siada unidad el proyecto de Código civil de 1851, porque estaba calcado sobre la legislacion restrictiva, y áun opresora, de Castilla, y no habia tenido en cuenta para nada las legislaciones forales, tan expansivas por lo comun, de Navarra, Aragon y Provincias Vascongadas. Ese derecho geométrico, estereotipado, abstracto, para quien los hombres son como el barro, que admite cuantas formas quieren imprimírsele, y los pueblos pueden sufrir en obra de una noche tan hondas metamórfosis, que dejen de parecerse á sí mismos, verdaderamente no es derecho sino en la apariencia. No abdican los hombres tan fácilmente de su pasado, que sería abdicar juntamente de su porvenir. Tiene fundamentos harto más sólidos que todo eso la tradicion, y merece el respeto de los legisladores lo que ha merecido el respeto de los siglos. Sistematizando bajo un principio único (el principio de libertad civil) cuantas fórmulas racionales sobre una misma institucion contengan las diferentes legislaciones provinciales (en nuestro caso, la castellana, aragonesa, navarra, etc.), agrupando ordenadamente en derredor de aquella fundamental division del derecho en necesario y voluntario, la diversidad de reglas vigentes por ley, fuero ó costumbre no escrita en cualquier punto del territorio, dejando á cada indivíduo y á cada círculo social libertad de accion dentro de su privativa órbita, facultad de escoger dentro del Código y poner en vigor la fórmula que mejor se acomode á su peculiar situacion en cada caso, ó de producir otra diferente, será posible construir un Código civil que sea verdadera expresion original de la nacionalidad española, y llevar al seno de nuestra anárquica legislacion organismo, órden, unidad, no esa unidad abstracta é imposible con que sueñan los prácticos, más ideólogos en esto que los filósofos á lo Rousseau y á lo Kant, sino esa otra unidad viva, orgánica, en cuyo seno cabe holgadamente la infinita variedad de hechos en que florece y se diversifica la vida, y segun la cual es el derecho quien debe seguir á la realidad, y no la realidad al derecho. Los redactores del proyecto citado, que se juzgaron autorizados, y juzgaron á la nacion con poder bastante para derribar costumbres seculares y arraigadas en la opinion y en la vida,

habian recibido su educacion de una época en que el indivíduo se creia omnipotente, y consideraban á las naciones como unidades artificiales, dúctiles y manejables como escuadrones de un ejército.

Ultimamente, la libertad civil favorece el desarrollo de la costumbre, y contribuye poderosamente, por eso mismo, á que en la vida del derecho haya ritmo, órden, regularidad y consecuencia, y á que no sufran desviaciones sensibles las leyes de la continuidad y del progreso de la costumbre jurídica. Así procuraré demostrarlo en breve (1). Por lo pronto, puede compararse la época moderna, época *legal* por excelencia, con la de los *fueros* municipales, y dentro de la época moderna, el riquísimo derecho consuetudinario de Aragon con el de Castilla.

13. Agente del hecho jurídico.—*En la esfera individual.*—En lo que precede, hemos hallado: 1°, que la nocion Estado abraza toda una jerarquía de organismos jurídicos autárquicos, desde el indivíduo hasta la humanidad: 2°, que cada uno de ellos produce un derecho propio, el cual deben ellos mismos regir en la medida de su capacidad, y que debe serles respetado por el organismo político superiormente desarrollado en cada período de la historia. Este respeto se traduce en lo que llamamos régimen de *libertad política* y de *libertad civil*, con relacion al indivíduo y á la familia; de *autonomía* ó *selfgovernment*, con respecto al municipio y á la provincia. Veamos ahora las distintas posiciones en que se nos muestra el Estado en su calidad de autor ó productor de ese derecho, ó sea, como agente del hecho jurídico, principiando por el Estado individual.

Sabemos ya que el indivíduo, como persona y sujeto de derecho, constituye un verdadero Estado, y Estado sustantivo, y que en cuanto preside y gobierna su propia vida jurídica, es soberano y ejerce un poder. Hemos visto tambien que este poder obra de modo distinto ó reviste formas diferentes segun los momentos que abraza la realizacion del derecho: legislativo y

(1) En la *Teoría de la costumbre jurídica*, en preparacion.

ejecutivo, judicial y correccional. A estas diversas formas del poder ó poderes particulares, las denominamos funciones. Existen, por consiguiente, en el Estado individual las mismas funciones que los tratadistas han reconocido de antiguo en los Estados sociales (§ 9). No así los órganos. Constituyendo el Estado individual una unidad simple, elementalísima, irreductible, no pudiendo desplegarse en unidades inferiores y sustantivas, siendo, en suma, un Estado-célula, ¡ha de hallarse presente todo él en todas y cada una de sus manifestaciones externas: nopuede dividirse, ni, por consiguiente, ejecutar dos actos á la vez. El Estado individual carece de órganos: realiza directamente, inmediatamente, sin ningun género de mediador, todas sus funciones: es el instrumento universal de su propia vida: todo él, poniendo en movimiento toda su actividad, se constituye en poder legislativo, y atemperando los principios eternos de justicia á su peculiar situacion, formula la regla positiva de derecho que ha de regir sus actos ó un acto determinado: todo él, con toda su actividad, aplica los medios debidos á sus fines, en la forma prevista en esa regla, ejecutando así el hecho jurídico. No por esto los Estados individuales son todos iguales entre sí: multitud de causas los diferencian, así en sus fines como en sus facultades y en su actividad (el sexo, la edad, la vocacion y aptitud, el temperamento, la organizacion física, la herencia, la cultura, el medio social, el predominio de tal ó cual facultad, etc.), imprimen carácter original á sus actos, y determinan una á modo de constitucion interna.

Es, pues, el Estado individual un Estado anorgánico ó sin órganos. El Estado mismo, en su unidad é integridad, es su propio órgano. Pero no el único: pueden constituirse en órganos adventicios, para servir sus fines, otros Estados individuales. La vida jurídica de cada sujeto se compone de dos clases de relaciones: unas *personalísimas*, que sólo mediante su propia actividad puede contraer; otras *delegables*, que puede realizar mediante otro sujeto que lo represente. La representacion se funda en un hecho por demás vulgar: para ejecutar actos de derecho, se ha menester, entre otras, dos condiciones prévias, capacidad de derecho y capacidad ó facultad de obrar:

entrambas capacidades pueden residir en sujetos diferentes, y reunirse momentáneamente en el acto de la ejecucion: la representacion es una relacion entre las dos capacidades: el representado posee la primera, el representante la segunda: para que el hecho obrado por éste sea hecho de aquél, es menester que le sea trasmitida la capacidad de derecho, ó sea, el poder que á aquél compete. La representacion es una funcion tan esencial en la vida, que sin ella, la vida sería imposible, no siendo la actividad de un hombre capaz de tantos actos como para vivir necesita; y siendo, como es, más extensa la esfera de sus necesidades que la de sus medios. Supóngase un niño ó un demente: Estado embrionario ó deformado en su actividad por un accidente, pereceria sin remedio, á no ser por esa facultad que poseen los sujetos llegados á la plenitud de su desarrollo, de condicionar fines ajenos y de ejecutar actos á nombre y en representacion de otro. Sea tambien un hombre en la madurez de la vida, pero que, á causa de su posicion ó de su funcion social, necesita ejecutar una pluralidad de actos á la vez, personarse simultáneamente en diversos lugares: su vida se suspenderia á cada paso, si no pudiera valerse de otras actividades que las suyas, si no pudiera trasmitir parte de su poder á otros indivíduos para que representen su personalidad en determinada relacion y obren por él, dentro de los límites de la delegacion, procuracion ó mandato.

Repítese aquí, segun se ve, la division fundamental que hicimos del derecho en necesario y voluntario. Unas veces, la incapacidad afecta á aquellas relaciones esenciales de la persona jurídica sin las cuales la vida del derecho se hace totalmente imposible, como se observa, por ejemplo, en la minoridad, en la enajenacion mental, en la prodigalidad, en el delito: en tal caso, la incapacidad absoluta se suple por representacion *necesaria*, esto es, independiente de que el sujeto interesado en ella la quiera ó la rechace: tales, por ejemplo, la tutela, la prision correccional, la suspension de garantías, la dictadura, etc. Otras veces, la incapacidad nace de condiciones puramente externas, ó recae sobre relaciones accidentales, que el mismo sujeto interesado podria cumplir personalmente,

y entónces se completa ó amplía su facultad de obrar por representacion voluntaria: sirva de ejemplo el mandato.—No se refiere á ninguno de estos dos grupos aquel género de representacion necesaria del derecho romano, por virtud de la cual, lo que el hijo ó el esclavo adquirian, lo hacian suyo el padre y amo respectivamente, aunque no tuviesen conocimiento del hecho de la adquisicion, ni hubieran delegado su poder: en rigor, ni representacion siquiera podia decirse, porque la representacion supone dos personas de derecho, y ni el hijo ni el esclavo se reputaban tales personas; absorbíalas la personalidad jurídica de aquel á quien pertenecia la *potestas*, imitando en tal sentido el modo de accion del cuerpo por ministerio de los órganos corporales.

14 Agente del hecho jurídico.—*En la esfera social.*—Siempre que algun gran jurisconsulto,—y hablo de los científicos más atentos á la realidad y ménos dominados por ideas preconcebidas,—se ha propuesto definir las fuentes del derecho positivo, ha venido á parar, por uno ú otro camino, á esta conclusion, que puede decirse ya lugar comun de todas las escuelas: hay un derecho que la sociedad crea por sí directamente, como legislador colectivo, y es el derecho popular ó consuetudinario, y otro derecho á que dan forma legisladores personales, indivíduos, y es el derecho oficial ó escrito. Oígase cómo discurre Savigni, que tanto ha exaltado la funcion del elemento espontáneo, y por decirlo así, inconsciente (§ **17**), en la produccion del derecho, y á quien debe la ciencia (ya que los Códigos no le han dado todavía la razon) el conocimiento del trascendentalísimo papel que representa la costumbre en la vida: «Si preguntamos ahora cuál es el sujeto en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es *el pueblo*. En la conciencia comun de éste vive el derecho positivo, por lo cual puede ser llamado *derecho del pueblo*. No ha de pensarse, sin embargo, que los diversos indivíduos de que el pueblo se compone, hayan creado el derecho arbitrariamente, pues aunque estas voluntades individuales hubiesen podido producir sin duda el mismo de-

recho, es más verosímil que hubiesen creado multitud de derechos diferentes. El derecho positivo *sale de ese espíritu general* que anima á todos los miembros de una nacion: la unidad del derecho se revela necesariamente á su conciencia, y no es producto de la casualidad. *El pueblo es el sujeto activo y personal del derecho.* El derecho del pueblo, que *se desenvuelve de una manera invisible*, y cuyo orígen no puede referirse á un hecho exterior ó á una época determinada, ha sido reconocido en todo tiempo. El derecho positivo, traducido en el lenguaje con caractéres visibles y revestido de una autoridad absoluta, se llama ley, cuya redaccion es uno de los más nobles atributos del poder supremo del Estado. La ley es la expresion del derecho popular. Para dudar de ello, sería menester figurarse al *legislador* fuera de la nacion y sin vínculo alguno con ella; pero, en realidad, existe en medio de ella, y áun puede decirse que ocupando su centro, refleja su espíritu, sus creencias, sus necesidades, y debe ser considerado como el *verdadero representante del espíritu nacional.* Hay épocas en la historia de todos los pueblos, en que las circunstancias se oponen á que el derecho salga, como en los tiempos primitivos, *de la conciencia comun* de la nacion, y entónces, *el legislador verifica directamente este trabajo*, que no puede quedar interrumpido (1).» Así discurre Savigni, y tal es el lenguaje que usa la generalidad: el derecho consuetudinario lo crea el pueblo en persona; la ley, por medio de representantes.

Prescindiendo: 1° de que en esa doctrina se hace completa abstraccion del Estado individual, ciñendose toda ella al social, y áun pudiera decirse que á una esfera de éste, al Estado nacional; y 2°, de que el derecho positivo se reduce en ella á una de las varias funciones del Estado, la legislativa, como si no fuesen tambien derecho positivo la ejecucion, la reparacion, el juicio, etc.,—haremos notar que los Estados sociales nunca ejecutan por sí mismos, directamente, los actos en que consiste su vida jurídica (2), y esto por una razon muy ob-

(1) Savigny, *ob. cit.*, §§ 7°, 8°, 12 y 13.

(2) El derecho consuetudinario y el oficial se hallan entre sí en la misma relacion que la poesía popular y la poesía erudita. Los mismos errores y las mis-