

LIBERTAD POLITICA Y LIBERTAD CIVIL SEGUN JOAQUIN COSTA

Es de enorme interés humano la figura de Joaquín Costa, a quien sus contemporáneos llamaban “el león de Graus” y al que con razón se califica de “insigne polígrafo aragonés”. Este interés humano, que incita a una biografía comprensiva de su personalidad, se proyecta sobre la obra científica, tan extremadamente rica y compleja, llevada a cabo por aquel hurraño aragonés con barbas y trenos de profeta. En las líneas que siguen, integrantes de un más amplio estudio que acaso vea la luz en forma de libro, vamos a fijarnos en un aspecto fundamental de la doctrina de Costa, que es el relativo a su concepto de la libertad, en su especificación como libertad política y como libertad civil. Creemos que este concepto no sólo es uno de los más decisivos en la filosofía jurídica y política de Costa, sino que todo su pensamiento gravita hacia esta idea de la libertad jurídica, que le imprime una fisonomía peculiar. Quedará, de momento, fuera de nuestra consideración el mostrar cómo esta orientación especulativa del pensamiento costista tiene su raíz en la manera de ser de su humana personalidad.

SUPUESTOS KRAUSISTAS DEL PENSAMIENTO DE COSTA.

Joaquín Costa rindió tributo en su pensamiento a lo que se podría llamar “filosofía oficial” de aquel grupo intelectual que fué primero el germen y más tarde el núcleo de la Institución Libre de Enseñanza, de la que el propio Costa fué profesor, a saber, la filosofía krausista. No se puede decir, en verdad, que el krausismo sea un timbre de orgullo del pensamiento español. Es sabido que Krause fué un filósofo de segunda fila, que al lado de los astros de primera magnitud que fueron Kant, Fichte, Schelling y Hegel, no ofrece más que un brillo pálido y no alcanza más que una dimensión reducida. Junto a filósofos intelectualmente de una sola pieza, como aquellos magnos representantes del idealismo alemán, los armonismos y eclecticismos de Krause sueñan indefectiblemente a cosa fofa y decadente. Ha sorprendido siempre que esta figura secundaria de la filosofía alemana alcanzase entre nosotros tal valor representativo y tal fuerza proselitista. Pero de poco sirve sorprenderse si no se busca explicación al hecho que motiva la sorpresa. Siempre me ha parecido que era totalmente inadecuado reaccionar ante el hecho del krausismo español con la burla o el ataque tosco e incomprensivo. Es verdad que Sanz del Río escribió en un pésimo castellano, e incluso un tan excelente escritor como “Clarín”, en su tesis doctoral, produce auténtico mal humor en el lector, con su lenguaje sibilino e inelegante. Pero la culpa no la tenía el krausismo específicamente, sino el hecho de que los krausistas españoles se ocupaban, lo cual no era muy frecuente por entonces en España, con un filósofo alemán y con un filósofo que se

explicaba en un lenguaje complicado y difícil, aunque no más difícil y complicado que el de Hegel, por ejemplo. Pero si leemos a Hegel vertido al castellano por Zubiri, experimentaremos una sensación no menos penosa que leyendo a Krause. Ocurre solamente que cuando Zubiri escribe por su cuenta, lo hace mucho mejor que Sanz del Río. Pero algo había sin duda en el krausismo de "afinidad electiva" con el liberalismo español. Unamuno hizo notar una vez que era cierto sentido místico, cierto irracionalismo antiintelectualista latente en la filosofía de Krause lo que halló eco en esa manifestación, nada casticista, pero con dosis innegables de autenticidad del alma española, que es el pensamiento de los liberales krausistas. Y cuando con más hondura se ve el carácter de radical religiosidad secularizada que es propio del liberalismo español, cuanto más se percibe su sentido místico y escatológico, tanto mejor se comprende que adoptase inicialmente esta filosofía para, en definitiva, irse desprendiendo de la cárcel de sus fórmulas rígidas y dogmáticas y servirse sólo de ella para un amplio movimiento de liberación espiritual, que encuentra justificación para el ansia de una libertad radical y antiestatal en la doctrina que hace de cada individuo un Estado de Derecho y, en general, un sujeto de Derecho de todo ser de fines, y que se adapta al sentido ético y religioso de la vida, propio del español, en la doctrina que, vista desde otro punto de vista, parece un retroceso técnico porque confunde el bien jurídico con el bien moral y, en general, la actividad moral con la actividad jurídica.

La doctrina krausista es, pues, una pieza esencial del pensamiento de Costa, en cuanto representa una filosofía de la libertad y crea en el hombre un reducto de

libertad y derecho que, lejos de absorber al individuo en el Estado, absorbe al Estado en el individuo, creándole a su imagen y semejanza. De suerte que no es el Estado el prototipo del Derecho, ni el que tiene por excelencia una constitución, sino que es el individuo, el Estado individual lo que constituye la fuente y el prototipo de toda constitución y de todo derecho. Y con tal consecuencia piensa Costa esta idea y de tal modo centra en la esfera de la individualidad el eje de toda su especulación, que ésta se convierte, bajo otro aspecto, en una filosofía de la costumbre, en una afirmación obsesiva de la realidad primaria y axiológicamente suprema del hecho jurídico consuetudinario, y de ahí lo específico del concepto costista de libertad, tan alejado, pese a sus propias raíces, de la idea jacobina de la libertad, esencialmente vinculada al racionalismo jurídico abstracto y a un absorbente legalismo.

Desde el punto de vista filosófico, hay, dice Costa (1), dos formas de manifestarse la actividad del ser: libertad y necesidad. La libertad es la forma en que se mueve el ser de Espíritu, es lo característico de la actividad racional y de cada una de las actividades particulares que contiene, incluida la jurídica, e implica la propia substantividad o autonomía, a diferencia de la forma de la actividad natural, que es la solidaridad y continuidad de cada individuo respecto del todo de su género, el cual forma en derredor suyo un ambiente, cuyo influjo lo determina y avasalla. Al verificarse el análisis del Derecho en la conciencia, éste presenta como uno de sus caracteres el ser forma de la actividad consciente y libre, o sea, la actividad de esa forma que consti-

(1) *La vida del Derecho*. (Ensayo sobre el Derecho consuetudinario.) 2.^a ed. Madrid, 1914; pág. 128 y sigs.

tuye el Derecho debe ser una actividad libre, o tener por forma la libertad, pues, de lo contrario, si fuese necesario, mal pudiera informar en sí dicha actividad consciente y libre de los seres racionales.

Ahora bien, la libertad entra en el Derecho como uno entre otros factores, pero no como término equivalente que forme ecuación con él ni con su actividad. El Derecho no es, pura y simplemente, la libertad. Kant pensó, y con él sus discípulos, que la única materia del Derecho y su función única es la garantía de la libertad exterior que ha de hacer posible el ejercicio de la libertad interna o moral, manteniéndola fuera del alcance de toda fuerza extraña, mediante la represión de las agresiones individuales que impliquen perturbación o puedan menoscabarla o comprometerla, mediante la coerción y restricción exterior de la voluntad: y así la libertad es el Derecho fundamental que contiene a todos los demás. Cualquiera que sea el móvil con que un hombre se mueve a obrar, con tal que no atente a la libertad ajena por actos exteriores, el Derecho queda a salvo, puesto que queda incólume la libertad. Decir Derecho vale tanto como decir libertad, y también facultad de reprimir. Según Costa, el error de esta doctrina dimana de generalizar una verdad parcial, de contraer el Derecho a una de sus esencias particulares; y se hace patente con sólo observar que ni toda la libertad jurídica es libertad exterior, sino que primaria y principalmente es interna, ni toda la materia del Derecho se reduce a sola libertad, sino que se extiende a toda la vida, uno solo de cuyos medios e instrumentos es la libertad, ni deja de ser exigido el Derecho porque falta la libertad donde existen los fines, siendo exigida únicamente a la actividad condicionante que pone los medios, nunca al su-

jeto condicionado que los utiliza, pues sólo para favorecer es necesario obrar racionalmente, y no para ser favorecido.

Esta libertad, aclara Costa, no es el arbitrio; no significa que la actividad jurídica puede prestar o dejar de prestar las condiciones exigidas en cada caso por el fin, sino lo contrario, que las preste siempre que sean necesitadas o pretendidas, no fatalmente o sin conciencia —en la forma de concreta y continua solidaridad con que proceden los seres de la naturaleza al suministrarnos medios de utilidad o de belleza—, sino en forma de contrasolidaridad consciente, autónoma, voluntaria, y como de dentro a fuera, que es el modo como proceden los seres de espíritu, lo mismo en aquello que les es facultativo o arbitrable, como en lo que les es obligado, así cuando se trata de hacer como de abstenerse. En una palabra: La ley fundamental de la vida del Derecho es, por lo tocante a su esencia, el bien, por lo tocante a su actividad, la libertad; este segundo aspecto se halla subordinado al primero, el sujeto jurídico (Estado) debe realizar el Derecho libremente dentro de los límites que le traza la ley objetiva del Bien, la cual, como eterna y necesaria, sólo en parte y temporalmente puede ser negada o suspendida por el sujeto finito. Para el bien solamente, para la justicia, la verdad y la virtud, no para el mal es dada la libertad (2).

DERECHO Y MORALIDAD.

La libertad tiene, pues, un sentido ético e incluso la libertad jurídica aparece transida de esta dimensión de

(2) *La vida del Derecho*, págs. 129-30.

eticidad que le impide confundirse con el capricho del arbitrio individual. Pero de aquí deriva otra nota interesante del Derecho concebido como orden de libertad: la oposición a la idea de fuerza y coacción como esencial al Derecho. Costa se opone a Ihering, quien en su famoso opúsculo sobre la lucha por el Derecho considera a la fuerza, alternativamente, "como uno de los elementos constitutivos del Derecho, la idea madre, la potencia generadora, de quien es el Derecho una *resultante* necesaria, y, por último, una categoría ajena al Derecho, pero *auxiliar* obligado para su realización" (3).

La filosofía jurídica, de Kant y Hegel a Comte y Savigny, de Fichte y Bentham a Taparelli y Stahl, no acierta a desprender la noción de derecho "de ese tosco elemento material, de esa corteza informe que le agregó el pensamiento de los hombres primitivos llevados de meras impresiones exteriores, arrastrados por el espectáculo de una realidad impura, donde más parecía regir la fuerza al derecho que el derecho a la fuerza" (4). Ni siquiera Ahrens ha logrado romper del todo con este prejuicio. Pero si pruebo que existe un solo hecho jurídico en cuya ejecución no interviene la fuerza, ni hipotéticamente siquiera, habrá que renunciar a estimarle como categoría del derecho. Ya, sin salir de nosotros mismos, nos encontramos con todo ese mundo del derecho individual inmanente, que en vano se quiere confundir con el orden de la moral, y de que nosotros; y nadie más que nosotros, somos soberanos y dueños: nosotros, los únicos responsables, pero también los únicos jueces. Traduce el individuo ese derecho en hechos li-

(3) *Teoría del hecho jurídico individual y social*. 2.^a ed. Madrid, 1944; pág. 20.

(4) *Loc. cit.*, pág. 21.

brememente, espontáneamente, por pura devoción a la justicia, sin otra excitación que los interiores llamamientos y solicitudes del deber. Que trate de intervenir la fuerza, escribe Costa con su énfasis peculiar, y su efecto será contraproducente: la dignidad personal se rebela, y el acto que el sujeto hubiese ejecutado libre, se niega a ejecutarlo bajo el imperio de una amenaza. Pero lo mismo ocurre en la esfera del derecho social. Pues por efecto de las mudanzas que incesantemente se obran en el seno de las colectividades, acontece a menudo crearse un estado de derecho enfrente de otro estado: uno de los dos es consuetudinario, libre enteramente; el otro, legal, protegido y amparado por la fuerza; y, sin embargo, el inmenso poder de inercia del primero supera al poder activo del segundo y lo fatiga y lo vence (5).

Y así, en todos los ámbitos del derecho, la coacción no tiene otro hogar donde refugiarse que la esfera de la perturbación jurídica, y entonces se advierte: 1.º, que estamos completamente fuera del orden del derecho, dentro de un orden negativo, el orden de la injusticia, de lo contrario al derecho; 2.º, que esa perturbación es, en la vida del derecho, no un elemento sustancial que diga algo acerca de su naturaleza, sino un accidente histórico cuya desaparición concebimos sin que sufra la más breve alteración la noción de derecho, ni el curso de su vida se modifique; 3.º, que la esfera de la reparación, que es verdaderamente jurídica, pues negando la negación del derecho (el delito) lo afirma y reconoce, vuelve a caer bajo el dominio de la voluntad y fuera de los alcances de la fuerza, la cual, si logra el efecto material de apresar al culpable, no encontrará jamás camino abierto

(5) *Ob. cit.*, pág. 23.

para posesionarse de su alma, donde reside la raíz del mal, y regenerarla (6).

Lanzado por esta vía, Costa no ve mejor garantía para el derecho que “la buena fe” y “la hombría de bien”. Disciplinar la voluntad, iluminar al hombre interior, hacerle triunfar de sí mismo, para que sea verdaderamente libre: he ahí la verdadera finalidad que debe plantearse el legislador, conforme al dicho de San Agustín: “*Plenitudo legis est charitas; lex est littera eis qui eam non implent per spiritum charitatis. Non timore penae, sed justitiae amore completur.*” Los hombres verdaderamente libres, justos, o, como decían los romanos, los hombres honestos, obedecen a un imperativo de su naturaleza; se dejan guiar por los nativos impulsos de su alma y cumplen el derecho sin grandes resistencias de su voluntad, viendo en ese cumplimiento el fin supremo de su vida. En los demás, serán motivos menos puros o menos libres los que impelen al cumplimiento del derecho. Pero siempre es en ese cúmulo de energías morales que al espíritu distraído pasan inadvertidas y que componen, sin embargo, la dinámica social entera, donde se hallará el secreto de ese poder incontrastable, a cuyo lado la fuerza material casi se anula y oscurece. Y ese poder activo que es inherente al derecho, en nada difiere ya del poder que acompaña a la moralidad (7). Tiene, pues, el derecho de común con la moralidad el ser un principio de *dirección* para la voluntad, el ser un principio de *libertad* y el ser un principio de *beneficencia* (de libre realización de algún bien), pero —de acuerdo con la típica idea krausista— se separa de la moral en que es un principio de *condicionali-*

(6) *Ob. cit.*, págs. 30-31.

(7) *Ob. cit.*, págs. 32-33.

dad, esto es, que no ejecuta el bien por el bien mismo, sino como medio o condición para cumplir algún fin a que el hombre viene obligado por su misma naturaleza.

Nosotros no compartimos en absoluto esta idea krausista y costista del Derecho en relación con la coactividad, que a juicio nuestro constituye un elemento lógico de su concepto, de acuerdo con las posiciones de la ciencia jurídica moderna. Pero acaso convenga no olvidar que frente a los radicales separatismos planteados por ésta entre Derecho y moral, frente a la total intelectualización de los esquemas jurídicos y la pérdida de todo sentido normativo auténtico en el Derecho, esta doctrina no constituye sólo un mero retroceso, sino un fondo de nociones en que el error va unido a la verdad y el peso muerto a puntos de vista válidos para superar lo que la ciencia moderna ha desunido indebidamente o acentuado unilateralmente. Por otra parte, sería preciso ver las conexiones que de hecho existen o pueden existir entre algunas posiciones recientes que desde el pensamiento moderno han marcado una trayectoria de superación, con estos puntos de vista "anticuados". Y así, mientras la idea moderna del Derecho social reconoce en Krause uno de sus antecesores doctrinales, la consideración del Derecho como "expresión fenomenalizada de la libertad metafísica" (C. Cossío) y la intelectualización de la sanción en la norma (que sólo es la representación conceptual del Derecho, como conducta libre), demuestra que no hay novedades radicales bajo el sol del pensamiento jurídico y que sólo es nuevo el enfoque personal, lo que está determinado por la personal actitud de cada pensador.

LA DOCTRINA DEL "ESTADO INDIVIDUAL" Y FAMILIAR.

En esta doctrina de Costa está la base de su concepto de la libertad jurídica en sus dos manifestaciones, la libertad política y la libertad civil.

Como el Derecho en la doctrina krausista no es, ante todo, una relación entre distintos sujetos, sino entre fines racionales y medios adecuados a ellos, pudiendo encontrarse dentro de un mismo sujeto los fines y los medios, el Derecho es primeramente y ante todo una relación de cada persona consigo misma y sólo en segundo término es relación exterior o de persona a persona. Ahora bien, si llamamos Estado al sujeto activo del Derecho, habrá que identificarlo con toda persona en cuanto vive el Derecho como uno de los fines esenciales de su vida, y de esa forma habrá un Estado individual y un Estado social; pues el Estado, como principio de razón, en virtud de la unidad fundamental del Derecho "se rige por unas mismas leyes; de suerte que cada uno de los círculos o jerarquías, individuo, familia, gente, municipio y demás, constituirá por sí sólo un Estado autónomo, sustantivo, inviolable en su vida y derecho interior, Estado individual, Estado doméstico, Estado gentilicio, Estado municipal, provisional, nacional, étnico, continental, y cósmopolítico... Pero siempre el elemento único irreductible, de todos esos Estados, es el individuo: el individuo es el Estado-célula" (8). Y Costa se detiene en demostrar la veracidad de esta afirmación, que nunca, dice, ha sido reconocida, salvo en algunos de sus efectos (v. gr. los derechos llamados indivi-

(8) *Ob. cit.*, págs. 72-73.

duales, la libertad de pactar, la libertad de testar, etc.). Pero lo mismo que el individuo, los demás círculos de vida son también Estados, y la familia, por ejemplo, es un estado de derecho tan soberano en su límite como el Estado nacional: el padre ejerce en su casa la misma autoridad que el rey y demás altos poderes en la nación. Cada cual es rey en su casa, dicen los españoles, y en el mismo sentido dicen los ingleses, el pueblo típico de la familia, *my house is my kingdom*. Costa expresa aquí una de sus ideas favoritas y que llegará a constituir uno de los ejes fundamentales de su pensamiento. Y es curioso que por parte del pensamiento tradicionalista se expresasen ideas no muy alejadas de éstas cuando se defiende la autarquía de los grupos sociales, todas las cuales, juntas, integran lo que Vázquez de Mella llamó la soberanía social. Por esto me parece que las ideas de Costa sobre la libertad, concretamente sobre la libertad civil, presentan un interés muy particular, pues no ha sido corriente en el liberalismo, y menos en el liberalismo español, fijarse en la idea de la libertad civil hasta llegar, no a relegar a segundo plano la idea de libertad política, pero sí a complementarla tan esencialmente que casi viene a rectificarla, imprimiéndola una orientación concreta y vital.

DERECHO VOLUNTARIO Y NECESARIO.

La diferenciación y relación entre los distintos Estados se ha pretendido expresar en la diferenciación entre Derecho público y privado; pero esta distinción no responde a ningún criterio científico y debe ser sustituida por otra más esencial: la de derecho necesario y de-

recho voluntario. Hay dos órdenes de relaciones jurídicas: unas que abrazan la naturaleza humana en su concepto absoluto, en su unidad, en su existencia, en su libertad, en lo permanente y esencial de ella; otras que la afectan en su concepto relativo y mudable, como individualidad, en lo que constituye el carácter y, por así decirlo, la constitución interna y que en cada instante es otro y diferente. Con respecto a las primeras, siendo una misma y siempre igual la finalidad, lógicamente ha de ser una sola la forma de realización y la razón debe dictarla *a priori*; con respecto a las segundas, por ser individual la relación, la satisfacción de la necesidad debe admitir diversidad de formas o modos y únicamente la personalidad a quien interesa ha de poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más convenga en cada caso. Las primeras constituyen el derecho absoluto, necesario, obligatorio; las segundas el derecho voluntario, libre o hipotético. Esta distinción se reproduce en cada uno de los miembros y esferas del Derecho, o sea, tanto en el derecho del individuo, como en el de la familia, el municipio, la provincia o la nación. Pues bien, el derecho necesario necesita una salvaguardia, una garantía, un tutelador, y esta función corresponde por necesidad al Estado superior, porque a él obedecen y de él reciben impulso y dirección todos los demás; el resto —el derecho voluntario— debe quedar abandonado a la libre acción de los Estados interiores, al individuo, a la familia, al municipio y a la provincia, y de esta forma podría decirse que el derecho necesario es el derecho público y el voluntario el derecho privado (9). Pero, además, el derecho voluntario,

(9) *Ob. cit.*, pág. 93 y sigs.

cuando no es libremente creado en la relación jurídica concreta de que se trate, se convierte en Derecho supletorio desde el momento que la ley sanciona con tal carácter el derecho voluntario creado por la colectividad bajo forma de costumbre. De suerte, que en toda institución jurídica hay tres elementos: el necesario, que las partes no pueden alterar, porque se supone afecta a la misma esencia de la institución; el voluntario, por cuanto que las partes de la relación son libres de convenir la forma y las condiciones que mejor les pareciere; y el supletorio, pues, en el caso de que algún punto o todos los puntos de la institución que corresponden a la voluntad hayan sido olvidados, la ley establece las disposiciones que han de regir.

Costa reconoce que no es fácil en la práctica distinguir las relaciones voluntarias de las necesarias y escribir en los códigos a un lado lo que debe regir en calidad de obligatorio, y al otro lo que debe prevalecer únicamente como supletorio. Y la prueba de ello está en que las legislaciones han negado o desconocido dicha racional distinción del Derecho o trastocado sus términos, ya 1) traduciendo en leyes facultativas o voluntarias lo que la razón estima como necesario (v. gr., la emisión del sufragio, la instrucción primaria); ya 2) traduciendo en leyes obligatorias e ineludibles el derecho que la razón tiene por voluntario y libre (por ejemplo, la perduración del matrimonio, las relaciones conyugales, la testamentifacción, la constitución del consejo de familia, la prohibición del censo enfiteútico, etc.); ya 3) estableciendo como derecho supletorio una ley que no expresa la convicción jurídica de la generalidad, o manteniéndola en pie cuando ha cesado ya de expresarla (así, la

imposición del Derecho común como supletorio del del Alto Aragón en materia de herencia).

A pesar de esta dificultad, conviene que los Códigos distingan claramente el elemento necesario y el elemento voluntario y libre de cada institución jurídica, desarrollando uno y otro en dos secciones distintas, con lo que se corre menos riesgo de tergiversar los caracteres respectivos y de sancionar con pena de nulidad el que debe ser libre o, por el contrario, desamparar el que debe ser obligatorio. Entonces, podrá afirmarse que existe un régimen de libertad civil, que es aquel en que el Estado superior respeta a los individuos y a las familias la libertad de acción dentro de su privativa esfera, limitándose al papel de regulador, registrando en el Código las formas en que traducen espontáneamente el derecho voluntario, y sancionándolas con carácter supletorio, facultativo y, por decirlo así, docente (10).

LIBERTAD CIVIL Y LIBERTAD POLÍTICA.

Para Costa, el prototipo de un régimen semejante de libertad civil existe en Inglaterra; y, dentro de España, en Aragón, conforme al famoso principio de las Observancias: "*Judex debet stare semper et judicare ad chartam et secundum quod in ea continentur, nisi aliquod impossibile vel contra jus naturale continentur in ea.*" (Observ. 16 de *fide instrumentorum.*)

Con agudeza de ingenio y poniendo a contribución abundante material jurídico, Costa pone de relieve los inconvenientes y los daños de la falta de un régimen de

(10) *Ob. cit.*, pág. 112.

libertad civil, y, por el contrario, las ventajas que produce su existencia, de las cuales no es la menor el ser la libertad la única que hace posible la codificación del Derecho civil en países donde rijan simultáneamente varias legislaciones fundadas en principios diferentes. El Derecho internacional y el Derecho mercantil, que son productos de la libertad, son los dos únicos Derechos uniformes, sin las tremendas disonancias que se perciben en el Derecho civil. Si éste hubiese disfrutado de la libertad que han favorecido al internacional y al mercantil, no hubieran tardado los pueblos en adoptar costumbres en el fondo idénticas, aunque desemejantes en el pormenor, por razón de la adaptación de un mismo principio de Derecho a pueblos dotados de condiciones diferentes (así, la libertad de testar ha producido en Aragón y en Inglaterra un modo de vinculación consuetudinaria, con las ventajas y sin los inconvenientes del antiguo mayorazgo) (11).

La libertad civil, juntamente con la libertad política, es una primera manifestación —la otra es el derecho de desobedecer— de la “facultad de obrar” que compete al hombre, o sea, la facultad de traducir en hechos exteriores, los hechos producidos o determinados interiormente, la libertad de obrar lo que el derecho natural autoriza y de abstenerse de lo que el derecho natural o la propia conciencia reprueban. A la libertad política como concepto específico no dedica Costa consideraciones sistemáticas; lo que piensa acerca de ella se deduce de su doctrina sobre el Estado y sobre el individuo y coincide con los postulados del liberalismo democrático que Costa profesó con radical consecuencia política, aun-

(11) *Ob. cit.*, págs. 130-31.

que, a la larga, sufriese tremendas desilusiones acerca de sus posibilidades en la España para la que terminó pidiendo un cirujano de hierro.

Las consideraciones sobre el derecho de no obedecer las orienta Costa también en el sentido de la libertad política, y por eso dice que aquel derecho se refiere al “poder legislativo y reglamentario del Estado oficial”, en su relación con “el Estado común o general”. Pues las autoridades, o sea, los órganos del Estado, obran siempre “en virtud de una representación, no por poder propio, sino por poder de la sociedad cuya voz llevan”, y en tanto son tales representantes, “en cuanto cumplen los fines de su instituto, en cuanto realizan la justicia en la forma propia de la función que están llamados a desempeñar” (12). Además, la actividad que informa el hecho jurídico, prestando al fin racional los medios que le son apropiados, es una actividad consciente y libre, y, por tanto, responsable, en todos y cada uno de los momentos de su obra. De donde se deduce que las autoridades y los súbditos están obligados, no unos respecto de los otros, sino unos y otros respecto de los fines racionales que el derecho patrocina y ampara, y que toda regla jurídica que atañe a los dos, por los dos ha de ser aceptada, aun cuando la iniciativa proceda de uno sólo. Y, por tanto, así como el legislador ha de examinar la racionalidad de las normas formadas por la costumbre popular, del mismo modo el individuo debe contrastar toda norma jurídica con la piedra de toque de su razón, para no cumplirlas si el fin que en ellas se propone es malo o, siendo bueno, son malos los medios a que recurre. Esto no implica que el individuo adopte

(12) *Ob. cit.*, pág. 251.

una continua postura de violenta protesta contra la autoridad, esa actitud que “no tolera en el poder el más leve desliz venial, ni siquiera teórico, y se lanza contra él irritado, haciendo que padezca en realidad el derecho que de otro modo hubiera salido tal vez ileso, y dejando abandonados e indefensos los intereses sagrados que en la continuación de aquel estado fundaban su realización” (13). La protesta se justifica, no contra el precepto arbitrario o injusto, sino contra la fuerza que trata de imponer su cumplimiento, pues “la fuerza de las leyes no está en su promulgación, sino en su cumplimiento, y por esto la tiranía no tanto consiste en dictar leyes inicuas, cuanto en hacerlas cumplir: cuando los poderes oficiales pongan la fuerza al servicio de sus fantasías jurídicas o de sus arbitrariedades; cuando pretendan castigar el incumplimiento, entonces ha llegado el momento de la protesta: la oposición entre el derecho vivo de la sociedad y sus órganos oficiales, es oposición práctica; el legislador se ha hecho tirano y la sociedad debe rechazarlo” (14).

LA REVOLUCIÓN: JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES.

La fuerza puesta al servicio del derecho por la sociedad, enfrente de la fuerza al servicio de la injusticia utilizada por el Estado oficial, es la Revolución. La revolución es una de las formas que reviste “el derecho que tiene a defenderse el Derecho” contra toda opresión exterior y contra toda causa morbosa que amenace interiormente su existencia. El hombre no es señor de

(13) *Ob. cit.*, pág. 255.

(14) *Ob. cit.*, pág. 256.

Derecho, sino súbdito suyo, y por eso no puede renunciarlo, y cuando el poder oficial no acierta a interpretar las necesidades y los deseos de la multitud, o equivoca su misión, o se desvia de los procedimientos que le son propios, deja de ser un poder justo, se despoja de su carácter de órgano del Derecho, pierde su razón de ser, su ser jurídico, y el Estado queda sin servidor en aquella esfera, como un órgano inactivo o acaso perturbador de la función a cuyo servicio estaba adscrito. Cuando el infractor o el perturbador del Derecho es el mismo Jefe del Estado, no hay otro medio que su espontánea abdicación o, si se resiste, la remoción violenta y revolucionaria: la revolución no puede ir nunca contra los poderes sustantivos, legislativo, ejecutivo, judicial, sino contra el poder regulador (Jefe del Estado), a quien compete armonizarlos con la opinión y con las necesidades de la sociedad (15). Y así la revolución es una forma de Derecho, aunque contingente y accidental, lo mismo que la pena. Históricamente, la acompañan toda suerte de horrores y desmanes. Por esto, el poder debe conjurar, no la revolución, sino la necesidad de la misma; y eso se logra no amordazando a la opinión ni cerrando el paso a las reformas jurídicas, sino prestando atento oído a los clamores de la opinión, dejando expedito el camino a todo género de ideales, para que, si son vivideros, puedan posesionarse de todos los espíritus y en el instante oportuno hacer su entrada triunfal en el mundo de la realidad. "El legislador progresivo y reformista hace imposible al revolucionario, como la punta metálica lanzada a las nubes hace imposible el estallido del rayo, impidiendo que se acumule la electrici-

(15) *Ob. cit.*, págs. 294-95.

dad" (16). Costa alude aquí al distinto modo de progresar que tienen los pueblos latinos y sajones, y, desde luego, muestra su clara preferencia por el estilo de vida política de estos últimos, los cuales avanzan por una emisión constante de vida, según una ley prevista, regular y ordenada, sin saltos, sin retrocesos, sin sorpresas.

Y es que, a pesar de su énfasis declamatorio, a pesar de su radicalismo político, Costa dista infinitamente de ser un ideólogo racionalista. Su indiscutible individualismo, que le hace aborrecer toda forma, antigua o moderna, de socialismo, está templado por un innegable sentido social, por un profundo respeto ante la realidad sutil y delicada de lo social, que no admite arbitrios ni experiencias desenfrenadas, Costa se expresa a este propósito con absoluta claridad. "Cuando un ideal ha de traducirse inmediatamente en hechos sociales, el propagandista y el político no tienen derecho a equivocarse. Deben educarse en la historia pasada, no en la que ellos mismos hayan de hacer: deben llegar a la vida pública con todo el caudal de experiencia necesario para gobernar, sin aguardar a adquirirla en tanteos y ensayos cuyas quiebras paga la sociedad. La humanidad no debe estar principiando su vida en cada generación y en cada individuo, eterno Sísifo, para quien sea lección perdida la experiencia de lo pasado... A nadie le es lícito tratar la humanidad como si fuese dúctil barro, capaz de adoptar en un día una forma y otra diversa al día siguiente... El hecho social no admite boceto ni retoques, sino muy rara vez, y por eso su plan debe ser prudentísimo, elaborado en frío, propagado con lentitud, llevado a la

(16) *Ob. cit.*, pág. 296.

práctica por procedimientos conservadores" (17). "El primer deber del político y del propagandista es un respeto profundo, casi idolátrico, a la sociedad: edúquela, no la cohiba; influya en su conocimiento, no directamente en su obra; es crimen y demencia querer obligarla a caminar al paso veloz que la fiebre de novedades le sugiera, y si es cierto que tiene a menudo razón el individuo para condenar lo existente y proponer reformas, no la tiene menos la sociedad en no querer aceptarlas sino al mismo compás con que se van eclipsando los antiguos ideales y pudriéndose sus raíces" (18). Son palabras y conceptos que un tradicionalista no condenaría demasiado enérgicamente, porque un tradicionalista, aunque rechazase de plano el "krausismo" de Costa, se encontraría de acuerdo con él en la condenación de la omnipotencia jurídica y política del Estado, en la afirmación de la soberanía, dentro de su esfera, de los distintos círculos sociales de vida y particularmente la familia, en el repudio del positivismo legalista y en el amor siempre demostrado por Costa hacia la tradición jurídica española simbolizada en estas tres realidades: el Derecho de Aragón, el romancero castellano y la doctrina política de los teólogos juristas del siglo XVI (19).

(17) *Ob. cit.*, pág. 324.

(18) *Ob. cit.*, pág. 328.

(19) Véase, sin embargo, lo que acerca de esta utilización de las doctrinas tradicionales españolas por los liberales dice L. Díez del Corral en *El Liberalismo doctrinario*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1945; pág. 441 y sigs. Cfr. también Joaquín Iriarte: "La filosofía española para el doceañista y el krausista, en *Razón y Fe*, junio 1945.

CONTRA EL ESTATISMO Y LA PRIMACÍA DEL DERECHO
LEGISLADO.

Todas las doctrinas fundamentales de Costa se iluminan con una luz nueva cuando se las estudia en función del concepto de libertad y se las considera como ampliaciones o concreciones de su idea de la libertad política y civil. Así, la función importantísima que asigna a la costumbre; así, el contenido que asigna a la libertad civil; así, por último, su doctrina sobre la ignorancia de las leyes en relación con la validez de las mismas.

Ya en el trabajo con que se dió a conocer Costa, cuando apenas había cumplido los treinta años de edad, su memoria sobre *La vida del Derecho* (que lleva por subtítulo *Ensayo sobre el Derecho consuetudinario*) había visto con perfecta claridad que el predominio del Derecho legislado sobre el consuetudinario es, en la época moderna, un resabio del régimen absolutista y su desenfrenado subjetivismo jurídico. “No hay carácter, quizá —escribe nuestro autor—, que mejor retrate nuestro tiempo que el poco respeto que merece la conciencia social a los individuos llamados a la obra artística de la legislación; lo cual, si se explica como movimiento de reacción contra un estado de cosas que pasó, por fortuna, y para siempre, en ningún modo de justicia, ni debe ni puede continuar; bien que, a decir verdad, la causa de tamaño mal no es una novedad de última hora, ni hay que escudriñarla sino en las raíces del mismo vicio que constituía el alma del régimen caído, y que sigue manteniendo en todo el cuerpo social la levadura maldita de la arbitrariedad subjetiva, imagen y síntesis del estado general del espíritu en nuestro tiempo, por no haber pre-

valecido los consejos de razón, ni bastado a aleccionarnos una dura y aun cruenta experiencia de medio siglo. Pasado el cetro de esa arbitrariedad de manos de un hombre, más o menos indigno, a poder de una corporación, más o menos respetable, no eran de esperar de parte de ésta mejores ni más sazonados frutos que los que en su tiempo hubo de producir aquél." (20).

El predominio de la legislación es, pues, un producto del subjetivismo jurídico, un resabio de absolutismo una negación de la soberanía del pueblo. Costa nos aparece en este punto tan consecuente como radical. No tiene sentido declarar soberano al pueblo y, al propio tiempo, negarle capacidad creadora de su propio derecho, para imponerle un derecho que es producto de la elucubración y la fantasía, al margen de todo contacto con la realidad social. ;Qué lejos estamos del gran vicio jurídico de nuestros tiempos, el estatismo absorbente, el positivismo legalista a ultranza, el confusionismo de Derecho y Ley! ;Qué lejos de la ideología abstracta y vacía de la voluntad popular representada por una mayoría que a su capricho impone un orden de legalidad y desconoce lo que el pueblo efectivamente quiere, porque lo manifiesta en sus actos repetidos en el espacio, que es prueba de la universalidad de su querer, y, a lo largo del tiempo, que es garantía de la perdurabilidad del mismo! También Kelsen había sido muy agudo al percibir cierta conexión entre la vigencia del Derecho consuetudinario y la teoría de la soberanía popular, aunque valorase el hecho con criterio contrario al de Costa. Para Kelsen, el Derecho consuetudinario y la doctrina jurídica sobre el mismo alcanza especial relieve en las épo-

(20) *La vida del Derecho*, págs. 6-7.

cas autocráticas, porque entonces ese Derecho es como una válvula democrática de escape del sistema de creación jurídica; pierde, en cambio, importancia en nuestra época, porque el Derecho legislado es creado democráticamente y es expresión de la voluntad popular. Kelsen cree, pues, que la legislación responde a la voluntad popular y es objeto de creación democrática (21). Para Costa, en principio y en el orden de los hechos, ni una cosa ni otra es verdad, aunque *deba* serlo siempre la primera. Y por lo que respecta a la segunda, no hay más garantía de creación democrática del Derecho que la costumbre. Por eso, la teoría de la soberanía y la teoría de la costumbre han ido siempre unidas. “La historia comparada de estas dos doctrinas nos enseña que siempre que se ha reconocido que al pueblo compete el poder, la soberanía; que siempre que se ha reconocido que el pueblo es dueño y señor de sí mismo y que tiene, por tanto, facultad de poner y de quitar leyes, se ha clasificado la costumbre entre las fuentes sustantivas de derecho positivo, atribuyéndosele fuerza para derogar la ley, o para suplirla, o para alterarla y reformarla; y viceversa, siempre que se ha considerado al pueblo como una masa inorgánica, que recibe impulso y dirección de los poderes oficiales, estimados no como representantes suyos e intérpretes de su pensamiento, sino como entidades superiores que son para sí, siempre que se ha reconocido que el Estado no es el conjunto todo del pueblo, sino los organismos públicos tan sólo, la costumbre, para tener eficacia y valor de ley, ha necesitado el consentimiento del legislador” (22). Y Costa, llegado a este pun-

(21) Kelsen: *Teoría del Estado*. Ed. española. Barcelona. 1934; pág. 303.

(22) “Renovación del Código por la costumbre”. En el vol. *La*

to, denuncia el falso liberalismo de los que alardean en España de esta ideología; pues, por una parte, este liberalismo se queda en el dintel de la casa de los ciudadanos: dentro del hogar, se proclama sin rubor absolutista, pues mantiene a la familia encadenada y sujeta a la voluntad despótica del legislador y deja en pie el rancio socialismo civil, con todo su cortejo de legítimas, leyes prohibitivas, tutelas, beneficios, garantías, trabas y defensas, impotentes para el bien, pero fecundas en todo género de males. Pero lo grave es que, incluso de puertas afuera, el liberalismo, el español al menos, ha sido también una pura ilusión, pues por una parte ha afirmado la soberanía del pueblo, y la ha negado por otra; la ha proclamado, reconociendo al pueblo la facultad de sacar de su seno Cámaras legislativas para que interpreten su pensamiento y su voluntad de un modo mediato, indirecto, en la ley; y la ha negado despojándole de la facultad de manifestar esa misma voluntad de un modo directo, sin intermedio de nadie, en la costumbre. En tiempo del absolutismo se iba por el camino de la costumbre al reconocimiento de la soberanía del pueblo; pero en el tiempo de la libertad habrá que ir al reconocimiento de la costumbre por el camino de la soberanía del pueblo: pues “niega la soberanía en su conjunto quien la niega en alguna de sus manifestaciones, porque la soberanía es una como el espíritu, una como la verdad, una como la luz”. Mientras no se reconozca al individuo y a la familia la libertad civil, y al conjunto de individuos y de familias el derecho complementario de esa libertad, el derecho de estatuir en forma de costumbre, la soberanía que se le atribuye será un sarcasmo,

libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses. Madrid, 1883; pág. 167.

porque representará el derecho de darse periódicamente un amo que le dicte ley, que le imponga su voluntad: “la papeleta electoral es el harapo de púrpura y el cetro de caña con que se disfrazó a Cristo de rey en el pretorio de Pilatos” (23).

Las raíces de este error, según Costa, son tres: 1.^a, la noción abstracta del poder y de la soberanía, como atributo propio y exclusivo de los órganos oficiales y no como cualidad ingénita y connatural del espíritu del pueblo en cuanto Estado; 2.^a, la noción abstracta del Estado, considerado como Estado nacional tan sólo, sin contenido orgánico de Estados provinciales, municipales, familiares, etc., igualmente sustantivos que él y, por tanto, igualmente soberanos y autónomos; 3.^a, la noción abstracta de las leyes y de los Códigos, como preceptos emanados de superior y superiores a la voluntad, en ningún caso como reglas docentes, cuya aceptación es facultativa y libre, cuyo cumplimiento depende de la voluntad de los individuos. Con estas consideraciones, Costa se pone en abierta contradicción con todo lo que se podría llamar, según la expresión de Renard, “concepción jacobina del Derecho” y con casi todo lo que en la ciencia jurídica moderna ha dominado como principio fundamental, a saber, la orientación hacia el Derecho legislado y la afirmación del carácter rigurosamente autárquico o heterónimo de las normas jurídicas.

A pesar de esta hostilidad hacia la primacía del Derecho legislado, conviene no confundir a Costa con los enemigos de la codificación y con los seguidores de la escuela histórica del Derecho. Costa creía posible y con-

(23) *Lo. cit.*, págs. 178-79.

veniente un Código unificado para España; pero no veía otro medio de llegar a él que el reconocimiento incondicional de la libertad civil, tal como lo propugna el Fuero aragonés. De suerte, que la variedad jurídica no sería establecida por los particularismos regionales, sino por las libres determinaciones de los individuos en aquellas relaciones jurídicas de derecho voluntario que el principio de libertad civil dejaba a su libre regulación.

En esto Costa se diferenciaba radicalmente de los representantes de la escuela histórica del Derecho en España, como Durán y Bas, quien utilizó la doctrina del espíritu popular de Savigny —de la que Costa no se sirve en absoluto— para una posición conservadora y particularista en favor del Derecho catalán y contra la unidad legislativa de España (24). Costa cree que está ya superado el dualismo entre la escuela histórica y la escuela filosófica, que tanto apasionó los mejores espíritus de principios del siglo XIX: “hoy, las dos escuelas se han aproximado y no constituyen sino una sola; ni los históricos, empíricos del Derecho, reprueban la codificación, ni los filósofos hacen de los Códigos declaraciones dogmáticas, extrañas a toda mudanza”. Y la ciencia del Derecho, “aleccionada por la escuela histórica y por los desengaños de la realidad, fía más su progreso en los desenvolvimientos interiores de las constituciones y en la elaboración consuetudinaria de los principios de justicia, que en el formular abstracto de las leyes, obrado por teóricos y revolucionarios, y procla-

(24) Según Durán y Bas, el origen de la Escuela histórica del Derecho está en la doctrina de la contrarrevolución de De Maistre y Burke. Cfr. *La Ciencia del Derecho en el siglo XIX*, 1859; *Estudios jurídicos y sociales*, 1888, etc.

ma la necesaria intervención del espíritu público en la vida oficial, llamándola a la urna y al jurado” (25).

EL LIBERALISMO Y LA LIBERTAD CIVIL.

Es, pues, característico de Costa el plantear el problema de la libertad política en relación con el de la creación de Derecho, con una amplitud y universalidad de miras que sólo es posible en quien, como él, fué un auténtico filósofo jurista. Y por eso mismo, el concepto de libertad civil resulta inseparable del de libertad política y no se concibe ni admite su separación. El tremendo dualismo del espíritu español lo ve Costa personificado en esta escisión de los dos conceptos de libertad: pues mientras los liberales reivindicaban la libertad política, pero niegan la libertad civil, los tradicionalistas niegan la libertad política, pero afirman con energía la libertad civil. Es decir, los liberales son absolutistas en Derecho privado, mientras que en este ámbito del Derecho los absolutistas son liberales. Pero ya es hora de caer en la cuenta de que “la libertad es una e indivisible, que no son independientes, ni mucho menos indiferentes una a otra, la política y la civil, que no funciona desahogadamente ni alcanza todo su desarrollo ni se consolida la primera aislada de la segunda, y que son insuficientes y están truncados los programas de los partidos cuando se aplican exclusivamente a la organización de los círculos sociales superiores y se desentienden de la organización de la familia, e ilógicos los liberales cuando proclaman el individualismo y la libertad en la vida pública,

(25) *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, páginas 201-202.

y el socialismo y la opresión en la vida privada" (26). Es un contrasentido querer dignificar al individuo y cortar las alas a su libre iniciativa, querer reconstruir la familia y disolverla antes de que la haya disuelto la muerte, querer emancipar al pueblo de la tutela del Estado, educándolo para el *selfgovernment*, e inculcarle la idea de que a la ley debe el hijo la herencia paterna, a la ley el padre su autoridad dentro de la casa, a la ley la familia su constitución, a la ley el Consejo de parientes sus atribuciones, a la ley el matrimonio su indisolubilidad. Para ser libres hay que espiritualizar el derecho, descargándolo de materia, purgándolo de trabas y artificios y, sobre todo, hay que desamortizar el poder civil, entregándolo a sus verdaderos dueños, las familias, destruyendo la mano muerta de la ley, dando al pueblo lo que es del pueblo, y no dejando al legislador sino lo que legítimamente le corresponde. La libertad, es, pues, fundamentalmente, la libertad de la familia; y la libertad de la familia implica la libertad de testar. Defender la libertad de testar es defender la libertad civil entera, de la cual es aquélla como su clave y raíz (27). Aquí, sin embargo, no podemos detenernos en explicar cómo Costa defiende este principio, que es rigurosa consecuencia de sus premisas filosóficas, frente al sistema de legítimas y contra los ataques de que es objeto desde múltiples puntos de vista que aluden desde el deber de los padres de alimentar a los hijos (que para nada afecta al principio de libre testamentifacción), hasta el peligro de caer en los mayorazgos (que Costa cree posible eludir con su sistema de libertad de testar como el aragonés y mejor aún como el navarro y el inglés).

(26) *Ob. cit.*, pág. 58.

(27) *Ob. cit.*, pág. 530.

LA IGNORANCIA DE LAS LEYES.

Y con esto llegamos a una doctrina costista en la que el pensamiento del gran tribuno aragonés alcanza, por decirlo así, su punto culminante y ofrece, al mostrarse en la plenitud sistemática de sus perfiles, la base para un enfrentamiento o para una adhesión o, al menos, para una leal discusión y entendimiento. Nos referimos a la famosa doctrina sobre la ignorancia del Derecho. En esta doctrina, Costa se pone decididamente en contra de una posición tradicional en la ciencia jurídica y en la legislación, a saber, la de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Esta posición obedece a una exigencia fundada en la naturaleza misma del Derecho, que responde a su carácter autárquico o heterónomo y a un principio de seguridad jurídica. En efecto, la moral implica necesariamente una dimensión de autonomía, aun supuesto que no se admita la autonomía de la moral en el sentido kantiano, porque contra el dictamen de la conciencia, *incluso errónea*, no hay obligatoriedad moral, según ha reconocido el pensamiento escolástico. Pero lo que caracteriza al Derecho es que su validez no depende de la adhesión que pueda prestarle aquel a quien va dirigido, sino que precisamente se afirma con su infracción, ya porque entonces resplandece con más brillo el valor del precepto —como se ha dicho por Rosmini del Derecho natural—, ya porque —como en la doctrina de Kelsen— la “infracción” de la norma no es más que la posición por un sujeto del supuesto que pone en movimiento la consecuencia jurídica prevista en la misma norma. No hace falta, pues,

ni adhesión, ni aceptación, ni reconocimiento, ni conocimiento de la norma para que ésta posea validez, ya que dicha validez se la presta su inserción en un sistema jurídico, el cual, no obstante, en su conjunto, sí que requiere una base social siquiera mínima, un "mínimum de eficacia" para no evaporarse o diluirse en una validez ideal que no sería "moral" por no responder necesariamente a una justificación ética, y que dejaría de ser jurídica desde el momento que dejara de ser regulación efectiva de la vida social.

Ahora bien, los supuestos filosóficojurídicos de que parte Costa son esencialmente incompatibles con esta concepción heteronómica del Derecho, porque para él el Derecho está empapado y transido de eticidad y, enraizado en lo íntimo de la vida personal, su manifestación externa como ley o costumbre es ontológicamente secundaria por respecto a su realidad más pura, que se halla insita en la conciencia, fundida, aunque no confundida con la actividad específicamente moral. En una concepción semejante, el Derecho no puede ser heterónimo, sino autónomo, como la moral. Un Derecho válido en contra o al margen de la convicción jurídica de quien tiene que cumplirlo, es un contrasentido tan palmario como el de un precepto moral impuesto a la conciencia en contra de su dictamen. Y Costa, recayendo en su punto de vista favorito, presenta esta posibilidad, que las leyes quieren convertir en realidad, como un atentado a la libertad. Es, pues, a la luz de la libertad como se ilumina cuanto Costa dice acerca de la ignorancia del Derecho en relación con la obligatoriedad de cumplimiento del mismo. "Es sabido que uno de los más firmes sostenes de las sociedades civilizadas viene siendo, desde hace más de dos mil años, una presunción *juris et de iure*

que constituye —subrayamos nosotros— *un verdadero escarnio y la más grande tiranía* que se haya ejercido jamás en la historia: esa base, ese cimiento de las sociedades humanas es el que se encierra en estos dos conocidos aforismos: 1.º, a nadie le es permitido ignorar las leyes (*nemini licet ignorare ius*); 2.º, en su consecuencia, se presume que todo el mundo las conoce; por lo cual, aunque resulte que uno las ignoraba, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido (*nemo ius ignorare consetur; ignorantia legis neminem excusat*)” (28). Costa afirma que esto es una ficción, una falsedad, y cita opiniones de autores que están de acuerdo en que se trata efectivamente de una ficción, aunque una ficción necesaria para la conservación del orden social; de donde se deduce, dice nuestro pensador, “que el orden social, en las naciones modernas, no puede asentarse sobre la verdad; necesita una abstracción, necesita de un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas por el mundo; que le condena a regir su vida por criterios que le son y que fatalmente han de serle ignorados” (29).

Hay mucho énfasis declamatorio en este escrito de Costa, en el que resplandece un sentido que Gurmensindo de Azcárate llamó “ácrata e individualista”. Pero hay algo más que declamación, hay algo más que individualismo ácrata, y ni siquiera consideramos como lo más importante de la argumentación costista aquella parte que se endereza a mostrar que el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento se basa en una ficción.

Efectivamente, hay aquí una ficción; pero, a mi jui-

(28) *La ignorancia del Derecho*. Manuales Soler; pág. 5.

(29) *Ob. cit.*, pág. 6.

cio, la ficción radica puramente en la expresión, y es sólo una técnica, en parte conservada por una especie de inercia, lo que mantiene las ficciones en la legislación, a pesar de que podría expresarse el mismo concepto sin recurrir a la expresión verbal ficticia. La función de las normas jurídicas no es afirmar realidades en juicios existenciales, sino valorarlas igualmente, a pesar de su desigualdad. No es que la ficción implique intrínsecamente un *como si*, sino que el *como si* en que consiste la expresión ficticia es sólo una excepción a la regla genérica de justicia de tratar igualmente lo igual, debido a una exigencia superior de justicia, o equidad, o a un principio fundamental de orden y seguridad (30).

Por consiguiente, la ficción de dar por supuesto el conocimiento del Derecho, no tiene como misión suponer que, efectivamente, los hombres conocen todos el Derecho, sino valorar igualmente el hecho del conocimiento y el de la ignorancia en lo que se refiere a la exigencia de su obligatoriedad. El problema radica en si esta equiparación está justificada o no. Lo está, si se parte del carácter autárquico o heterónomo del Derecho. No lo está, si se hace predominar en él la dimensión de autonomía. Esta es la posición de Costa, y en lo que dice orientado en ese sentido y hacia ese aspecto del problema radica el interés de su doctrina. Es cuando Costa, replanteando el problema desde la altura de su propia especulación filosóficojurídica, insinúa que tal vez no ha sido bien planteado en sus orígenes y que en vez de decir que "el pueblo está obligado a conocer y cumplir todas las leyes", deben invertirse los términos, diciendo que "no son verdaderamente leyes sino aquellas que el

(30) Cfr. L. Legaz: *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943.

pueblo conoce y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos". Así se vería que la famosa presunción, base de nuestro sistema legal, "parte del supuesto de una separación entre la voluntad que estatuye el derecho y la voluntad que ha de ejecutarlo: implica dos personas absoluta y formalmente ajenas la una a la otra: la autoridad que legisla o decreta y el súbdito que ha de obedecer y cumplir. El puente de comunicación entre ellas es el conocimiento por parte de la una de lo dispuesto o legislado por la otra, y ahí el *in-pace*, porque ese conocimiento puede faltar, y aun tiene que faltar necesariamente. Para mí, la antinomia no se resolverá en tanto no desaparezca efectivamente y de hecho esa dualidad de personas, fundiéndose en uno los dos conceptos de legislador y de legislado, conforme lo tienen admitido nuestras constituciones civiles respecto del derecho individual, y lo teorizaron nuestros antiguos jurisconsultos y teólogos, Covarrubias, Azpilcueta, Navarro, Suárez, Escobar, Valencia, Caramuel y otros, respecto del derecho exterior social" (31).

LA CONSTITUCIÓN DEL "STATUS" INDIVIDUAL Y LA MINIMALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN.

Estamos, pues, nuevamente en una doctrina de la libertad, tan radicalmente planteada que llega a suscitarse la posibilidad o la conveniencia de una sociedad sin leyes. Costa expone las doctrinas anarquistas de Kropotkine, las de la sociología evolucionista representada por Krause y Giner, Guyau, Spencer y Fouillé, y

(31) *Ob. cit.*, págs. 35-36.

las de Dorado Montero, todas más o menos favorables a la idea de la transitoriedad del régimen de Estado con su imperio de un sistema de leyes; pero declara que no va a tomar partido en la contienda desde el punto de vista de la filosofía y que su misión va a ser únicamente mostrar algunos materiales tomados de la realidad y “reveladores del pensamiento oculto de una colectividad histórica tan digna de respeto y atención, de tanta experiencia y autoridad, como la nación española”, los cuales permitirán ver cómo ya hoy, conforme a las diversas constituciones civiles de la Península, “podrían vivir ordenadamente los hombres en sociedad sin comercio apenas con las leyes; libres, por tanto, de la necesidad de conocerlas; y sin que por ello, dicho se está, hubieran de chocarse entre sí las múltiples esferas individuales ni dejasen de formar juntas, como antes y como siempre, municipio, nación, Estado” (32).

Un régimen jurídico de libertad, en el que la ley estará reducida a su mínima función, debe implicar, según eso, un reconocimiento pleno de la *constitución del status individual*, llevando a sus últimas consecuencias lo que en la propia legislación española está ya más o menos reconocido. Tal “constitución” contiene los siguientes derechos:

1) derechos del hombre llamados por excelencia individuales: libertad de elegir profesión y domicilio o residencia, de emitir sus ideas y opiniones de palabra y por escrito, de reunirse pacíficamente, de asociarse para todos los fines de la vida humana, de ejercitar el culto correspondiente a la respectiva religión que se

(32) *Ob. cit.*, pág. 43.

profese, inviolabilidad de la correspondencia e inviolabilidad del domicilio;

2) derecho de pactar con fuerza de ley, tal como se ha reconocido en el Fuero aragonés e incluso en el Código civil (art. 1.091). Supone este derecho que el juez, al fallar, debe atenerse, antes que a la ley, a la voluntad declarada por el individuo o individuos en sus respectivos contratos o capitulaciones;

3) derecho de disponer libremente por testamento, ya que el testamento es una, tal vez la más importante manifestación de la soberanía civil de los individuos;

4) derecho de renunciar los beneficios de las leyes obligatorias y prohibitivas, derogándolas tácita o expresamente. Las leyes supletorias no deben regir contra la voluntad del individuo e incluso las leyes imperativas se encuentran supeditadas a esa voluntad, como lo prueba el que una vez que el individuo ha renunciado a su beneficio de modo expreso o tácito, ya la ley no le permite arrepentirse ni volverse atrás para acogerse nuevamente a ella: el acto de ratificar o convalidar el contrato nulo, de desatar de su obligación al obligado, produce derecho a favor de éste, siendo, por tanto, definitivo e irrevocable: por virtud de tal acto, la ley queda privada de todo su vigor, y nunca puede ya invocarse contra aquél a quien antes obligaba;

5) potestad de introducir costumbre individual con fuerza de ley. La misma relación que existe entre la costumbre social (local o general) y la ley, ha de existir entre la costumbre individual y el testamento o el contrato. La doctrina de la costumbre individual no ha sido todavía planteada desde un punto de vista general; pero es una fuente de derecho tan sustantiva, tan legítima y tan necesaria en su esfera como la costumbre social en

la suya, y debe aplicarse a la interpretación de las voluntades presuntas, tanto si se han producido en forma de testamento como de contrato, sin limitarse, como ahora (artículos 675, 1.282 y 1.287 del Código civil), a los “actos coetáneos y posteriores”, a la “costumbre del país” y a los “contratos”;

6) derecho de hacer constar válidamente las obligaciones en cualquier forma, principio que el pueblo ha consagrado, yendo mucho más lejos de lo que la ley le concede en este sentido, al emanciparse de la institución creada por el legislador para imprimir a los contratos y demás actos extrajudiciales carácter de autenticidad y preconstituir prueba sustantiva e incondicionada; el pueblo ha orillado al Notariado de la ley, creando todo un sistema de escrituración individual, enteramente voluntario, basado sólo en la buena fe, para transmitir o hacer constar las transmisiones de bienes así *inter vivos* como *mortis causa*, ventas y otras convenciones, permutas, dotes, préstamos, etc., de modo absolutamente eficaz y con práctica casi universal. Ciertamente que en estos casos, el Estado no reconoce al documento privado el valor y fuerza probatoria que a los documentos pasados por notario y registrador; “pero se le dan los particulares, y para el caso viene a ser igual”;

7) derecho de ejecutar por sí los propios contratos, en el sentido, por ejemplo, del artículo 1.872 del Código civil, que regula el modo cómo el acreedor puede enajenar los objetos dados en prenda y hacerse pago con el precio, sin intervención de poder público, fuera de la precisa para asegurar la autenticidad;

8) derecho de transigir y de comprometer en árbitros y amigables componedores, que reconocen todas las legislaciones y han sido objeto incluso de organización

corporativa (“juzgados consulares” de la Edad Media, “tribunal de aguas” de Valencia, etc.);

9) derecho de ocupar tierras para labor en el monte común, tal como rige, principalmente por costumbre, en casi toda la Península;

10) facultad de defender cada uno su persona y sus derechos y la persona y derechos de sus parientes y derecho de los ciudadanos de constituirse una policía particular distinta de la pública (“serenos”, “guardas”, jurados o no, etc.);

11) derecho de prender y retener bienes ajenos sin intervención de autoridad pública;

12) derecho de constituirse libremente en consejos y cantones voluntarios para fines de cooperación, asociaciones naturales que constituyen un vasto sistema de cooperación libre, ajeno a la ley, que desmembra sus atribuciones a los municipios de que legal y nominalmente forman parte, y que en cierta medida realiza “el bello ideal de los libertarios” (33);

13) derecho de transferir su personalidad jurídica a otros individuos o a actividades sociales para tomar posesión de bienes y ejecutar toda clase de actos de dominio, hacer donaciones, comprar, vender, arrendar, prestar, tomar dinero a préstamo, hipotecar o pignorar, pagar, cobrar, etc., todo ello sin traba ni limitación de ninguna especie, libremente, por la sola autoridad del individuo representado, sin que poder social alguno tenga que intervenir (34).

Todos estos derechos, que están con más o menos amplitud reconocidos por la ley, demuestran que el individuo está menos ligado a la ley social de lo que se

(33) *Ob. cit.*, pág. 80.

(34) *Ob. cit.*, cap. III, pág. 44 y sigs.

puede pensar juzgando por las apariencias. “Nada nos impide ser los legisladores de nuestra propia vida, regir nuestros actos por normas propias de derecho, permaneciendo extraños a la confusa balumba de la legislación y dejándola reducida a una estéril posibilidad sin aplicación presente para nosotros y, por tanto, sin necesidad de conocerla” (35). Así, la cuestión de la ignorancia del derecho se va precisando. Su solución la dará la doctrina de la constitución del “Estado individual”. De ese modo, será posible, sin apartarse del “punto de vista tradicional y conservador”, buscar la solución de la incógnita, “o descubrir carreras por donde despejarla”, y la clave, o una de las claves, “está en la teoría de la costumbre jurídica y de su relación con la ley, con la soberanía y con la autoridad, planteada de primera intención, con lucidez admirable, por nuestros antiguos teólogos y juristas, oscurecida por los modernos y resuelta contra la razón y contra la historia por el artículo 5.º del Código civil” (36).

AUTONOMÍA Y HETERONOMIA DEL DERECHO Y LA PRIMACÍA DE LA COSTUMBRE.

Costa transmuta, pues, el problema de lógica y ontología jurídica en uno de política del Derecho. Lo decisivo no es que una norma jurídica, para tener calidad de tal, sea actualmente conocida, sino que no debe imponerse al pueblo un Derecho ajeno a su convicción, emanado de una fuente que no es su espontánea creatividad, mantenido por la fuerza de las sanciones por lo mismo

(35) *Ob. cit.*, pág. 85.

(36) *Ob. cit.*, pág. 86.

que le falta la adhesión y el reconocimiento que sólo se puede prestar a la propia obra. Primacía, pues, del Derecho consuetudinario y exigencia de que la ley se amolde a él: esto es lo que reclama la doctrina costista. En la costumbre contra ley no hay una desobediencia del pueblo al legislador, sino una desobediencia del legislador al pueblo, único soberano. Y ni siquiera es adecuado hablar de costumbre según ley, fuera de ley o contra ley, sino a la inversa, de ley según costumbre, fuera de costumbre y contra costumbre. En el primer caso, el legislador se limita a dar expresión concreta en el lenguaje al contenido consuetudinario. En el segundo, el legislador no establece propiamente una ley, sino una proposición o proyecto de ley, o, más bien, una "proposición de costumbre" que, como ministro del pueblo, somete a aprobación de éste: y así, toda ley es promulgada tácitamente *ad referendum*. Si la sociedad entera rehúsa su asentimiento a una medida legislativa, es la prueba más concluyente de que el legislador ha errado al interpretar las necesidades jurídicas de su pueblo, como ya había pensado Suárez. Y si lo que el pueblo rechaza, el legislador pretende mantenerlo como ley, "invierte los papeles, perturba el orden natural de la vida de las sociedades, comete acto de tiranía; y todo, para no lograr, aun en el caso más favorable (cuando la contienda entre la fuerza y el derecho no se desenlaza en una revolución), más que abarrotar las bibliotecas y las aulas con montañas de pergamino y de papel, exhibiendo sus *solaces* jurídicos decorados con nombres pomposos..., obedidos, pero no cumplidos" (37).

Retengamos esta última distinción. No es la única

(37) *Ob. cit.*, págs. 116-117.

vez que Costa hace uso de ella con propósitos sistemáticos. Obedecer significa sencillamente no poner externamente en discusión la autoridad, no manifestar violentamente la oposición a ella; pero esta obediencia es compatible con el incumplimiento de lo mandado, con el hacer caso omiso de lo que se ordena. Pues bien, en la doctrina más heteronómica del Derecho, que es la kelseniana, el Derecho no impone nada, no ordena nada, requiere sólo para su validez un minimum de eficacia o de externo acatamiento, pero no exige "cumplimiento", porque justamente entra en juego su aparato coactivo y, por tanto, se realiza, cuando se incumple —y en eso consiste su heteronomía—. El "cumplimiento" del Derecho es, en esa doctrina, puro deber moral, como lo es en la doctrina de Costa, sino que para Kelsen lo moral es "metajurídico" y para nuestro pensador aragonés lo ético va inseparablemente unido con la actividad jurídica. Pero a través de tan distintas concepciones, encontramos la libertad en la base del problema. Cumplir o incumplir el Derecho es cuestión de libertad, depende del juicio íntimo y moral del hombre. Sólo que Costa dirá que un Derecho que en conciencia no debe ser cumplido, no es verdadero Derecho; que su heteronomía es una inmoralidad y, en consecuencia, una antijuridicidad. Por inmoral y antijurídica, representa en ese caso una tiranía, un atentado a la libertad del hombre como individuo y como ser social.

Este considerar todos los problemas fundamentales del Derecho a la luz de la libertad del hombre y, a la inversa, este enjuiciar el tema de la libertad del hombre en función de su concreción en la vida de la moral y del derecho, es lo más característico del pensamiento de Costa, es lo que le confiere una dignidad y un atractivo pe-

culiares. Su ideario se aleja así de la ideología abstracta y vacía del liberalismo jacobino y, a pesar de su radicalismo, adquiere dimensiones ricas en contenido y valor vital. No es la "Libertad" lo que interesa, sino "libertades" concretas, eficacias jurídicas del obrar, autonomía de la voluntad, Derecho popular, respeto a la tradición y a la realidad social en cuanto expresión cristalizada de una libertad creadora. Por otra parte, la oposición a toda forma de "socialismo", la afirmación del poder creador del individuo enmarcado en una serie de círculos naturales de vida, hace de la doctrina de Costa como un aura refrescante en la que valdría la pena de orear el pensamiento de los hombres de estas dos postguerras que, rodeados de trabas por todas partes, sometidos a una planificación y a una totalización cuyo ámbito rebasa todo encasillamiento ideológico-político para convertirse en hecho universal, absorbida su vida entera por las dimensiones de lo público, han perdido, o poco menos, el sentido de las realidades con que se enriquece la vida. Pues para afirmarse libres, apenas se les brinda otra salida que la de la filosofía existencial, con su ofrecimiento de una libertad que casi hace anti-pática, de puro recordarnos su forzosidad, de puro dejarnos a solas con su carga, sin saber qué hacer de ella, ignorando qué hacer en definitiva con nosotros mismos.

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA.