

DISCURSOS

DE RECEPCIÓN DE

D. ADOLFO BONILLA Y SAN MARTÍN

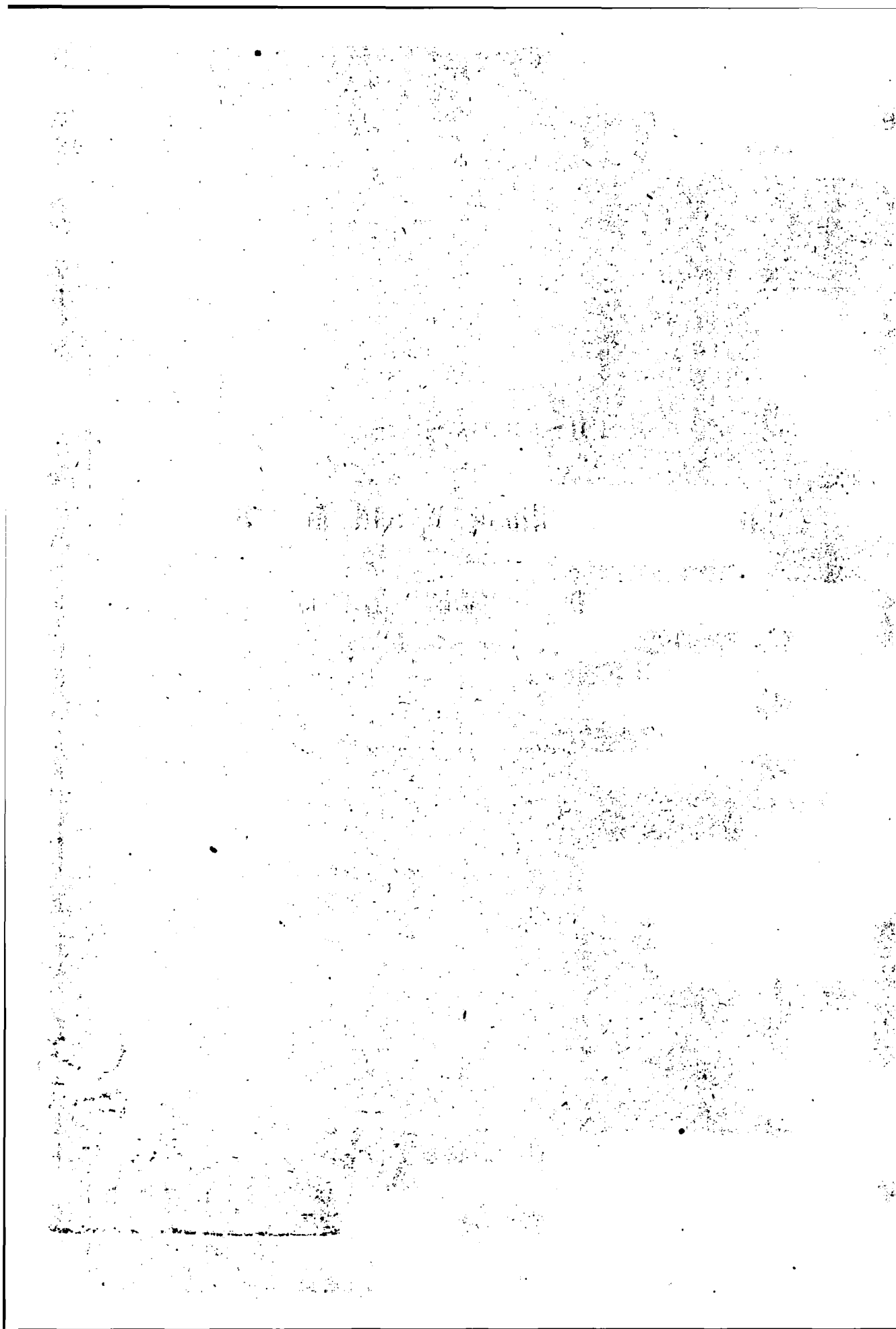
Y DE CONTESTACIÓN DE

D. FAUSTINO ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ-RIVERA

Leídos en la Junta pública de 1.º de Diciembre de 1912

TESIS:

La ficción en el Derecho.



DISCURSO

DE

D. ADOLFO BONILLA Y SAN MARTÍN

«Omne ius hominum causa constitutum est.» (Irnerii, *Questiones de iuris subtilitatibus*; ed. H. Fitting; V, 1.)

SEÑORES ACADÉMICOS:

Las causas de la gratitud que debo guardaros, son tantas y tan importantes, que temo proferir cualquier vulgar frase para dárosla á entender, recelando que todas resulten mezquinas, y pongan todavía más en claro la cuantía de la deuda y la generosidad de los acreedores. Comenzasteis á favorecerme en 1901, premiando mi modesto trabajo sobre *Luis Vives y la Filosofía del Renacimiento*; y habéis colmado ahora las medidas, honrándome con vuestra elección para compartir con vosotros las graves y patrióticas tareas en que esta Real Academia se ocupa. Manifestaros mi profundo agradecimiento, es elemental deber; justificar vuestro beneficio, paréceme, á la hora presente, empresa harto difícil; prometeros no olvidarlo nunca, es lo que puedo hacer y hago con fervor; poniendo, además, al servicio de vuestros nobles fines, cuanto representen mi buena voluntad y mis limitadas fuerzas.

Vengo á suceder á un varón benemérito de la cultura y de la Patria, político prudente, razonador sagaz, escritor claro y elegante, pensador de discretísimo criterio y de ilustración nada común. Me refiero al Excmo. Sr. D. Julián García San Miguel y Zaldúa, Marqués de Teverga (1841-1911). En los varios é importantes cargos públicos que hubo de desempeñar (Diputado á Cortes; Director de Beneficencia, Sanidad y Establecimientos penales en el Ministerio de la Gobernación; Subsecretario de este Departamento; Consejero de Estado; Vicepresidente del Congreso; Ministro de Gracia y Justicia), confirmó las excepcionales condiciones que desde su juventud mostrara para la vida política y para la Administración del Estado; y en la memoria de todos está la brillante campaña que realizó, cuando bajo su dirección estuvo el Ministerio de Gracia y Justicia, respecto de la reforma penitenciaria y del Notariado. No siempre las realidades correspondieron á sus deseos, y más de una vez hubo de resignarse al incumplimiento de sus ideales, por ser más poderosos que su firme voluntad los tradicionales obstáculos de la rutina y de la indolencia; pero esta contemporización es ley de la vida gubernamental, y ningún hombre público ha conseguido jamás llevar á efecto de un modo total su programa. El pensador abstracto, en el retiro de su trabajo, puede quizá descomponer y reconstruir la sociedad á su manera; el político de acción se siente en gran parte arrastrado por la corriente dentro de la cual se mueve, y á duras penas puede hacer otra cosa que variar insensiblemente su dirección, contando con que el tiempo y las generaciones completarán la obra.

Pero no fué sólo eso el Marqués de Teverga. Fué al mismo tiempo hombre de investigación y estudio científico. Allá por los años de 1865, en Junta pública celebrada por la Real Academia Española, el inolvidable D. Aureliano Fernández-Guerra y Orbe leyó un eruditísimo discurso sobre «El Fuero de Avilés», al que acompañaban interesantes notas, doctos comentarios y una fidelísima transcripción del

texto de aquel documento legal, seguida de un Vocabulario, que aun hoy, habiendo adelantado considerablemente en España los estudios filológicos, puede consultarse con fruto. Entendió Fernández-Guerra que el citado Fuero no pudo ser dado en el año 1085, como se creía, sino que era «curiosa y muy estudiada invención del siglo XIII», y así procuró demostrarlo con prolijos é ingeniosos argumentos. No fueron otros de la misma opinión, y entre ellos el Marqués de Teverga, para quien el Fuero fué «dado por Alfonso VI y confirmado por el Emperador Alfonso VII». Creía el Marqués que los razonamientos de Fernández-Guerra probaban *demasiado*, y, como hijo de Avilés que era, no consideraba oportuno, sin datos contundentes, renunciar á una de las más preciadas joyas de su tierra natal. Bien declaró este amor suyo á la tradición asturiana, en el libro que escribió con el título de: *Avilés; Noticias históricas*, y su labor fué recompensada por la Real Academia de la Historia, que le nombró Correspondiente, con el cual título perteneció durante varios años á la Comisión de Monumentos de la provincia.

Al ingresar en esta Real Academia, en 23 de Junio de 1907, leyó el Marqués de Teverga un extenso y razonado discurso sobre el tema: «La representación parlamentaria, el sufragio obligatorio y el *referendum*». Allí sostuvo que la representación parlamentaria es la verdadera expresión de la soberanía nacional; que el derecho electoral es su base necesaria; que el sufragio es un derecho de carácter público, que el Estado regula y cuyo ejercicio se convierte en un deber; se declaró, con restricciones, partidario de la representación proporcional y del voto secreto y acumulado; censuró el *referendum* político, aunque aplaudió su aplicación, por vía de ensayo, á los municipios y provincias; y, aludiendo al voto obligatorio, pronunció estas palabras, que casi pueden estimarse proféticas: «Se le podrá obligar (*al elector*) á presentarse en el colegio electoral, se le compelerá á depositar en la urna un boletín; pero á dar su opinión, á votar, eso no es posible, porque es un acto potestativo y libérrimo de su vo-

luntad, que nadie puede cohibir; deduciéndose de esto, como consecuencia indeclinable, que los que consideran el sufragio más como una función social que como un derecho, no están absolutamente en lo cierto.»

Tales fueron algunos de los pensamientos del inolvidable académico á quien sucedo; y quisiera yo, señores, que mi presencia aquí fuese un motivo más para recordarle constantemente, porque, si no habéis de hallar en el sucesor un sustituto de su talento, encontraréis por lo menos un imitador de su amor al trabajo y de su rectitud de intención.

PRELIMINARES

«Basta considerar cualquier situación, al alcance de los ojos ó de la mano—escribe Ed. Picard (1)—, para darse cuenta (por ligero que sea el análisis) del carácter prodigiosamente ubicuitario del Fenómeno (Derecho). Heme aquí ocupado en escribir libremente ante una mesa, en una habitación, en una casa, en una ciudad. Si puedo hacerlo, es que en mi persona residen un derecho á la existencia y un derecho á la libertad. El cuerpo de que dispongo mediante el funcionamiento de mi cerebro y de mi mano, está cubierto por vestidos sobre los cuales tengo un derecho de propiedad, como sobre la pluma que manejo y sobre el papel en que garrapateo los arabescos de la escritura. Esta habitación (un cuarto de hotel), la ocupo en virtud del derecho que me ha conferido mi convenio con el hostelero; pero este último tiene, con respecto á mí, el derecho de obtener el precio del alquiler, de la misma suerte que posee derechos de propiedad sobre los objetos muebles que me rodean y sobre el inmueble que explota. La plaza pública, que veo desde mi ventana, está llena de una multitud circulante y afanada; cada uno de esos hombres, semejantes á mí, lleva consigo derechos análogos y se mueve utilizando tales derechos. Los transeuntes que suben á esos ómnibus, hacen surgir, por hecho tan sencillo, derechos entre sí y respecto de la compañía explotadora. Esos vendedores de periódicos gritan para dar nacimiento á derechos mediante la compra de sus hojas, y poseen derechos sobre ellas, como sobre la mo-

(1) *Le Droit Pur*. Paris, E. Flammarion, 1908; páginas 44 y 45.

nada que hay en sus bolsillos. De todo lo que veo, edificios, árboles, calles, aceras, vehículos de todas clases, perros, caballos, trajes, mercancías que llenan los escaparates, no hay nada que no esté cogido en la red, al mismo tiempo flexible y colosal, del Derecho. ¡Nada! si se exceptúa ese cielo inaccesible, con la sublime belleza de sus inquietas nubes y de su pálido sol de invierno; y no se escapa sino porque el hombre no puede alcanzarle, porque, de otra suerte, él también, con sus esplendores, sería reducido á servidumbre jurídica.»

Esa *red* universal é intrincadísima, que envuelve entre las mallas de su tejido todas las relaciones humanas, está compuesta de dos clases de hilos: *derechos* y *obligaciones*, cuya materia emana de una sola substancia engendradora: la *regla* ó norma jurídica. Porque, á nuestro juicio, todo *derecho* es, en esencia: *facultad de obrar en conformidad con la ley*; y toda *obligación* es, en análogo concepto: *necesidad moral de cumplir lo que la ley preceptúa y omitir lo que la misma ley prohíbe* (1). San Pablo escribe, en su *Epístola á los Romanos* (VII, 7-9): «Luego ¿qué diremos? ¿Es pecado la ley? No lo quiera Dios. Pero es así que el pecado no le conocí sino por la ley; porque á la codicia no la hubiera yo conocido, si la ley no dijera: *No codiciarás*.—Mas el pecado, tomando impulso por la ley, obró en mí toda codicia; porque, *sin la ley, el pecado estaba muerto*.—Y yo vivía sin ley algún tiempo; mas, venido el mandamiento, revivió el pecado» (2). De la misma suerte podríamos decir nosotros: no hubiéramos conocido lo que eran derechos y obligaciones, si la ley no hubiese fijado una regla de conducta. Por eso la *red* del Derecho envuelve, sujeta y en cierto modo constriñe, nociones que van implícitas en la misma derivación etimológica, porque *ley* viene de *le[g]e*, y *lex*, probablemente, se relaciona con el verbo *lego*, *is*,

(1) Vide nuestro libro: *Concepto y teoría del Derecho (Estudio de Metafísica jurídica)*. Madrid, 1897; págs. 58 y 71.

(2) Trad. del P. Juan José de la Torre. Friburgo de Brisgovia, 1909.

que significa *leer*, pero también *coger*, *reunir*, en sentido más primitivo. Sin la ley, el pecado *estaba muerto*; ó, lo que es lo mismo, sin la ley, no habrían venido á la vida los derechos y obligaciones cuya transgresión ó incumplimiento se castiga.

En su significación más amplia, *ley* es la fórmula de un hecho necesario y universal; pero, en función de los grados de esa *necesidad*, se habla de leyes físicas y de leyes morales, entendiendo por ley moral (ó *natural*) una regla racional de conducta, necesaria en su naturaleza y voluntaria en su cumplimiento. Su fuente es, por lo tanto, la razón; y siendo interpretada ó declarada (*puesta*) por un legislador humano, recibe el nombre de ley *positiva* ó *jurídica*, que concebimos como regla de conducta justa (1), dictada con carácter imperativo por autoridad legítima y poderosa para sancionar su incumplimiento.

Refiriéndome concretamente á la regla jurídica positiva, es evidente, á mi juicio, que en la Filosofía del Derecho deben estudiarse, como problemas fundamentales, los de su naturaleza (con los caracteres de variedad, particularidad, mutabilidad y *declaratividad*) y formación; y dentro de esta última, distinguiéndose lo que concierne al sujeto definidor de la regla y lo que atañe al *procedimiento de formación* de la regla misma (en lo cual entran la teoría del *arte legislativo* y la consideración del valor especial del principio de imitación, aparte de lo relativo á las formas que para realizarla se emplean).

Que el Derecho (tomado en sentido de regla jurídica positiva) penetre, como éter impalpable, la vida entera, nos rodee con sus cuidados y nos acompañe desde el nacimiento hasta la muerte (no dejándonos en paz, á veces, ni antes de venir al mundo, ni después de haberle abandonado), es una observación demostrable y exactísima. Pero que el Derecho,

(1) Entendiendo por *justicia*, en cuanto virtud, el hábito de obrar en conformidad con la ley moral.

así estimado, sea la Vida misma, no sólo lo pongo en duda, sino que lo niego: porque de ello se seguiría que donde quiera que hay Vida, ha de haber Derecho, lo cual dista mucho de ser cierto. Allá por los años de 2150 antes de Jesucristo, el rey Hammurabí decretó para los babilonios su famoso código, recientemente descubierto; pero dos mil ciento cincuenta años son apenas nada para los dos millones que, según ciertos antropólogos, duró la evolución del antroipoide para ser *homo sapiens*; y no hay fundamento para suponer que durante ese enorme período se practicase ninguna regla jurídica positiva; ni le hay tampoco para sostener que se conozca y practique en nuestros días en todos los lugares habitados por el hombre.

Dejando esta cuestión aparte, es también notorio que, desde el momento en que la regla jurídica existe, alguien la ha formulado y de alguna manera se llegó á la fórmula declarativa. Ahora bien: el criterio más elemental comprueba que estas maneras ó *formas* de realización de la ley moral (por medio de la jurídica) no pueden ser sino de dos clases: *directas*, ó *indirectas*, según que la *intención jurídica* del definidor se manifieste clara y terminantemente, ó emplee rodeos, tropos y artificios que lleven al cumplimiento del fin deseado sin que el cumplidor se dé cuenta, á primera vista, del mismo. Sólo hay dos formas directas de realización de la regla: la *legislación* y la *costumbre* (1). Pero en cambio pue-

(1) Es la *costumbre* una regla de conducta justa, practicada de un modo uniforme por la generalidad del pueblo con intención jurídica, y tácitamente reconocida por el legislador. (Confer.: Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana: *Códigos de Comercio españoles y extranjeros. y leyes modificativas y complementarias de los mismos, comentados, concordados y anotados*; tomo 1, Madrid, 1909; pág. xxiii.)

En la formación histórica de la regla jurídica legislativa (y aun en la de la regla consuetudinaria), han representado importante papel las sentencias de los Tribunales; de lo cual ofrecen buena prueba las *θέμειες* griegas y las *fazañas* de nuestro interesante y poco estudiado *Fuero Viejo*. Sumner Maine, en el *Antiguo Derecho*, ha llamado la atención sobre esa trascendencia histórica de los Tribunales en la evolución de las leyes.

den ser muy variadas las formas indirectas, y entre ellas merecen particular estudio: el *símbolo* y la *FICCIÓN*.

Al examen de esta última forma, tema interesantísimo y deficientemente investigado, voy á dedicar los párrafos que siguen, contrayéndome á los límites que este género de disertaciones impone, y temiendo, así y todo, abusar en demasiada de vuestra sabia y amable atención.

I

NATURALEZA DE LA FICCIÓN JURÍDICA

Mediante las formas legislativa y consuetudinaria, el definidor de la regla jurídica positiva (autoridad legítima ó comunidad de Derecho) declara su voluntad racional, su *tesis* jurídica, en forma inteligible por todos y *directamente* aplicable á los sujetos comprendidos en la *hipótesis*. Dice, por ejemplo: «Los menores de veintiún años y los incapacitados, podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres ó sus causantes.» (Artículo 5.º de nuestro Código de Comercio vigente.) En suposición de que existan menores de veintiún años é incapacitados; en suposición también de que los padres ó causantes de esos sujetos hayan ejercido el comercio, y en suposición, por último, de que tales menores é incapacitados quieran continuar ejerciendo la industria mercantil, el legislador declara que podrán hacerlo, pero no por sí, sino por medio de sus guardadores. La declaración es terminante y clara; la relación entre la *tesis* y la *hipótesis* es directa é inmediata.

Pero en ocasiones (y, especialmente, en los primitivos tiempos de la evolución jurídica), la regla de derecho se ha formulado de otro modo muy diferente. En vez de castigar, verbigracia, al calumniador con una determinada pena, se imagina la leyenda de Loke, el dios difamador escandinavo,

que, habiendo faltado á su palabra, queda obligado á dejarse coser los labios por un enaño (1); he aquí el *mito*, cuya virtualidad es, en la práctica, profundamente *imitativa*. En vez de prescribir directamente el respeto á los límites territoriales, se coloca en ellos la estatua del dios *Terminus* (como entre los romanos), á quien anualmente se ofrecen sacrificios, y la violación de aquellos límites se considera como transgresión del culto divino; he ahí el *símbolo*. En lugar de declarar que la ley, una vez promulgada, se entiende obligatoria para todos, conózcana ó no, se afirma que ha llegado universalmente á conocimiento de los legislados; he ahí la *ficción*. Y es singular que, á veces, *mitos*, *símbolos* y *ficciones* subsisten veladamente en las fórmulas jurídicas, sin que se den cuenta de ello los mismos que las emplean. En el siglo II de Jesucristo, un jurisconsulto como Gayo califica de ridícula (*lex tota ridicula est*) la ley de las Doce Tablas por la que se prescribe el procedimiento *per lancem liciumque* para recuperar un objeto perdido; sin tener en cuenta que semejante ceremonia no era sino una reminiscencia de cierto rito mágico adivinatorio, usado por los antiguos arjos y referido en el *Atharva-Veda* y en el *Kaũcika Sũtra* (2).

El *mito*, el *símbolo*, la *ficción*, son alegorías, porque *alegoría* no es propiamente otra cosa que la expresión de algo distinto de lo que se significa (3). Y, en especial, el símbolo (natural ó artificial) es por naturaleza equívoco, porque

(1) M. Chassan, *Essai sur la Symbolique du Droit*. París, 1847; página 37.

(2) A. Bonilla, *El Código de Hammurabi y otros estudios de historia y filosofía jurídicas*. Madrid, 1909; págs. 151 y siguientes.

Ejemplo de *símbolos* jurídicos en nuestra legislación, son las *marcas de fábrica*. Según el art. 22 de la ley de Propiedad industrial de 16 de Mayo de 1902: «Pueden especialmente constituir marca: los nombres, bajo una forma distintiva; las denominaciones, etiquetas, cubiertas, envases ó recipientes, timbres, sellos, viñetas, orillos, recamados, filigranas, grabados, escudos, emblemas, relieves, cifras, divisas, etc.....»

(3) Véase A. Bonilla, *El Arte simbólico. Esbozo de una teoría de las formas artísticas*. Madrid, 1902; pág. 11.

puede tener varios sentidos. «El león, por ejemplo, símbolo del valor, no es solamente valeroso; la zorra, símbolo de la astucia, no es solamente astuta.» En todos ellos, la relación entre la idea y su representación es indirecta, por lo cual calificábamos de este modo esas formas, cuando lo eran de la regla jurídica.

Como los niños gustan de consejas, la Humanidad, en su infancia, gustó también de tales formas alegóricas. «La antigüedad—escribe J. Michelet (1)—recogía todo: quejas del Océano, murmullos de los ríos; todos los rumores que la selva produce los días de tormenta; todo lo que el pájaro dice quedito á sus pequeñuelos. Eran vocablos de una lengua regular, cuyas frases se reproducían en un orden tan infalible, que la una era augurio de la otra. Apareciendo tal señal, *debía* venir tal otra; tal fenómeno constituía, para tal otro, un *derecho* de existir..... Los fenómenos eran así símbolos jurídicos, que se interpretaban por fórmulas. La Naturaleza arrojaba al viento sus oráculos; seguía la Poesía, escuchando y recogiendo.»

*
* * *

Refiriéndonos concretamente á la *ficción de Derecho*, habremos de reconocer que pertenece al género de las simulaciones, de las que se han llamado *mentiras convencionales*. Es, en substancia, *una institución de la regla jurídica, legal ó consuetudinaria, en virtud de la cual se simula que ocurrió algo no sucedido ó que no aconteció aquello que realmente tuvo lugar*. Más aún que el símbolo, es una *creación humana, una poesía del Derecho* (2). Tan cierto es esto, que se echa de

(1) *Origines du Droit français, cherchées dans les symboles et formules du Droit universel*, edición de Paris, C. Lévy, 1890; pág. LX.

En opinión de Chassan (obra citada, pág. 49), la ficción debe estudiarse en la Simbólica, entre los símbolos *hablados*, porque se manifiesta por el sonido.

(2) Cf. Michelet, obra citada, pág. xcvi. Ya escribió Vico en la *Scienza Nuova* (l. iv): «L' antica giurisprudenza fu una severa poesia.»

ver en la misma derivación etimológica. *Ficción* viene del latín: *fictione* (de *factio*), y *factio* es un derivado de *fungo*, que significa: «amasar, amoldar, tocar, acomodar, inventar». *Fictor* se decía del panadero que amasaba el pan, y se aplicaba también al escultor que moldeaba la arcilla y el metal (así, *figulus* era el alfarero) (1).

En su curiosísimo y raro libro *De fictionibus iuris tractatus quinque* (2), Antonio Dadin de Haute-Serre (m. en 1682) intenta distinguir la *factio* de la *simulatio*, desde el punto de vista del Derecho romano, en los siguientes términos:

«A) Existe la ficción, cuando se da por ocurrido algo que verdaderamente no sucedió; como, en la ficción de la ley Cornelia, el que fué aprisionado por el enemigo, si muriese en su poder, se supone que falleció en el primer instante del cautiverio; y, en la ficción del postliminio, el que vuelve del enemigo, se finge que siempre estuvo en la ciudad. Pero la

(1) M. Bréal et A. Bailly: *Dictionnaire étymologique latin*, 4^o éd.; Paris, 1898; vocablo: *FINGO*.

En este sentido, el hombre, según el relato del *Génesis*, es el producto de una *fiction*. Dios *formó* al hombre *del barro* de la tierra (*formavit igitur Dominus Deus hominem de limo terrae*; 11, 7), y, de la misma tierra, produjo el «*lignum scientiae boni et mali*». Después de formar aquella estatua humana, «*inspiravit in faciem eius spiraculum vitae*».

(2) Parisiis, P. Lamy, 1659; pág. 12. La descripción de este libro (del cual poseo ejemplar) es como sigue:

De | fictionibus | iuris | tractatus quinque. | Quibus accessit Solemnis Praelectio ad l. Cum | societas. ff. pro socio. | Auctore Antonio Dadino Alteserra | Antecessore Tolosano. | (Viñeta) | Parisiis, | Apud Petrvn Lamy, secunda columna maioris | Aulae Palatij, ad insigne Magni Caesaris. | M.DC.LIX. | Cvm Privilegio Regis.—4.º, 181 págs. nums. de texto + 16 sin num. de portada y prels.

Antonio Dadin de Haute-Serre nació en Cahors; fué Profesor de Derecho en la Universidad de Tolosa de Francia, y murió en 1682. Publicó otros varios libros, además del citado, todos referentes á Derecho é Historia.

R. von Ihering, en su inmortal libro *L'Esprit du Droit romain dans les diverses phases de son développement* (traducción Meulenaere, Paris-Gand, 1878; t. IV, pág. 278), cita una obra de Demelius: *Die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung* (Weimar, 1858), que no he logrado ver.

simulación existe cuando se hace una cosa y se aparenta otra, como cuando se simula una compra donde hay una prenda (*Cod. lib. iv, tít. 22, l. 3.^a*); ó una venta donde hay una donación (*Cod. lib. iv, tít. 38, l. 9.^a*); ó cuando se finge que compró la mujer lo que compró el marido (*Cod. lib. iv, tít. 22, l. 2.^a*); y, en general, cuando alguno hace una cosa y manifiesta por escrito otra (*Cod. lib. iv, tít. 22, l. 4.^a*), ó cuando se simula un contrato, no habiéndolo (*Cod. lib. iv, tít. 2.^o, l. 6.^a*).

»B) La ficción va contra la verdad, pero se disputa por verdad (Bártolo; *in l. si is qui pro emptore; ff. de usucap*). La simulación va contra la verdad, y se disputa por no ocurrida (*Cod. lib. iv, tít. 22; ídem íd., tít. 2.^o, l. 6.^a; ídem, lib. viii, título 28, l. 10.*)»

La distinción que Dadin establece, vale quizá para diferenciar la ficción jurídica de otras ficciones que no son *de Derecho*; pero es fútil si se utiliza para distinguir la ficción de la simulación ó mentira. En toda ficción (y, por consiguiente, en la jurídica), el que finge falta deliberadamente á la verdad, y cuando su ficción se admite y se profesa, y llega á tomar carta de naturaleza entre aquellos para quienes semejante falsedad no es un misterio, merece sin controversia el calificativo de *mentira convencional*.

Pero, aunque la ficción, por el mero hecho de serlo, se muestre contraria á la verdad, engendra, sin embargo, una especie de *verdad jurídica*, más positiva y menos discutible que la *verdad verdadera*. Si A. afirma que la casa de B. le pertenece, necesita probarlo para que la autoridad judicial le reconozca la propiedad. Si el legislador declara que un diputado representa á la nación entera, el diputado puede ostentar esta representación, aunque el 99 por 100 de los ciudadanos proteste de ello. Y es singular este carácter de la ficción, ya observado por Louet y por Chassan. «La verdad efectiva, la verdad verdadera—escribe este último (1)—, para ser reconocida, ha menester rodearse de pruebas y apoyarse en la

(1) Obra citada; pág. 50.

declaración de los escritos ó en el testimonio de los hombres, lo cual le atribuye un poder incierto y hace precaria su condición, sometiéndola al imperio de todas las vicisitudes humanas; la verdad ficticia, subsistiendo por la sola autoridad de la ley, saca su prueba y su fuerza de su propia existencia, lo cual le imprime un carácter de certidumbre, que le confiere, ante la justicia, una eficacia y un vigor de que la verdad real está frecuentemente privada.»

Precisamente por eso, la *ficción* difiere profundamente de la *hipótesis científica*; porque lo supuesto en ésta *se sabe que puede ser*, mientras que lo supuesto por el creador de la *ficción*, *se sabe de un modo cierto que no fué*; y si bien lo que fué pudo no ser antes de ser, *no pudo no ser* después de haber sido. Lo cual no obsta, por cierto, para que en el terreno científico se planteen hipótesis que son verdaderas ficciones; por ejemplo: que la materia es cuantitativa, y que, á pesar de ello, sus partes elementales son indivisibles (1).

No deben confundirse, tampoco, las ficciones con las *presunciones* jurídicas. La *ficción* no admite prueba en contrario, porque es una forma de realización de la regla de Derecho, cuyo definidor posee *autoridad y fuerza* para hacer cumplir sus preceptos. La *presunción*, á la inversa, admite prueba en contrario. La *ficción* versa siempre acerca de algo *cierto*; la *presunción* se refiere por necesidad á algo *dudoso*. Claro es que, al decir esto, nos referimos solamente á las presunciones llamadas *iuris tantum*; las denominadas bárbaramente *iuris*

(1) «Llamamos hipótesis—escribe E. Mach—una explicación provisional que tiene por objeto hacer comprender más fácilmente los hechos, pero que escapa todavía á la prueba por los hechos.» (*La Connaissance et l'Erreur*; trad. M. Dufour. Paris, 1908; pág. 240.)

La historia de la Astronomía demuestra que, durante muchos siglos (por lo menos desde Ptolomeo hasta Copérnico), los astrónomos han tomado por base de sus teorías una verdadera *ficción*, con el exclusivo objeto de *salvar las apariencias*. (Vid. mi *Historia de la Filosofía española*, II, 333 y sigs.)

El punto geométrico, considerado como *lugar sin extensión*, es otro ejemplo de *ficción científica*.

et de iure, introducidas por los glosadores medievales, no son presunciones, sino ficciones (1), y es principio universal el de que: «*praesumptio cedit veritati, id est, probationi*».

Por último, si la ficción es simulación, nada de extraño tendrá que el simulador, para producir efecto más seguro, procure aproximarse á lo natural. Así, en la adopción, que es una de las viejas ficciones jurídicas todavía vigentes, se exige por nuestro Código civil que el adoptante haya cumplido la edad de cuarenta y cinco años, y tenga, por lo menos, *quince años más* que el adoptado (art. 173). Y, en lo antiguo, la imitación de la Naturaleza, era todavía más realista, porque entre los celtíberos, por ejemplo, «la mujer del adoptante simulaba un parto, y el adoptado salía de entre las ropas del lecho, representando el papel de recién nacido, y desde aquel instante, aquellas personas quedaban ligadas por vínculos tan fuertes como los de la consanguinidad» (2).

* * *

Tal es el concepto, y tales son los caracteres distintivos de la ficción jurídica.

Pero ¿por qué se finge? ¿Por qué el legislador ha recurrido á este medio indirecto de realizar la regla jurídica, cuando tenía á mano otros más claros, sencillos y eficaces? Este *porqué* se refiere á la investigación sobre las *causas* de las ficciones, y semejante investigación no puede hacerse sin

(1) «.... Alia iuris et de iure, puta cum ius fingit aliquid et statuit *super ficto*, et non admittit probationem in contrarium..... Ubi ergo ius praesumit, et ex tali praesumptione ius facit, dicitur praesumptio iuris et de iure.» (Hostiense: *Summa super titulis Decretalium*; De praesumptionibus.)—Cons. también: Dadin: *De fictionibus iuris*, ed. cit., págs. 10-11; G. Aron: *Les présomptions «juri et de jure» et leur origine historique* (en la *Nouvelle Revue hist. du Droit français et étranger*. Paris, 1896; páginas 500-513).

(2) Joaquín Costa, *Poesía popular española y Mitología y Literatura celto-hispanas* (Madrid, 1881; pág. 264), y su *Teoría del hecho jurídico, individual y social* (Madrid, 1880; pág. 302).

una clasificación previa, tan completa como sea posible, de las ficciones mismas, clasificación que á su vez ha de descansar en la determinación de sus varios fines.

Es, ante todo, evidente, que las ficciones han desempeñado un papel importantísimo en la evolución del Derecho, como es de ver de un modo especial en el romano y en el inglés. El paso del procedimiento de las *legis actiones* en el primero, al formulario, apenas se comprendería sin el estudio de las ficciones. El inmortal Ihering, fundándose en esta representación histórica, y ampliando una idea ya apuntada por Richey y Savigny, escribe lo que sigue:

«En realidad, nada más sencillo que las ficciones. Un ejemplo, tomado de la vida actual, va á revelárnoslo con evidencia. Una administración de ferrocarriles, un recaudador de contribuciones, han hecho imprimir fórmulas. Éstas, ya por olvido, ya porque tal artículo no era todavía conocido, no mencionan un producto cualquiera que ha llegado á ser en el intervalo un artículo corriente. Para no tener que reimprimir todas las fórmulas, se resuelve que ese producto debe ser referido á una de las columnas existentes; que los lignitos, por ejemplo, serán considerados como hullas. ¿Hizo otra cosa el Pretor romano cuando, extendiendo las acciones á relaciones nuevas, conservó sin cambio las antiguas fórmulas, limitándose á decir al juez que tendría que considerar la nueva relación como si perteneciese á la categoría de las antiguas? No había en eso, en efecto, sino *una forma particular de la extensión por analogía de la ley*: nada más. Este y no otro era el *objeto de la ficción*..... «El testamento es la expresión de la última voluntad de un ciudadano romano; el que no reúna esta cualidad en el momento de su muerte, no puede dejar un testamento válido.» Tal era la regla del Derecho antiguo. Entrañaba esta consecuencia: que el testamento del ciudadano que moría prisionero del enemigo, no era válido. La ley *Cornelia* suprimió esta consecuencia respecto de los testamentos hechos *antes* de la cautividad. Pudo introducir abiertamente esta innovación; así es

como procederíamos hoy; y tal vez lo hubiese hecho, sin los juristas romanos, que, en interés de su disciplina jurídica, crearon una ficción que dejaba exteriormente intacto el principio fundamental. Esa es la célebre *fictio legis Corneliae*. «El testador—decía la ley—será tenido por muerto en el instante de ser sometido á cautiverio; es decir, cuando todavía era ciudadano romano y libre» (1).

De aquí saca Ihering la consecuencia de que el objeto de la ficción consiste en allanar las dificultades que son inherentes á la adopción y á la aplicación de nuevas reglas de Derecho más ó menos *incisivas*; y afirma que «toda ficción, á causa de su misma imperfección, advierte á la ciencia que debe buscar, lo más rápidamente posible, un medio más perfecto».

Mas el propio Ihering reconoce que la ficción, no solamente desempeña la referida función *histórica* en la economía del Derecho, sino también una función *dogmática*, en la cual debería llamarse mejor *asimilación*, y cuya finalidad no es otra que la de facilitar una concepción jurídica. Así la *lex de arrogatione* señalaba al hijo arrogado la situación de hijo natural; así, tratándose de personas jurídicas ó colectivas, la ficción nos hace pensar como sujeto del Derecho, no á los miembros aislados de la corporación, sino á un ser fantástico: la *corporación*.

Convengo con Ihering en que casos como el de la *fictio legis Corneliae* y el de la *fictio legis de arrogatione*, son profundamente distintos; pero no hallo clara esa diferencia fundamental que aquél establece entre las funciones dogmática é histórica de la ficción. Al allanar las dificultades que son anejas á la adopción de nuevas reglas de Derecho, ¿qué otra cosa se hace sino *facilitar concepciones jurídicas*? Por otra parte, al facilitar concepciones jurídicas, ¿qué otra función se desempeña, sino la de advertir la necesidad de buscar medios más perfectos? Ambas funciones, la ficticia y la asimiladora, son *históricas*, en el sentido en que Ihering emplea

(1) *L'Esprit du Droit romain*, etc.; iv, páginas 293-294.

el adjetivo, porque ambas se esfuerzan por encerrar el vino nuevo en los viejos odres.

Encuentro, señores, demasiado *cándida* la interpretación del insigne autor de la *Prehistoria de los indoeuropeos*. Creo firmemente, y voy á intentar demostrarlo, que la ficción no ha desempeñado siempre el benéfico papel de auxiliar en el progreso científico y moral, sino que ha servido también para mantener insepultos, en el seno de la vida jurídica, los cadáveres de instituciones muertas, y ha sido instrumento de la *timidez* legislativa. Creo aún más: que las ficciones no han existido sólo como elemento histórico en la evolución del Derecho, sino que alientan en la economía jurídica actual, porque apenas hay una rama de aquél en que no se descubra una ficción vastísima, al modo de la inmensa sierpe de algunas cosmogonías, que sostiene á la Tierra y la trastorna de vez en cuando con sus estremecimientos. Creo, por último, que hay ficciones *a posteriori*; quiero decir, que no lo son, en la mente del definidor de la regla, cuando ésta se formula; pero que resultan tales después, con el revuelto andar de los tiempos.

Y, si me acompaña vuestra benévola atención, trataré de probar estas afirmaciones.

II

DE LOS FINES Y FORMAS DE LA FICCIÓN JURÍDICA

Aunque se graben en tablas de marfil, aunque se fundan en caracteres de bronce, los preceptos de la regla jurídica positiva son esencialmente mudables y perecederos. «Las oportunidades y remedios legales—escribe Aulo Gelio—se trastornan y alteran según las costumbres de los tiempos, las formas de gobierno, la utilidad de los presentes y la naturaleza é intensidad de los males que se han de remediar.

No subsisten en el mismo estado, sino que, como la faz del cielo y del mar, así varían con las contingencias de los sucesos y de la fortuna» (1).

Pero, por rápidamente que cambien los preceptos jurídicos, varía con mayor priesa aún la vida que esos preceptos tratan de regular; de donde resulta que las normas de Derecho quedan atrasadas, como máscaras que cubrieron unas horas el rostro del actor, y que son luego arrojadas y sustituidas por otras. Mientras la sustitución no se realiza, la máscara se hace impropia y aborrecible, y el actor se resiste á su empleo.

Tal aconteció, por ejemplo, con el feudalismo en los momentos de su decadencia. «Nada de efectos bienhechores; sólo los males habían sobrevivido. Las clases dominadoras no desempeñaban ya sus funciones; pero no por eso disminuyeron sus exacciones ni abandonaron sus privilegios. El poder señorial se ejercía únicamente en interés privado, estorbando á cada paso la libertad de los no privilegiados y mostrando sin cesar pretensiones vejatorias sobre ellos. El villano era arrancado de su quiñón, abrumado de pesados impuestos, para ir á trabajar gratis en beneficio de un vecino noble que no le ofrecía en recompensa protección ninguna. La cosecha era devorada por la caza de ese noble, sin que pudiera quejarse de ello; pagaba á su señor para tener el derecho de atravesar el río ó de vender sus productos en el mercado; más aún, la parte de grano que se había reservado, no podía comerla sin haberla hecho moler en el molino del señor y sin haberla hecho cocer en el horno de éste» (2)

(1) «Non enim profecto ignoras, legum opportunitates et medelas, pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus, ac pro utilitatum praesentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus mutari atque flecti; neque uno statu consistere, quin ut facies coeli et maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus varientur.» (*Noctium Atticarum*, lib. xx, cap. 1.)

(2) Herbert Spencer, *Introduction à la Science Sociale*. Paris, 1882; página 165.

En suma: lo que en un principio tenía todo el aspecto de una relación jurídica bilateral, devino luego el más unilateral de los actos, sustituyéndose el consentimiento por la violencia, que por otra violencia fué aniquilada. Y tal ocurre con multitud de instituciones jurídicas, sociales y religiosas: desaparecen las materias, pero quedan las formas, porque éstas se pierden después de aquéllas. Mas la forma, sin materia que la sostenga, es algo vacío de contenido, es un *flatus vocis*, un mero fantasma, y, como tal producto de la fantasía, una *ficción*. Y he aquí por qué decíamos anteriormente que hay ficciones *a posteriori*; es á saber, que, no no siéndolo originariamente en el espíritu del definidor de la regla, al formularse ésta, llegan á serlo después, cuando cambia el contenido de las relaciones á que se aplicaba.

Si estrictamente examinamos los fines á que la ficción responde cuando de una manera deliberada se establece, hallaremos, á mi juicio, los que siguen:

A) *Favorecer la equidad, aunque sea yendo contra la realidad de los hechos.*

Así, en el Derecho romano, para que los hijos fallecidos se contasen en el número de los vivos, á los efectos de excusar al padre de la tutela ó curadería, era preciso que hubieran muerto en la guerra; «*hi enim qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur*» (*Inst. I, 25, proæm.*)—; la herencia yacente es considerada como dueña (*pro domino habetur*), y representa, no la persona del heredero, sino la del difunto, de tal suerte que, lo que el esclavo hereditario adquiere, por estipulación ó tradición, lo adquiere para la herencia; pero la misma ley que ha establecido la ficción de considerar la herencia como un *dominus*, no puede olvidar que es *res*; por eso el usufructo no es adquirido para la herencia por medio de un siervo hereditario, porque el usufructo «*sine persona constitui non potest*»; y, si el siervo es instituído heredero, tampoco puede adquirir para la herencia yacente, porque á aquél no le es

lícito adir la herencia sin mandato de su amo (*Dig. XLI, título I, l. 61, 33 y 34*), y, por lo tanto, es preciso esperar á que exista heredero—; al atacar un testamento como *inoficioso*, se hace procurando demostrar ante el juez que el testador estaba loco (*non sanæ mentis fuisse*) en la época en que ordenó sus disposiciones testamentarias contra la equidad (*inique*) (*Dig. V, título II, l. 5*) (1)—; si un usufructo es legado á un municipio, para que no resulte inútil la nuda propiedad, se finge que lo fué por cien años, «qui finis vitæ longissimus esset» (*Dig. XXXIII, título II, l. 8*)—; instituído nuevo heredero en un segundo testamento, por creer falsamente el testador que el instituído en el anterior había muerto, vale el primer testamento; pero el heredero debe pagar los legados hechos en el segundo (*Dig. XXVIII, título V, l. 92*) (2)—; por virtud del derecho de postliminio, el que fué hecho prisionero del enemigo, y después regresa á la ciudad, se supone que nunca estuvo cautivo; y, entre otras muchas consecuencias, esta ficción produce la de que el padre, vuelto á la patria, es considerado como si hubiera conservado siempre bajo su potestad á los hijos que tenía antes del cautiverio, y á los que nacieron durante él (*Dig. XLIX, título XV, l. 12, etc.*)—; por la *fictio legis Corneliae*, el que no vuelve del cautiverio, se supone que murió en el preciso instante en que fué hecho prisionero, porque, de otra suerte, si se estima que falleció es-

(1) Marciano, en la ley 2.^a de los mismos título y libro, procura paliar la ficción, diciendo: «Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit; sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis. Nam si veres furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.» No se olvide que Marciano admiraba al estoico Crisipo, y que el estoicismo era la escuela *naturalista* en la jurisprudencia romana.

(2) Á pesar de la sentencia de Bártolo y de Iasón: «Duas fictiones simul in eadem re non concurrere», sentencia que Dadin reprueba con justicia (*op. cit.*, pág. 13), es un hecho que, en el ejemplo citado, concurren las siguientes: 1.^a, suponer que el segundo testamento es nulo, contra la regla: *falsus modus non obest*; 2.^a, suponer que el primero es válido, contra la regla: *suprema voluntas potior habetur*; 3.^a, suponer que valen los legados del segundo, siendo el mismo testamento nulo, contra la regla: *nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet*.

clavo, no podrá dejar sucesión (*dici hereditas non potest*) (*Dig.* ídem, ídem, l. 18, y L, tít. XVI, l. 3).

Todos estos casos, en suma, podrían considerarse comprendidos en el siguiente principio, que el gran Papiniano aplica á la sucesión testamentaria (*Dig.* XXVIII, tít. III, l. 17):

«Licet subtilitas iuris refragari videatur, attamen VOLUNTAS.... ex bono et aequo tuebitur»;

porque, en esencia, el supremo derecho no es otra cosa que eso mismo: la Voluntad.

Con los casos incluídos en el grupo anterior, pueden relacionarse íntimamente todos aquellos en que la ficción dulcifica, de alguna manera, el rigor de la referida *subtilitas iuris*, de la Lógica jurídica. Así: al que está todavía *in utero*, le supone nacido (el Derecho romano), siempre que se trata de su propia conveniencia, y, por lo tanto, se le puede deferir la herencia legítima, y la *bonorum possessio unde cognati*, y puede instituírsele heredero en testamento (*Dig.* I, tít. V, l. 7; V, tít. IV, l. 3; XXXVIII, tít. VIII, l. 1, § 8.º; XXVIII, tít. II, l. 4)—; el hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, es considerado como legítimo, suponiendo la ley que el matrimonio se celebró en época anterior (*Cod.*, V, tít. XXVII, l. 10 y 11)—; se entiende hecha la tradición del trigo y del vino, cuando se han entregado las llaves del granero y de la bodega (*Digesto* XVIII, tít. I, l. 74); de la misma suerte que se reputa entregada la ciudad, cuando se dan las llaves de las puertas; y transmitida la posesión de la iglesia, mediante el acto de tocar la soga de la campana.

B) *Auxiliar, por mera necesidad arquitectónica, el cumplimiento de la Lógica jurídica.*

Así, en Roma, admitida la institución de los peculios castrense y cuasi-castrense, fué preciso proclamar que, respecto de ellos, el hijo de familia era un verdadero *paterfamilias* (*Dig.* XIV, tít. VI, l. 2), porque, de no reconocerle esta cuali-

dad, no hubiera poseído la testamentifacción, ni la facultad dispositiva de esos bienes, que ni siquiera serían suyos, pues todo cuanto adquiriría el *filiusfamilias*, adquirirlo para el padre—; admitido que el deportado se tiene por muerto para todas las cosas del Derecho civil, puesto que perdió el derecho de ciudadanía, si llegase á tener hijos, concebidos después de la deportación, la ley finge que no los posee, sino que son de otro, y se cumple, en su caso, la condición *si sine liberis*, impuesta en un fideicomiso (*Dig. xxxvi, tít. i, l. 17, § 5.º*); admitido que, una vez adida la herencia, la adición se retrotrae al tiempo de la muerte del causante, resulta que la usucapición comenzada por el difunto y completada en el tiempo intermedio entre la muerte y la adición, debe aprovechar al heredero (*Dig. xli, tít. iii, l. 31, § 5.º*)—; admitido (en virtud de otra ficción) que el padre y el hijo *sub potestate* son la misma persona, el testamento paterno y el pupilar se disputan por uno solo, aunque en realidad haya dos herencias (*Cod., vi, tít. xxvi, l. 11; Dig. xxviii, tít. vi, l. 2, § 4.º*).

Los ejemplos de esta finalidad de la ficción podrían multiplicarse casi *in infinitum*, sobre todo en lo que respecta al Derecho romano, donde el prurito de *logicismo* es extraordinario. Lo cual no quiere decir que no sea éste también un defecto harto común en la jurisprudencia moderna. Ihering lo ha echado de ver, en términos de singular profundidad: «La ilusión de la dialéctica jurídica—escribe—es lo que envuelve el lado positivo de las cosas con la *aureola* de la lógica; procura hacernos aceptar las instituciones existentes como fundadas en la razón. Pero, en lugar de indagar la justificación histórica, práctica ó moral, tiene la ambición de establecer su necesidad lógica, fundándose en consideraciones que no han sido imaginadas sino con este objeto (1)..... Creeríase verdaderamente, al leer ciertas obras novísimas,

(1) Compárense con estos pensamientos, las reflexiones de E. Roguin (*La règle de Droit*. Lausanne, 1889; pág. 29 y sigs.) sobre la posibilidad de una ciencia jurídica *pura*.

que el Derecho no es en esencia sino una creación de la dialéctica jurídica, para la inteligencia de la cual no son necesarios los puntos de vista prácticos. Parece haberse hecho del Derecho un palenque abierto á todos los fanáticos de la sutileza escolástica. El resplandor de la lógica cubre á todo el Derecho romano, y deslumbra á cualquiera que á él se allega. La vista se enturbia y pierde su poder de percepción, si no nos curamos de posarla sobre el espectáculo fortificante de la vida. En vez de ver el mundo real, donde reinan las potencias reales de la vida, no se divisa sino una especie de *fada Morgana*: un mundo sometido á la omnipotencia de la abstracción. Sólo el principio ha creado el mundo del Derecho, y reina en él como un soberano. Nada de fuerzas reales, vivas, que se mueven en el seno del Derecho; la dialéctica del principio ha ocupado su puesto; lo que aquéllas han creado, han producido, ella es quien se lo atribuye, clasificando, según la naturaleza positiva ó negativa de los resultados obtenidos, unos como lógicamente *necesarios*, otros como lógicamente *imposibles*» (1).

C) *Servir á las instituciones establecidas y á los intereses que han creado.*

Un ejemplo saliente de esta finalidad nos lo ofrece la historia de la adopción en los pueblos arayos. No obedeció originariamente la adopción al deseo de compañía, ni á la caridad para con los huérfanos, ni á otras consideraciones semejantes. Fué, pura y simplemente, una consecuencia del «deber de perpetuar el culto doméstico», ya consignado en el *Manava-Dharma-Sastra* (2). «Adoptar un hijo era velar por la perpetuidad de la religión doméstica, por la salud del hogar, por la continuación de las ofrendas fúnebres, por el re-

(1) *Op. cit.*, págs. 307 y 308 del tomo iv.—Sobre la influencia de la tradición en el estancamiento del Derecho privado, véase el precioso opúsculo de D. Emilio Miñana, *De la clasificación de las servidumbres en reales y personales*. Madrid, 1904.

(2) Trad. Loiseleur-Deslongchamps, lib. ix, v. 127 y 169.

poso de los manes de los antepasados» (1). Ahora bien; cuando la institución *sustinente* decayó, la adopción se desnaturalizó por completo, utilizándose para eludir las penas impuestas á los que carecían de sucesión; para convertir á los patricios en plebeyos, y viceversa; para hacer entrar en la familia á los descendientes ilegítimos ó á los simples cognados, etc.; y hoy puede afirmarse que se halla, en la mayor parte de los pueblos civilizados, en completo desuso, lo mismo que la arrogación y la emancipación al estilo romano (2).

Y no á otro espíritu que el de servir á instituciones establecidas, obedece aquella peregrina ficción que el emperador Justiniano establece en la Novela 123 (cap. 37), cuando prescribe que, si á una persona se le dejan bienes *sub conditione nuptiarum sive liberorum*, y después entra en un monasterio, á pesar de no haberse casado y de no tener hijos, se le debe el legado. «Favore piaae causae», como dice Dadin, se entendía que la profesión era un verdadero matrimonio, y que el monasterio ocupaba el lugar del hijo.

D) *Introducir, en el organismo jurídico-legal, instituciones nuevas, sin alterar aparentemente la estructura de aquél.*

Claro está que semejante introducción puede originar una de estas dos consecuencias:

1.^a Borrar el contenido de las instituciones antiguas, dejando sólo subsistente su forma; en el cual caso tendríamos también la ficción *a posteriori* á que en un principio me refería.

2.^a Mantener las instituciones antiguas, sin sustituir su contenido, antes bien conservándolo y ampliándolo.

(1) Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, 3.^o éd. Paris, 1870; página 56.

(2) Cons.: Ihering, *op. cit.*, IV, 258.—J. Pastor y Alvira, *Manual de Derecho romano*. Madrid, 1883; pág. 69.

El instrumento más importante para estos fines es la interpretación *por analogía*, entendiendo por ésta «la argumentación de un caso para otro, en virtud de la igualdad de razones (*no de la semejanza de hechos*), es decir, la interpretación extensiva» (1).

Ejemplo bien curioso de estas especies de ficciones ofrece la historia de la evicción dotal en el Derecho romano. Ya existió una ficción desde el momento en que el patrimonio de la mujer, *conventa in manum*, fué considerado como dote. Pedro Cogliolo, en su interesante estudio sobre esta materia, hace notar que, primeramente, la garantía eviccional de la dote se confundió con la *mancipatio*; después, se adaptó á las normas preexistentes acerca de la compraventa y del dolo, y luego, hasta los tiempos de Justiniano, la forma de la *stipulatio dupli* se conservó como atrofiada en la *promissio dotis*. Y, refiriéndose á la constitución de Severo, del año 202, escribe: «Cuando, al entregar la dote, se hace una estipulación *referente á otra cosa*, pero que sería violada por una ulterior evicción, entonces el marido tiene una *actio ex stipulatu* para lo convenido, y esta acción *nominalmente* le sirve para garantizarse de la evicción sufrida. Esto es ciertamente una ficción; pero el Derecho romano, para progresar, ha hecho uso de ficciones más extrañas, y todos sabemos que Justiniano llegó hasta fingir que en toda dote había una estipulación aun cuando no se hiciera. Se quería conceder al marido la garantía; no existía una acción para ello, y por eso Severo le dice: si tienes una acción contra el constituyente por otra causa semejante, puedes con ella pedirle el valor de la dote evicciónada» (2).

(1) A. F. J. Thibaut, *Teoria dell' interpretazione logica del Diritto in generale e del Diritto romano in particolare*, trad. del alemán por D. de Marinis. Napoli, 1872; pág. 101. (Aduce, entre otros, un texto de nuestro Quintiliano.)

(2) P. Cogliolo, *Estudios acerca de la evolución del Derecho privado*, con un prólogo y notas de Rafael de Ureña y Smenjaud. Madrid, 1898; página 85.

E) *Salvar el espíritu y la forma, aun yendo contra la letra y la materia, de la regla jurídica.*

Así, por ejemplo: legada una nave, aunque después haya sido reconstruída toda ella sucesivamente, como quede la quilla primitiva, el legatario puede vindicarla (*Dig. XXX, I, ley 24, § 4.º*); si es legada una casa, aunque luego haya sido rehecha por partes, de suerte que nada quede de la primera materia, vale el legado (*Dig. ídem, I, l. 65, § 2.º*); pero si la nave se deshizo toda de una vez y en absoluto, aunque después se vuelva á construir con las mismas tablas, se considera otra (*Dig. VII, tít. IV, l. 10, § 7.º*). En el mismo Derecho romano á que me voy refiriendo, la *universitas* y la *curia* se consideraban subsistentes, aunque todos sus miembros hubiesen cambiado (*Dig. III, tít. IV, l. 7.º*).

En lo criminal, el citado Derecho nos ofrece nuevo ejemplo de este género de ficciones; si varios han concurrido á golpear á otro, y se ignora cuyo fué el golpe que le produjo la muerte, todos son considerados reos del asesinato (*Dig. IX, título II, l. 11, § 2.º*). ¡No parece sino que la *subtilitas iuris* de los romanos llegó á atisbar algunas de las líneas generales de esa monserga penal que hoy recibe el nombre de delito colectivo!

*
* *

Los ejemplos son legión; sobre todo si nos detenemos en el Derecho histórico. En él las ficciones pululan de tal manera, que apenas hay institución en cuya trama no compongan la mayor parte de los hilos. Pero sea cual sea el ejemplo que se elija y la finalidad que se considere, siempre cabe formular la siguiente pregunta: si el legislador va contra los hechos, á sabiendas de que lo hace (porque en este fenómeno de conciencia estriba la distinción entre *ficción* y *error*), ¿por qué procede de ese modo? Si desea atender á la equidad, cumplir la lógica jurídica, servir á las instituciones, salvar las intenciones, ¿por qué no reforma directamente el pre-

cepto que le sirve de obstáculo, sin recurrir á rodeos ni á fingimientos?....

Yo no hallo otra explicación del hecho que la *timidez* legislativa; ni razono esa timidez de otra manera, que atribuyéndola al imperio y á la sugestión fetiquista de la regla jurídica positiva. Esto, en los casos en que la ficción sirve para el bien; porque si deliberadamente busca el mal social (ó el particular provecho de quien la inventa), no debe llamarse *ficción*, sino *fraude*. En el primer supuesto, el legislador ha perdido la noción de la relatividad del Derecho, y ha considerado como un crimen alterar su economía. «Así han llegado los hombres—escribe Max Stirner—á no ser capaces de dominar esta idea del Derecho que ellos mismos crearon; *su propia criatura les ha reducido á esclavitud*. He ahí el Derecho absoluto (*absolutum*), desligado, separado del yo. Mientras le respetemos como absoluto, no podremos emplearle, «consumirle», nos despojará de nuestra potencia creadora: la criatura será más que el creador; será «en sí y para sí».

Por eso mismo son vituperables las ficciones, aun cuando hayan desempeñado importante papel en la evolución del Derecho. No han acelerado, sino retardado, el progreso de éste. Porque hubo quien oprimió, hubo quien sirvió, pues nadie se esclaviza voluntariamente; y nada tan propicio á la ficción como el estado de servidumbre. Son y han sido siempre *mentideros* las cámaras de los Príncipes; lo son y han sido también las cámaras legislativas, cuando en ellas se ha mirado al Derecho absoluto como un amo intangible é inviolable, á quien no se puede mirar cara á cara, y cuyas órdenes se acatan, aun cuando no sea posible cumplirlas sino por medio de rodeos.

Además, como hace notar Sumner Maine (1), «entre otros

(1) *El Derecho antiguo*; trad. castellana. Madrid, 1893; 1, pág. 30 (capítulo 2.º). Sumner Maine reconoce, sin embargo, la importancia de las ficciones en el desarrollo histórico del Derecho, é insiste, sobre todo (página 92), en la de las que permitieron crear artificialmente relaciones de familia.

inconvenientes, las ficciones legales tienen el de ser un grandísimo obstáculo para la clasificación simétrica de las leyes. Con las ficciones, la regla de Derecho no es más que la cáscara, cáscara dura, que contiene el Derecho nuevo, oculto bajo la apariencia de un Derecho viejo minado por el tiempo. De aquí nace la dificultad de saber si una regla en vigor debe ser clasificada en su lugar aparente ó en su lugar real; duda en la que cada cual elige un término ú otro de la alternativa, según su espíritu y su modo de ver las cosas».

III

DE LAS FICCIONES EN EL DERECHO MODERNO

No sólo no han desaparecido las ficciones en el Derecho moderno, sino que no es difícil tropezar con ellas frecuentemente en la vida jurídico-legal. Nada de particular tiene esto tratándose del Derecho privado, que, en todos los pueblos europeos, y en la mayor parte de los americanos, se halla fundamentalmente informado, todavía, por los principios de la jurisprudencia romana; pero sí sorprende bastante tratándose del Derecho público, cuyas bases parecen haber cambiado de un modo radical á partir de los comienzos del siglo XIX. En este último Derecho, por desgracia, la ficción suele traer por consecuencia la inutilidad práctica de los principios de libertad encarecidos por la civilización moderna, y que tanta sangre ha costado estampar en los códigos.

En muchas ocasiones, la ficción no es aparente. Se cumple una regla jurídica; pero el acto de su cumplimiento trae aparejada la infracción de otra, más fundamental aún; de donde resulta que el legislador, por el mero hecho de establecer aquélla, finge realizar el Derecho, y, en realidad, da motivo á su quebrantamiento.

El procedimiento que los ingleses llaman *a change of horn-ing* (y que se usaba todavía en Escocia á fines del siglo XVIII),

es un típico ejemplo de la clase de ficciones á que me refiero. La ley decía que nadie podía ser preso por deudas; y, en efecto, nadie lo era por tal motivo. Pero el acreedor imprecaba del rey la gracia de que interviniese en su favor; y, á veces, el monarca era tan benévolo, que accedía á ello, á consecuencia de lo cual el deudor recibía una real orden para pagar al acreedor en un plazo más ó menos breve. Si el deudor, por no poder ó por no querer, dejaba incumplido el mandato, era solemnemente declarado rebelde á S. M., con todos los requisitos del caso (entre los cuales figuraba un simbólico toque de cuerno, por tres veces, en la plaza del mercado de Edimburgo); y después era encarcelado, *no como deudor*, sino como reo de desacato á la suprema autoridad, lo cual dejaba en pie el sacratísimo é inviolable precepto de no aprisionar á nadie por deudas, pero encerraba á buen recaudo al recalcitrante, «with the most scrupulous attention to the liberty of the subject» (1).

Pues fijad ahora vuestra atención, señores, en las consideraciones siguientes, aplicables á nuestro Derecho:

De todas las llamadas *garantías individuales*, ninguna es tan importante, á mi juicio, como la referente á la libertad, como quiera que ésta sea condición para el ejercicio de los demás derechos. Nuestra vigente Constitución la establece, diciendo terminantemente en su artículo 4.º (§ 1.º): «Ningún español, ni extranjero, podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban.» Parece que con semejante declaración, españoles y extranjeros pueden permanecer tranquilos respecto de su autonomía personal: no se les detendrá en modo ninguno, sino en los casos y en la forma que las leyes establezcan; y es de suponer que estas leyes, en materia tan delicada, especificarán de tal suerte esos casos y esa forma, que todo el mundo sabrá á qué atenerse.

Pues nada de esto ocurre; y pocas cosas hay tan fáciles como empozar en los calabozos de una comisaría ó de un

(1) Conf. Walter Scott, *The Antiquary*; chap. xxxix.

gobierno civil al ciudadano más precavido. Refiriéndose estrictamente á la «Autoridad ó agente de policía judicial», la ley de Enjuiciamiento criminal, en su artículo 492 (núm. 4.º), dice que aquéllos «tendrán *obligación* de detener», al que supongan reo de un delito que tenga señalada en el Código penal pena inferior á la de prisión correccional, concurriendo las dos circunstancias siguientes: «1.º Que la Autoridad ó agente tenga *motivos racionalmente bastantes* para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.º Que los tenga también *bastantes* para creer que la persona á quien intente detener tuvo participación en él.» Nótese que no se habla de *pruebas*, ni siquiera de *indicios* (que, al fin y al cabo, son circunstancias objetivas), sino de *motivos*; es decir, de causas ó razones cuya entidad y cuya eficacia son de apreciación subjetiva y personal del agente de policía. Si éste obra de mala fe, detiene, y alega para ello el primer *motivo* que le parezca *racionalmente bastante*. No vale que el detenido quiera librarse prestando fianza, porque la suficiencia de ésta se gradúa también «á juicio de la Autoridad ó agente que intente detenerlo» (art. 492, núm. 3.º, y artículo 495). Ni vale, en buenos principios, que el superior pretenda castigar al agente, porque éste preguntará dónde está la regla para apreciar la *racionalidad* de los motivos, y qué significan las palabras «obligación de detener», empleadas por la ley; y se eximirá, además, invocando el núm. 11 del art. 8.º del Código penal. Y si esto ocurre en circunstancias normales, no hay que decir lo que acontecerá en períodos de anormalidad, en los que el Gobierno no podrá abrir las cartas que confiamos al correo, pero podrá hojear las que guardamos en casa, detenernos, prendernos, entrar en nuestro domicilio, registrar nuestros documentos, y obligarnos á cambiar de residencia, sin más que publicando en la *Gaceta* un Real decreto, el cual someterá después á las Cortes, donde ya cuidará de tener mayoría de votos (art. 17 de la Constitución).

También dice la Constitución (art. 76) que «á los Tribu-

nales y Juzgados pertenece *exclusivamente* la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales»; pero supongamos que acudís á ellos en un conflicto con la Administración, como persona jurídica, y que un ministro de la Gobernación no gusta del procedimiento. Pues un gobernador civil promoverá la cuestión de competencia, alegando en el requerimiento de inhibición al Tribunal, los textos legales que le plazca y tengan relación más ó menos próxima con el asunto. Si, en caso de discrepancia, el gobernador insiste en la competencia, ¿sabéis lo que pasa? Que las actuaciones se remiten á la Presidencia del Consejo de Ministros, y que, en realidad de verdad, será *la misma Administración* quien resolverá, aunque, conforme al Real decreto de 8 de Septiembre de 1887, sea el Poder moderador quien *decida*, á *propuesta* de dicha Presidencia ó del Consejo. Bien es verdad, que *la Administración* que propone, y, en realidad, *decide*, no es ya la Administración como persona jurídica, sino *como Poder del Estado*. Esta distinción escolástica y científica, puede quizá servirnos de consuelo.

Ficción es asimismo la *ley de las mayorías*, que sirve de base á nuestro Derecho público, y que se trasluce también en numerosas instituciones del privado. «Primera ficción que hay en esta teoría—decía Ríos Rosas—: que lo que quieren los más lo quieren todos, que la mayoría es la unanimidad. Segunda ficción: que todos los que votan, que todos los que deliberan, que todos los que emiten una opinión, son igualmente capaces. No de otra manera se contarían los votos; si los votos no fuesen iguales, homogéneos, no podrían sumarse; y no pudiendo sumarse, no darían resultado. De consiguiente, es una ficción suponer que todos son igualmente capaces.» Y concluía: «El sufragio universal en una nación grande es una mentira» (1). No distaba mucho de este parecer el gran paladín del gobierno representativo, John Stuart

(1) J. Rico y Amat, *El libro de los diputados y senadores*. Madrid, 1866; t. iv, pág. 27.

Mill, cuando escribía: «La idea pura de la democracia, según su definición, es el gobierno de todo el pueblo por todo el pueblo igualmente representado. La democracia, tal como se la concibe y se practica hoy día, es el gobierno de todo el pueblo, por una simple mayoría del pueblo, exclusivamente representada. En el primer sentido, la palabra democracia es sinónima de igualdad para todos los ciudadanos; en el segundo sentido (y se les confunde de una manera peregrina) significa un gobierno de privilegio en favor de la mayoría numérica, que de hecho es la única que posee una voz en el Estado» (1). Y Stuart Mill cree hallar la solución del problema, y por tanto la *democracia* propiamente dicha, en un régimen que consiga la representación de las minorías.

Pero, por desgracia, la representación de las minorías responde sólo á la teoría del *mal menor*, y no suprime la ficción. Que se adopte el sistema de Andrae-Hare, ó el del doble cociente, ó el del coeficiente electoral (2), siempre resultará que la existencia de *partidos* es la base de todos esos cálculos. Ahora bien: si yo no pertenezco á ningún partido, me quedará sin representación, porque sólo el *hombre de partido* tiene voto eficaz para esos efectos; y si pertenezco á uno, también me quedará sin ella, desde el momento en que el candidato sea propuesto, dentro de aquél, por el sistema de las mayorías, y yo haya votado en contra. Lo cual quiere decir que los argumentos de Stuart Mill quedan en pie, y el gobierno sigue siendo siempre un gobierno de privilegio. Para los fines de la representación á que yo, Fulano de Tal, tengo derecho, según se dice, ¿qué más me da que sea yo solo el no representado, ó que compartan conmigo otros dos mil ese infortunio? ¿Dejará de ser una burla cruel, sobre todo si los

(1) *Le gouvernement représentatif*; trad. Dupont White. Paris, 1862; página 156.

(2) Consúltese el excelente *Curso de Derecho político*, de D. Vicente Santamaría de Paredes, 4.^a ed.; págs. 251 y sigs.—Véase también *La representación nacional: Teoría del sufragio*, por D. Segismundo Moret. Madrid, 1884.

negocios del Estado están mal administrados, el asegurarme, por el sistema del cociente ó por el de la raíz cúbica, que yo intervengo de algún modo en la gobernación del Estado y que poseo una parte de la soberanía?

Ved, señores, si la ficción es importante; ¡como que afecta radicalmente á la base del Derecho político moderno! Toda la teoría de los Poderes se funda en el concepto de la soberanía del Estado, que á su vez sería fantástica sin la representación; pero, siendo la representación ficticia, la soberanía lo será también, y por lo tanto la teoría de los Poderes. El Estado aparece así, no un universal *in re*, ni *post rem*, sino un universal *ante rem*, á la manera de las Ideas platónicas; y el ciudadano un mísero embaucado, para quien el Estado tiene el valor de un ente substantivo, independiente de los individuos que le componen. Bien es verdad que á ese ciudadano le basta leer, sin firma, el artículo de fondo de un periódico, para estar persuadido de que le habló otro fantasma ó estantigua que le aterroriza: la *opinión pública*. Si el artículo fuese firmado, para el *buen ciudadano* habría perdido el noventa por ciento de su representación.

* * *

Y ¿qué decir de esa rama del Derecho, que parece suelo abonado para las más contradictorias opiniones, caja de Pandora de todos los conflictos, denominada Derecho internacional? ¿No está fundada sobre el más ficticio de los cimientos?

El clásico Wheaton comienza con estas palabras el primer capítulo de sus *Elementos de Derecho internacional*: «No existe institución legislativa y judicial cuya autoridad, reconocida por todas las naciones, determine el Derecho que debe regular las relaciones y contactos de esas naciones entre sí» (1). Y más adelante escribe: «No puede haber *derecho*

(1) Henry Wheaton, *Éléments du Droit International*. Leipzig, 1858; 1, pág. 1.

allí donde no existe *ley*, y no hay ley donde no hay superior; entre las naciones no existe sino una obligación moral resultante de la razón, que enseña que una determinada conducta en sus relaciones mutuas, contribuye más eficazmente á la felicidad general. Sólo *en un sentido metafórico* puede ser llamado *ley* el Derecho de gentes. Las leyes propiamente dichas son mandamientos emanados de un superior, á los cuales va anejo, como sanción, un mal eventual.... Siendo las naciones independientes unas de otras, no reconocen otro superior que Dios; todos los deberes recíprocos existentes entre ellas, resultan de *convenciones* ó de *usos*; la *ley*, en el sentido natural de esta palabra, no puede derivarse de una ni de otra de estas dos fuentes del Derecho internacional» (1).

Dejemos, en efecto, aparte el extraño carácter de un *Derecho* que, pretendiendo traspasar las fronteras, abarca sólo las relaciones de los pueblos *civilizados* (2); prescindamos, igualmente, del enorme tejido de ficciones particulares establecidas por ese Derecho (3), y atengámonos únicamente, para juzgar de su carácter jurídico, á sus fundamentales principios.

Imaginad un Estado cualquiera, en el cual el cumplimiento de las leyes dependiese del consentimiento de cada uno de los ciudadanos; ni eso sería Estado, ni las leyes, su-

(1) Obra citada, I, 22.

(2) Wheaton, op. cit., I, pág. 20. «El imperio y extensión del Derecho internacional—escribe P. Fiore—, *deberán* naturalmente *ensancharse* á medida que la civilización se difunda en las regiones bárbaras, y el comercio internacional extienda y desarrolle los lazos de la comunidad de intereses y de las recíprocas necesidades entre los pueblos del globo.» (*El Derecho internacional codificado*, traducción A. García Moreno. Madrid, 1891; t. I, art. 13.)

(3) Ejemplos de ellas son: suponer que es territorio *extranjero* el ocupado por los edificios de las Embajadas y Legaciones (comp. P. Fiore, obra citada, art. 235); el llamado *bloqueo de Gabinete*, hoy rechazado, sin embargo, por los tratadistas (comp. P. Fiore, ob. cit., art. 1229); la validez de los tratados de cesión territorial *forzosa*, á pesar de establecerse el principio de que la base de toda obligación positiva entre dos Estados es el *consentimiento* (P. Fiore, artículos 769, 1322 y 668), etc., etc.

poniendo que fuesen justas, tendrían otro valor que el de principios matemáticos, cuyo carácter de tales sólo depende de su verdad. Pues eso acontece en el orden internacional. «Los Estados—escriben los internacionalistas (1)—no pueden reputarse sujetos á la autoridad de ninguno que posea respecto de los otros la facultad de dictar leyes.» «Todos los Estados soberanos son iguales ante el Derecho internacional, cualquiera que sea, por lo demás, su relativa potencia» (2). Ahora bien; no existiendo *autoridad*, ni habiendo *fuerza*, ¿dónde está el definidor de la regla jurídica? Ó ¿es que da lo mismo, para los efectos del concepto de ley positiva, decir: «una proporción no varía elevando todos sus términos á una misma potencia», que preceptuar: «están obligados recíprocamente á darse alimentos los ascendientes y descendientes legítimos»? Ambas proposiciones necesitan justificarse, por medio de la *demonstración* en Matemáticas; por medio de la *exposición de motivos* en el Derecho. Estando justificadas, *ipso facto* deben admitirse como verdaderas; pero, si á pesar de ello, no es reconocida la verdad científica, el matemático sigue siendo matemático, mientras que el *soberano* legislador cuyo precepto no se cumple, pierde el carácter de legislador y queda *soberanamente* en ridículo.

Si hay alguna parte del Derecho internacional que los Estados cumplan cuando les conviene, en ciertos momentos de comunidad de ideas progresivas, semejante hecho no prueba la existencia de una ley internacional, sino todo lo contrario: demuestra que la ley no es absolutamente necesaria para la convivencia, y que, del mismo modo que los Estados pueden subsistir más ó menos tiempo sin ella, también podrían convivir los individuos, si en ellos la razón y el interés bien entendido se sobrepusieran á otros estímulos. De suerte que, aquella *respublica gentium*, que Wolf diputaba por ficción, es, en todo caso, un testimonio viviente de que

(1) Fiore, ob. cit., art. 10.

(2) Wheaton, I, 43. Fiore, art. 143.

la regla jurídica positiva no es absolutamente indispensable para el orden social.

Por lo demás, no necesitamos recurrir á edades remotas para justificar nuestras afirmaciones. Ved, si no, con qué amable coincidencia escriben Fiore y Dudley-Field: «Toda intrusión por parte de una Soberanía extranjera para obligar á otra á modificar las leyes en armonía con los principios liberales y progresivos, debe considerarse ilegítima y contraria al derecho de independencia de los Estados» (1). Pues esta platónica declaración no ha impedido que España perdiese Cuba, Puerto Rico y Filipinas, á pesar de que los mismos que nos dejaron aislados en aquellos momentos, protesten ahora de que seamos nosotros, y no exclusivamente ellos, los que hayan de *civilizar* á Marruecos.

Hay otra ficción más importante todavía, como quiera que afecta, no á entes de razón, ni á colectividades, sino á cada uno de nosotros, considerado como persona individual. La Filosofía del Derecho me dice á mí, Fulano de Tal, que el derecho de libertad es la principal base de toda mi actividad jurídica (2). Además, aun prescindiendo de las teorías de Althusio, Grocio, Hobbes, Locke y Rousseau sobre el nacimiento *ex contractu* de la obligación social, la misma Filosofía me dice que «la nacionalidad, como vínculo jurídico entre el individuo y el Estado, es un hecho de *voluntad*, expresa ó tácitamente manifestada» (3). Pues de ello infiero estos derechos que me corresponden:

1.º El derecho de renunciar á la primitiva ciudadanía y de adquirir una diferente, en el caso de que me parezca mejor.

2.º El derecho de renunciar á la primitiva ciudadanía y

(1) Fiore; art. 109.

(2) Conf. James Lorimer, *Principes de Droit naturel*; trad. E. Nys. Bruxelles, 1890; I, pág. 191.—F. Giner y A. Calderón, *Resumen de Filosofía del Derecho*. Madrid, 1898; I, pág. 255.

(3) V. Santamaría de Paredes, ob. cit., pág. 175. Comp. F. Giner, *Estudios y fragmentos sobre la Teoría de la persona social*. Madrid, 1899; página 207.

de no adquirir ninguna otra, en el caso de que todas las restantes me parezcan malas.

Ahora bien: el primero de estos derechos está expresamente reconocido, con las naturales restricciones, por los internacionalistas; pero no así el segundo, porque lo mismo Bluntschli, que Dudley-Field, que Fiore, que los demás *legisladores* del Derecho internacional, profesan el principio de que «todo individuo debe tener una nacionalidad determinada», á causa de que el individuo sin patria es «un peligro para la sociedad».

Es decir, que yo seré libre, en principio, para determinar mi actividad según fines racionales, y hasta seré un *sujeto* en la esfera del Derecho internacional; pero he de estar sometido, sin embargo, á una autoridad con la cual me liga, según se dice, un vínculo jurídico de voluntad más ó menos *tácita*, aunque reniegue de él con voluntad *expresa*. Yo, renunciando á la autoridad A, puedo ser un hombre tolerable; renunciando á la autoridad B, puedo serlo también; pero renunciando á *las dos* (suponiendo que no haya más que esas), constituyo un peligro para mis semejantes, los cuales, imitando á Pedro Crespo, dirán de mí á sus esbirros, cuando yo alegue aquello de «¡*Tratad con respeto!*....»

«Eso
está muy puesto en razón.
Con respeto le llevad
á esa cárcel, en efeto,
del concejo, y con respeto
un par de grillos le echad
y una cadena.....
Y, aquí para entre los dos,
si hallo hartos paños, en efeto,
con muchísimo respeto
os he de ahorcar, ¡juro á Dios!»

Acudo á las teorías de los jurisconsultos, no porque ellas en sí mismas puedan suministrar ejemplos de ficciones jurídicas, sino porque muchas veces se traducen en disposiciones legislativas que engendran aquellas ficciones.

Supongamos, v. gr., que el definidor de la regla jurídica penal acepta la doctrina según la cual el fin de la pena no es otro que el *restablecimiento del orden* exterior en la sociedad, orden perturbado por el delito (1). Pues no se concibe en tal caso, sin manifiesta ficción, que pueda dictarse ninguna disposición penal; porque de la misma manera que, cometido un asesinato, la vida de la víctima no puede *restaurarse* de ningún modo, perturbado *el orden social* (en la hipótesis de que exista idea clara de lo que estas palabras significan), ocurre uno de dos fenómenos: ó la perturbación es radical y permanente, y engendra por lo tanto la *destrucción* definitiva del orden, ó es accidental y momentánea, y, en su consecuencia, el orden social se mantiene á pesar de ella. Pero pretender *restaurar* ese orden por medios artificiales, es aspirar á que no sea lo que fué. Si el orden fué perturbado, la perturbación existe ó existió, y todas las penas del mundo no son capaces de borrarla. Lo único que puede conseguir, hasta cierto punto, la pena, es evitar que las perturbaciones se repitan; de donde se infiere que toda pena es *previsora*, y tiende fundamentalmente á procurar que el criminal mismo, y los demás ciudadanos con él, no se sientan movidos en lo futuro á ejecutar hechos análogos á los que motivaron la aplicación de la medida sancionadora. Para ello se vale el Estado, ya de la amenaza de un mal (*pena* propiamente dicha), ya de la enseñanza del bien (educación moral del delincuente y de la sociedad), ya de ambos medios á la vez. De todos modos, cuando los ciudadanos se indignan contra el asesino, no tanto es por piedad hacia la víctima, ó por un abstracto interés en pro de una regla de justicia, como por el temor de que en lo futuro pueda haber quien se atreva á hacer lo mismo con sus personas. Suprimid este temor, y decidme en virtud de qué principio ha de haber una autoridad, llamada juez, encargada

(1) F. Carrara, *Programme du Cours de Droit criminel*; trad. P. Baret. París, 1876; P. 1; § 615. Comp. F. von Liszt, *Tratado de Derecho penal*; traducción de Q. Saldaña. Madrid, 1911; I, pág. 18.

de juzgarme, y otra, llamada carcelero ó verdugo, encargada de cercenar mi libertad ó mi vida. Si obran por espíritu de venganza, menos absurda sería la intervención de la víctima ó de su familia para semejantes fines. Si dicen proceder como representantes de un principio ideal de justicia, les contestaré que ese principio no necesita su ministerio, porque es, como los jefes de Estado monárquico, inviolable y sagrado, y yo mismo lo reconozco y lo practico respecto de mí (1).

* * *

Como el Derecho civil vive todavía, en la mayor parte de los países, de la vieja savia románica, no es de extrañar que subsistan en él buen número de las ficciones que el Derecho romano admitía (por ejemplo, en lo que respecta á ciertas instituciones como la adopción, la legitimación, la postumidad, los llamados *cuasi-contratos*, etc., etc.).

Más libre de ese régimen de ficciones se halla el Derecho mercantil, por lo mismo que es el Derecho más *realista* de todos, á causa de ser el Derecho para el comercio, industria cuyo fin subjetivo es el lucro, el beneficio propio (2). Una investigación detenida no dejaría de hallar, sin embargo, elementos de ficción en ese Derecho; tal ocurriría, v. gr., con la teoría de la *personificación* (sostenida por Schweppe, Bekker, etcétera) por lo que respecta á la naturaleza de los títulos al portador, teoría en virtud de la cual se atribuye virtualidad

(1) No hablo de las ficciones particulares que dentro del Derecho penal constituido existen, por no alargar demasiado este discurso; pero pudiera mencionar la *amnistía* (que hace borrar, no solamente la *pena*, como el indulto, sino el *delito* mismo, que real y verdaderamente existió); los llamados delitos *artificiales* (v. gr., los de contrabando); etc., etc. Estos últimos delitos producen consecuencias especiales en Derecho privado; así, es nulo el contrato de seguro que recayere sobre buque dedicado habitualmente al contrabando, ocurriendo el daño ó pérdida por haberlo hecho (Código de Comercio; art. 781, núm. 5.º).

(2) F. Alvarez del Manzano, *Curso de Derecho Mercantil*, etc. Madrid, 1903; t. I, págs. 78 y sigs.

de *sujeto* en una relación jurídica á la cosa (1); ó con la doctrina que atribuye al nombre comercial la mera representación de un negocio ó cosa, con derechos y obligaciones. Otras veces, los recuerdos del Derecho civil contribuyen en el mercantil á la fórmula de verdaderas ficciones: así, cuando se considera á la gestión de negocios ajenos, ó á la comunidad *legal* de intereses, como casos de voluntad *bilateral* (¡.....!) presunta (2); ó cuando nuestra ley de Hipoteca naval de 21 de Agosto de 1893, en su primer artículo, declara que, para los efectos de la hipoteca, «se considerarán los buques como bienes *inmuebles*, entendiéndose modificado en este sentido el art. 585 del vigente Código de Comercio», como si la naturaleza jurídica del buque dependiese de la voluntad legislativa, ó la de la hipoteca de que sean muebles ó inmuebles los bienes sobre los cuales recae.

En el mismo Derecho civil, la parte que pudiéramos calificar de novísima, ofrece igualmente casos de importantes ficciones. Tal acontece, en el orden de la denominada legislación social; con lo que recibe el nombre de *riesgo profesional*, ó sea «la causa permanente de peligro que existe en toda industria, por su misma naturaleza, á pesar de cuantas medidas de seguridad puedan adoptarse é *independientemente de toda culpa humana*». Desde el momento en que se parte de la no existencia de culpa, es absurdo suponer á alguien (patrono ú obrero) responsable de ella. Si se recurre

(1) Cons. mi estudio *Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia ó ajena) en materia de obligaciones mercantiles*, en el volumen: *El Código de Hammurabi*, pág. 274.—A. Wahl, *Traité théorique et pratique des titres au porteur*. Paris, 1891; I, 180.

(2) Así, el Código de Comercio español, en su artículo 589 (§ 1.º), prescribe: «Si dos ó más personas fueren partícipes en la propiedad de un buque mercante, se presumirá constituida una compañía por los copropietarios.» Esta presunción es *iuris et de iure*, y, por consiguiente, ficción. El carácter de semejante presunción está bien determinado por el artículo 592. La *compañía* se rige por los acuerdos de la mayoría; si la minoría no se presta á cumplirlos, deberá *renunciar á su participación*, que deberán *adquirir* los demás copropietarios.

al seguro obligatorio, en beneficio del obrero, se *finje*, como en el caso de las hipotecas *legales*, que es efecto de la *voluntad bilateral* lo que realmente es una imposición de la ley. Si se atribuye la responsabilidad al patrono, «en virtud de una ficción humana, los tribunales se ingenian por encontrar una culpa, ó crearla, allí donde no existe, á fin de indemnizar á las víctimas» (1).

La comparación de las sociedades con los organismos vivos, ha inducido durante algún tiempo á los sociólogos (y es ejemplo bien notorio Schaeffle) á la construcción de sistemas que en gran parte no eran sino *tropologías* ó tejidos de metáforas más ó menos poéticas. Hoy, esta tendencia, como las exageraciones de la Psicología experimental, ha pasado de moda. Á ella debemos, no obstante, entre otros beneficios, el reconocimiento del valor jurídico de lo colectivo, hartamente olvidado en el antiguo Derecho, y la reducción del sentido de la regla jurídica á una particular esfera dentro de la vida total humana.

Convendría depurar, á pesar de ello, hasta qué punto el concepto de *persona* (en cuanto: ser que tiene conciencia de su unidad racional) es aplicable á lo colectivo. ¿Hay una conciencia *colectiva*? Y, en la hipótesis de que exista, ¿cuál es la materia de su actividad consciente? Para la Psicología individual, la conciencia es, en efecto, una actividad, que se da en un círculo espacial llamado *Yo*. ¿Cuál será el círculo espacial de la conciencia colectiva? No puede ser el individuo, porque ya hemos convenido en que este *yo* es el lugar de la actividad consciente *individual*. Tampoco la suma de individuos, porque el agregado de varias conciencias no puede engendrar sino la conciencia *de varias unidades*, y por con-

(1) E. Stocquart, *Le contrat de travail*. Bruxelles-Paris, 1895; página 125.

siguiente *de varias personas*. Y si suprimo los individuos, ¿qué espacio me queda para el ejercicio de la actividad, condicionada por el cerebro, en que consiste la conciencia?

Estoy muy lejos de afirmar que la sociedad sea un mero agregado de individuos. Tampoco digo que la casa sea un mero agregado de piedras. Pero sostengo que lo que á la casa da valor de tal, no es una *óvrix* ó substancia *distinta* de las piedras, sino la *forma* especial según la cual éstas se hallan ordenadas. Y la forma será *de esencia* en la casa, pero no se concibe independientemente de su materia; no es, en suma, una *substancia*. Algo análogo acontece con lo colectivo; no es sino una *forma* de agrupación de lo individual; no puede existir independientemente de él, y se disuelve cuando desaparecen los individuos. Pues, siendo así, ¿cómo hablar de conciencia *colectiva*; es decir, de conciencia de una unidad racional que no es unidad, sino agrupación *ordenada* de unidades?....; ¿cómo hablar de un ser, es decir, de una substancia colectiva, si lo colectivo es forma, y por lo tanto carece de *ser* sin la materia? Y, no habiendo conciencia ni realidad substantiva, ¿cómo puede haber *persona*? Si, en el ejemplo anterior, las piedras tuvieran conciencia, al estar ordenadas en forma de edificio, habría en cada una de ellas conocimiento de su disposición para el fin arquitectónico; pero no existiría conciencia *en el edificio*, porque éste no es un *ser* que viva independientemente de sus materiales, como éstos pueden vivir sin la especial ordenación que le engendra.

No es esto amenguar en lo más mínimo la importancia de lo colectivo; es sencillamente, como en un principio decía, depurar su concepto. La colectividad no es creación de la ley; es un hecho natural, como la Familia; ó el efecto de la voluntad, como la constitución de una compañía mercantil. También (para volver al símil precedente) hay edificios contruídos por arquitectos humanos; y hay palacios naturales, maravillosos y espléndidos, formados por la acción formidable y continua de las fuerzas de la Naturaleza. Pero cuando

la ley dice, como el art. 116 de nuestro Código de Comercio, que: «una vez constituida la compañía mercantil, tendrá *personalidad* jurídica en todos sus actos y contratos», eso de *personalidad* ha de tomarse como vocablo impropio, expresivo de un fenómeno jurídico para el que no se ha encontrado representación verbal más adecuada.

* *

Ficción es (y no de poca monta en Derecho judicial) aquella presunción *iuris et de iure* que se condensa en el principio: «res iudicata pro veritate habetur», reconocido en repetidas ocasiones por nuestra jurisprudencia. Prescindiendo de otras consideraciones (que pudieran referirse al hecho, harto frecuente, de negarse por el Tribunal el recibimiento á prueba; ó al de no admitirse documentos *decisivos*, por ser presentados fuera de plazo en el curso del pleito), es de notar que en ninguno de los cuatro números del art. 1796 de la ley de Enjuiciamiento civil (ni en los tres del 954 de la de Enjuiciamiento criminal), se admite como causa del recurso de revisión el *error judicial*. Se habla de escritos nuevamente hallados, de documentos falsos, de testigos falaces, de cohechos, de violencias, etc.; pero ni por un momento se admite que el juez haya podido equivocarse, aun siendo verídicos los testigos, auténticos los documentos y perfectamente libre y puro el Tribunal sentenciador. «¡Res iudicata pro veritate habetur!» Y, sin embargo, ¡cuántos días pasarán en que el juzgador podrá darse por contento si sólo se ha equivocado una vez! Pero, ya se ve; si no se admitiese esa ficción, haríanse interminables las contiendas judiciales, y en este mísero mundo, en que tan efímera es la vida, es preciso acabar pronto, bien ó mal, todos los negocios.

Al orden universal de la regla jurídica positiva, afecta otra ficción, acerca de la cual disertó con su habitual profundidad uno de los más ilustres y llorados miembros de esta

Real Academia: D. Joaquín Costa (1). Me refiero á la ficción supuesta por la regla: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», consignada en el art. 2.º de nuestro Código civil. Es de la más elemental evidencia que nadie puede cumplir los preceptos que no conoce, y que nadie puede conocer todos y cada uno de los preceptos en que á diario lucen su inventiva ó su verbosidad los legisladores, proporcionando con ello sustento á numerosas familias de tipógrafos. Esto no obstante, la ignorancia no es excusa para el legislador, y parece que no debe de serlo, en vista de la rara unanimidad con que todos ellos proclaman el principio. La ignorancia, en efecto, no admite prueba. Si, alegándola, el ciudadano elude el cumplimiento de la ley, quedará ésta al arbitrio del que haya de acatarla, y será como si no existiera. Pero, por otra parte, ¿cómo exigir que todos conozcan las leyes, cuando á veces es faena difícilísima encontrar su texto? Ó ¿es que se trata de una ficción *necesaria*? En tal caso, habríamos de decir que todo el cumplimiento del Derecho descansa en una ficción, análoga á esa otra que, en procedimientos judiciales, recibe el nombre de *notificación en estrados*. El legislador llama á los ciudadanos (que no le oyen, por estar *distráidos* en sus ocupaciones), y después, ante dos testigos, el oficial tipógrafo y el regente de la *Gaceta*, lee las *providencias* legislativas, por cuyo incumplimiento hará luego responsables á los que no pudieron escucharlas ni leerlas.

(1) Cons. su Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid, 1901), sobre el tema: «El problema de la ignorancia del Derecho como culpa, y sus relaciones con el *status* individual, con el referendum y con la costumbre».

IV

CONCLUSIÓN

Escribe Federico Nietzsche (1) que el πολυμήχανος Ulises es la representación del Ideal griego. «Y ¿qué es lo que los griegos admiran en Ulises? Ante todo, *la facultad de mentir.*»

Ulises es, en efecto, un extraordinario comediante, «tan hábil en urdir engaños de toda especie, como en dar prudentes consejos». Se liberta de Polifemo, engañándole con la ofrenda del vino; su palabra y sus recursos le salvan en otros trances apurados; gracias á su estratagema, los aqueos toman la deseada Troya; de vuelta á Itaca, encubre su verdadera personalidad á Eumeo, á Telémaco, á Penélope, no revelándola sino en el momento indispensable; y así, por último, con astucias y disimulos, consigue dar muerte á los pretendientes que asedian su hogar.

El definidor de la regla jurídica tiene también mucho de Ulises; es un hombre «fecundo en recursos», y uno de los que más frecuentemente utiliza, es, como acabamos de demostrar, la ficción. Cual símbolo de ello, pone una máscara al sujeto para quien legisla, y le llama *persona* (2). Después, reconoce ciertos *derechos* á esta persona, y le fija las condiciones para su ejercicio.

Pero esos reconocimiento y fijación se refieren á algo que no es el sujeto real, sino una abstracción: lo Humano, el Hombre. «Poco le importa lo que tú eres *privatim*, porque, si es lógico, sus principios le vedan rigurosamente conceder á eso el menor valor; no ve en ti sino lo que tú eres *genera-*

(1) *Aurore. Réflexions sur les Préjugés moraux*; trad. H. Alber. París, 1905; pág. 284.

(2) *Persona*, en latín, significó originariamente: mascarilla teatral. La derivación de *per-sönare* es discutida por los filólogos.

tú; en otros términos, ve en ti, no á *tú*, sino á la *especie*; no á Pedro ó á Pablo, sino al Hombre; no lo real ó lo único, sino tu esencia ó tu concepto; no al individuo en carne y hueso, sino al *Espíritu*» (1). Convierte lo distinto (seres individuales) en indistinto (*Idea*), haciéndote *igual* á los demás; y, sobre la ficción de esta *igualdad*, contradicha por la naturaleza, construye un tipo para el cual dicta la regla jurídica. La ley, en suma, se establece para un Universal, y no se concibe para un individuo (2). No toleraría yo, quizás, en una isla donde no hubiese más seres humanos que otro y mi persona, que ese otro me ordenase nada con carácter coercitivo, porque lo mismo podría yo ordenarle á él. En sociedad, ya es cosa diferente: *el otro* legisla para el Universal-Hombre, lo cual no me molesta tanto, porque el Hombre no soy yo, sino *un hombre*. Pero esto no cambia radicalmente la esencia de la relación; ni soy hombre por participar, al modo platónico, de la Idea-Hombre, ni mi derecho es tal por derivarse, de un modo análogo, de la Idea-Derecho. Un concepto no engendra un ser, porque todo ser proviene de otro semejante á él.

Resulta de todo lo dicho, que, no solamente viven esporádicamente las ficciones en las distintas ramas del Derecho y de la ciencia jurídica, sino que, además, no existe ninguna de esas ramas en que no se descubran una ó más ficciones de carácter fundamental. Resulta también que el Derecho en sí mismo, como ley positiva, descansa, por lo que á su definición y á su cumplimiento respecta, en otra ficción de trascendentales consecuencias. En un principio era dictado por la voluntad de una persona (*quod Principi placuit, legis habet vigorem*) humana ó divina; después, fué voluntad de una institución (monarca, asamblea legislativa); luego, voluntad del

(1) Max Stirner, *L'Unique et sa Propriété*; trad. Reclaire. París, 1900; página 205.

(2) «Iura non in singulas personas, sed *generaliter* constituuntur.» (D., lib. 1, tit. III, l. 8.^a)

pueblo; en último término, decreto de una Razón impersonal. En todo caso, lo más personal que existe, el Derecho (porque todos decimos: *mi derecho*, y á nadie se le ocurre decir: *mi verdad*) se ha estimado siempre como efecto de una causa extraña á la persona. Esto, en realidad, no es otra cosa que una *servidumbre jurídica*. Que el amo se llama Rey, Asamblea, Estado, Nación, Pueblo, Razón, Naturaleza, es indiferente para la esencia de la relación. El hecho es que *mi derecho* no me es admitido en virtud de mí mismo, sino merced á una categoría que no me pertenece, y á la cual yo pertenezco. Ahora pertenezco al Hombre, como en tiempo de las XII Tablas pertenecía al Ciudadano; si antes poseía actividad jurídica como *Civis*, ahora la poseo como *Homo*. Y, cuando se promulga la regla jurídica, promúlgase igualmente para el *Homo*, para un Universal que no existe como substancia *in rerum natura*.

Allá por los siglos XI y XII, en la alta Edad Media, una cuestión preocupó extraordinariamente á los pensadores: la famosa cuestión de los universales. Un filósofo anónimo, resumiendo en cortante frase la tradición aristotélica sobre el asunto, llegó á escribir lo que sigue:

«El primer presupuesto de nuestra opinión, es éste: cualquiera cosa que *es*, es individuo; lo cual es manifiesto para todos los que atiendan á la verdad de las cosas, en vista de la efectividad de ellas. De donde se sigue, que si los géneros y las especies son—y son, puesto que constituyen la materia de los individuos—, conviene que sean individuos. Pero los mismos individuos son géneros y especies. Luego es una misma la esencia del género, de la especie y del individuo..... Digamos, pues, lo que nos parece más acertado: que, cuando afirmamos: *Sócrates es hombre*, no se predica ninguna *cosa* de Sócrates, porque ni se predica Sócrates, ni ninguno de los demás. Y no es que neguemos que se predique Sócrates de Sócrates; pero no es eso lo que se significa con esta proposición: *Sócrates es hombre*; sino que más bien este vocablo *hombre* nos hace pensar en Sócrates y en los

demás, pero no en ninguno en particular, y su sentido viene á ser el de: *Sócrates es alguno de los hombres*» (1).

Os parecerá, tal vez, que semejante especulación es una de tantas disquisiciones metafísicas; pero no habéis de olvidar que no existe investigación filosófica, por abstracta que sea, que no llegue á tener, tarde ó temprano, trascendencia práctica y social. Así, el concepto de *naturaleza*, contrapuesto al de *convención* por los sofistas griegos, engendra en Sócrates la noción de una ley universal, da lugar en los estoicos á la fórmula de una regla de conducta humana, y se traduce, entre los jurisconsultos romanos, en la doctrina de un *ius naturae*, resurgiendo en el siglo XVIII en las teorías económicas de los fisiócratas, en los ataques contra el estado de civilización, mantenidos por Rousseau, en la consagración política de los *derechos del hombre* y hasta en el manifiesto romántico de la literatura del primer tercio del siglo XIX. Así las doctrinas de Hegel hallan una repercusión social en *El Capital* de Marx. Así el idealismo subjetivista de Fichte se trueca en el *yoísmo* de Max Stirner, formulado al calor de los trastornos sociales de 1848. Así el Renacimiento clásico del siglo XV, que para algunos fué exclusivamente *libresco*, comienza por depurar los textos de Homero y de Horacio, y acaba por escudriñar y enmendar los de la Biblia, habi-

(1) «Est autem primum propositum sententiae nostrae: quidquid est, est indiuiduum; quod ex ipso rerum effectum omnibus rei ueritatem intuentibus manifeste indicatur. Unde, si genera et species sint—sunt autem, quippe materia indiuiduorum sunt—, oportet, quod indiuidua sint. Sed et ipsa indiuidua sunt et genera et species. Est igitur eadem essentia et genus et species et indiuiduum..... Dicamus ergo, quod nobis melius uidetur, quod, cum dicimus: «Socrates est homo», nulla res hic praedicatur de Socrate, quia neque Socrates per se nec aliquod aliorum. Nec tamen negamus, quin Socrates praedicetur (de) Socrate, sed non significatur hoc per hanc propositionem: «Socrates est homo»; potius hoc uocabulum, quod est «homo», mittit nos aequaliter ad Socratem et ad ceteros, ad nullum tamen mittit per se, et est sensus talis: Socrates est aliquis hominum.» Fragmentos publicados por H. Willner, siguiendo á Hauréau, al final de su edición del tratado *De eodem et diverso*, de Adelardo de Bath (Münster, 1903).

tuando las inteligencias á un *criticismo* que se convierte con facilidad en el libre examen.

Pues algo análogo puede acontecer con el problema de los universales, y no es de escasa entidad su trascendencia en orden á las ciencias *del hombre*, como la Psicología y la Sociología.

En el capítulo III de su *Study of Sociology* (1873), Herbert Spencer, con su habitual sentido práctico, parte, para definir el objeto y naturaleza de la ciencia social, del siguiente principio: *que las propiedades del agregado están determinadas por las de las unidades que lo forman*, y atribuye á la Sociología la misión de estudiar «las relaciones recíprocas de la unidad humana y del *agregado* humano, con toda la precisión de que es susceptible la naturaleza de los fenómenos á investigar». Pero habla á continuación de un *organismo social*, cuyo desarrollo, estructura y funciones se trata de conocer.

Lester F. Ward es todavía más categórico y avanzado en sus afirmaciones. «En el caso de la Sociología—escribe—, tenemos, ante todo y primero, el hecho concreto (¡.....!) *hombre*. Es absolutamente necesario, en el estudio de la Sociología, estudiar al hombre como un hecho concreto..... La criatura *hombre*, considerado como *un objeto material* (¡.....!) y como un gran grupo de innumerables individuos discretos que posean muchas cualidades, constituye el dato primario del estudio sociológico. Primeramente, este SER puede describirse (etnografía), y subdividirse en diferentes razas (etnología), y además puede atenderse especialmente á su constitución física (somatología), y á lo que produce (tecnología)» (1).

Cuenta Diógenes Laercio (2), hablando de su homónimo el cínico, que éste, gran burlador de Platón, solía pasearse

(1) *Compendio de Sociología*; trad. A. Posada. Madrid, 1906; pág. 165.

(2) Lib. VI, cap. II, núm. 6; ed. Lipsiae, 1759. Ortiz y Sanz, traduce desatinadamente: «Voy buscando *un hombre*.»

de día por las calles de Atenas, sin túnica, descalzo, la cabeza afeitada y un candil encendido en la mano, diciendo, á los que le preguntaban el motivo de iluminación tan intempestiva: «Ἄνθρωπον ζητῶ» (*Busco al Hombre*). ¿Sabéis qué *Hombre* buscaba? El *Hombre* de Platón, el Hombre-Idea. Mayor motivo hubiese tenido Diógenes para buscar con su candil el Hombre-Universal-concreto, el Hombre-objeto *material*, el Hombre-ser, de Lester F. Ward y de la Sociología.

¡El Hombre-ser, como si pudiera llamarse tal, después de Aristóteles, al universal! Así se comprende bien que el mismo Ward reconozca que los elementos de una ciencia social no han sido todavía «descubiertos, confrontados y reducidos á leyes» (1). ¿Qué descubrimientos puede haber, partiendo de premisas como las que antes he transcrito? No otros, por cierto, que los obtenidos por Sócrates en la comedia de Aristófanes, cuando aquél quiere elevarse con las nubes eternas, por encima de los mugidores abismos del Océano, sobre las altas cimas de los montes, dominando las selvas, el murmullo de los divinos ríos, y las mieses que nutre la sagrada tierra.

Digo algo parecido de toda Psicología *colectiva*, cuando toma la colectividad como un *ser*, y pretende así describir sus caracteres, en términos que suelen ofrecer la más desconsoladora y pedantesca inanidad de pensamiento. No es lo mismo cuando se atiene sólo á *lo común* de los seres (á pesar de que lo común, tratándose de propiedades *del ser*, nunca es *común*, sino *semejante*) (2); pero entonces ya no se trata de psicología de lo colectivo, sino de una indagación sobre los hechos de un agregado humano, en la que se ha seguido el severo criterio del método histórico.

Pero el Universal, en cuanto indistinto, es indefinido; por

(1) Obra citada, pág. 269.

(2) Se dirá quizá que, extremando el argumento, llegaríamos á negar la posibilidad de la ciencia. En efecto: la ciencia (y la definición) del ser es imposible, porque el ser es individuo. Pero ¿quién ha sostenido que haya ciencia de lo individual? Si el ser desapareciese, la ciencia, que en él *está*, desaparecería también; mas no á la inversa.

donde resulta que su acción es ilimitada y absorbente, y bien claro se echa de ver en los instrumentos sociales de esa acción. Así aparecen «en el seno de cada nación civilizada— como dice G. de Molinari (1)—dos sociedades cuyos intereses son naturalmente opuestos: la sociedad particular de los productores de «servicios públicos», que posee el monopolio del Estado y que le explota en su provecho; y la sociedad general de los consumidores de estos servicios, á la cual la servidumbre política permite imponerlos». La primera aumenta progresivamente el círculo de sus atribuciones y el precio de sus servicios; la segunda tiende á lo contrario, sin medios bastantes para obtenerlo.

*
*
*

Con toda la seriedad imaginable en el siglo XVI, uno de los interlocutores de *El Scholastico* de Cristóbal de Villalón (2), cuenta que, en cierto viaje de Valencia de Aragón á Córdoba, tropezó con un francés, llamado *Pierres*, con quien trabó amistad, sabiendo de él que era hombre muy de bien, y muy sabio, y que practicaba «un poco de nigromancia y encantamentos». «Por todo el camino—dice—usaba de una cosa admirable: que si faltaba el mozo que nos sirviese, mandaba al jarro que fuese á la tinaja por agua, y luego iba; y aun al cántaro que fuese al río, y venía lleno muy presto ante sí; y así mandaba al plato que trujese la vianda de la olla, y, sin ver quién lo sacaba, lo víamos ante nosotros en el plato. Yo, con deseo de experimentar si sería buen discípulo de aquella ciencia, siquiera porque se me pegase alguna miel de la conversación del colmenero, no estando *Pierres* en la posada, un día, en un lugar donde llegamos, mandé (al) cántaro que trujese agua, con aquellas palabras

(1) *Les lois naturelles de l'Economie Politique*. Paris, Guillaumin et C.^{ie}; pág. 291.

(2) Ed. Menéndez y Pelayo (en la *Sociedad de Bibliófilos Madrileños*), I, 172.

que Pierres se lo solía mandar, porque muchas veces se las había yo oído decir; y luego el cántaro va á la fuente que estaba cerca de la posada, y púsoseme lleno delante; y, como le vacié en la tinaja, fué por más; y después que fué llena la tinaja, que no tenía y en qué lo echar, díjele al cántaro que no fuese por más agua; mas él no me obedesció, porque no entendía mi lenguaje, y no hacía sino ir y venir á la fuente, y traer agua, y vaciar ante mí; yo, pensando ser bastante remedio, quebré el cántaro, y aun los pedazos iban á la fuente y traían lo que cabía en cada uno; de manera que la casa toda estaba llena de agua sin poderlo remediar; ya vino Pierres, y admirado de aquel acontecimiento, deshizo el conjuro, y luego el agua cesó.»

Paréceme que el legislador desempeña en muchas ocasiones este papel de *aprendiz de brujo*: engendra uno de esos fantasmas jurídicos que llamamos ficciones, y por el momento queda satisfecho de su criatura; pero pasan los tiempos, y esa criatura se hace cada vez más dominante, más universal, más avasalladora; llega á imponerse al creador, y éste acaba por olvidar su origen y por convencerse de que su poder es inferior al de ella. Entonces se truecan los papeles: el servidor es el amo; lo producido es el productor; lo limitado y finito se transforma en ejemplar eterno é inmutable. Numa Pompilio sabría á qué atenerse sobre la ninfa Egeria que le dictaba los preceptos religiosos; pero Tulo Hostilio debió de creer muy seriamente en la inspiración de su predecesor. La Asamblea Nacional francesa de 1791, al declarar: «Los hombres nacen y permanecen libres é iguales en derechos», sabía que expresaba una *opinión*; en 1863, cuando Laboulaye escribe *Le parti libéral*, aquello ya no es una opinión, ni aun una ley, sino una *ley de leyes* (*lex legum*).

¿Se me dirá, tal vez, que sin estos procedimientos no sería posible el Derecho? Pues eso era precisamente, señores, lo que intenté probar y á lo que han ido encaminados estos párrafos, quizá un tanto amargos, pero en absoluto sinceros, que someto á vuestro superior y benévolo juicio.

Yo atribuyo á la conciencia de un régimen de ficción ese fenómeno, que ahora comienza á ser estudiado por los pensadores, de la *tristeza contemporánea*, manifiesto, no ya en los partidarios de una filosofía pesimista, no sólo en los desahogos más ó menos nerviosos de Renan ó de Brunetière, sino en las obras de índole artística, y, sobre todo, en la más social de todas ellas: la novela. No me refiero á un Dostoïewski ó á un Tolstoï, en quienes la influencia del medio podría explicar el carácter; ni siquiera á un Zola, cuyo programa naturalista pudiera servir de atenuante. Aludo á la generalidad de los novelistas contemporáneos, entrando en cuenta los de la nueva generación española. Se observa la vida, se estudia la escena con escrupulosidad anatómica; y, como se descubre la ficción, la tristeza del desencanto envuelve, cual tenue y dramático sudario, la obra entera. Perdida la fe en los hombres que no supieron acrecentar, ni siquiera conservar, nuestro poderío; desconfiando de formas jurídicas que no nos libertaron de la servidumbre, ¿qué otra impresión ha de recibir el ánimo sino la seca y amarga del desengaño?

Y parece, en vista de ello, que inconscientemente se vuelve la atención hacia la fuente de la energía, hacia el ser, hacia el individuo. La novela de aventuras vuelve á resucitar: Sherlock Holmes y Raffles ocupan el viejo lugar de *Los tres mosqueteros*; el pragmatismo sustituye al idealismo, y Ellick Morn (1), se cree en el caso de escribir un catecismo de la actividad, exhortándonos á la confianza en nuestras propias fuerzas, y añadiendo estas significativas palabras: «El malestar contemporáneo nace de la ilusión de creernos despiertos, cuando en realidad no somos sino criaturas adormecidas, que esperan la llegada de algún poderoso Príncipe encantador del pensamiento ó de la fe, que venga á despertarnos».

(1) *Réveille-toi et combats*. Paris, Nilsson; pág. 5.

CONTESTACIÓN

DEL ILMO. SR.

D. FAUSTINO ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ-RIVERA

SEÑORES ACADÉMICOS:

Á mitigar la dolorosa impresión que en mi ánimo produjo la inesperada muerte de nuestro inolvidable compañero el asturiano ilustre, y muy querido amigo mío, Excmo. Sr. Don Julián García San Miguel, Marqués de Teverga, contribuyó la elección acertadísima que, para sucederle en su medalla académica, habéis hecho en favor del joven polígrafo, gloria de las letras patrias, D. Adolfo Bonilla y San Martín.

Sin jactarme de llamar *discípulo* al que cariñosamente me honra con el dictado de *maestro*, no debo ocultar que fué alumno predilecto de mi cátedra, que fuí en la Universidad Central de los primeros en descubrir su extraordinario mérito, y que, estimulando sus magistrales aptitudes para la enseñanza, tuve la satisfacción de verle, apenas salido de las aulas, entrar brillantemente en la carrera del Profesorado, y colaborar conmigo, desde su clase de Derecho mercantil de la Facultad valenciana, en los trabajos de investigación sobre aquella disciplina, que, postergada por razones históricas en nuestra patria, marcha hoy á la vanguardia de la enciclopedia jurídica, sin que su exposición didáctica desdiga del apa-

rato con que la presentan los más reputados profesores de las Universidades europeas.

Mas las legítimas aspiraciones del Sr. Bonilla no podían satisfacerse fácilmente allí donde, si la cultura universitaria era elevada, faltaban mil elementos de comunicación ó correspondencia científica, que, sea por lo que fuere, sólo se dan de ordinario en nuestros días en los grandes centros en que la vida nacional con sus variados matices se refleja: el espíritu investigador y crítico del Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia, falto de ambiente en que esparcirse, se asfixiaba encerrado en los límites de su distrito. Y fijáos bien en esto: pudo venir á Madrid, *comisionado* como tantos vienen, abandonando sus cátedras; pero, enemigo de comisiones burocráticas incompatibles con las tareas de clase, y *profesor* ante todo, prefirió el Sr. Bonilla permanecer en Valencia, haciendo vida académica con sus alumnos en su modesto laboratorio jurídico, soportando un clima insano, que le puso á las puertas del sepulcro, y sacrificando sus vehementes anhelos, y hasta el amor á los suyos, al punto de no haber llegado á tiempo, cuando la familia le avisó para cerrar los ojos á su anciano padre..... Sólo como profesor debía y quería venir á Madrid el profesor Bonilla; por eso, declarada vacante y anunciada á libre oposición, es decir, á *oposición verdadera*, la cátedra de Historia de la Filosofía de la Universidad Central, la solicitó, y, filósofo profundo é historiador erudito, la obtuvo por voto unánime del tribunal, asombrado de sus maravillosos ejercicios; y, vuelto al seno de su Universidad querida, allí está en comunión familiar académica con sus discípulos, formando poco á poco con ellos su *Archivo de Historia de la Filosofía*, respirando la atmósfera pura de la ciencia, apartado del *ruido mundanal* de la política, haciendo patria *española* con ideas, mientras que otros con frívola palabrería la deshacen..... Es, Sres. Académicos, un catedrático de cuerpo entero.

Jamás los grandes maestros limitaron el campo de su labor científica al austero recinto de los claustros universita-

rios: apóstoles de la ciencia, que remonta, como la religión, su vuelo para trazar desde la altura, á la luz de la verdad, los difíciles derroteros de la vida, siempre llevaron la acción de su genio investigador por todo el mundo. La Universidad tiende por naturaleza á extenderse. La *extensión universitaria*, que, congénita á la institución, en una ó en otra forma, se mostró en todas las épocas, sin que fuera patrimonio exclusivo de ninguna, hoy, más pujante que nunca, manifiéstase en conferencias populares, en viajes de vulgarización científica, en *intercambios* universitarios, en revistas, folletos y obras de propaganda.....: utilizando, en suma, cuantos medios de comunización intelectual idea el espíritu de sociabilidad característico de nuestros tiempos. Y en cuanto á la extensión universitaria en España, yo afirmo solemnemente, sin apasionamientos que me cieguen, que ningún catedrático aventaja, y muy contados serán los que le igualen, al antiguo profesor de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia en su amor á la Universidad castiza y netamente española, en sus entusiasmos juveniles por honrarla, en sus concienzudos trabajos para restaurar sus glorias, y en sus triunfos brillantísimos, demostrando á la faz del orbe entero que si los antiguos Claustros de esta clásica tierra fueron grandes, dejaron su descendencia en los actuales; que aún hay en ellos maestros cultivadores del árido campo de la ciencia, sin necesidad de capataces ni de herramientas extranjeros, y prestos á llevar sus frutos á universales certámenes, á luchar y á ganar en buena lid las más elevadas recompensas: por algo el gran Menéndez y Pelayo, con referencia á sus más aventajados discípulos, cerraba su discurso de contestación al de ingreso del Sr. Bonilla en la Real Academia de la Historia, diciendo, como el Bermudo del romance, que «si no vencí reyes moros, engendré quien los venciera»; y el Sr. Bonilla, sin afectada ostentación, modestamente, sin ruido, vence, extendiendo su función universitaria, por medio de conferencias (como las unánimemente aplaudidas en la Escuela de Estudios Superiores del Ateneo de Madrid

sobre *Historia de la Filosofía española*), de artículos eruditísimos (*Gérmenes del Feudalismo en España*; *De la naturaleza y significación de los Concilios toledanos*; *Aguas, Minas, Montes*; *Método para el estudio de la Filosofía del Derecho*, etc., etcétera), que vieron la luz en las más renombradas revistas españolas y extranjeras, y, ante todo y sobre todo, vence el Sr. Bonilla á muchas castas de moros, disfrazados no pocos de cristianos, por el mérito relevante, con franqueza ó á regañadientes reconocido y proclamado, de sus numerosas obras.

¡Las obras del Dr. Bonilla!.... ¿Quién, en el *mundo de la intelectualidad*, como hoy se dice, no conoce al Dr. Bonilla por sus obras?.... Son tan universales sus conocimientos, es su cultura tan vasta y su fecundidad tan asombrosa, que en los dominios de la Filosofía, de la Historia, de la Literatura, de la Sociología, del Derecho, abarcando y rebasando los límites de las Ciencias Morales y Políticas, sin cesar surgen de la castiza pluma del joven catedrático infinidad de originales producciones, vivos reflejos de su vasto entendimiento y de su peregrina fantasía, alas que llevan por todas partes su nombre, y á él unido el nombre de nuestra Universidad, que es el nombre científico de España..... Fuera de la severa austeridad de la cátedra, en sus libros está la personalidad popularísima del Dr. Bonilla: en esos libros, en que Menéndez y Pelayo, ya en las postrimerías de su preciosa vida, *veta prolongarse algo de su ser espiritual*, saludando, con la efusión del maestro satisfecho, la bandera que, tremolada por él, había pasado á manos de su predilecto discípulo..... Es, «por ley indeclinable del progreso científico», un continuador del eminente polígrafo, *en su magna obra de reconstrucción de nuestro pasado intelectual*.....

Sobre ser en mí pretensión vana y ridícula el intentar siquiera presentárosle, sería ofensivo para él, y para vosotros mismos, Sres. Académicos, que ya en 1901 habéis reconocido y recompensado en público certamen sus méritos, nombrándole correspondiente de esta Real Corporación, al pre-

míarle su Memoria *Luis Vives y la Filosofía del Renacimiento*: monografía eruditísima, publicada en 1903 en un sólido volumen de 800 páginas en 4.º: «precioso libro», por el que, á juicio de D. Juan Valera, debía el Sr. Bonilla «ser contado entre lo más egregio de nuestra juventud intelectual»; permitidme, sin embargo, que, en fuerza de la costumbre, ley imperiosa en estos casos, emita algunas ideas acerca de las principales producciones jurídicas de mi apadrinado, á la manera que, respecto de las demás, lo ha hecho, en su citado discurso, el insigne autor de la *Historia de los heterodoxos españoles*.

* * *

Recién salido de las aulas universitarias, cuando apenas había cumplido la edad de veintiún años (y ya ostentaba los títulos de Doctor en las Facultades de Derecho y Filosofía y Letras), publicó el Sr. Bonilla (1897) su primer libro, intitulado *Concepto y Teoría del Derecho (Estudio de Metafísica jurídica)*.

Trata en su primera parte de la determinación filosófica del concepto del derecho; y, previamente al examen racional, estudia el autor, con minucioso análisis, el significado etimológico de la palabra y el sentir común ó vulgar acerca de ella, llegando á la conclusión de que el derecho es facultad de realizar lo justo, pues aquél, efectivamente, se llama recto y justo, en cuanto se acomoda y ajusta á la ley moral, regla de toda justicia y universal principio de derecho. Hay en esta parte primera ciertas páginas (64-65), en las que, á mi modo de ver, se expone y defiende una doctrina verdaderamente original y digna de singular atención: «Si es propio del hombre—dice—el ser *ser de derechos*, no puede ser al mismo tiempo el de los *no derechos*, porque si se le quita su propio al sujeto, éste desaparece. Una esfera tiene por propio el ser redonda: en quitando la redondez, desapareció la esfera. Un triángulo tiene por propio el tener tres ángu-

los: si éstos se le quitan, ya no hay triángulo. Pero al hombre se le quita el indicado propio, y no por eso desaparece: queda aún el ser de los no derechos. Es preciso, pues, que no sean las expresadas tales propiedades, ó que haya en el hombre algo superior, algún poder, alguna facultad de obrar ó no obrar, con arreglo á una ú otra de las mismas, porque no es posible actuar con ambas á la vez. Sin ese poder opuesto y superior, no sería posible la actuación; y como actúa, se sigue que existe en él ese poder opuesto y superior.» Tal poder no es otro que la voluntad, á juicio del Sr. Bonilla; pero ésta no es el derecho en sí, sino el poder de realizarlo ó no: obrará *derechamente*, cuando actúe por medio de una regla, principio ó *ley* conocida, dada por Dios ó por los hombres; é investigando el origen de esta ley, opina que no es un principio *a priori*, independiente de la experiencia y anterior á ella, sino que tiene su raíz y nacimiento en la experiencia misma, ya que ésta comprueba que sería imposible la vida, si no se cumplieran los conocidos principios: «Haz á otro el bien que quieras te hagan á ti», y «No hagas á otro el mal que para ti no quieras». ¿No sería, quizás, más acertado elevarse sobre la experiencia, y buscar allá, en lo alto, *donde toda moralidad tiene su asiento*, el origen de la ley moral y la raíz verdadera de aquellos dos universales *preceptos*?....

En la segunda parte de su libro, el Sr. Bonilla estudia estos interesantísimos problemas: «El derecho y la ley; el derecho y la moral; el derecho al mal y al error; el derecho á la libertad; la renunciabilidad del derecho; concurso de derechos; derecho y deber; relatividad del derecho; el derecho y la personalidad; clasificación del derecho». Harto prolijo sería, si os expusiese las soluciones á que el autor llega en cada uno de estos debatidos temas, dando en todos ellos pruebas de un criterio altamente filosófico y de un temperamento eminentemente equilibrado, exento de toda exageración y enemigo de todo radicalismo. Ved, por ejemplo, lo que, acerca de la manoseada tesis sobre las relaciones entre

la moral y el derecho, escribe: «Moral y derecho coinciden siempre en un punto: ambos tienen un mismo origen y un mismo fundamento, y se dirigen á la consecución de idéntico fin. Pero ¿querrá decir esto que no exista diferencia alguna entre la obligación que nace del derecho y la que arranca de la moral, es decir, entre la obligación *legal* y la obligación *moral*? De ningún modo; toda obligación legal es á la vez obligación moral, y esta conformidad es precisamente lo que le atribuye su justicia y su fuerza intrínseca de obligar; pero no puede afirmarse otro tanto en sentido inverso, porque la obligación *legal* puede hacerse efectiva por la coacción ó fuerza física; lo cual no acontece con el deber simplemente *moral*.» Mas tiene buen cuidado de advertir que no sería exacto afirmar que la coacción física es nota *esencial* del derecho, porque, si lo fuese, le acompañaría, y no siempre le acompaña, en todos y cada uno de los momentos de su existencia y desarrollo. «La fuerza ó virtud coactiva—dice—alcanza, sí, por su propia naturaleza, al ejercicio del derecho, pero no al ser mismo de éste, ó sea, á su esencia propia, que es inmutable, como la ley natural de la cual directa ó indirectamente procede.» Y, en verdad, señores, que menguado concepto del derecho forman (y cuenta que no son pocos) los que, en absoluto, creen que la coacción es nota característica y distintiva del derecho; yo aclararía, ó tal vez rectificaría en algo, la doctrina del Sr. Bonilla, fijando la diferencia entre la moral y el derecho en los fines, individual y social, que principal y respectivamente persiguen; distinguiendo en el derecho dos aspectos ó sentidos, uno lato y otro estricto, y considerando la coacción como nota esencial *sólo* del último: ¿qué diríais, si os dijera que, á mi juicio, entran en la esfera jurídica naturalmente las *obras de misericordia*?.... Tan amplio y tan elevado es el concepto que yo tengo de la excelsitud y de la magnificencia del derecho.....

Las cualidades que el Sr. Menéndez y Pelayo advierte en el estilo de su distinguido alumno, y en estos expresivos términos: «Aun tratando de las cosas más abstrusas é iname-

nas, su prosa diáfana y elegante, formada en la mejor escuela, y tanto más eficaz cuanto más sencilla parece, ahuyenta las sombras del tedio, y proyecta un rayo luminoso sobre el duro bloque de la escolástica antigua ó moderna, medioeval ó germánica», resplandecen de un modo soberano en esta fundamental y substanciosa obra.

Sigue á ella, y bien pudiera considerarse complemento suyo, una elocuentísima disertación, con el título de *Los gobiernos de partido*, que el Sr. Bonilla publicó en 1898, y leyó en el Ateneo de Madrid, del cual fué, durante varios años, y á satisfacción de todos los ateneístas, Secretario general.

Á pesar de sus cortas dimensiones, *Los gobiernos de partido* constituye un trabajo de singular interés. Procura demostrar su autor con numerosos datos y sólidos argumentos: «1.º Que los partidos políticos son esenciales en el régimen representativo, tanto parlamentario como presidencial; 2.º Que todo gobierno parlamentario es, ó puede degenerar, en gobierno de partido; y 3.º Que, con el régimen de los gobiernos de partido se hace imposible la marcha ordenada de la sociedad política, se conculcan los principios capitales del sistema constitucional y se originan deplorables corruptelas.» Y propone, como medios de atenuar, ya que no de suprimir, los males que se derivan del sistema: «1.º La separación é independencia de los poderes públicos; 2.º La responsabilidad del Jefe del Estado; 3.º El carácter electivo y temporal de éste; 4.º La creación de un comité, compuesto de especialidades de reconocida competencia, á quien se confíase la misión de redactar las leyes; 5.º La distinción entre la Administración y el Gobierno; 6.º La independencia del poder judicial, y 7.º La representación de las minorías.» Tal viene á ser, en esencia, *Los gobiernos de partido*.

Creyendo, como firmemente creo, que el poder viene de Dios, y no del pueblo, mero depositario y transmisor de aquél, en la sociedad política, al soberano que, en nombre de Dios y por la voluntad del pueblo, le ejerce; partidario de la unidad de poder y de la pluralidad de funciones, sea

cualquiera la forma de gobierno que las naciones adopten; y poco afecto al régimen representativo, tal como actualmente se entiende y practica en nuestra patria, claro es que, ya que no coincida en absoluto en su manera de pensar con el señor Bonilla, cuya opinión en los puntos de discrepancia respeto, habré de estar conforme con él en no pocas de sus atinadísimas apreciaciones. Si ambos somos defensores de los principios que informan la democracia cristiana, que es la verdadera democracia, y somos los dos irreconciliables enemigos de todo espíritu de bandería política, ¿cómo no hemos de abominar del régimen de esos gobiernos, que, amparados de audacias y concupiscencias, sacrifican al medro personal de unas cuantas medianías los intereses generales, atropellando la voluntad nacional y ahogando la voz de justicia que sale de las entrañas del pueblo? Quien dijo, sin recatarse y con sobrada autoridad *política* para decirlo, que al poder se debe ir á complacer á los amigos, dió, sin querer ó queriendo, si no la definición, la idea fiel, aunque incompleta, de los llamados *gobiernos de partido*; bien pudo añadir, y resultaría completa: «*Adversus hostem aeterna auctoritas esto*», principio de las XII Tablas, que parece ser el lema de la pseudo democracia, tiránica y absorbente, en todas partes y en todos los momentos de su *edificante* historia.

Creed, Sres. Académicos, que el librito *Los gobiernos de partido* es una joya; que, sin vanas pretensiones, como todos los libros del Dr. Bonilla, enseña mucho, y que en él pueden aprender bastante, con ser la obra de un niño, más de cuatro que se creen *estadistas*, porque vientos de favor ó de fortuna, que constantemente soplan en el mar de la política, los elevan, con asombro general, y aun de ellos mismos, á las más encumbradas categorías del Estado.

El Código de Hammurabi y otros estudios de historia y filosofía jurídicas (1909) es un volumen de 356 páginas en 8.º, que contiene una selecta colección de trabajos del Sr. Bonilla. Dignos todos de figurar en el ligero bosquejo que de su labor jurídica os voy trazando, con gusto me ocuparía

en todos ellos, si no fuera porque temo molestaros, extendiendo en demasía los límites de este discurso: sólo os hablaré de dos en extremo interesantes, como pruebas del espíritu investigador y de la originalidad característica del distinguido polígrafo. Es uno de ellos la versión y comentario del famoso código del rey Hammurabí de Babilonia, cuerpo legal descubierto en 1901 y que parece pertenecer al año 2000 antes de Jesucristo; se basa el Sr. Bonilla en la traducción del P. Scheil, comparándola con las de Winckler y Muller; y comenta minuciosamente los preceptos de aquel código, poniéndolos en relación con los de otras legislaciones antiguas (de Moisés, de la India, de Grecia y de Roma), dando pruebas de una erudición verdaderamente sólida y de una sagacidad crítica maravillosa. Lleva el otro trabajo por título: *El mandil y el plato (comentarios á un texto jurídico romano)*; en él el Sr. Bonilla, después de restaurar el texto de las XII Tablas sobre el procedimiento *per lancem liciumque*, demuestra, con admirable copia de datos y de sutiles inducciones, que dicho procedimiento no viene á ser otra cosa que simple reminiscencia de cierto rito mágico adivinatorio, usado por los antiguos Arios: la amenidad de este estudio, donde se rectifica con singular tino una hipótesis de Ihering, y el arte con que los razonamientos se eslabonan, hacen de aquél uno de los más atrayentes trabajos del Sr. Bonilla.

Y clara muestra de su afición desmedida á escudriñar los rincones menos explorados de la erudición bibliográfica es otro libro meritísimo, tomo primero de la *Biblioteca jurídica española anterior al siglo XIX* (en colaboración con nuestro ilustre compañero D. Rafael de Ureña y Smenjaud); me refiero al *Fuero de Usagre* (siglo XIII), anotado con las variantes del de Cáceres (1907), precedido de una luminosa introducción y seguido de apéndices muy eruditos, y, sobre todo, de un glosario tan notable como extenso, cuyo mérito sólo sabrán apreciar los que hayan tropezado con las dificultades que nuestro viejo lenguaje foral ofrece. Con toda sinceridad declaro

que no conozco ningún texto de nuestro antiguo derecho que haya obtenido una edición tan acabada y científica.

Mas no iguala, con ser mucho, el mérito de las anteriores obras al de las que en los dominios del Derecho mercantil llevan el nombre del Dr. Bonilla. Su cultura jurídica, tan vasta, que se extiende á todas las ramas del Derecho, por conocer como pocos los principios fundamentales de esta ciencia, en ninguna se revela con tanta devoción é intensidad como en aquella su predilecta asignatura. Y no es extraño. Aunque, en sus deseos legítimos de volver á la Central, pasó el Sr. Bonilla de la Facultad de Derecho á la de Filosofía y Letras, continúa llamándose y siendo en realidad profesor de Derecho mercantil: ganada en pública y reñida oposición la cátedra de Valencia, obtuvo un título cuya posesión conserva, y que puede orgullosamente ostentar con un derecho innegable; y si no explica Derecho mercantil en la cátedra, es igual: le expone magistralmente en sus libros, que en la cátedra se estudian, y que, fuera de ella, llevan por todas partes, en la diáfana prosa del maestro, la acción eficaz de su enseñanza. Ya comprenderéis con cuánto gusto rendiré homenaje al mérito del antiguo alumno de mi clase, dedicando breves líneas á las más salientes de sus publicaciones jurídico-mercantiles.

Dió á luz el Dr. Bonilla en 1901 un estudio: *Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia ó ajena) en materia de obligaciones mercantiles*, que, absolutamente nuevo en España, á la vez que señala la especialidad de su autor en la rama jurídico-mercantil, constituye una de sus más originales producciones.

Observó el Sr. Bonilla que, merced á la influencia del Derecho romano (para el cual no existía otro aspecto del *vinculum juris* que el bilateral), nuestros códigos, y la mayor parte de los extranjeros (si se exceptuaba el Código civil alemán), al tratar de las fuentes de las obligaciones, no mencionaban siquiera la voluntad unilateral. «Aceptado—dice—el principio, era forzoso aceptar también las consecuencias.

Sentado que la obligación tenía siempre ese carácter de determinación, era natural que, al investigar sus fundamentos, apareciera constantemente á los ojos del jurisconsulto el fantasma de la bilateralidad. Donde resultaba dudosa, donde era difícil precisar el vínculo bilateral, como en la *negotiorum gestio*, en la *communio incidens*, en la *solutio indebiti*, en la *dotis dictio*, en la *tutela*, en la *aditio hæreditatis*, el jurisconsulto no vacilaba en cortar el nudo gordiano, afirmando que todas esas obligaciones nacían como de un contrato (*quasi ex contractu*). En vano era objetar que la persona obligada ejecutaba alguno de esos hechos obedeciendo á la ley, no cumpliendo su voluntad individual; ocioso advertir que, no sólo no se daba en esos casos la concurrencia, sino á veces el apartamiento y contradicción de las voluntades; inútil observar que estas obligaciones eran independientes, totalmente independientes del consentimiento; que, por la misma razón, se aplicaban hasta á las personas incapaces de prestarlo, como el furioso y el pupilo....: era preciso mantener á todo trance la bilateralidad, aun á costa de una ficción: *Nullus est contractus, nulla obligatio, quæ non habeat in se conventio.*»

En resumen, la teoría expuesta en el citado estudio se puede condensar en los siguientes términos: Las relaciones jurídicas pueden ser *voluntarias* ó *necesarias*, según que el hecho determinante de las mismas sea producto de la voluntad del sujeto ó de los sujetos de la relación, ó efecto de una fuerza extraña. Toda relación, por muy voluntaria que parezca, descansa mediata ó inmediatamente en un hecho necesario, é impersonal. Hay, además, relaciones jurídicas *indeterminadas* y *determinadas*, según que en ellas la humanidad entera esté como sujeto pasivo en conexión jurídica con nosotros, ó, por el contrario, se halle especialmente obligado Juan, Pedro, etc. Toda relación determinada descansa en otra indeterminada. *La voluntad, de cualquier especie que sea, no puede producir más que relaciones determinadas.* Ahora bien, la voluntad, á su vez, puede ser conjunta (propia y

ajena al mismo tiempo), ó unilateral (de uno solo ó de varios), subdividiéndose en este segundo caso en voluntad propia (del sujeto pasivo de la relación) y ajena. La voluntad unilateral, siendo *terminante, reflexiva y real*, y afectando á las *relaciones* del declarante con los demás hombres, creando en favor de éstos un *título* á la entrega de una cosa ó á la prestación de un servicio, puede producir efectos jurídicos legales. Y, como casos típicos de esta voluntad, cita y estudia el Sr. Bonilla la oferta mercantil, los efectos al portador, la intervención en la aceptación y pago de una letra de cambio, la gestión de negocios comercial, la prescripción, y otras numerosas instituciones del Derecho mercantil, concluyendo de esta suerte: «Un examen detenido y sistemático de la bilateralidad, traería quizá más graves consecuencias. Posible es que se concluyera por negar á la obligación todo fundamento bilateral, juzgándose que la razón filosófica y esencial de quedar el sujeto obligado á una acción ú omisión determinadas, no tanto es el consentimiento ó la imposición de otra persona, como su propio convencimiento y la resolución firme, decidida y terminante de obligarse.»

Claro que cabe discutir esta doctrina, en la que, como ya habréis podido observar, entran y con habilidad suma se combinan las controvertidas teorías sobre la clasificación del derecho subjetivo atendiendo á su materia en *personal* y *real*, la división del acto jurídico por razón de sus orígenes en *libre* y *accidental*, la subdivisión del acto libre por la índole del consentimiento en *contrato* y *cuasicontrato*, y la *ficción de derecho*, verdadera *obsesión* del profesor Bonilla y tema del originalísimo discurso que nos acaba de leer, y al que muy pronto dedicaré algunas palabras: cabe, repito, discutir todo eso, sobre todo si se tiene en cuenta que la *obligación* es correlativa del *derecho*, y que ninguno de ambos términos se concebiría sin la *ley*; pero no puede negarse que es tal doctrina original y profunda, como que atañe de un modo radical á la economía de todo nuestro sistema jurídico. Y no sería justo, además, desconocer que la teoría de la bilateralidad absoluta

es todavía menos sostenible, pues, como el Sr. Bonilla observa, la concurrencia de voluntades no es simultánea jamás, es sucesiva: «*Los contratos que se celebren por correspondencia según el art. 54 de nuestro vigente Código de Comercio, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta, ó las condiciones con que ésta fué modificada.*» «En casos como éste—dice—¿podrá sostenerse que la obligación procede del concurso y conveniencia de las voluntades de ambas partes contratantes? Á veces, sí; pero ¿y cuando la voluntad del oferente haya cambiado en el momento de aceptar la otra parte la propuesta? Entonces, si el oferente queda obligado, no será por el concurso actual de su voluntad con la del aceptante, sino mera y únicamente—como hace notar René Worms—por su primera declaración, por su declaración de voluntad unilateral.»

No dudo en calificar de verdadera maravilla el *Plan de Derecho mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América*, que en 1903 publicó el nuevo Académico, apenas posesionado de su cátedra en la Universidad de Valencia. Es un estudio analítico soberbio, una disección acabada, un primoroso cuadro, en el que, á simple vista y con claridad meridiana, se contempla, hasta en sus últimas ramificaciones, el complicado organismo del Derecho mercantil. Son tan vastos y profundos los conocimientos que de esta rama jurídica supone el trabajo del Dr. Bonilla, que la apreciación de su extraordinario mérito no está al alcance de los leguleyos, discutidores á voces, á falta de razones, de los que llaman *casos aislados de derecho* sin remontarse á principios, enredándose, y enredando á los demás, en artículos de leyes rutinarias, que, *aprendidas de memoria*, constituyen todo el caudal y la substancia toda de su menguada cultura. Es necesario arrancar de lo que *debe ser*, discurrir por lo que *fué*, y llegar á lo que *es* el Derecho mercantil, conocerle en su integridad científica, para saber lo que vale y aplaudir con entusiasmo el *Plan* magistralmente seguido por el joven cate-drático en la enseñanza de aquella disciplina, objeto princi-

pal ó favorito de sus aficiones jurídicas. Y porque, á raíz de su publicación, no faltó quien insinuara que el *Plan de Derecho mercantil* era un reflejo de mi *Programa* de cátedra, deber mío es proclamar, y con justicia proclamo, el carácter altivo, la independencia del Dr. Bonilla, quien, más que nadie enemigo del *magister dixit*, no admite de nadie nada sin reflexión detenida, pasándolo previamente por el tamiz de sus arraigadas convicciones. ¡Pues no son fundamentales que digamos las discrepancias que en nuestros respectivos planes se observan! Que se fije el que lo entienda en la originalidad del sistema á que responde el *Plan de Derecho mercantil*: en el tratado 1.º (*Del título de la relación jurídica mercantil: naturaleza; formación; cumplimiento; incumplimiento*); en el 3.º (*De la prueba de la relación jurídica mercantil*); en la clasificación de la relación jurídica mercantil, contenida en el tratado 2.º, al que aplica su autor los principios proclamados en el estudio sobre la voluntad unilateral, distinguiendo, además, entre las relaciones bilaterales, los contratos fundamentales de los auxiliares, y subdividiendo estos últimos en sustantivos y adjetivos, etc., etc..... Lo que hay es, Sres. Académicos, que, *salvando nuestros juicios, y tributándoles respeto mutuo*, trabajamos juntos, en tan perfecta comunión científica, que habrá de durar mientras vivamos; y aun tengo para mí que el que de ambos sobreviva seguirá, ya que no identificado, influido por la memoria del muerto.....

Sin alardear jamás de pedagogo (alardes que sólo suelen hacer los que de alardear necesitan), va poco á poco el profesor Bonilla exteriorizando en libros la labor que diariamente realiza en la cátedra con sus alumnos. *Un Laboratorio de Derecho (Cuestiones teórico-prácticas resueltas en la clase de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia durante el curso de 1903 á 1904)* es uno de aquellos libros, al cual pueden con rigurosa exactitud aplicarse las palabras que el señor Menéndez y Pelayo dedicaba al *Archivo de Historia de la Filosofía*: «tentativa pedagógica que apenas tiene precedentes en nuestra enseñanza oficial, y que convierte al

estudiante en colaborador asiduo de la obra científica del maestro».

Y doy fin á esta parte del discurso, sin decir, por cuenta propia ni ajena, absolutamente nada del *Dictamen sobre la publicación de los balances de las sociedades anónimas* (1907), y de la obra *Códigos de Comercio españoles y extranjeros y leyes modificativas y complementarias de los mismos*, de la cual han salido á luz cuatro voluminosos tomos, y está próximo á publicarse el quinto; producciones que llevan el nombre del profesor Bonilla, unido al del eximio mercantilista y amigo mío queridísimo Dr. D. Emilio Miñana y Villagrasa, ya que al lado de tan prestigiosos nombres va el del modesto Académico que en esta solemnidad tiene la honra de ostentar vuestra augusta representación.

* * *

Aunque siento de veras molestaros, siguiendo antigua costumbre, que no sé hasta qué punto estará justificada, haré algunas ligeras referencias al original discurso, que, escrito con su elegancia de siempre, nos ha leído el profesor Bonilla, y que, después de todo, constituye la última de sus producciones jurídicas.

La *ficción de derecho* es un interesante tema; y os puedo asegurar que no es de ahora la devoción que nuestro nuevo colega le profesa. Era alumno de mi cátedra. Exponía yo la influencia del espíritu romano en el Derecho mercantil; entre otros datos, citaba el contrato literal, ó sea la confesión por escrito de haber recibido en mutuo cierta suma, seguida de prolongado silencio por dos años, confesión que obligaba al que la hacía á *devolver* el dinero, aunque lograrse probar la falsedad de la entrega; y esto por obra y gracia de una *presunción* denominada *de ley*, refractaria á toda prueba en contrario. Al terminar la clase, se me acercó el joven Bonilla; y, juzgando mi exposición irreprochable, y oportunísima la alegación de datos, mostró su disconformidad con la

doctrina romana, pareciéndole aquella presunción intolerable: á su juicio, tratábase de una *ficción jurídica* opuesta á la realidad, de una *mentira convencional*, pero, al fin y al cabo, mentira. Acerca de las reflexiones que cariñosamente le hice, discurría con tal discreción y aplomo, que entonces empecé á apreciar el mérito relevante del aventajado alumno; y, después de los años transcurridos, recordé este pasaje de nuestra vida universitaria cuando, al participarle su elección para el cargo de Académico, y advertirle que fuera pensando el tema de su discurso, me dijo que le tenía pensado: que disertaría sobre *eso* que pasa por artículo de fe entre los juristas, que, en el lenguaje de escuela, se llama bárbaramente *presunción*, y que no es más que una *ficción* hipócrita que el derecho, con ser derecho, proclama.

Y no se puede negar que la disertación, desde su punto de vista, es admirable. Yo no sé que la teoría de la *fictio juris*, en general y en sus aplicaciones á las distintas ramas jurídicas, se haya expuesto por nadie con la elevación de miras y, sobre todo, con la agudeza de ingenio con que la expone en su discurso el profesor Bonilla; quien, con lógica rigurosa, contundente, como suya, va á parar á consecuencias tales, que asustarán quizá á los espíritus mezquinos, desprovistos de ese criterio amplio y generoso que, en las cosas abandonadas por Dios á las disputas de los hombres, admite, vengan de donde vinieren, toda clase de doctrinas, y las estudia y compara, esperando del choque el rayo luminoso que proyecte en la verdad que la inteligencia persigue; porque, señores, ó la investigación científica consiste en eso, ó será inútil que hablemos de animadas controversias, de brillantes triunfos y de realización de las nobilísimas aspiraciones de la ciencia.

El Dr. Bonilla, espíritu juvenil, franco y abierto, viviendo la vida de la idea, expresa con pura sinceridad sus convicciones; confiado en su extraordinaria cultura y en su gran talento, las entrega tranquilo al examen severo de la crítica; y si no es bien que la crítica se inicie en estos momentos de

felicitación y regocijo académicos, no temáis que yo venga siquiera á desflorar el discurso del Dr. Bonilla: cumpliré con la costumbre, resumiendo en pocas líneas las consideraciones que hice al antiguo alumno en la cátedra, ya que, menos arriesgado que él, no me atrevo á romper con la tradición romana, elemento primordial de todo derecho privado y especialísimo de la escuela jurídico-mercantil germánica contemporánea.

Si el derecho no es la vida, es al menos indudable que para la vida es el derecho: sin él, sería imposible la *convivencia* social. Al térase á menudo ó se perturba la convivencia social por colisiones, conflictos ó concursos de derechos, que, ante la necesidad de mantenerla, es preciso resolver. La resolución de los conflictos jurídicos no puede ser arbitraria, sino conforme á justicia ó á equidad; y como tales conflictos son siempre circunstanciales, pues que de las circunstancias pende el que dos ó más derechos resulten incompatibles; á las circunstancias hay que atender, además, al resolverlos. Las circunstancias, según los casos, exigen: que se parta de la realidad; ó que *fundadamente* se presuma, si la realidad no consta; ó que se prescinda de ella, atribuyendo, *fundadamente también*, á las personas ó á las cosas calidades que no les son naturales, aun cuando la realidad se conozca. Hijo de las circunstancias el Derecho positivo, cabe, pues, dentro de él ó *presumir* ó *fingir* con fundamento; y siendo la idea de presunción incompatible con la de certeza, es absurda la clasificación que de las presunciones se hace en *juris tantum* y *juris et de jure*, según que admitan ó no prueba en contrario: la primera es la propia *presunción*, y la segunda es la *ficción de derecho*. La ficción, por consiguiente, es un medio de resolver los concursos de derechos, impuesto por las circunstancias al legislador, como preciso para mantener la convivencia social; y llevando consigo los caracteres de *racionalidad* (puesto que ha de ser fundada) y *autoridad* (puesto que el legislador ha de fijarla), la ficción jurídica es una ley positiva, como cualquiera otra, y, como

todas las leyes positivas, conforme con el Derecho natural. Ciertamente que éste no ampara la mentira; pero la ficción *verdadera* no es mentira: si dice una ley que el testador «será tenido por muerto» en el instante de ser sometido á cautiverio, no afirma, ni mucho menos, que *haya muerto*, en contra de la realidad, lo cual sería mentira, sino que se considerará *como si hubiese muerto*, lo cual es una verdad jurídica. A la verdad siempre hay derecho: á la mentira, nunca. No hay derecho á la mentira, como no le hay al error..... Eso más bien sería *torcido* que derecho..... La ficción jurídica, en fin, más que ficción, es una ley, que dicta el legislador con razón y con autoridad para dictarla, y que, en aras del bien social, sin negar la realidad, prescinde de ella, por motivos circunstanciales, de acuerdo con la equidad, cuando no con los rigurosos principios de justicia.

No hay rama de derecho en que, más ó menos, no se manifieste esta doctrina, que en todas ellas encuentra plena justificación, sin que en ningún tiempo, ni aun en la época romana, haya abusado el legislador de las ficciones jurídicas, no mereciendo, como paso á demostrar, la consideración de tales, muchas de las disposiciones que suelen citarse como ejemplos de la *fictio juris*.

Los fragmentos del Digesto relativos al legado de una nave, reconstruída después, declarando subsistente ó no la manda, según que se haya conservado la quilla ó la nave se haya deshecho en absoluto, no establecen verdaderas ficciones de derecho, sino que regulan un caso vulgarísimo de la máxima *accessorium sequitur suum principale*.

En la doctrina del Derecho romano que consideraba la *universitas* y la *curia* subsistentes, aunque todos sus miembros hubiesen cambiado, sólo puede verse una ficción jurídica, negando la realidad objetiva de la corporación ó confundiendo los miembros con la entidad, la cual, con realidad objetiva, subsiste aunque los miembros cambien.

No me atrevería yo á decir que la *subtilitas juris* de los juristas romanos llegase á atisbar algunas de las líneas ge-

nerales «de esa monserga penal que hoy recibe el nombre de delito *colectivo*»; porque muy de veras creo que la doctrina romana, sin acudir á ficciones, establecía el verdadero concepto de la unidad del delito y la pluralidad de sus sujetos activos; y como eso, y no otra cosa, es, á mi juicio, mírese como se mire, el consabido *delito*, ese empeño en convertir un caso de codelincuencia en un delito especial ó *sui generis* no se puede atribuir, ni por atisbos, á la maravillosa intuición jurídica de los insignes jurisconsultos de Roma.

Cierto que no se habla de *pruebas*, ni siquiera de *indicios*, en la disposición del art. 492, núm. 4.º, de nuestra ley de Enjuiciamiento criminal, que impone á la autoridad ó agente de policía judicial la obligación de detener al que supongan reo de determinado delito, siendo para ello suficiente que tengan *motivos racionales bastantes* para creer en la existencia del hecho y en la participación de la persona detenida; y verdad que la disposición se presta al abuso por parte de la autoridad ó agente; pero es indudable que el legislador supone que habrá pruebas que justifiquen los motivos, y que el abuso ó incumplimiento de la ley no es ficción: ésta se refiere al que dicta la ley, no al encargado de ejecutarla ó cumplirla.

Poco amigo del régimen parlamentario, no me entusiasma la *ley de las mayorías*, que sirve de base á nuestro Derecho público, y que se trasluce también en numerosas instituciones del privado; pero esto no quita para que disienta de la respetable opinión de Ríos Rosas, quien, después de considerar como ficción el «que lo que quieren *los más* lo quieren *todos*», concluía afirmando: «El sufragio universal en una nación grande es una mentira»; porque, aparte ya de que seguirán *los menos* no queriendo, de que no hay unanimidad, como lo corrobora la existencia de las minorías en todos los cuerpos deliberantes, obsérvese que la ficción, caso de haberla, no está en la ley que establece el sufragio universal, sino en su razón de ser ó fundamento, y que es necesaria, ó impuesta por la misma naturaleza de las cosas, conforme con la equidad.

Si el legislador declara que un diputado representa á la nación entera, es porque supone que la elección fué legal, *admitiendo prueba en contrario*: es una presunción *juris tantum*; como que si, á pesar de aquella prueba, el gobierno sostuviera al diputado, constituiría tal conducta una arbitrariedad, un atropello jurídico: ¿qué significan, si no, los tribunales de actas?

Errores, y no ficciones jurídicas, son el precepto del Código de Comercio español (art. 589, § 1.º), que presume constituida una *sociedad* por los copropietarios del buque, y la doctrina de la ley de Hipoteca naval (art. 1.º), que, para los efectos de la hipoteca, considera los buques como inmuebles; puesto que en el primer caso hay *asociación en participación*, no sociedad, y en el segundo se hace depender la naturaleza de la hipoteca de que sean inmuebles los bienes sobre que recae: una cosa es el error, y otra muy distinta la ficción jurídica. Y, sin salir de la esfera del Derecho mercantil, será todo lo impropio que se quiera el vocablo *personalidad*, que se usa en el art. 116 de nuestro Código, que dice: «Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos»; pero no existe ficción, desde el momento en que *hay algo*, aunque el legislador, para expresarlo, no haya encontrado representación verbal más adecuada.

Ni el principio, universalmente proclamado: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», es verdadera ficción: es un precepto del legislador, el cual, al formularle, reconoce que la ley puede ignorarse; sería ficción, si, por el contrario, supusiese que los ciudadanos conocían necesariamente la ley, lo que sería absurdo; el cumplimiento de la ley obliga al ciudadano, aunque la ignore, porque su ignorancia es *vencible*: ni más ni menos que ocurre con las leyes de la higiene, cuya observancia trae aparejada la sanción, aunque se ignoren; y una prueba de la racionalidad de la regla está en que «si, alegándola (la ignorancia), el ciudadano elude el cumplimiento de la ley, quedará ésta al ar-

bitrio del que haya de acatarla, y será como si no existiera». Todo esto aparte de que el principio no es absoluto, ya que el legislador exime de responsabilidad á los que no tienen discernimiento *para conocer la ley*, y declara nulos los actos que realizaren los que del mismo carecen.

Las ficciones llamadas *a posteriori*, es á saber, que, no siéndolo originariamente en el espíritu del definidor de la regla, al formularse ésta, llegan á serlo después, cuando cambia el contenido de las relaciones á que se aplicaba, en realidad, más que ficciones *jurídicas*, son ficciones en el sentido *vulgar* de la palabra.

¿Á qué hablar de ficciones jurídicas en Derecho internacional? No hay ficción jurídica donde no hay ley. En todo caso, la ficción sería de los internacionalistas ó autores de aquel Derecho, cuando menos en sentir de los que ponen en tela de juicio su existencia.

Y por este orden podría continuar la enumeración de casos (que pasan, sin serlo, por ficciones), en defensa del legislador, que sólo por necesidad ó conveniencia de aclarar el derecho acude á ellas, sin ningún género de timidez, ni sugestión fetiquista de ninguna clase, y siempre dentro de los límites del Derecho positivo, único medio de aplicar ó hacer viables los soberanos preceptos del Derecho natural. Entre esto y considerar la *fictio juris* como una arbitrariedad del que define la ley, y entender que todo ó casi todo el derecho definido es una pura ficción, hay la misma diferencia que existe entre afirmar y negar la existencia del Derecho positivo. Porque á esta negación se va, negando la existencia real del sujeto *hombre*, para el que se ejercita la actividad legislativa, sin reconocer más realidad que la del *individuo* en carne y hueso; rechazando la subordinación del individuo á una entidad superior, y no admitiendo otro definidor de la regla jurídica que el individuo mismo: que tales vienen á ser las consecuencias que lógicamente se deducen del concepto erróneo y exagerado de las ficciones jurídicas.

No hay más que un paso de aquí á las peligrosísimas doctrinas de Gaspar Schmidt, conocido bajo el seudónimo de *Max Stirner*. Apoyándose en ciertas opiniones del insigne Hegel, proclamó primeramente las teorías del anarquismo, y Proudhon fué el primero en realizar con éxito la propaganda anarquista. En su libro *El Único y su Propiedad*, quiso *Stirner* demostrar que *la humanidad* no existe; que el hombre no debe someterse á algo, sea ello divino ó humano, que esté fuera de sí mismo, y que no hay, finalmente, otro derecho que los derechos *del individuo*. El hombre sólo tiene en su cerebro ideas fijas, fantasmas ó quimeras, que son representadas por entidades físicas, como el Estado, la Iglesia, la Sociedad; en tanto es aquél libre, en cuanto las niega, las arroja de su mente y rehusa obedecerlas; y únicamente esta libertad es real cuando por sí la utiliza, haciendo de su *yo* el principio, el medio y el fin de todo..... «Yo—dice *Stirner*—no reconozco ninguna ley.....»

Pero, mientras el paso no se dé, no hay que asustarse. Todo queda, á mi juicio, reducido á una crítica acerba, á un concepto equivocado si se quiere, del Derecho positivo, considerándole como un conjunto de convencionales mentiras opuestas á la realidad, cuando precisamente ese Derecho surge impuesto por las circunstancias que determinan la realidad de la vida. Fíjense los pusilánimes en que bien pudiera aquel erróneo concepto nacer de una idea elevadísima, y, por tanto, de un respeto ciego, profundo, exagerado quizá, por reputarlas intangibles, á las máximas eternas del Derecho natural.

* * *

Y termino, Sres. Académicos, la exposición, que no me atrevo á llamar *crítica*, de las principales obras jurídicas del Sr. Bonilla: en todas ellas campean una sólida cultura, un sentido común (que no es el común sentir de los *intelectuales* al uso) y un temperamento profundamente filosófico, apo-

yado de ordinario en la segura base de la indagación histórica. Agregad las no jurídicas, como *El Mito de Psiquis*, *El Arte Simbólico*, la edición crítica del *Diablo Cojuelo* de Vélez de Guevara, las ediciones de *Libros de Caballerías*, la del *Libro de los engaños de las mujeres*, la de la *Comedia Tibalda* de Perálvarez de Ayllón y Luis Hurtado de Toledo, la traducción del inglés de la *Historia de la Literatura española* de Jaime Fitzmaurice-Kelly, los *Anales de la Literatura española*, la colección de cartas latinas publicadas con el título de *Clarorum Hispaniensium Epistolae ineditae*, *Erasmus en España*, *Luis Vives y la Filosofía del Renacimiento* y la *Historia de la Filosofía española*, magistralmente reseñadas por el Sr. Menéndez y Pelayo, en solemnidad análoga á ésta, ante la Real Academia de la Historia. Tened en cuenta que la portentosa laboriosidad de nuestro joven polígrafo muéstrase aún en más obras, jurídicas y no jurídicas, algunas de ellas recientes, tales como la *Bibliografía de Menéndez y Pelayo*, la edición crítica de la *Tía fingida*, *Tristán de Leonís* (edición del texto más antiguo conocido, precedida de una extensa Introducción, con notas y Apéndices), y habréis de convenir en que, si yo me he quedado corto al trazaros con elogio su semblanza, tampoco exageró nada el gran hispanista inglés Mr. J. Fitzmaurice-Kelly al decir, en la *Revue Hispanique*, que era el Sr. Bonilla «la más acabada y universal personalidad de la nueva generación de investigadores españoles». Á esa personalidad recibe solemnemente la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, después de una elección nutridísima y unánime, fundando halagüeñas esperanzas en la colaboración del estudiante de ayer, y hoy catedrático ilustre, que con su toga honra al Claustro del primer Centro científico de España. Día de júbilo para esta Casa, lo es sobre todo para mí, que, unido al Sr. Bonilla por arraigada participación de afectos, superior al oficial y efímero contacto de la labor universitaria, estoy con él en sus triunfos, por modo tal y en tal grado, que, anteponiendo mi egoísmo al interés de la Academia, no dudé en aceptar el encargo, que en el alma agra-

dezo á nuestro sabio y querido Presidente, de llevar la voz de los Sres. Académicos en este acto de saludo cordial y de cariñosa bienvenida. Al dársela efusivamente al entrañable amigo, siento, y por idénticas causas, aquella emoción, mezcla de tristeza y alegría, que el maestro de maestros en dicha solemnidad reflejaba: sin poderlo remediar, el recuerdo atormentador de tiempos que ya no vuelven surge en medio de los risueños augurios sobre el porvenir de las letras españolas, cuando, ya en el último tercio de la vida, se contempla á la juventud animosa, que se eleva á estas alturas, llena de nobles propósitos, conquistando medallas académicas, que, ganadas con el sudor de la frente, como el pan se gana, y como se ganan las cruces en los campos de batalla, son las condecoraciones que más honran, y las que mejor se avienen con la humildad y la modestia cristianas, inseparables de la verdadera ciencia.....

¡Bien haya quien á ella se consagra, y, despreciando las pompas ó vanidades mundanas, pone sus ojos en Dios, fuente de toda verdad y padre de todas las ciencias, y sus privilegiadas dotes á disposición y servicio de la Patria!

