta asimilación de derecho y costumbre, de *jus* y *mos*, es muy digna de atención en un jurisconsulto positivo que piensa con un sentido tan estrictamente profesional como Grotio. Kant distingue entre doctrina de virtud y doctrina de derecho y aunque establece su distinción, pone de relieve su íntima relación y ambas conjuntamente constituyen su doctrina de la Ética.

Una diferencia de principio entre derecho y costumbre no la hay en efecto. Solamente que el derecho es obligatorio, de modo diferente que la costumbre. Sería quizás ir demasiado lejos decir: el derecho tiene sanciones, mientras que la costumbre carece de ellas. La costumbre tiene también sus sanciones, solo que son de otra índole que las del derecho. El que peca contra la costumbre, es despreciado por sus semejantes y este desprecio puede llegar a tener tal intensidad que hasta el más empedernido y desvergonzado bribón tiene que sentirlo. En una sociedad vieja, no muy rígida, en la cual el individualismo está altamente desarrollado, cada cual sigue su propio camino sin hacer caso de los demás que no le importan nada; un prójimo sin impulsos ni conciencia puede violar la ley no escrita de que habla Sócrates, sin que tenga que expiarlo. En una joven y sólidamente organizada comunidad, por lo contrario, en la cual todavía está fresco y vivo el sentimiento de solidaridad, se le aplica el castigo de proscripción una vez que ha sido descubierto y juzgado, y por ejemplo, su permanencia en una pequeña ciudad de los Estados Unidos no sería posible. La opinión pública le hostigaría de tal modo que se consideraría feliz con salir de allí sano y salvo. Sin embargo, este castigo es excepcional tratándose de faltas contra las buenas costumbres, mientras que es de regla en las que van contra el derecho.

La sanción del derecho es más estricta que la de la costumbre, así como el derecho es él mismo más estricto que la costumbre. El derecho tiene en vista órdenes de casos concretos en los que hay que observar el miramiento al prójimo, cumplir los deberes para con él y respetar sus pretensiones. Estos órdenes de casos son definidos con la

mayor precisión posible por el derecho, mientras que la costumbre se limita a las generalidades y determina toda la esfera de relación del individuo con el prójimo. La costumbre abarca a la vida interior y exterior del hombre y vigila sus pensamientos que son los genitores de sus acciones, así como las acciones mismas; el derecho sólo tiene que mirar a las acciones y se abstiene de penetrar en la intimidad del pensamiento, a menos que ésta cambie esencialmente el carácter de la acción, así como la premeditación de un delito, o la accidental o permanente irresponsabilidad modifica el juicio sobre un delito o crimen. El derecho es un parvo extracto de la costumbre, una reducida selección de su variedad, una condensación e y encarnación de su ondeante indeterminación. Puede compararse a los cristales que son precipitados, formados con precisión geométrica, netos y duros de un líquido, el agua madre, o bien con los cuerpos celestes que se condensan en la fluctuante nebulosa primitiva. La costumbre es lo primitivo, el derecho, el derivado de ella. Invoca su origen de la costumbre y ofrenda, por lo menos tácitamente, en ella su pretensión de ser respetado. Un derecho que infringiera la costumbre, que abiertamente fuera inmoral, no podría imponerse, mantenerse aunque estuviera erizado con las más terribles amenazas de castigo.

La relación de madre a hijo, entre costumbre y derecho, puede ser oscurecida para el vulgo; es clara para el entendimiento analítico. La comprensión de la unidad de esencia de ambos fenómenos explica una hipótesis que desde la Edad Media y todavía en el siglo XVIII era corriente entre las mejores inteligencias, pero que hoy es rechazada como errónea por una ciencia jurídica de tendencia más positiva, pero al mismo tiempo más estrecha, la de un derecho natural que precede al derecho histórico, que vive y actúa al lado y sobre éste y que constituye el fundamento y la medida de toda ley positiva, de toda determinación jurídica. Se comprende que el siglo XIX diera fin al concepto del derecho natural y hasta le hiciera objeto de abundantes sarcasmos. Desde luego, tiene que parecer grotesco a una inteligencia jurídica severamente disciplinada que un juez para llegar a formar juicio en un caso concreto de un pleito, invocase en vez de un texto preciso el derecho que nació con el hombre o hasta según indica Schiller, tiende la mano a los astros y de allí recoge el derecho eterno. Aun este procedimiento no es tan bufoso como lo parece a limitados pedantes que no conocen más

que artículos y párrafos, pues el procedimiento de equidad de los jueces ingleses que seguramente no lo hacen por broma, no es en el fondo otra cosa que ese ademán hacia los astros y que juzgan con arreglo al derecho que nació con el hombre. La disputa entre el derecho natural y el histórico, era en realidad una disputa por una palabra. Juan Jacobo Rousseau, sus contemporáneos y discípulos, se equivocaban sencillamente en la elección del vocablo. Cometían una falta de previsión hablando de un derecho natural. Deberían haber dicho: «la innata pretensión del hombre del respeto de su personalidad», o bien «el miramiento natural para con el prójimo». O lo más breve y sencillo: «la moral». Contra ésta no hubieran levantado los jurisconsultos ninguna de las objeciones con las cuales han combatido con éxito el derecho natural.

Los comienzos de la sociedad y los de la moral son simultáneos, puesto que aquella sin ésta no habría podido subsistir un solo día. Desde el momento en que los hombres obligados a ello por el apremio de su lucha por la existencia, tuvieron que salir de su primitivo aislamiento natural y se juntaron en comunidad, tuvieron que vigilar sus instintos, contener sus codicias, hacer cosas que les eran desagradables y tener en cuenta los sentimientos del prójimo en todas sus acciones u omisiones, así como exigían que los demás tuviesen también en cuenta los suyos propios. Esto era la moral que limita el autocratismo y la arbitrariedad del individuo en plena libertad. Comprendía todas las reglas que determinaban la relación de los hombres entre sí. No había distinción entre costumbres y derechos. Los hombres estaban sometidos a la dominación de la tradicional costumbre de la sociedad de que formaban parte y respetada por todos la costumbre tenía para ellos el valor del derecho. Las leyes formuladas y más aún las escritas, son un hecho relativamente reciente. Verdad es que Asia tiene ejemplos antiguos de leyes escritas, la Manava Dharina Sastra, el Código del indio Manú, los Kings chinos, la ley de Hammu Rabi y la del Pentateuco que tiene con ella cierto parentesco, aunque no depende de ella, sino que proviene muy probablemente de la misma antigua fuente que ella; mucho más recientes son las leyes helénicas de Draco, Solón y Licurgo y la ley romana de las Doce Tablas; todavía mucho después fueron fijadas por escrito las «leges barbarorum»; algunas como el derecho consuetudinario formulado en el «Espejo de los sajones» de los alemanes, no fueron redacta-

das antes del fin de la Edad Media. Es propio de la mayor parte de las antiguas leyes asiáticas que contienen a la vez reglas morales y preceptos de derecho y no hacen distinción entre ambos órdenes de prescripciones.

Cito un sólo ejemplo: los diez mandamientos. Junto a mandamientos tan positivos como «no hurtas», «no mates», «honra a tu padre y a tu madre», hay otros que prescriben su carácter y derivación de movimientos psíquicos y cuyo cumplimiento o incumplimiento puede sustraerse a la observación ajena como son los mandamientos que se refieren a la relación con Dios o advierten no codiciar a la mujer o los bienes del prójimo. Los movimientos subjetivos son estados del alma que sólo se revelan al ojo de la conciencia hasta tanto que se manifiestan en acciones y que según su naturaleza no pueden formar objeto de derecho que únicamente se ocupa de las exteriorizaciones del pensamiento y de la voluntad mediante acciones materiales.

También en el derecho público, no menos que en el derecho penal y en el privado, se advierte en el siglo XVIII la tendencia a dar a derechos concretos un preámbulo de principios morales generales y a atestiguar con ley formal que aquéllas son derivados de éstos. La declaración de independencia de los Estados Unidos de América, en Julio de 1774, dice: «Consideramos las siguientes verdades como evidentes por sí mismas: que todos los hombres nacen iguales; que el Creador les ha otorgado derechos inalienables, entre ellos el derecho a la vida, a la libertad y a la persecución de la felicidad», etc. Por lo tanto, antes que estos derechos estén rodeados de garantías legales, son ya proclamados como natural posesión innata del hombre, independientes de toda concesión especial y expresa del legislador, sustraídos a toda objeción y hasta a toda discusión. De los trece Estados que al principio formaron la Unión, diez adjuntan a su Constitución un «bill of rights» general que reproducía el contenido esencial de la proclamación de Julio de 1774, siete lo pusieron como introducción al frente de su ley fundamental, tres lo intercalaban en ella. Otros dos, Nueva York y Georgia, lo distribuían en varios artículos de la Constitución. Rhode Island fué el único que se abstuvo de una declaración general. También los Estados que se han adherido después a la Unión, seguían con muy pocas excepciones, el ejemplo de sus antecesores y erigían su Constitución sobre la base de los derechos humanos naturales expresa-

mente proclamados. La Revolución francesa siguió asimismo el camino enseñado por los Estados Unidos y puso al frente de la Constitución de 1791 la «Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano» que no es una ley en el sentido técnico de la palabra y sin embargo, está por encima de todas las leyes positivas, es su medida y su piedra de toque y a priori desvirtúa las que no están penetradas de su espíritu y la contradicen.

Vemos que al principio era la moral y las primeras leyes que ponían en fórmulas sus prescripciones, ya fuesen tradicionales, orales o consignadas por escrito, recomendaban lo bueno y lo deseable, lo necesario y lo apetecido, sin distinción, junto lo uno con lo otro. La diferenciación en costumbre y en derecho de la moral reconocida por la colectividad como su regla no hizo su aparición hasta más tarde, del modo más determinado en Roma, que hacía primero una severa separación entre las relaciones de los hombres con los dioses y entre ellos mismos, abandonando las primeras a la conciencia de cada cual y poniendo las segundas bajo el poder del Estado que excluyó el elemento de sentimiento y presentimiento de la ley, ateniéndose a las acciones que clasificó dictatorialmente. El derecho separaba del dominio de la moral que lo abarca todo, un campo más limitado, el de los intereses reales, inmediatos de los hombres e hizo de ellos solos su objeto. El fin de toda moral es hacer posible a los hombres la coexistencia pacífica y provechosa; dentro de esta misión general, está la del derecho, la supresión por la fuerza de los más grandes obstáculos a esta armonía entre los individuos y la imposición a todos con autoridad, con coacción material, del respeto de los intereses del prójimo. Lo primero que exige un hombre responsable que no padece ninguna enfermedad mental, es el respeto a sus bienes innatos y adquiridos, es decir, a su vida y a la inmunidad de su cuerpo y de todos los bienes que le pertenecen y sirven para satisfacer sus necesidades, para su bienestar y su placer. Quien atenta contra estos bienes o se predispone a amenazarlos, lo reconoce como un enemigo contra el cual se arma, al cual combate, al cual trata, si es un carácter de fuerte sentir, de aniquilar y del cual huye si es demasiado débil para vencerle y al cual se somete solamente si ya no queda otro remedio, pero conservando sentimientos de odio y venganza en el corazón, en un estado de ánimo que si está algo difundido arma los brazos de todos contra todos y conduce al quebranto y

hasta a la disolución de la comunidad. El derecho por ende se propone la misión de proteger eficazmente al individuo contra las usurpaciones ajenas. Pone el poder organizado de la colectividad al servicio del interés individual amenazado castigando, como Derecho penal, más o menos severamente, los atentados contra la vida y la salud, la apropiación ilegal de bienes por la violencia o artificios, las molestias y agravios mal intencionados, y como Derecho civil o real, vela, y en caso de necesidad exige por la fuerza el cumplimiento de buena fe de los contratos sobre el equitativo intercambio de valores o los servicios.

Un grupo de hombres escogidos que en todas partes forma tan sólo una pequeña minoría, tiene otra escala de valores que la muchedumbre. Para ellos no es la vida «el mejor de los bienes» para emplear la frase de Schiller. Conocen otros que estiman más preciosos. Tienen necesidades y delicadezas cuya comprensión falta completamente al vulgo. La estima de sí mismo, su dignidad tiene para ellos más valor que la riqueza; el honor es más sagrado que la vida. Sacrifica sin vacilar su fortuna a su libertad y la existencia en medio de un ambiente en el cual predominan la brutalidad, los sentimientos bajos, el duro egoísmo, la mala fe artera, la hipocresía y la deslealtad, es para ellos más insoportable que las amenazas contra los intereses materiales. El derecho no tiene en cuenta a esta minoría. Es una creación y un criado de la gran mayoría. Está pegado a ras del suelo y es incapaz de vuelos elevados. En la salvaguardia de sus más nobles bienes espirituales, en la defensa de su ideal contra groseros agravios, no presta servicio al hombre escogido. Se declara incompetente para todo lo que cae fuera de lo material.

En esto reside a la vez la fuerza y la debilidad del derecho. Constituye su fuerza que circunscribe bien marcadamente su objeto y tiende con medios positivos a resultados positivos que están al alcance hasta del más bajo entendimiento. Es su debilidad que excluye de su radio de acción los intereses más elevados y más refinados de los hombres. Y sin embargo, estos intereses existen y merecen también que se les considere y se les proteja; pueden rogar que también a ellos alcance la garantía de la colectividad. El bien de la colectividad, que es el fin así de la moral como del derecho, exige la creación y el sostenimiento de condiciones dentro de las cuales los hombres de selección puedan también gozar de su parte de alegría de vivir o, por lo menos, sientan soportable la existencia. Para con-

seguir esto no basta el derecho. No hay ley que mande a la horda despreocupada de palurdos, la consideración para con las más delicadas y nobles sensibilidades de los espíritus escogidos y no hay Tribunales que castiguen su irreflexivo o mal intencionado agravio. Para remediar esta deficiencia hay que remontarse de nuevo desde la baja llanura del derecho, que es el habitáculo natural de la muchedumbre hasta las alturas de la moral, morada habitual de los hombres cumbres. En el grado teológico de la civilización cabe buscar refugio con los dioses y poner en sus manos la protección de los bienes espirituales esenciales. De los dioses se espera el castigo de los malvados a cuya maldad no alcanza ningún artículo del Código penal; de ellos se espera tranquilidad y consuelo cuando el ambiente es difícil de soportar o insoportable. De este modo podían conllevar la vida los hombres de espíritu superior en los siglos sombríos de la barbarie europea. Huyendo del mundo se salvaban del repugnante contacto con la muchedumbre. Se encerraban en las celdas del claustro aislándose de los hombres y se entregaban a la mística comunión con Dios. En el vulgo una autoridad cruel mantenía bastante penosamente una incompleta disciplina, con orden legal apenas suficiente, apelando al palo, la argolla, el tormento y la horca. La minoría de los hombres selectos ejercía severidad para con ellos mismos, suprimía los bajos apetitos con mortificaciones voluntarias y pudo sostenerse frente al espectáculo desconsolador de la vida en aquellos tiempos, refugiándose en la oración y en la fe en el prometido reino milenarío de Dios.

Mucho antes de la aparición del cristianismo los nobles espíritus entre los helenos habían experimentado la necesidad de vivir en una esfera de más elevada espiritualidad y moral que la del foro y se escondían tras las cortinas de nubes de los misterios eléusicos donde se reunieron entre ellos, se sustrajeron a la dominación del rígido derecho y observaron las más nobles reglas de la costumbre. Siempre que la medida de la moral encerrada en el derecho positivo no pudo bastar a una minoría con miras más elevadas, tuvo que recurrir al mismo expediente, a un esoterismo que separaba de la colectividad a pequeños grupos en los cuales se añadían a la ley vigente una superestructura de reglas más severas, de deberes más delicadamente matizados, de miramientos más corteses. La vida contemporánea ofrece también ejemplos de estas tendencias que en todos tiempos se encuentran. Existen

sociedades y profesiones cerradas en las cuales se estima el concepto de la integridad de un modo mucho más rígido que entre el vulgo. En ellas no basta para considerar sin tacha a un hombre no haber nunca infringido las leyes positivas ni haber entrado jamás en conflictos con la justicia. Tiene igualmente que mostrarse ante el tribunal de la moral tan limpio de falta como ante el del derecho. Un círculo o una sociedad que se cuida de su reputación, no admite como socio a ningún solicitante al cual pueda reprochársele ser mentiroso, maldiciente, incumplidor de su palabra, servil y arrivista, defectos de carácter que no infringen ningún artículo del Código penal. Hay corporaciones de oficiales de regimientos alemanes que han obligado a compañeros suyos a despojarse del uniforme porque habían seducido y abandonado a una muchacha honrada, aventura halagadora de la cual todavía se vanaglorian los majaderos, y en la cual sólo interviene el juez a requerimiento de la perjudicada o de su familia, y no para castigar al malhechor, sino únicamente para condenarle a una indemnización pecuniaria.

Casi todo el mundo está de acuerdo en que la ley no ampara suficientemente el honor. Por lo visto, no lo considera el derecho positivo de un valor igual al de los bienes materiales, para cuya defensa se siente competente. Pero hay un número bastante crecido de hombres para los cuales su honor es más precioso que su fortuna, hasta más que su vida, y se convencen temblando de indignación que un ladrón que les roba el portamonedas con unas cuantas pesetas va a la cárcel, mientras que un miserable infamador que les ultraja, o queda completamente impune o se libra en el mejor caso con el pago de una multa que añade al ultraje una ofensa oficial. Aquí se ha quedado el derecho tan atrás de la costumbre, que los individuos, por propio impulso, intentan suprimir la distancia, sin contar con la intervención de la colectividad. Entre el pueblo se venga el honor ultrajado haciéndose justicia a palos y con frecuencia derramando la sangre, y entre la clase elevada se emplea el duelo con armas mortíferas, desesperado absurdo que implica una dura acusación contra el derecho vigente. El duelo es la acción de un individuo que siente que no puede contar más que consigo mismo porque ve que la sociedad permanece indiferente ante un ultraje a su honor. Es una acción de defensa propia, así como la institución de un «Vigilance Committed» en el seno de una afluencia anárquica de canalla sin ley ni freno. El

duelo que apenas puede defenderse con argumentos razonables, se explica con tradiciones históricas y como supervivencia de antiquísimas ideas crepusculares. En otros tiempos era el duelo concertado un juicio de Dios. Era general la convicción que Dios concedería la victoria al derecho y que abatiría la iniquidad. Cuando las leyes humanas resultaban ineficaces, volvía el ofendido a la fuente de todo derecho y ponía su causa en manos del Eterno. Según esta manera de ver, el duelo no es un medio impropio de evitar atentados contra el orden legal. Aun en el caso de que el ultrajado no sepa el manejo de las armas, aunque esté frente a un adversario entrenado y muy superior, no tiene nada que temer puesto que Dios lucha con él. Está, por lo tanto, más seguro de su éxito que si confiara su causa a jueces humanos falibles. Pero desde el momento que ya no se considera el duelo como un juicio de Dios, nada puede alegarse en su favor, y puesto que sin embargo, aún se mantiene hay que buscar la explicación en las deficiencias del derecho positivo. Parece mentira que éste no haya aún llegado a una justa apreciación del honor. Entre los hombres ilustrados hay casi unanimidad en la admisión con sentimiento y reprobación del estado de atraso del derecho que se soporta con más impaciencia porque el enorme desarrollo no sólo de la prensa honrada, sino también de la infame, facilita y empeora de un modo en otros tiempos inconcebible, las ofensas al honor y porque la defensa nunca puede contrarrestar el ultraje rápidamente divulgado hasta los confines más remotos. Sin duda alguna, la opinión pública tendrá empeño en poner de acuerdo la legislación con la opinión hoy general de la importancia del estado de indefensión y de la necesidad de protección del honor. Que todavía no se haya realizado esto no demuestra más que la torpeza con la cual se adapta el derecho a las exigencias de la conciencia moral que cada vez se hace más profunda y más delicada. Mientras tanto la labor de adaptación no se detiene. El derecho que en su principio sólo ampara los intereses materiales más bastos, ensancha su radio de protección lentamente, pero sin cesar, incluye cada vez más delicados, más preciosos bienes, tiene en cuenta cada vez más elevadas, más nobles necesidades. ¿Cómo habría pensado el legislador de la antigüedad que la vida humana debe ser asegurada, no sólo contra el homicidio, el asesinato, las brutales lesiones y los golpes, sino también contra los peligros que la preparan la ignorancia y la despreocupación por propagación irre-

flexiva, frívola de enfermedades contagiosas y por contaminación del agua y del aire? ¿Quién habría soñado en otros tiempos que el derecho positivo tendría en cuenta la sensibilidad de los nervios, la necesidad de belleza, la indignación contra la fealdad, que prohibiría bajo pena el ruido molesto, ampararía los paisajes de la naturaleza contra impíos vandalismos y prohibiría la construcción de edificios que destruyan el aspecto arquitectónico urbano artísticamente adoptado?

Estos pequeños rasgos, estas concesiones a exigencias de la personalidad cuya justificación no convence sin más al espíritu grosero, parecen probar que el derecho positivo no cesa de elevarse sobre su indispensable materialismo rudo y de anhelar subir a las esferas de la ley no escrita de los peripatéticos en la cual los bienes ideales tienen más importancia que los que tradicionalmente constituyen el objeto del derecho penal y real. Derecho y costumbre tienen natural tendencia a acercarse mutuamente cada vez más, a confluir por unión de sus recíprocas fronteras débilmente marcadas. Cuanto más intensa llegue a ser esa unión, tanto más perfecta será la moral de una sociedad. Se llegaría a la perfección si el derecho que se ha diferenciado de la moral después de muy largo camino de desarrollo volviera de nuevo a su origen, se confundiera de nuevo con la moral. Pero esto es probablemente un sueño en cuya realización no puede pensarse en la actual condición de la humanidad. No han faltado, sin embargo, visionarios que lo han soñado y en su imaginación han visto una sociedad anárquica y sin leyes, en la cual no hacía falta derecho positivo ni sus sanciones forzosas para evitar el mal y en la cual la razón y la conciencia de cada individuo bastaría para asegurar el predominio del bien, para domar el egoísmo, para entronizar el puro amor al prójimo, la lealtad y la buena fe. A semejante utopía no llegaremos nunca, según aprecio humano. Sin un derecho positivo no nos podremos pasar nunca, no sólo a causa de los seres atrasados y pervertidos en los cuales predomina la bestia sobre el hombre y que hay que mantener sujetos a una fuerte disciplina, sino también a causa de la necesidad de un guía seguro en casos de duda y de falta de luces que sumen en perplejidad hasta al bueno, al mejor, cuando las pasiones y las fuertes codicias con sus nubes tempestuosas oscurecen la vista de la razón y cuando el juicio fluctúa en el furor de las tempestades del alma. Todo lo más que se puede esperar y que hay que desear es que la ley esté en-

teramente impregnada de moral y que contenga lo más posible de ella.

Está en la naturaleza de las cosas que la moral no haya sido nunca consignada en determinadas y obligatorias fórmulas porque en cuanto esto sucediera, la moral tomaría en seguida el carácter del derecho. Siempre quedó la moral algo general y borroso; hablaba a los hombres con expresiones de múltiples sentidos como: «el bien», «la virtud», «el deber», «el amor al prójimo», «el desinterés», «la paciencia», a las cuales cada uno podía dar el sentido correspondiente a su modo de sentir y de pensar. Nunca han faltado a la humanidad los instructores de moral. Los Shastras indios y los Kings, Confucio y Mungtse, los profetas de Israel y Ben Sirach, Platón y los sabios de la Stoa, la Zend-Avesta, Jesús y Pablo, la Etica platónica de Nikomaco, la de Epicteto y Marco Aurelio hace miles de años que predicaban los principios que abarcan todo el contenido de la moral, y a los cuales en lo esencial tampoco los posteriores moralistas, «La imitación de Jesucristo», Ibn Bachia, Spinoza, los escoceses y Kant, hasta Wundt y Guyau, han llegado a superar. Pero, ¿cuál fué el efecto de su doctrina que presentaban con suavidad o con pasión, argumentando o amenazando? Para darle más eficacia apelaban a Dios amenazando con su ira y su venganza, o bien a la razón que según lo que ellos aseguraban no podía aconsejar al hombre otra cosa que lo que era saludable. A los ciegamente creyentes podía quizás intimidarles y a los hombres razonables convencerles. Pero hay muchos creyentes poco firmes y hay todavía más hombres poco razonables y en ellos resbalan siempre la persuasión, las advertencias y las conclusiones de los moralistas. Para éstos era imprescindible fundir en el sólido molde de la ley una medida mínima de moral, el *minimum* sin el cual no puede existir ninguna sociedad, y crear el derecho al cual los medios de fuerza de la sociedad prestan su poder forzosamente obligatorio. De esta suerte se separaba toda la materia de la moral en moral y derecho. Los teólogos y escolásticos que hicieron derivar todas las reglas obligatorias de las acciones humanas de la revelada voluntad de Dios, sólo conocían en principio una ley única, pero la contemplación de la vida práctica les obligó a ellos también a distinguir entre la «ley indicativa» y la «ley preceptiva», entre la indicación o el consejo y la prescripción o el mandamiento. La *lex* indicativa es la moral, la *lex* preceptiva el derecho.

La ley es la expresión normal del derecho. No todo el derecho llega a ser redactado formalmente, porque hay también un derecho consuetudinario reconocido que no ha sido reducido en forma de ley, pero toda ley llega a ser parte del derecho vigente. Según la naturaleza y la razón preexiste el derecho en la conciencia de la mayoría y el papel de legislador se limita a condensar en artículos bajo el dictado de la opinión pública, principios generalmente admitidos. Sin embargo, también hay ejemplos históricos, y no son pocos, en que este procedimiento se realizó a la inversa y el legislador arbitrariamente y sin consultar si está de acuerdo con la conciencia de la generalidad, dictó artículos a la comunidad que ésta tenía que aceptar como derecho. Se comprende que este procedimiento es sumamente peligroso. Aun en el caso que el legislador fuera un ser de superior sabiduría, aun cuando estuviera muy adelantado con respecto a su país y a su época, aun cuando tuviera la mejor intención, es inminente y próximo el grave peligro de que el sentimiento moral del pueblo se rebele contra una ley impuesta. En ese caso, el pueblo se somete exteriormente a la coacción de las autoridades públicas, pero no obedece a la ley sino con una truculenta negación interior, se abre un abismo entre la conciencia y la práctica del derecho, sobre los conceptos de moral y derecho parece caer un borrón, el fundamento moral de todas las leyes zozobra y el espíritu público se acostumbra a considerar la ley en general como una cosa completamente extraña y hostil que no puede despreciarse sin atraer malas consecuencias, pero el sustraerse a ella todo lo posible, no sólo no es un acto vituperable, sino positivamente meritorio.

Acerca de lo que es la ley existe una literatura que se pierde de vista, que transmite en un farrago inmenso de palabras muy escasos y casi sin excepción mediocres pensamientos. Sería perder lastimosamente el tiempo detenernos por poco que fuera ante este montón de rípios y vaciedades, sea para mencionar opiniones, sea para discutir las o refutarlas. Acaso lo mejor que se haya dicho acerca de la ley es la definición de Hobbes: «La ley civil (del Estado) no es otra cosa que la garantía de la ley natural». Cierto es que esta definición encierra una premisa; la existencia de una ley natural que, sin embargo, no es obligatoria por sí misma y a la cual la ley del Estado añade la sanción. Además es sólo exacta con la reserva que la ley del Estado no presta su garantía a toda la ley natural, sino sólo a una

parte de ella. La definición de la ley del Estado obliga además a Hobbes a explicar también lo que él entiende por ley natural, y no se sustrae a esta obligación. «La ley natural» dice, «es el mandamiento de la recta razón (*ratiocinatio recta*), de lo que tenemos que hacer o dejar de hacer para la conservación de nosotros mismos... La infracción de la ley natural consiste en la razón falsa (*ratiocinatio falsa*)». A pesar de su vaguedad, demuestra esta aclaración que Hobbes, por su ley natural, comprende en realidad la moral y con este supuesto sus opiniones acerca de la relación entre la ley natural y la del Estado, es decir, entre la Moral y el Derecho, coinciden poco más o menos con las que yo sustentó. Sin embargo, Hobbes reniega más adelante de un modo cínico la honradez moral de su doctrina de la ley, declarando fría y secamente: «todo lo que el Estado manda es justo, todo lo que prohíbe es injusto». Con esto, torpe y obsequiosamente hace de la ley del Estado la fuente del derecho, mientras que según su propia definición el derecho (él dice: «la ley natural»), es la fuente de la ley del Estado. Pufendorf, a título de jurisconsulto formulista, es más excusable cuando enseña: «La ley es el mandamiento (*decretum*), mediante el cual un superior obliga a su subordinado (*sibi subjectum*)». Así puede entenderse la ley vista de fuera; es un instrumento de coacción en las manos del poderoso contra el subordinado; mas esta manera de ver no alcanza a la esencia de la ley, pero de esto no tiene por qué preocuparse Pufendorf que no presume de ser filósofo y se mantiene dentro de la práctica jurídica.

El obispo de Sevilla, San Isidoro, el teólogo más estimado desde los últimos padres de la Iglesia hasta Santo Tomás de Aquino, da de la ley la siguiente definición: «La ley es una institución (*constitutio*), por la cual los hijosdalgos (*majores nata*), en unión con el vulgo, han dado una sanción a un reglamento cualquiera». Estas palabras dicen poco de la esencia de la ley, pero llevan al problema del origen de la ley. También acerca de esto, desde Platón y Aristóteles, se han escrito bibliotecas enteras que afortunadamente en su mayoría, no sirven más que de pasto a los gusanos y a la polilla. De la maleza de casuísticos y sofisterías, de la jerigonza de silogismos, dogmatismos y frases que pretenden ser profundas, pero que no tienen la más mínima significación, descuellan con alguna claridad el único pensamiento que sólo la más elevada autoridad en el Estado tiene el derecho de legislar. Sobre

esto hay acuerdo completo y es natural, porque es tan evidente que no había necesidad de estudiarlo y demostrarlo ampliamente en los cincuenta mil volúmenes que se han escrito sobre este asunto. Desde luego, se comprende que no es posible obligar a todos los súbditos de un Estado al cumplimiento de ciertos mandamientos y prohibiciones que la ley encierra, si quien lo dispone no fuera más fuerte que cada uno de esos súbditos, que la ley, por lo tanto, necesariamente tiene que salir del más alto poder del Estado. Es completamente inútil obscurecer este modo de ser de las cosas tan sencillo y transparente, con la pregunta de cuál sea el derecho del legislador. No le hace falta ningún derecho teórico desde el momento que tiene el poder. La ley positiva no es para emplear el lenguaje de Kant, ningún nómeno, sino un fenómeno; su existencia es empírica, no racional; es una realidad y exenta de la necesidad de comprobarse intelectualmente por el intelecto. Ningún legislador se ha entretenido nunca, por lo tanto, en anteponer o añadir el comprobante a la ley que dictó, que tenía el derecho de dictar.

Acerca de esto, de quien representa o dispone en el Estado el más alto poder, verdad es que difieren mucho las opiniones en la literatura correspondiente. Según unos, es el rey, porque él lleva la espada y puede imponer incondicional obediencia; según otros, es la Iglesia, porque la ley para tener fuerza coercitiva tiene que ser moral, pero la moral está decretada por Dios y la representación de Dios en la Tierra es la Iglesia; otros consideran el conjunto del pueblo como el más alto poder, porque sin su consentimiento ninguna ley se puede imponer y porque el rey mismo sólo tiene el poder que el pueblo le ha transferido. La Historia ha pasado por esta contienda. Hoy ya nadie se atreve a disputar que sólo el pueblo es el llamado a darse a sí mismo las leyes por medio de sus representantes elegidos y que no pueden ser obligatorias para él sin su tácito o expreso consentimiento. En Suiza, donde existe la institución del referendum, puede el pueblo rechazar la ley decretada por sus representantes en su nombre, antes de que sea puesta en vigor, y en los demás Estados Constitucionales queda siempre el recurso de elegir en las primeras elecciones parlamentarias posteriores a la introducción de una ley que le parece inaceptable al pueblo, diputados que se comprometan a revocarla. El pueblo tiene el poder de legislar, y por tanto, tiene también el derecho de hacerlo y no vacila en sublevarse en caso de violación de este de-

recho. En la Edad moderna, fuera de Rusia (1), ningún pueblo ha tolerado que le impongan leyes en las cuales él mismo no haya colaborado o que no haya aceptado expresamente. Los Estados Unidos se emanciparon de la metrópoli al grito «Imposición sin representación es tiranía», y más de un siglo antes el pueblo inglés le había demostrado irrefutablemente al rey Carlos I Stuardo, que no era de su incumbencia legislar según su capricho y revocar las leyes, haciéndole cortar la cabeza por un verdugo remunerado, después del fallo del juicio ante los Tribunales con todas las formas de la ley.

La ley es la forma concreta del Derecho y el derecho es la precipitada, cristalizada parte más material de la moral. Como la moral obliga a todo miembro de la colectividad siendo el respeto a ella la sola condición mediante la cual es tolerado en la colectividad, la lógica impone que respete también la ley, es decir, que no solamente se somete a ella, pues de no hacerlo tendría que sufrir castigo y corrección, sino que considera el cumplimiento de la ley como una parte de la moral, que obra con arreglo a la ley, no bajo la amenaza de la fuerza del Estado, sino obedeciendo al mandato de su propia conciencia. Podría proclamarse esto como un principio sin reserva ni limitación, si la práctica de la legislación correspondiera siempre a la teoría que exige que la ley sea moral. Pero éste no es, sin embargo, necesariamente el caso. La ley es una forma y de toda forma se puede hacer mal uso llenándola con un contenido indebido. Si un adulterador de vinos sin escrúpulos lanza al mercado botellas de champagne de forma conocida, con su tapón capsulado de metal, precintado con alambre y con las etiquetas acreditadas, y llenas de una droga infame, sufrirá un severo castigo por delito de falsificación de productos alimenticios e infracción de la ley sobre protección de la marca registrada. Pero si un gobierno establece una ley debidamente redactada con capítulos, artículos y párrafos y publicada en el diario oficial, es decir, con todas las formas en que el pueblo está acostumbrado a ver expresado su derecho moral, la cual contiene inscritos sospechosos o quizás aun directamente criminales mandamientos, ¿quién pide cuentas a ese gobierno? Ejemplos de esta índole cita la historia en demasiado gran número. A este género pertenecen todas las

(1) Esto se escribía antes de la Revolución que ha derrocado el zarismo autocrático.

leyes que pretenden atribuir fuerza legal al principio de la autoridad del Estado violentando los derechos naturales del hombre que piensa y siente; por ejemplo, las persecuciones religiosas, también las violencias contra otras convicciones que no sean religiosas, como los vejámenes contra los socialistas; por otra parte, disposiciones referentes a impuestos y aranceles que amordazan la libertad de trabajo o de tráfico o equivalen a un despojo contra determinadas clases sociales o contra todos los ciudadanos. Leyes de esta clase por lo general, sólo en Estados gobernados despóticamente pueden ser impuestas al pueblo que allí no tiene participación en la legislación; pero la forma de gobierno constitucional tampoco ofrece garantía segura contra este atropello del poder, puesto que las mayorías parlamentarias también pueden ser arrastradas a medidas tiránicas por medio de la excitación del fanatismo nacional o de partido, o favoreciendo prejuicios, o por amedrentar como lo prueban las leyes de Mayo de Bismark, la Iglesia católica y las leyes contra los socialistas, la de la Asamblea nacional de Versalles contra los insurrectos de la Commune y contra París. Para esta clase de leyes no sería justo exigir respeto. Acaso pondría esto en tela de juicio un Hobbes, para el cual «todo lo que el Estado manda es justo, todo lo que prohíbe es injusto», o el Digesto según el cual, *quod principi placuit, legis habet vigorem*, lo que agrada al príncipe tiene fuerza de ley. También leyes inmorales son derecho formal, sin embargo en realidad, son lo contrario del derecho y aunque el autor de ellas tenga el poder de forzar por la violencia brutal a su cumplimiento, a nadie que intentase evadirlas y suprimirlas se le podría tachar de falta de moral.

Una objeción trivial se ofrece fácilmente. Sólo un despota que padece la demencia de los Césares, puede negar al ciudadano el derecho de protestar contra una ley mala ante la autoridad competente y trabajar por su abolición cumpliendo los trámites que son de regla, pero mientras esté vigente la tiene que obedecer. Porque si se concede a cada ciudadano el derecho de hacer una selección entre las leyes, según su agrado, admitir unas, rechazar otras, se iría derechamente a la anarquía. Hay que contestar a esto que la anarquía, a pesar de ser un mal tremendo, es siempre menor que una ley inmoral, que un derecho que va en contra de la moral. Puesto que el orden legal que garantiza el Estado, sólo por eso es preferible a la anarquía, porque garantiza al individuo una vida en común pací-

fica, la libertad de movimientos, el respeto a la personalidad, la vida, la hacienda. Pero si el Estado interviene maltratando los sentimientos y convicciones del individuo, si emplea fuerza de puños para arrancar de ellos acciones u omisiones contra las cuales todo lo que hay de bueno en ellos se rebela, en ese caso el orden legal del Estado es un desorden legal y él mismo es quien establece el estado de anarquía haciendo de la fuerza factor predominante en la vida de los individuos. Porque para estos, es absolutamente igual sufrir la violencia del Estado o la del prójimo. Al contrario, su situación es peor en la anarquía del Estado que en la anterior a éste, puesto que les es más fácil hacer frente con la fuerza a la fuerza cuando la emplean individuos como él que cuando la despliega la organización superior del Estado. El Estado que dicta leyes inmorales niega su propio principio y se aunla a sí mismo. Las construcciones racionalistas del siglo XVIII, de las cuales la más famosa es el «Contrato social» de J. J. Rousseau, nadie las toma hoy al pie de la letra. Ningún ser humano cree seriamente que un día los individuos que vivían en estado natural se hayan reunido y concertado un contrato en virtud del cual renunciaban a ciertas libertades y derechos y los transferían a una autoridad para que ésta los gobierne en beneficio del bienestar común, de la paz y de la felicidad. Pero si bien no se ha realizado este acto de esta manera tan ingenua, es seguro que por lo menos tácitamente, el Estado se propone la misión que el contrato de Rousseau le asigna expresamente. Si pues, por su culpa, por culpa de su legislación no fomenta el bienestar común, la paz y la felicidad, sino que los impide, perturba y aniquila, entonces cada ciudadano tiene el derecho moral de rebelarse contra el Estado y paralizar su dañoso poder; no porque haya roto un contrato formal con sus conciudadanos, sino porque se ha convertido en enemigo de la vida en común, pacífica de la humanidad, fin de toda organización social. A quien intranquilice la preocupación que no hay medida segura de la moral de una ley, ni institución capacitada para aplicar semejante medida, no tiene más que recordar que toda moral está confiada al sentimiento y juicio de la mayoría y no tiene otra sanción que esta misma. La historia entera enseña que la mayoría no cumple demasiado mal con este deber. La opinión pública es suficiente para mantener a cierto nivel la moral en la colectividad. Si es capaz de asegurar el respeto a la ley moral no escrita sin las sanciones de la

justicia, entonces habrá que reconocerla igualmente juez competente para la moralidad de una ley de Estado. Esta es la teoría del derecho de los ciudadanos a defenderse por todos los medios incluso por la fuerza contra leyes inmorales. En la práctica, la teoría no tiene importancia puesto que hoy, por lo menos, en los Estados adelantados y gobernados liberalmente están al alcance de la opinión pública medios legales para evitar leyes que la repugnan o para hacerlas abolir en plazo breve.

La moral comprende el derecho, mientras que el derecho sólo representa una parte de la moral. Su naturaleza de obligatorio le constriñe a ser concreto y materialístico y a hacer caso omiso de todo lo imponderable, transparentemente espiritual, visionario, que circula en la moral, la rodea como una atmósfera y la prolonga más allá de límites fijos en lo incierto y presentido. La eliminación en principio del elemento sentimental que encierra la moral, motiva la más honda diferencia entre ella y el derecho. El derecho es el guardián del orden, pero ignora el amor. La separación del derecho de la moral se verifica por presión del egoísmo que estima haber dispensado su concesión más grande cuando se eleva hasta las máximas de Ulpiano: *Neminem laedere. Suum cuique reddere. Honestè vivere*. No perjudicar a nadie, es decir, abstenerse de impía violencia; dar a cada cual lo suyo, es decir, no guardar para sí desvergonzadamente lo que pertenece a otro; vivir honradamente, es decir, no molestar al prójimo con el desorden y la corrupción. Bien está; en todo rigor ya es posible vivir con esto. Pero las palabras: compasión, bondad, amor al prójimo, no figuran en los aforismos de Ulpiano y el derecho las ignora.

El derecho salvaguarda a cada cual en su bien adquirida hacienda, pero a nadie manda hacer sacrificios. La moral lo puede exigir. Puede insistir para que el individuo se imponga, sin apelar a la coacción, por propio impulso interior, privaciones, disminuya su hacienda en favor de otro, perturbe su momentáneo bienestar corporal, quizás hasta que exponga su vida, es decir, que voluntariamente haga precisamente lo contrario de lo que el derecho le protege celosamente. Donde preceptúa el derecho: «No perjudiques a nadie»; la moral dice con frecuencia: «Perjudícate a tí mismo para ser útil a tu prójimo». Donde el derecho dice: «a cada uno lo suyo», la moral no raras veces admonesta: «a cada cual lo tuyo, si el otro lo precisa más que tú». La moral supone una cualidad que