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-

via. El Hombre, en su calidad de persona individual, es una unidad simple, está constituido por un *alma* ó espíritu personal, unido á una simple *célula primordial* (proto-célula), la cual se halla diferenciada en una infinidad de células plásmicas vegetativas (deutero-células), agrupadas en masa contínua (tejidos) (1). La Sociedad es un organismo compuesto todo él de proto-células, y por tanto, todas sustantivas, todas dotadas de unidad, de causalidad propia, de propia finalidad, y en suma, de individualidad; son séres completos, incondicionados en cuanto á su existencia, que viven una vida propia, independiente y separada de la vida de los demás. En el Indivíduo, las células secundarias ó deutero-células carecen de significacion por sí mismas, su vida depende de la célula primordial, de quien proceden, de quien reciben impulso, á quien obedecen y sirven, y sin la cual no pudieran subsistir; pero en la Sociedad no existen deutero-células, todas son células primordiales, todas son centros de vida independiente, todas son séres que llevan en sí el principio de su propia existencia, que son, en suma, segun vimos, Estados perfectos de derecho. Si comparamos el indivíduo á un planeta, la sociedad será como un sistema planetario, ó como un sistema de sistemas (una nebulosa). Nacen de aquí dos importantes consecuencias: 1ª No existiendo relacion de continuidad y de solidaridad necesaria entre los indivíduos dentro del Cuerpo social, como entre las deutero-células dentro del cuerpo humano, las necesidades jurídicas no se manifiestan á la vez en toda la sociedad, sino que se localizan en tales ó cuales de sus miembros, y como estos poseen una actividad propia, incomunicable, distinta de la de los demás, y no ligada inmediatamente á ella, pueden satisfacer por sí aquellas necesidades, sin que el Cuerpo social entero se ponga en movimiento para tomar parte activa en el hecho, y áun sin que se aperciba de él: 2ª No existiendo continuidad, adherencia de partes, masa plena y contínua, tejidos, en el Cuerpo social; no siendo la sociedad á modo de una individualidad gigante,—no tiene un cerebro para pensar, ni una voluntad simple é indivisa para querer, ni una fantasía para dar forma sensible á lo pensado y querido, ni un brazo para encarnar y traducir en formas sensibles lo ideado é informado interiormente: no puede obrar *por sí misma*, no puede ser agente directo de sus hechos, no puede crear reglas consuetudinarias *colectivamente*, es un organismo compuesto de elementos sustantivos, de células discontínuas, que son séres acabados, incondicionados, racionales y libres; y tiene que valerse del pensamiento, de la voluntad, de la fantasía, del brazo de estos indivíduos, para concebir y dar vida exterior á sus concepciones jurídicas: le es forzoso, en suma, obrar por representacion. El indivíduo es, por tanto, órgano necesario de la vida colectiva, así en el derecho escrito como en el consuetudinario, lo mismo en la funcion legislativa que en la ejecutiva y demás: la vida social es siempre *mediata*, se realiza *mediante* órganos individuales.

No puede existir, por tanto, un derecho creado directamente por el pueblo, como en oposicion á otro creado por la persona individual: el derecho popular no es tal porque sea parto directo del pueblo, ni se circunscribe tampoco á las formas inferiores del derecho positivo: es popular, porque está inspirado en el sentimiento jurídico del pueblo, porque su autor se impersonaliza, se despoja de su individualidad para absorberse en el espíritu del todo; y abraza lo mismo la costumbre que la ley y el Código (§ **41**): se contrapone á lo que, en términos de estética, denominaríamos «derecho erudito,» producido por legisladores subjetivos, que no han tenido arte para constituirse en eco del espíritu colectivo y en ministros é intérpretes de las necesidades y de los deseos del pueblo.

El indivíduo, como representante de la sociedad, puede

mas vaguedades que en la ciencia del derecho reinan acerca del sujeto del derecho en cada una de sus fuentes, corren acreditadas en la ciencia de la literatura, por lo que toca al sujeto de la obra artística en cada una de las dos ramas popular y erudita, segun he hecho notar en *La poesía popular española*, cap. III, § 8°, apud *Rev. de España*, 13 Julio 1878.

(1) Al distinguido pensador y naturalista español A. Gonzalez de Linares, se deben estas denominaciones (proto-célula, deutero-célula), tan necesarias para restituir á la teoria celular el concepto de la unidad fisiológica de los séres orgánicos, de que fatalmente se alejaba, por estimar en un todo idénticas á las células primitivas, las derivadas de su protoplasma por diferenciacion ó distincion interior. *Vida de los Astros*, 1878: *Estudios sobre la célula*, 1878. Ha puesto tambien de relieve las consecuencias absurdas del concepto mecánico de la célula, en la *Rev. de España*, 28 de Julio de 1879, etc.

proceder *solo*, ó asociado á otros, *colegiadamente*. En el primer caso, la representacion es directa; en el segundo, indirecta. Con efecto, áun cuando la sociedad esté representada por un colegio ó corporacion, ese colegio obra á su vez representativamente, y en última instancia, siempre es el indivíduo el órgano de la sociedad: sólo que aquí es órgano mediato, indirecto, siéndolo inmediato é indirecto de la corporacion misma.

En su calidad de órgano directo de la sociedad, puede serlo *adventicio*, y puede serlo *oficial* y permanente. Esta distincion es trascendentalísima para la teoría de la costumbre, y tiene su fundamento en los dos modos de representacion que en la vida de las colectividades pueden distinguirse: *espontánea* y *reflexiva*. Es espontánea la representacion, cuando uno cualquiera de los miembros que componen la sociedad, sin delegacion tácita ni expresa, obra como obrarian en su caso todos los demás; cuando su propósito responde al propósito de la generalidad; cuando la regla que informa en sus hechos, interpreta y traduce, al par que su conviccion personal jurídica en aquella relacion, la conviccion comun de la sociedad; cuando en esos hechos se ve ésta retratada, y pueden decirse hechos sociales, porque se declaran todos y cada uno solidarios de ellos y reconocen su justicia, y siempre que se les presente la ocasion ó la necesidad de contraer el mismo género de relaciones, procederán de idéntica manera. El hecho de cada uno es regla y modelo para el de los demás. La colectividad está entera en cada indivíduo, habla por su boca, obra por su mano, sin que ni el indivíduo ni la colectividad lo sepan ni lo quieran: ignora que al obrar en vista de su necesidad, segun el dictado de su razon, sienta una regla obligatoria para toda la sociedad: por esto es espontánea y, por decirlo así, inconsciente, la representacion.—En rigor, lo que en este caso se produce es una simple localizacion de funcion, no una diferenciacion de órgano; ó bien, es lo que se llama órgano eventual ó adventicio, semejante, en el mundo de la Naturaleza, á aquellas expansiones filiformes de las moneras que, una vez conseguido su propósito, desaparecen, son reabsorbidas nuevamente en la masa indiferenciada de donde salieron. Porque el indivíduo no ejecuta el hecho á nombre de la sociedad y para el cumplimiento de fines sociales, sino á nombre propio y para el cumplimiento de sus deberes personales: no obra en virtud de poder que le haya conferido la sociedad, sino ejercitando su propio personal poder;—no naciendo la representacion sino de la contemporaneidad en que cada indivíduo vive con los restantes dentro del todo, de la comunidad y concordancia existente entre la situacion de cada uno y la de los demás. Por esto, porque la sociedad se halla representada por órganos adventicios, porque virtualmente lo son ó pueden serlo en efectividad todos sus miembros, aunque siempre espontáneamente y sin delegacion, no exigiéndose para ello un arte especial, siendo bastante la capacidad general del derecho, —decimos que la sociedad obra *directamente*, por sí misma. En esta forma, en cierto modo anorgánica, que recuerda la vida del derecho en el Estado individual, ejerce la sociedad todas las funciones jurídicas: toda la sociedad es órgano para la funcion legislativa; toda ella para la funcion ejecutiva, y así para las demás. Legisla, produciendo reglas consuetudinarias, cuyo medio de expresion son los hechos, las máximas y los refranes. Juzga en cada determinada relacion de derecho, haciéndose cargo de las circunstancias en que ha sido realizado el hecho, compulsándolo con los principios eternos de justicia, para averiguar si existe ó no conformidad entre ellos, y expresando á seguida su convencimiento íntimo en un juicio, que tambien encarna en hechos, ó toma la forma más vaga del rumor ó de la opinion social. Igualmente determina su actividad en razon de cada una de las subfunciones que abarca el poder gubernativo (preventiva ó de policía, para los medios negativos, y económica para los positivos), y el poder reparador (funciones coactiva y correccional, para los medios negativos y positivos respectivamente) (1). El Estado es, pues, primeramente, *Estado impersonal, espontáneo*, comun, general, directo, inmediato.

Pero, además, el indivíduo es agente del hecho social no

(1) Debo referirme en este lugar á *La Vida del derecho*, donde he tratado de demostrar el modo como son ejercidas todas las funciones jurídicas directamente, impersonalmente, por la sociedad, y la analogía esencial existente entre esta forma

en virtud de su propio poder, sino ostentando poderes de la sociedad, sea que esplícitamente se los confiera ésta (representacion voluntaria expresa), sea que los asuma aquél, por no ser posible la delegacion á causa del estado de incapacidad de la sociedad (representacion necesaria), ó adelantándose en el hecho á ella, y consintiéndolo ella pasivamente (representacion voluntaria tácita). Sirvan de ejemplo el jefe de la nacion, rey ó presidente, órgano individual que ejerce la funcion reguladora á nombre y en representacion del Estado todo; el dictador romano, que concentraba en sus manos, por ministerio de la ley, todos los poderes del Estado; el pretor y el procónsul; el juez, órgano del poder judicial en el partido ó distrito: los ministros, con respecto á cada uno de los ramos en que se subdivide el gobierno nacional; el *land amman*, órgano ejecutivo en los cantones democráticos de Suiza; el embajador, en la representacion de cada Estado cerca de los demás; el gobernador en la provincia y el alcalde en el concejo, que, entre otros, desempeñan en representacion del Estado respectivo el poder ejecutivo; los *select-men*, órganos de la vida municipal americana; el registrador de la propiedad; el padre, órgano para la funcion (entre otras) de la tutela, en la familia; etc. El indivíduo sabe que el poder con que obra no es suyo, sino de la sociedad; y la sociedad sabe que los hechos de aquel indivíduo no son individuales, sino suyos tambien, de la sociedad. La razon de la diferencia entre esta forma de representacion y la anterior, estriba principalmente: 1º En que, aquí, el órgano es personal y único, y allá impersonal y múltiple; que, por esto, en el segundo caso nadie está excluido, y en el primero, todos ménos uno. 2º Aquí, el indivíduo-órgano ejecuta los hechos en vista sólo del estado de la sociedad, ó lo que es igual, de las circunstancias que determinan ese estado, siendo accidental que coincida ó no éste con su propio estado ó situacion particular; miéntras que allá, el hecho lo ejecuta en consideracion tan sólo á su situacion

de la vida del derecho y las funciones de la vida corporal, respiracion, digestion, etc., ejercidas directamente por el cuerpo, sin mediacion de los órganos especiales: §§ 21-35.

personal, y únicamente cuando coincide con el de la sociedad, su hecho es hecho social. 3º Aquí, la accion del órgano se halla, por lo comun, sometida á reglas procesales dictadas reflexivamente en el seno del Estado oficial; al paso que allá no existe regla alguna, fuera de las consuetudinarias producidas espontáneamente en el seno del todo social. 4º Aquí, responde de sus actos ante la sociedad, porque á nombre de ella los ejecuta: allá no, porque, en la intencion del agente, el hecho no trasciende del agente mismo, es puramente individual. 5º Aquí, el indivíduo desempeña su funcion como por oficio, haciendo de ella profesion especial de su vida, con exclusion de las restantes; allá, el indivíduo no ejerce esta ó la otra funcion determinadamente, sino indistintamente todas, no haciendo consistir en ninguna su condicion social ni su modo de vivir. 6º Aquí, el sujeto necesita poseer una aptitud especial, en relacion con la funcion que le está confiada, porque su gestion ha de ser artística; allá, basta la capacidad general que caracteriza á todos los hombres en la vida comun, cuando han alcanzado la plenitud de su desarrollo. 7º Aquí, es condicion precisa la division del trabajo, que es decir, de las funciones entre órganos diversos, y por tanto, la permanencia de estos; allá, la division es imposible, porque no hay diferenciacion orgánica, no teniendo carácter de tal la contínua formacion y desaparicion de los órganos eventuales. Unas veces, un mismo indivíduo es órgano para dos ó más funciones; otras veces, para una sola: otras, para una parte de funcion, ó sea, para uno de los momentos ó subfunciones en que cada funcion se diversifica interiormente.—En esta forma ejerce la sociedad todos sus poderes, el legislativo, el gubernativo, el judicial, etc., siempre mediatamente, esto es, por mediadores, por representantes constituidos en tales conscia y deliberadamente, por órganos artistas del derecho, que tambien se dicen funcionarios (de «funcion»), y oficiales (porque desempeñan un «oficio de república»); por donde viene á manifestarse el Estado bajo un nuevo aspecto, como *Estado oficial*, indirecto, mediato, reflexivo.

A primera vista, parece una imperfeccion eso de que la so-

ciedad no pueda obrar nunca por sí, directamente; que haya de obrar siempre por medio de representantes;—y sin embargo, es ésta una de las condiciones que más favorecen el progreso en la humanidad. Aquella parte del cuerpo social donde primeramente se manifiesta una necesidad, ó de otro modo, aquel individuo que primeramente la sintió, ejecuta todas las funciones que conducen á su satisfaccion, adaptando y apropiando al fin los medios que le son adecuados, encarnando en un hecho la relacion ideal que establece entre aquél y estos. Ese hecho sirve de leccion al resto de la sociedad. Supongamos que la relacion se equivoca, y que el hecho no corresponde á la necesidad: si la sociedad en masa lo hubiese ejecutado, á toda ella alcanzarian las consecuencias del error, y esas consecuencias pueden llegar hasta á causar la muerte: siendo obra tan sólo de un indivíduo, ó de un número escaso de indivíduos, el error no afecta sino indirectamente á la colectividad. Supóngase que se acertó en el hecho: si lo hubiese ejecutado la sociedad, su actividad, convertida toda á aquella relacion, hubiese tenido que distraerse de otras muchas que simultáneamente y por distintos lados le asediaban, al paso que, obrado por uno solo ó por algunos indivíduos, los demás, cuando sientan la misma necesidad, se lanzarán por el camino que aquellos les abrieron, y todo el trabajo intelectual que hubieran consumido á no haberles precedido otros, lo aplican á otro género de actos; y de este modo, mediante esta distribucion de trabajo y este comercio de productos espirituales, la vida es ménos penosa, y más rápido el progreso en la humanidad.—Hay más. Como cada indivíduo es una persona sustantiva de derecho, los hechos que ejecuta, ántes que hechos sociales, son hechos individuales: no responden directamente á necesidades de la sociedad, sino primeramente á necesidades propias; y como una misma necesidad toma tintes y matices diversos en cada indivíduo, si la sociedad entera hubiera de ejecutar el hecho, aplicaria los medios en proporcion y forma idénticas, rígida é inflexiblemente,—por no serle posible apreciar los infinitos modos de manifestacion individual de la necesidad,—con lo cual, comprimiria la vida, á punto de hacerla

imposible: ya hemos visto cuánto la contrarían y perturban aquellas parciales negaciones de este principio que hemos hallado en las legislaciones positivas, cuando impone reglas uniformes de accion á todos los indivíduos.

Esto por lo que respecta al indivíduo en su cualidad de órgano adventicio: órgano de experiencia para los demás, al par que de vida para sí propio. Todavía son más trascendentales las consecuencias, si se considera el indivíduo como órgano permanente, oficial, y por decirlo así, específico. Como consagra una parte principal de su vida á una sola funcion, como se ocupa constantemente de un solo órden de hechos, acumula experiencias y reflexiones personales, adquiere una aptitud mayor, su habilidad técnica es cada vez más acabada, y más artística y perfecta su obra. Así como los órganos permanentes del cuerpo que denominamos sentidos, están dotados de una sensibilidad más exquisita que las partes restantes, de igual manera los órganos permanentes del Estado están dotados de más felices disposiciones, de más penetracion, de más tacto, de más destreza, que el comun de las gentes, y su accion es, por tanto, más rápida, más intensa, más intencional, más directa, más regular y proporcionada que la de la generalidad. Todavía no se da cuenta el Cuerpo social de los cambios que ha experimentado en su situacion y de las nuevas necesidades que aquellos estados le han creado, cuando el órgano las ha sentido ya, las ha estudiado, y ha principiado á poner los medios necesarios para satisfacerlas. Todavía no ha principiado á discernir la Sociedad el modo cómo podrá satisfacer las que ha sentido, cuando ya el órgano tiene formado su plan de accion, pone la masa social en movimiento, dirige la actividad, imponiéndole ley, ó se adelanta á ella y obra por sí en nombre del todo. No de otra suerte, en nuestro cuerpo, el oido, por ejemplo, centinela avanzado del alma, nos advierte de la proximidad de una tormenta, de una erupcion volcánica ó de un ejército enemigo, ántes de que el cuerpo mismo haya podido reconocerlo por la trepidacion del suelo ó la caida del rayo ó de la lluvia.

Al revés de lo que se cree ordinariamente, de los dos gé-