brero, y el Gobierno no ha adoptado medida ni providencia alguna contra los catedráticos infractores (1).

Hasta aquí el hecho cae de lleno dentro de la jurisdiccion del presente libro: lo demás, para otro lugar y para otra ocasion. Por qué uno de los profesores, la más alta personificacion en España, de la virtud y de la sabiduría, fué secuestrado por el Gobierno con circunstancias cuya calificacion hay que remitir á la historia, y otros cuatro, la aristocracia intelectual de nuestra patria, fueron deportados ó encerrados en fortalezas; cómo pudo encontrar el Ministerio dóciles instrumentos de su voluntad entre los colegas y jefes académicos de las víctimas, para sus inauditos atropellos; por qué los Consejos votaron la separacion de unos catedráticos, y ni siquiera formaron expediente á otros, con ser en éstos más calificada la causa que en aquéllos; por qué los favorecidos no han rechazado el favor ni se han hecho solidarios del castigo impuesto por una *falta* que ahora resulta que no lo fué; cómo el Gobierno, cómo el Profesorado, sobrellevan con tranquila conciencia esta dualidad de criterio y de conducta que hiere en lo más sagrado el derecho de la humanidad;—cuentas son ajenas por completo á los propósitos de este Ensayo jurídico, y que deben quedar intactas para que las liquide en su dia la nacion.

**32. Facultad de obrar** (continuacion). *Cooperacion de los órganos del Estado.*—Para reconocer fuerza de ley á la costumbre, exige Soto, conforme en esto con casi todos los tratadistas de derecho, la aquiescencia ó el consentimiento tácito (*dissimulatio*) del sumo imperante (*supremus Praelatus*) en quien resida el poder legislativo, siendo, en opinion suya, ineficaz el de cualquier otro magistrado ó funcionario. «Quando autem dicimus dissimulationem Praelati in causa esse ut consuetudo lex fiat, intelligitur de illo Praelato qui est legislator; nam et *si Praetor in urbe vel Praelatus conventus aut provinciae dissimulant legum trasgressiones, ejusmodi consuetudo numquam vires legis consequitur*, quia non est signum voluntatis supremi Praelati, qui est legislator (1).» Dejando para otro tratado el discutir si en ley de razon es obligado, con efecto, el consentimiento del legislador para la validez de la costumbre, observarémos únicamente en este lugar: 1° que para hacer ejecutivo y viable el hecho proyectado, se requiere muy frecuentemente el concurso, ora activo, ora pasivo, de los delegados inferiores del poder judicial ó del administrativo: 2° que por esto, es condicion esencial, para la consumacion de tal hecho, y por tanto, para el incumplimiento de la ley ó del decreto, ó para su desuso, ó para el establecimiento de la costumbre, la cooperacion de aquellos órganos, ora absteniéndose de obrar en la forma que la ley les ordena, ora contribuyendo activamente al hecho con aquellas solemnidades sin las cuales no pudiera producir sus naturales efectos, y tal vez, ni llegar siquiera á exteriorizarse. Ya hemos visto que, en tiempo del antiguo régimen, las más importantes pragmáticas de los reyes quedaban sin cumplimiento: Mujal investigó detenidamente las causas á que era debido este fenómeno: «¿Cuáles pueden ser, se pregunta, las causas de la inobservancia de las referidas leyes y reales decretos? Dos son, en mi concepto, las principales: es una, la negligencia y omision de algunos superiores en hacer observar lo que el rey ordena y constituye, y el no ser ellos los primeros en el buen ejemplo que deben á sus súbditos de su obedecimiento y observancia (2): 2° La otra consiste en la perniciosa variedad y anchura de opiniones en que unos y otros hallan apoyo para no dar cumplimiento á lo mandado, ó cavilosa y siniestramente interpretarlo» (3).

(1) Puede consultarse el importante libro: *Cuestion universitaria. Documentos coleccionados por M. Ruiz de Quevedo*, referentes á los Profesores separados, dimisionarios y suspensos.—Madrid, 1876.

(1) D. Soto, *De justitia et jure.*

(2) «De las negligencias y omisiones en casi toda clase de personas, de los superiores é inferiores, escribió útil tratado, en latin, Bertoni, (*Nota de Mujal*).»

(3) «*Tratado de la observancia y obediencia que se debe á las leyes, pragmáticas-sanciones y Reales decretos; y ninguna fuerza en nuestro Estado mon árquico de las costumbres que sin consentimiento del principe se introducen en contrario, é interpretaciones que se dan por los súbditos; y finalmente, que no depende el valor ó fuerza de la ley del Soberano, de la aceptacion de los súbditos, ni éstos tienen libertad para dejar de aceptarla y observarla,*» por Don Juan Antonio Mujal, catedrático de la Universidad de Cervera. Madrid, 1774, página 134.

Prescindiendo, pues, de los poderes legislativo y regulador, afirmaremos en este lugar que basta casi siempre el concurso, y por decirlo así, la complicidad de los órganos inferiores del Estado oficial, para que el hecho, aunque sea contra ley, se perfeccione y consuma, la desobediencia quede legitimada, y mantenido el anterior estado de derecho contra el nuevo que el precepto injusto trataba de hacer prevalecer. Algunos ejemplos harán patente esta aseveracion.

Una ley del Fuero Real (8ª, tít. v, lib. III) niega á las mujeres el derecho de ser «cabezaleras de testamento,» esto es, albaceas ó testamentarias: contra tan terminante disposicion, un testador hubo de nombrar un dia por albacea á una mujer: es óbvio que esta institucion no podia ser ejecutiva sino á condicion de que el juez desoyese el precepto del legislador y atendiese únicamente á principios de equidad, amparándose en una razon de analogía, ó invocando como precedente algun hecho acaecido con anterioridad y en que no tuvo participacion el juez, ó ideando alguna ficcion jurídica ó algun otro medio de derecho con qué acallar los escrúpulos de su conciencia legal, aparentando dejar incólume la ley; etc. Con esto, pudo ya llevarse á cabo el hecho, y ese hecho sirvió como de troquel para todos los subsiguientes. Así ha nacido una costumbre contra ley, que todavía rige en nuestro tiempo. Pues de igual modo caeria en desuso la famosa ley 61 de Toro, si el Tribunal Supremo autorizase con su aquiescencia las renuncias ilegales que los interesados hacen constantemente de ella.—Nuestras leyes reconocen á todo hombre el derecho de usar las aguas pluviales como cosa *nullius*, pero no establecen órden alguno de preferencia cuando dos pretenden el uso de la llovida en una misma superficie: sucede repetidas veces que el dueño de un predio superior y el de otro predio inferior pretenden utilizar el agua que cae en el primero: recógela el dueño de él, y la opinion se pone de parte suya; pero el segundo le turba en la posesion, apoyándose en el juicio de algunos que estiman su derecho preferente. Hé aquí un hecho jurídico que el dueño del agua por derecho natural no podia llevar á cumplido efecto, miéntras el juez, haciéndose eco de



la opinion más acreditada, no inclinó la balanza de la justicia en favor suyo, en virtud de las facultades inherentes á su ministerio. Así ha nacido en España otra costumbre.—La ley Hipotecaria no admite hipoteca legal de los bienes de la mujer en favor del marido, porque está hecha en vista de la legislacion civil de Castilla, y segun esta legislacion, esa hipoteca es innecesaria, y tal vez hasta imposible; pero existe en Aragon un régimen consuetudinario de bienes que hace necesaria algunas veces dicha hipoteca para garantizar al marido ó á los parientes del marido la legítima ó el capital que éste aporta á la casa de una heredera con quien contrae matrimonio; y con efecto, los contrayentes la establecen en la escritura nupcial: si el Registrador procede de alguna provincia de derecho castellano, y mira la ley Hipotecaria como una especie de Biblia protestante, que no tolera notas, semejante hipoteca no pasa, y el hecho pactado por los cónyuges queda ineficaz: si el Registrador es ménos timorato, admite á inscripcion la tal hipoteca, interpretando extensivamente la ley, hasta abrazar dentro de sus términos el antiguo *aseguramiento* alto-aragonés, y el hecho se perfecciona.—Pues todavía es más esencial, si cabe, la cooperacion activa de los órganos inferiores del poder, en otro órden de hechos sobrado frecuentes: en la division y adjudicacion de herencias intestadas. Cuando sobreviene un intestado en familias de escaso patrimonio (únicas en que este caso suele presentarse), los herederos legítimos se encuentran imposibilitados de sufragar los gastos que lleva consigo la tramitacion prescrita por las leyes Hipotecaria y de Enjuiciamiento, la protocolizacion de los autos, el devengo subsiguiente del impuesto de trasmision de bienes, y la inscripcion en el Registro; por cuyo motivo, suele decirse en el Alto-Aragon que aquellas leyes sirven de garantía á los ricos, pero desamparan á los pobres, y que á causa de su misma rigidez igualitaria, reparten el derecho desigualmente, y lo ponen fuera del alcance de los más débiles, negándoles indirectamente la titulacion legal de sus bienes, y consiguientemente, la facultad de asegurarlos. Para obviar este obstáculo, ya que derribarlo no les era posible, los interesados han discurrido un

medio ingenioso, que les permita ejecutar aquel acto y ponerlo á la sombra de la ley, sin que en él intervenga Juez, Notario, Registrador ni Liquidador del impuesto, pero que resultaria ineficaz y de imposible realizacion sin el concurso ó la condescendencia de las autoridades municipales. Esta condescendencia es una condicion esencial para que la combinacion proyectada pueda convertirse en un hecho, hecho contra ley. Cuando no se reparten los herederos legítimos el patrimonio privadamente, y el Ayuntamiento no altera las inscripciones del amillaramiento por el sólo dicho de aquellos, ó por el simple conocimiento que tiene del hecho (informalidad que, segun parece, se comete con más frecuencia de lo que pudiera creerse, pudiendo repetirse hoy aún cuanto acerca de este extremo declaraba el Ministro de Hacienda en Orden de 10 de Diciembre de 1869), proceden del siguiente modo: simulan una discordia, y solicitan acto de conciliacion; el Juez municipal, de ordinario lego en materias de derecho, manda citar las partes, y se afana por traerlas á términos de avenencia: no tiene que esforzarse mucho para conseguirlo: se entienden, y acuerdan una division de bienes: se hacen constar en el acta los términos de esa division, y el Secretario del Ayuntamiento la admite, como si fuese documento público traslativo de dominio é inscrito en el Registro, para inscribir en el amillaramiento los bienes del causante á nombre de los causa-habientes: luego, cuando tienen necesidad de trasmitir alguno de sus inmuebles, instan expediente judicial de posesion, remontando tal vez la adquisicion á fecha en que no devengaban las herencias el impuesto de trasmision de bienes (pues sobran do quiera testigos que no titubean ante el perjurio, mayormente cuando se trata de defraudar al Tesoro público); y ya tienen con esto título suficiente para obtener inscripcion de posesion, otorgar escritura de compra-venta é inscribirla en el Registro (1.)

Cuando en 1870 se promulgó en España una ley de Matri-

(1) *Derecho consuetudinario del Alto-Aragon*, cap. v.



monio civil, que restituia á la madre de familia, para el caso de faltar el padre, la patria potestad que le habian reconocido los fueros de la Edad Media, la opinion entendió que tal disposicion debia tener efecto retroactivo, que no hacia distincion entre las madres que habian enviudado con anterioridad á la ley y las que enviudaran después de su publicacion: pero no bastaba que lo entendiese la opinion; era menester que los notarios aceptasen esa interpretacion del sentido comun, á fin de que las madres pudieran otorgar las escrituras y celebrar los contratos á que la autoridad paterna les daba derecho, en representacion de sus hijos, sin prévia autorizacion judicial; que los Registradores de la propiedad admitiesen á inscripcion tales documentos, y que los Juzgados y Audiencias no les opusieran el veto, cuando algun litigio se suscitase y ventilase en sus estrados. Ahora bien, y esto pone de relieve hasta qué punto es esencial la cooperacion de los órganos inferiores del Estado en la ejecucion exterior de los hechos de derecho: la mayor parte de los Colegios notariales y de los Registros adoptaron el criterio de aplicar la ley de Matrimonio civil indistintamente á todas las madres viudas, así hubiesen adquirido este estado ántes ó después de la promulgacion de la ley; y de la propia manera, consideraron capaces para contratar sin intervencion del padre á los hijos solteros mayores de 25 años; pero en los Tribunales hubo gran divergencia de opiniones, y miéntras que en unas Audiencias se reconocia á las viudas que lo eran desde ántes de 1870 la patria potestad y la facultad de contratar libremente en representacion de sus hijos, en otras era negada tal investidura, viéndose incapacitadas de ejecutar los mismos actos que otras viudas sin ningun género de trabas ejecutaban: una misma viuda podia ejercer los derechos anejos á la patria potestad en un juzgado, miéntras que en otro se la tenía en calidad de simple tutora ó curadora: de un mismo Tribunal, —el Tribunal Supremo,—con intervalo sólo de dos meses, emanaban dos circulares contradictorias, una en que el Fiscal ordenaba á los delegados del ministerio público apelar ó recurrir de cuantas providencias se dictasen por los Juzgados ó Audiencias, conformes con la

interpretacion extensiva que daba retroactividad en aquel efecto á la ley de Matrimonio civil, y otra en que se les mandaba, por el contrario, aceptar esa doctrina y sostenerla como la recta y genuina, y por consiguiente, desistir de los recursos que hubiesen interpuesto.

Algunas veces, la condescendencia de las autoridades inferiores en materia de incumplimiento de las leyes, es una condescendencia criminal, porque fomenta los delitos con la certeza de la impunidad. Tal sucede, por ejemplo, en España, con las leyes penales y procesales que reprimen los juegos de envite y azar, tan ruinosos para las familias y para la moral pública: esas leyes los definen como delito, la sociedad lo anatematiza y reprueba; pero como no le acompaña la infamia ante la opinion como á los demás delitos, depende exclusivamente de las autoridades el que aquellas leyes sean ó no cumplidas, y de hecho, sea por la calidad de los delincuentes, sea por laxitud de conciencia, ó por los emolumentos secretos que tal vez proporciona, ó por indiferencia del público, ó por otras causas, la policía, y sus jefes los gobernadores, se cruzan de brazos, y el Ministerio fiscal no se resuelve á salir de su actitud pasiva y expectante, por más que la prensa clama contra el escándalo y se constituye en noble delatora del odioso vicio, y en un como ministerio fiscal adventicio, por más que, como sucede algunas veces, el Ministro de la Gobernacion y el Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia dirijan circulares á sus subordinados recordándoles sus obligaciones en ese respecto. De donde resulta que un delito que con tanta frecuencia se comete, muy rara vez da pié á la instruccion de un proceso, y ménos á la imposicion de una pena, y que los intereses morales que aquellas leyes garantizan, queden indefensos, no obstante los buenos propósitos de los poderes supremos.

Y esto que sucede con los hechos de la sociedad respecto de los delegados inferiores del Estado oficial, se repite con los hechos de estos respecto de sus superiores jerárquicos: tambien es requisito esencial de tales hechos la cooperacion activa ó pasiva de estos. Un ejemplo. Está declarado por el Ministerio



de Hacienda de España que los heredamientos universales de Aragon y Cataluña, hechos con motivo ó por razon de matrimonio,—en los cuales la trasmision es condicional, pues depende de que el instituyente fallezca ántes que el instituido,—devengan el impuesto de derechos reales y trasmision de bienes, no á la época del otorgamiento, sino á la del fallecimiento, á ménos, por supuesto, de que el heredero adquiera desde luégo el dominio directo ó útil de los mismos, de modo que pueda disponer de ellos ó del usufructo (1); pero las dificultades con que han tropezado en la aplicacion los liquidadores del impuesto, han sugerido en algunas provincias la práctica de liquidarlo y exigirlo al tiempo ya de la institucion, contra lo que terminantemente preceptúan las disposiciones citadas: este hecho de los registradores-liquidadores, para causar estado, ha requerido la cooperacion de los oficiales letrados, como superiores inmediatos jerárquicos de las oficinas liquidadoras, á quienes compete procurar la debida y exacta gestion del impuesto, y examinar y censurar las operaciones de aquellos funcionarios. Cuando regía el impuesto provisional del 10 por 100 sobre los beneficios ó intereses percibidos por préstamos hipotecarios, estaba mandado que se exigiera por trimestres anticipados sin derecho á devolucion (2); mas para facilitar las operaciones, y sobre todo, para evitar ocultaciones y fraudes, las administraciones económicas de las provincias dieron en hacer efectivo el impuesto al tiempo de la cancelacion: aquí fué menester que autorizase la práctica, y áun cooperase á ella en los casos de apelacion, la Direccion General de Contribuciones, á quien incumbe cuidar de que se cumplan y hagan cumplir las disposiciones oficiales referentes al impuesto, uniformar la práctica de la liquidacion, etc.—Otro ejemplo, en el órden judicial. La ley 1ª de Toro (3) establece que, cuando ocurra alguna duda en cuanto á la interpretacion y declaracion de cual-

(1) Real órden de 30 Abril 1852; R. O. de 18 Mayo 1830; Resol. de la Direccion de Contrib. de 7 de Diciembre de 1867.

(2) Art. 32 del Reglamento de 14 de Enero de 1873.

(3) *Nov. Rec.*, ley 3ª, tít. II, lib. III.

quier ley de Ordenamiento, Fuero ó Partida, recurran al rey para su auténtica interpretacion. Observóse durante mucho tiempo, pero no tardó en caer en desuso; con lo cual, y no siendo práctica ni precepto legal fundamentar las sentencias, eran á veces entendidas y aplicadas las leyes en opuesto sentido: esto no obstante, de tal modo se generalizó la costumbre, que quedó sancionado por virtud de ella el principio de que en ningun caso debe abstenerse el juez de fallar, por mucha que sea la oscuridad de las leyes ó muy notada su omision; cuya doctrina ha pasado á ser ley en los Códigos penal y procesal. Es evidente que los tribunales inferiores no hubieran podido ejecutar ese hecho ni introducir esa costumbre, ni elevar á categoría de doctrina legal ese principio de derecho natural, á no haber cooperado con su aquiescencia y adhesion los tribunales de apelacion.—En el último tercio del siglo pasado dictóse en Hesse-Darmstad una ley, por virtud de la cual, el judío que hubiese tenido trato ilícito con una cristiana, era condenado á muerte: cuando tal caso se presentaba, era deber de conciencia en el juez eludir la ley por medio de una ficcion, ó de una distincion de derecho, ó de otro modo, pero, además, que el tribunal superior cooperase á la sentencia confirmándola, haciéndose cómplice de la interpretacion evasiva del inferior: sólo con esta condicion, el primer hecho, teóricamente planteado por un tribunal, pudo salir á luz y causar estado, y servir de precedente al desuso, ó más bien á la inobservancia de tan inícua y brutal disposicion. — Y esto que vemos dentro de un mismo poder, entre los órganos inferiores y los superiores, se observa asimismo dentro del Estado oficial entre el poder legislativo y el judicial, entre el legislativo y el regulador, entre el judicial y el ejecutivo. El hecho concebido é instado por las Córtes españolas de los siglos XVI y XVII (que no se legislase sin su acuerdo, que no se exigiesen tributos no votados por ellas, etc.) no pudo llegar nunca á hecho efectivo, porque les faltó la cooperacion del poder supremo, que desoia sus legítimos votos. Cuando, en 9 de Febrero de 1875, el Ministerio ejecutivo de España declaró por decreto que surtieran efecto desde su celebracion los matrimonios contraidos canónicamente,



con desprecio de lo preceptuado en la ley de matrimonio civil, no hubiese logrado ver realizado su propósito, si los juzgados y tribunales, inspirándose en el ejemplo de los jueces norteamericanos, hubiesen declarado ilegítima la prole nacida de tales uniones meramente canónicas, sin hacer caso de un decreto inconstitucional. Los actos ejecutados por notarios, registradores y juzgados, declaraciones de derechos, testimonios de compra-ventas, inscripciones de escrituras y liquidaciones de impuestos, etc., con el criterio de que la ley de matrimonio civil retrotraia sus efectos á las madres que hubiesen enviudado ántes de su publicacion, no eran actos perfectos, y quedaban puestos en tela de juicio desde el momento que cinco años después, el Tribunal Supremo de Justicia, soberano regulador de la jurisprudencia, fallaba contra uno de esos actos y se pronunciaba en el fallo contra la retroaccion (1).

**33. Facultad de obrar** (continuacion).—*Reivindicacion teórica de esta libertad.*—Miéntras el propósito injusto de la autoridad no salga de la esfera, por decirlo así, teórica, miéntras sus delegados ejecutores hagan caso omiso de ella ó dejen obrar como si no existiera, hemos dicho que la protesta y la revolucion serían injustas y contraproducentes, que basta hacer uso del derecho de no obedecer; pero desde el momento en que la autoridad se empeña en hacer ejecutivo su precepto, ó castiga la inaccion del que resiste su cumplimiento, ú oprime á la multitud, ó se niega á escuchar sus votos, ó descuida la satisfaccion de sus necesidades en cuanto de la accion política ó administrativa dependen, el silencio deja de ser lícito, y la tolerancia pasiva tendría algo más que apariencias de complicidad. No es éste todavía suficiente motivo para remover violentamente la autoridad, por las mismas razones que aduje á propósito del derecho á la desobediencia: la autoridad debe ser rogada y advertida por los múltiples organos de la opinion: acaso reconozca su error ó su obcecacion, y el hecho jurídico

(1) Sentencia de 19 de Junio de 1875.