

JC 233

B75

V. 2

ES PROPIEDAD DE LOS EDITORES.



Capita Valencia
Biblioteca Universitaria

Imprenta de los Editores, Ancha de San Bernardo, núm. 85.

LIBRO PRIMERO.

NATURALEZA Y FUENTES

DEL DERECHO PÚBLICO.

CAPITULO I.

DÍFERENCIA ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO.

Cabe á los Romanos la gloria de haber conocido, ántes que pueblo alguno de la tierra, la diferencia que media entre el *derecho público*, cuyo objeto, segun decían, era servir al Estado, y el *derecho privado*, que se encamina al servicio de los intereses individuales (1). Los Griegos, por su parte, no establecieron entre ámbos ninguna manera de distincion, y los Germanos, lejos de comprender su importancia, al apoderarse, en la Edad Media, del Imperio, dedicaron todos sus esfuerzos á la conservacion de la amalgama, digámoslo así, en que confundían los dos cuerpos del derecho. En efecto, en los tiempos á que acabamos de referirnos, el derecho público asume los caracteres del derecho privado, llegando, aun la misma soberanía, á ser considerada como propiedad particular, mientras que los bienes públicos se consideran meramente como bienes de familia. Por el contrario, el derecho revestía de tal suerte el carácter de público, que la propiedad llegó á hacerse inherente á la jurisdiccion, y la posesion feudal á imponer á los señores la obligacion de tomar las armas.

(1) L. I, § 2, D. de Justitia et jure (*Ulpianus*): «Publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quedam publice utilia, quedam privatim.»

Uno de los rasgos más característicos del *derecho moderno* consiste precisamente en haber reconocido la diferencia que nos ocupa, y que, en consecuencia, señala las distintas esferas en que se hallan contenidas estas dos ramas del saber; de modo que, á partir principalmente del siglo XVIII, encontramos una *fuerza irresistiblemente progresiva* que tiende más y más á extraer de la antigua mezcla dos cuerpos de doctrina completamente separados. Mas, como la separacion se muestra ya bien á las claras en todos los Estados europeos, aunque sólo aparezca parcialmente completa, es manifiesto que el camino andado no puede ménos de redundar en bien, tanto del derecho público como del derecho privado; porque si aquél despliega mayor energía y se presenta, digámoslo así, con mayor magnificencia, quebrantando las trabas y oponiéndose á las corruptelas del egoismo de los individuos y de la familia, para inspirarse únicamente en el espíritu del público á quien presta sus servicios, el derecho privado, por otra parte, adquiere tanta mayor libertad, cuanto más se emancipa de la servidumbre del Estado.

Dé éste nace en principio el derecho público, así como el derecho privado tiene su origen en los *individuos aislados*, en las *personas privadas*, y, si aquél trata de las relaciones jurídicas del Estado, éste tiene por objeto el derecho de los particulares.

A pesar de todo, existen líneas de transición entre una y otra esfera, así es que al derecho privado pertenecen los derechos del fisco, porque el Estado, en cuanto posee bienes privativos, debe ser considerado como particular, y, por consiguiente, el fisco deberá ser tenido como persona privada, mientras que los derechos políticos de los individuos, por ejemplo, el de petición, la libertad de imprenta, no caben, permítase la frase, en la esfera propia del derecho privado, sino que, apoyándose en la relación de los individuos para con el Estado, predomina en ellos el carácter público de éste, y, por consiguiente, pertenecen al derecho público.

Por esto, según las materias de que trata, el derecho público es determinado por el Estado, sin que quede á merced del *antojo* de los *particulares*, en tanto que el derecho privado extrae en gran parte, y por regla general, de la *naturaleza y circunstancias* de los *individuos* y más señaladamente de la *voluntad* de éstos, los materiales que lo com-

ponen. En el derecho público predomina el *espíritu* de la *totalidad*, y en el derecho privado se manifiesta separadamente el *espíritu* de los *agregados* que en ella entran; de donde no toca á los individuos variar ó anular por medio de mútuos contratos el derecho público, al paso que nadie duda serles dado poder fijar, por regla general, á su talante y usando de mútuas convenciones, el derecho privado; de suerte que cuanto más comprometidos estén en ciertas leyes de derecho privado los públicos intereses del Estado, tanto ménos deberán los contratos particulares perder arbitrariamente de vista la norma ofrecida por aquéllos (1).

Además, en el derecho que al Estado se refiere, es axioma que *todo derecho público es al mismo tiempo deber público*. Según este principio, pues, el que disfruta de un derecho está obligado á ejercerlo, así que el regente, no sólo está autorizado para regir, sino que tiene obligación de hacerlo, como el juez debe necesariamente juzgar. En el derecho privado, por el contrario, rige cánón opuesto, de donde de la voluntad del autorizado dependerá el hacer ó dejar de hacer esto ó aquello (2). La razón de la diferencia se ha de buscar en la noción que nos enseña que el derecho privado pertenece al individuo en cuyo favor las más de las veces exclusivamente existe, en tanto que el derecho público importa al todo y tiene por fin la comunidad. Por esto precisamente puede el Estado ceder su derecho ó renunciar al ejercicio que aquél le concede, mientras que no es dado obrar así á los órganos y miembros individuales que lo componen.

Ambas reglas, sin embargo, ofrecen numerosas excepciones que, según van á demostrarlo con claridad los siguientes ejemplos, resultan del mismo principio en que aquéllas estriban.

1) Todo ciudadano puede, como particular, hacer ó no uso, según mejor ó peor le parezca, del derecho que tiene para hacer peticiones ó para tomar parte en las reuniones

(1) V. L. 38, D. de Pactis (*Papinianus*): «Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.» *Cod. Civ.*, 6: «On ne peut déroger par de conventions particulières, aux loix qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.»

(2) C. un. C. ut nemo invitus (*Imp. Diocletianus*): «Invitus agere vel acussare nemo cogitur. Es axioma de derecho privado el siguiente: «Jure suo uti nemo cogitur.»

políticas; porque tanto uno como otro derecho, deben considerarse como públicos y concedidos más bien en interés de la libertad individual que en pró de la libertad del Estado

2) Que el individuo ejerza ó no los derechos que, como elector, le competen, no es cosa que, sin más, debe tenerse como dependiente de su libre albedrío; pero, si el derecho de acudir á las urnas está repartido entre gran número de individuos, ó si, segun la particular significacion que aquél entraña, la libertad de los electores es de mayor interés que la competencia del Estado, el ejercicio del referido derecho podrá quedar á discreccion del elector, así como, en caso contrario, podría con frecuencia ser necesaria y justificada la obligacion de obrar.

3) En derecho, privado el ejercicio de los privilegios de la tutela es deber del interesado, porque aquéllos no existen exclusivamente en favor del tutor, sino que se refieren también á los pupilos.

La conexion que notamos entre el derecho y el deber en la misma persona no debe ser mirada como defecto del derecho público, sino como una de sus ventajas; porque en esa peculiaridad precisamente se manifiesta la nobleza y sublimidad del derecho público contrapuesto al egoismo del derecho sobre los bienes. Cuanto más encumbrados estén los derechos del Gobierno, tanto más indisolubles serán con respecto á ellos los deberes de la ejecucion. Mucho se degrada al derecho público cuando se considera como propiedad, que puede ó no reducirse á práctica segun antojo, el derecho del soberano; y no se olvide que al príncipe, como tal, no corresponde derecho alguno de la corona, mientras que los *derechos* de ésta son al propio tiempo *deberes*, es decir, deberes para con el Estado, para con el pueblo.

El contraste existente entre el derecho público y privado (*jus publicum et privatum*) no es ilimitado, sino que entre ambos existen puntos de transicion que llevan al campo que á cada cual corresponde, como por ejemplo, las comunidades y las formas superiores de las asociaciones y corporaciones; mas en vano trataríamos de buscar un tercer terreno independiente que se extienda entre ambos. Por consiguiente, el derecho á que se aplica el epíteto de social, ó es derecho privado ó público, ó una mezcla de los dos (1).

(1) Rob. v. Mohl, en la obra intitulada *Geschichte und Literatur der*

Statswissenschaften, tomo I, desarrolla opiniones que están en completa contradiccion con las que aquí emitimos. Véase nuestra obra sobre los nuevos fundamentos de la sociedad y del derecho social en la exposicion crítica de la legislacion alemana y de la ciencia del derecho. Tomo III, y la exposicion crítica de Treitschke, intitulada *Die Gessellschaft swissenschaft*; Leipzig, 1859.

CAPITULO II.

LIMITACIONES ULTERIORES DEL DERECHO PÚBLICO.

1. El derecho de gentes traspasa los límites de cada uno de los Estados y liga con vínculos comunes á los diferentes pueblos que se suceden en la superficie de la tierra. En manera alguna debemos suponer que este derecho sea únicamente cierta extension ó aplicacion extraña del derecho privado sobre la multitud de individuos que componen el Estado, pues sus instituciones y normas, tienen, por el contrario, carácter eminentemente público y legal, por pertenecer, como de hecho pertenecen, á sociedad mucho más extensa. Apoyado en *la unidad del género humano* que se presenta dividida en diferentes pueblos, si para los fines de la vida se organizase la humanidad en un todo bien ordenado con legislacion y administracion de justicia propias, el derecho de gentes aparecería entónces revestido con la forma superior de *derecho del mundo*, debiéndose atribuir á la falta de semejantes requisitos, las actuales flaquezas, digámoslo así, del ramo del derecho que estudiamos.

Desde luego debemos advertir que el imperfecto orden del mundo, que recibe el nombre de derecho de gentes, se separa del orden más perfecto del Estado. La ciencia del derecho público estudia al Estado como á persona pública, y reserva la exposicion de las relaciones de los diferentes pueblos entre sí, á la ciencia particular del derecho de gentes.

2 Otra de las limitaciones de la materia del derecho público la encontramos en el *derecho canónico*.

Durante todo el periodo de la Edad Antigua, existió, sin duda, cierto género de antítesis entre la Iglesia y el Es-

tado, y aunque sólo manifestada, digámoslo así, en embrión, jamás llegó á convertirse en separacion clara y precisa, por haber considerado los Romanos al derecho sagrado (*jus sacrum*) como parte constitutiva del derecho público (*jus publicum*).

Apénas el cristianismo apareció en el mundo, la *Iglesia*, como comunidad religiosa de hombres, corrió al lado de la sociedad *política*, considerándose igual á ella, y como el ideal que persigue es propio, y su existencia, ni se halla implantada en la esfera del Estado, ni en ella se desarrolla, el derecho canónico (cristiano) exige estudio independiente del derecho público, estudio que esencialmente se ocupe del carácter peculiar de la Iglesia, dejando á un lado las leyes del Estado. En efecto, el derecho canónico posee carácter que fundamentalmente difiere del de todas las demas ramas de la jurisprudencia, se asemeja más que ellas á los principios religiosos y morales más elevados con los cuales se relaciona y hasta se mezcla, y, viéndose más faltó de fuerza material que el derecho profano, invoca á veces su proteccion, cuando los propios medios de coaccion no son suficientes. Empero, si consideramos el derecho de la Iglesia, no desde el punto de vista que le es propio, sino sólo parando mientes en la relacion que con ella y sus instituciones guarda el Estado, cuando la contemplamos bajo el punto de vista que éste nos ofrece, entónces la presente especulacion entra de lleno en el terreno del derecho público.

3. Además, tanto la mayor parte de los *procesos civiles*, como el *derecho penal* en su totalidad, sin excluir los procedimientos que á él se refieren, deben adscribirse con fundamento al derecho público. En efecto, en todo pleito el Estado presta, como tal, su proteccion á las personas privadas contra las violaciones y menoscabos sufridos en la esfera del derecho, en tanto que, en su moderno desarrollo, manifiesta el derecho penal la justicia del Estado que, no solamente protege al ofendido y remedia el vejámen por él sufrido, sino que asimismo castiga el criminal ataque contra el orden comun del derecho.

A pesar de todo, la estrecha conexion que el Código civil y el derecho penal guardan con el derecho privado, relacionándose íntimamente con él, mientras que aquél favorece por completo su seguridad, como éste en gran parte lo hace tambien; su mucha extension y su correspondiente im-

portancia hacen que uno y otro se separen del derecho público para formar tratados enteramente independientes.

4. Así como distinguimos entre la *politica*, esto es, entre el gobierno en su conjunto y la *administracion*, ó sea, el desempeño de los negocios públicos en sus detalles, así tambien acostumbramos hacer distincion entre el *derecho público* y el *derecho administrativo* que incluye el que es propio de la policia. La oposicion entre uno y otro es óbvia, y, puesto que puede explicarse ménos por razones de principios que por razones de método y de tecnicismo, creemos mejor examinar y representar, por una parte al Estado en su ordenada existencia, y por otra los negocios á él encomendados en la limitacion especialmente estrecha de cada caso particular, para pasar despues á estudiarlo en su naturaleza jurídica.

CAPITULO III.

FUENTES DEL DERECHO PÚBLICO.

A.—La ley.

La forma suprema y más conforme con la naturaleza del Estado, en que el derecho se manifiesta y se precisa, es, sin género alguno de duda, la *ley*, en la cual halla el derecho su más clara y pura expresion. En efecto, en la ley se retrata, digámoslo así, el Estado en su conjunto, el Estado, con relacion á la conciencia y voluntad del derecho, en instituciones duraderas, debidas á aquél ó en reglas generales y prescripciones jurídicas por el mismo decretadas, de suerte que la ley es *expresion perfecta* del derecho enunciado por quien para ello tiene autoridad.

Para la conciencia del Estado moderno, es, por lo tanto, indispensable pretender que la ley sea expresion exclusiva, no sólo del *poder autoritativo*, sino de *todo* el Estado, áun sin exclusion de los gobernados. Por esto precisamente el consentimiento de la representacion nacional en todo Estado libre es considerado como condicion fundamental para que la ley obligue.

La legislacion ha alcanzado en el Estado moderno importancia mucho mayor que en tiempos anteriores; porque los modernos consideran actualmente el orden legal, que tambien pertenece al derecho público, como una de las garantías más grandes, tanto de la seguridad y bondad de la administracion de justicia como de la libertad del pueblo y de la misma sociedad. Pero, aunque no participemos en manera alguna de la preocupacion de los románticos, al preferir el derecho no escrito al legal por huir de la incertidumbre y la oscuridad, sin embargo, no por eso habremos de olvidar el peligro que se corre de que las opiniones prema-

turas y ciertas ordenanzas arbitrarias se presenten á veces con el disfraz de formas autoritativamente legales. La dura y formal expresion de la ley no se atiende á veces completamente al natural precepto del derecho, cuya organizacion legal siente sobradamente pesada la rígida invariabilidad cuando ésta domina largo tiempo, hasta que, tras una y otra sacudida, las repentinas innovaciones engendran cambios radicales.

Con respecto á la extension, del género á que se refieren toman las leyes el nombre de *imperiales*, *nacionales*, *provinciales* y hasta de *locales*, segun hagan referencia al extenso territorio de un gran imperio compuesto de diferentes países, á territorio particular ó sólo á partes de éste.

En manera análoga, como el Estado establece por sus leyes instituciones legales, y fija las normas á que éstas deben sujetarse, así tambien las *poblaciones*, las *corporaciones*, *asociaciones* y *familias*, en atencion á su *autonomía*, dictan ordenanzas de derecho, siquiera esto sea en círculo limitado en lo que á la aplicacion atañe y con relativa autoridad. Los tiempos medios fueron mucho más favorables á tal autonomía que los Estados modernos que intentan proteger la unidad, igualdad y popularidad del derecho contra toda innovacion autonómica. El decretar autonómicamente ciertos estatutos y órdenes, es indispensable para los intereses del libre movimiento de ciertos círculos de la sociedad; pero únicamente podrá tenerse por acto lícito, cuando se observen los límites legales y se reserve la autoridad pública cierta intervencion en favor del derecho general, no debiéndose, por otra parte, echar en olvido que las *leyes privadas* de las *dinastías*, los *estatutos* de las *ciudades*, el *orden público* de las *iglesias*, las *reglas* de las *órdenes religiosas*, etc.; no son más que importante aplicacion de la autonomía de que tratamos.

Por lo demas, la relacion de la ley con el derecho público no es completamente igual á la que guarda con el derecho privado. En efecto, el Estado, como legislador, posee más amplia libertad con respecto al derecho público que con respecto al derecho privado; pues, al establecer instituciones de derecho público, obra en esfera propia, mientras que, al dictar leyes de derecho privado, divaga fuera de ella pasando á la de las personas privadas, que ni son obra suya ni dependen por completo de él; porque, á la manera

que los individuos no llegan á serlo por la intervencion del Estado, así tambien el derecho individual no adquiere este carácter en virtud del mismo, y, aunque no pueda negarse que tal derecho puede únicamente recibir en y por el Estado su más perfecto desarrollo y su proteccion más eficaz, todavia, no por esto debemos suponer que radica en su seno; pues su deber principal es hacer reconocer y no fijar arbitrariamente, segun su capricho, el derecho privado en la medida que resulta por circunstancias naturales de su desarrollo histórico.

Más adelante haremos ver, con la extension requerida por la materia, las importantes circunstancias prácticas que resultan de esta oposicion.

CAPITULO IV.

§ VI.

B.—El tratado público.

Tambien el tratado reconoce, precisa ó cambia el actual derecho público. En este punto hay que atender, no solamente á los *verdaderos tratados* públicos hechos entre diferentes Estados, y fundados, por consiguiente, en base que podríamos llamar internacional, sino tambien á los tratados que afectan á *diferentes corporaciones ó miembros políticos de un Estado*, como los de los patricios ó plebeyos en Roma, ó los tratados de la Edad Media entre los diferentes propietarios y los príncipes.

Los tratados públicos son semejantes á las leyes en cuanto que aquéllos manifiestan el pensamiento del derecho, no sólo con palabras determinadas sino tambien con autoridad pública. Pero la forma del tratado se distingue de la forma de la ley en cuanto en ésta se manifiesta la *unidad* del Estado, al paso que en aquélla la *pluralidad* de cuerpos políticos, independientes entre sí, establece por acuerdo especial la voluntad comun. Por lo tanto, dentro del Estado es ésta, ciertamente, la forma de ley más elevada, por la sencilla razon de que en ella manifiesta el Estado su opinion, como sér de suyo armónico y unificado. Empero, siempre que á un mismo tiempo estén interesados muchos Estados, la forma del tratado es inevitable, porque dicha pluralidad de Estados independientes se halla falta de órgano comun de su legislacion.

Asimismo, cuando por acaso en un Estado no reside ésta en un príncipe ó en una asamblea, sino que estriba en la cooperacion de varios miembros de un cuerpo legislati-

vo compuesto, como sucede, por ejemplo, en Inglaterra con respecto al comun acuerdo del monarca y la alta y baja Cámara, y en el Imperio alemán con respecto á la armonía de la Dieta y el Reichstag, entónces la antedicha cooperacion sólo impropriamente indica el contrato. La ley acordada, ya por el Parlamento ya por la nacion, no es un contrato entre diferentes potestades políticas existentes por sí mismas y autorizadas para expresar independientemente su voluntad como jurídicamente obligatoria. Los meros elementos del Parlamento ó de las Córtes, una vez separados de los otros miembros, carecen de toda autoridad ó jurisdiccion para formar leyes, porque solamente en su combinacion para la unidad, solamente como cuerpo inseparable y unificado podrán aquéllos tener derecho para dar leyes, siendo la ley, en este caso tambien, genuina y sencilla expresion de esta unidad.

La imperfeccion de la forma del tratado para la procreacion del derecho público en un Estado consiste en que éste se reserva la unidad y en cierto modo se resuelve en sus elementos, así como la forma, segun derecho del Estado, se halla ligada á la voluntad de las partes, por un lado unificadas y por otro independientes, ó, por decirlo en una palabra, dicha imperfeccion consiste en que, *en principio, la totalidad se halla ordenada para las partes*. La historia de todos los Estados alemanes pone en nuestras manos numerosos documentos que arrojan gran luz sobre esta imperfeccion, sobre la pesadez, decimos, y la torpeza del movimiento y sobre el defectuoso, fin tanto de los intereses públicos como del comun bienestar, defectos inevitablemente inherentes á la forma de los tratados, al propio tiempo que nos muestra cómo los grandes desarrollos del Estado y sobre todo las formas más adelantadas del contrato han removido en parte de su primitivo puesto á las formas legislativas y en parte las han confinado á círculos cada vez más estrechos.

NOTA. La eternidad de la legislacion del Estado no está ménos en oposicion con la inestabilidad de todas las cosas humanas y, por consiguiente, del Estado, que lo está la misma eternidad de la ley. Cuanto más revele el derecho en forma sencilla y pura los altos y estables principios del divino ordenador del mundo, tanto más semejante á éstos aparecerá el conjunto de las leyes que

abarca. Pero así como el derecho ordena las mudables y humanas relaciones de la forma, así también es necesario no perder de vista aquella condición de vicisitud y mudanza, porque subyugando así el mismo derecho á la ley natural de la variabilidad, no podrá variar la forma para la ley ó para el contrato.

CAPITULO V.

C.—La superior constitucion del derecho.

Debemos distinguir entre la manifestacion legal del derecho que reside en la comun autoridad de todo el pueblo y la superior constitucion del derecho, que tan sólo estriba en la autoridad de las legítimas asambleas y autoridades competentes.

Esta se nos presenta en dos formas, á saber: en forma de *ordenamiento* y en forma de *sentencia judicial*.

1. El ordenamiento está tanto más ligado con la ley cuanto que con acuerdo y voluntad de los ciudadanos crea disposiciones de derecho y promulga leyes en forma autoritativa y en proposiciones prefijadas; pero á la vez se diferencia de la ley, porque en ésta se manifiesta la voluntad universal de todo el Estado, mientras que el ordenamiento sólo implica la voluntad de una autoridad superior. Allí se retrata la voluntad del pueblo (*populi jussus*) aquí la determinación del jefe y, sobre todo, la determinada autoridad propia de un cargo público (*edictum magistratus*). De aquí es que el ordenamiento está subordinado á la ley, de suerte que en las modernas constituciones se halla limitado á círculo muy reducido. Existen así mismo ordenamientos territoriales dados por el jefe del Estado (el rey) para todo el país de su jurisdicción, provinciales ya de los partidos ya de los comunes para las dependencias públicas, y locales, en fin, que tienen por objeto pueblos determinados.

2. Inmediatamente despues vienen las sentencias judiciales (*res judicata*) que sólo tienen por objeto, en el único caso de estar velada la realidad de la cosa, colocarla en su verdadera claridad, librándola de la confusion de que en