

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

daño de las partes pudiera estar cercada. Empero, al cumplir estas sentencias su cometido, llevan, al propio tiempo, á cabo el trabajo más delicado y la más cabal constitucion del derecho, dándonos los conocimientos fundamentales en que se asienta la autoridad universal del derecho.

Tratándose del derecho privado, esta autoridad es sin dificultad alguna reconocida en la práctica forense y no es ménos necesaria y aplicable en las cuestiones que atañen al derecho público. Cuanto más pueda aumentar en los tiempos venideros el deseo de la ordenada defensa jurídica en favor del derecho público, tanto mayor será la importancia de la fuente del derecho, objeto de los párrafos anteriores.

## CAPITULO VI.

### D.—Usos y Costumbres.

En las actas políticas y usos, tanto de la potestad del Estado como de la del pueblo, el consentimiento de que tratamos se manifiesta de mil maneras, y aún sin que sea expresado en forma de ley, de suerte que en unas y otros ha alcanzado en el seno del espíritu público tan positiva y firme consistencia, ha sido tan en alto grado santificado por el uso y tan confirmado por la experiencia que, ofreciéndose marcado con el *sello de la templanza* llega á presentárnos como *derecho nacional*.

En el derecho público de los Romanos existian instituciones importantes y reglas jurídicas fundadas, no en leyes escritas ni en convenciones, sino en legítimas costumbres correspondientes al sentimiento jurídico y á la intención jurídica del pueblo. El derecho público de la Edad Media se funda igualmente en las costumbres y en las prácticas. También el derecho público inglés tiene en parte idéntico fundamento y por do quiera, en fin, encontramos tal elemento del derecho público.

Pero el derecho consuetudinario, si bien es copiosa y viva fuente del derecho, es inferior al derecho legislativo y auténtico en lo que á la claridad y rigor de la expresion se refiere. El desconocido sentimiento de lo necesario se manifiesta en la costumbre, pero la conocida voluntad de lo justo prefiere la ley, aunque, por otra parte, el derecho consuetudinario es ménos rígido que la ley, y más fácilmente se apoya en las condiciones existentes y en sus tácitas transformaciones.

La llamada *naturaleza de las cosas*, considerada como

fuerza del derecho, no es más que la fuerza de las inmanentes *relaciones reales* (físicas ó psíquicas), legadas al sentimiento del pueblo, que deben ser *reconocidas* como *normas éticas*, y que, en consecuencia, ejercen influencia y tienen valor jurídico. La naturaleza de las cosas obra desde el *principio*, mientras que las costumbres, por el contrario, sólo en las *consecuencias permanentes*.

El derecho no nace como extraño á las cosas, ni se desprende de éstas ni, por decirlo así, es por ellas repelido, sino que, en realidad es una forma determinada y una dirección de la misma existencia del *Estado, en cuanto es el derecho público*.

NOTAS. 1) El derecho consuetudinario ha sido en todo tiempo y en todas partes reconocido. *Ciceron*, de Invent., II, 22: «Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit.»—Præfatio legis Baiuvariorum: «Longa consuetudo pro lege habetur. Lex est constitutio scripta.» Sch-wabenspiegel 40: «Swa gout gewanheit ist, diu ist reht. Guotiu gewanheit unde rehtiu gewanheit daz ist diu wider geistlich reht niht enist unde wider gotes hulde noch wider manlichen èren, noch wider menschliches gewizen noch wider menschlichen triuwen noch wieder die selikeit der sèlen. Guot gewanheit ist als guot als geschriben reht » Puchta, Derecho consuetudinario, II, 8: «Resulta de estas consideraciones jurídicas que para el pueblo sirve la práctica casi como un espejo, en el cual reconoce su propia imágen.»

2) Segun Montesquieu, *Esprit des Loïs*, I, 1, 2, el derecho, en su más lato significado, no es más que las *necesarias relaciones* que se derivan de la *naturaleza de las cosas*, «Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses, et dans ce sens tous les êtres ont leur lois.» Por consiguiente, en este caso, el derecho supone, sin duda alguna, la primitiva creación, ésto es, la existencia de las cosas particulares, cuyas naturales relaciones conserva como reconocidas y protegidas, y *de las cuales* es ordenación. Cuando Schmidthener XII *Libros sobre el Estado* 1, pág. 241 dice: Montesquieu hubiera escrito con más propiedad «*qui constituent*» la nature des choses, falsea, digámoslo así, el pensamiento real del jurisconsulto francés. También Thiers (*De la propriété*, cap. 2) tortura por su parte, la idea de Montesquieu al quererlo corregir en estos términos: «Les lois sont la *permanence des choses*.»

## CAPITULO VII.

### E.—La ciencia.

El fin de la ciencia del Derecho no es producir un nuevo derecho, sino más bien *reconocer el ya existente*, por cuanto su esencial actividad no pertenece á las fuentes jurídicas sino que se limita, por el contrario, á beber sus aguas.

Mas, á pesar de todo, la ciencia tiene un valor *productivo*, en virtud del cual viene á ser, sin duda alguna, una *fuerza del Derecho*, y esto bajo dos puntos de vista.

En efecto, en primer lugar la ciencia no tiene con relación á las otras fuentes del Derecho tan sólo el carácter de receptiva, esto es, no recoge simplemente la materia del Derecho, sino que *trabaja* sobre él, y precisamente por este trabajo agranda quizás la esfera del Derecho existente. Así, por ejemplo, la ciencia deduce de las leyes las consecuencias, acaso no pensadas por el mismo legislador, que no por esto son simple deducción lógica, sino que al propio tiempo se conforman con todo el sistema legislativo, en cuanto no sólo pueden tener cierto fundamento interno, sino pertenecer también al orden jurídico interno; de otro modo, no sólo traslada á esfera más clara las normas jurídicas del derecho consuetudinario, sino que lleva á cabo otro trabajo, á saber, el de procurar convertirlas en derecho escrito.

En segundo lugar, también tiene importancia otro trabajo de creación verificado por la ciencia, el cual se explica por la naturaleza de las ideas jurídicas, es decir, que éstas, como tales, no pueden en *manera alguna* considerarse como *derecho real*, pues, su noción es completamente en sí y de suyo un trabajo libre de la ciencia sin influencia in-

mediata sobre el ordenamiento jurídico. Empero las ideas legislativas se convierten en derecho cuando, por decirlo así adquieren vida, esto es, cuando son *reconocidas* en el Estado como *reglas seguras* y adquieren por ende *valor positivo*. En efecto, de simples especulaciones filosóficas ó preceptos morales se convierten, mediante esta operacion, en *preceptos jurídicos*, puesto que son acogidas por la conciencia del pueblo como definitivas y obligatorias, al par que son puestas en práctica en el seno del Estado. Esta ampliacion del derecho existente tiene muchas veces lugar por medio de la legislacion *preparada* por la ciencia, que, por consiguiente, debe contarse entre las otras fuentes del derecho.

La ciencia, sin embargo, no debe confundirse en este punto con la doctrina, ni la laboriosidad científica debe circunscribirse á los tratados de los escritores. El hombre de Estado, que en público palenque literario desarrolla en sus discursos un principio y arrastra la opinion pública á que lo reconozca; el capitan que en su orden del dia expone las razones que le obligan á llevar al combate á las tropas que manda y con la enerjía de sus palabras destierra las vacilaciones y hace vuelva la fidelidad á los ánimos; el juez que para motivar su sentencia se apoya en un principio controvertido, hasta arrancar la aprobacion universal; el periodista que por medio de sus artículos dirige el sentimiento público y amonesta al Estado hasta hacer valer como derecho una proposicion que anteriormente no había sido aclarada ni introducida en la práctica jurídica, todos éstos, decimos, enriquecen por la vía científica el caudal del derecho existente. Mas esta laboriosidad de la ciencia se refiere con preferencia á los *hombres de Estado*, los cuales en todos tiempos, cuando verdaderamente han sido dignos de tal nombre, aunque no siempre en forma legislativa ni bajo el sello, digamoslo así, de la autoridad gubernativa, pero frecuentemente bajo la forma libre de la expresion científica, han enriquecido el *derecho de sus respectivas patrias*.

El *derecho científico* es afin con el *derecho consuetudinario*, y al par de éste se distingue del derecho legislativo y del derecho de tratados, por carecer de la forma externa que da á los anteriores suprema autoridad pública; mas, como él carece de *carácter oficial*, fundándose por lo contrario en la *libre manifestacion del derecho del pueblo*. Por esto, como aquel, es móvil, variable, dudoso, pero como el consuetudi-

nario, está lleno de vida. Con todo entre estas dos manifestaciones del derecho existe la diferencia de que el consuetudinario se funda principalmente en la *conciencia jurídica* del pueblo, *avivada por la llama de la inteligencia*. Por lo demas, el derecho consuetudinario guarda con el derecho científico la misma relacion que el legislativo.

Resulta, pues, de aquí que se deciden fácilmente las cuestiones sobre la validez del llamado *derecho natural ó racional*, mientras que éste es simplemente producto de la *especulacion individual*, como, por ejemplo, la república de Platon con sus guardias, no puede ciertamente tener pretensiones de valor real. Ni áun siquiera la prueba de que la opinion abstracta, en cuanto fundada en el derecho natural, sea por ende conveniente, puede bastar para establecer una máxima jurídica. La *teoria* por sí sola no crea manera alguna de derecho. Pero cuando en la esfera que le es propia nos encontramos con la *susceptibilidad* del pueblo para el reconocimiento de las proposiciones de derecho natural, y cuando la idea jurídica es al propio tiempo acogida por la conciencia popular y por su mediacion se reviste de fuerza coercitiva, entónces se convierte en *derecho*, sin que deba desconocerse que el momento *generador* del mismo se halla efectivamente en el seno de la *ciencia*, la cual se torna fecunda por la recepcion de la conciencia del pueblo.

Así mismo, en el derecho privado de los Romanos, hay una parte sumamente importante que precisamente fué engendrada por la ciencia, y existen doctrinas relevantes que directamente se apoyan en ideas de derecho natural que adquirieron gran importancia. Toda la doctrina sobre la negligencia (culpa), por ejemplo, tiene su origen en este trabajo científico que toma sus principios de la comunidad de la naturaleza humana á cuyo reconocimiento es acreedora. En el derecho público, esta fuente del derecho es tanto más importante cuanto que, más fácilmente y más en conformidad con la naturaleza del Estado, tiende á engendrar la condicion de que sea asimismo derecho la conciencia de la necesidad ética y su correspondencia en el Estado, en cuanto que es fin de éste dar fuerza externa á la idea jurídica reconocida como tal. De aquí es que los grandes estadistas se determinan, en cuanto las circunstancias lo aconsejan, segun las propias convicciones y los conocimientos que poseen del derecho natural.

NOTAS.—1.<sup>a</sup> San Pablo, en su Epístola á los Romanos, 11, 13-15, dice acerca del Derecho natural: «La obra de la ley sea escrita en el corazón de los paganos, y sea conforme á su conciencia de ellos.» Y Melanchton (Philos. mor.) llama al *Derecho positivo* próxima determinación (determinatio) del derecho natural. Esta *determinación* del derecho público natural, puede conseguirse por medio de la ley, de las convenciones públicas, de las costumbres y de la ciencia.

2.<sup>a</sup> Muy difícil es en casos determinados reconocer el momento de la generación del derecho, así como también lo es juzgar de los varios motivos que han cooperado á su producción. En alguna manera se asemeja á la generación humana; pero una vez que el derecho se manifiesta como fruto positivo de la vida pública, siempre podrá ser reconocida, con sólo mirar con ojo seguro y reflexionar después con ánimo libre de preocupaciones.

## CAPITULO VIII.

### TRÁNSITO DEL ORDENAMIENTO DE HECHO AL DE DERECHO.

Como en el derecho privado estamos acostumbrados á hacer distinción entre la propiedad y la posesión, así también es necesario hacerla en la posesión pública en contraposición con el derecho público, sin olvidar la distinción más general que existe entre el ordenamiento de *hecho* y el ordenamiento de *derecho*. La antítesis entre el Gobierno de *facto* y el de *jure* es la que más se distingue por su importancia, pero no debe considerarse como el único ejemplo de tal diferencia, en lo cual, se muestra evidentemente la analogía de la posesión y de la propiedad de derecho privado, con una sola diferencia, sin embargo, y es que siempre debe tenerse entendido que el Gobierno no es propiedad de una persona, ni significa posesión de cosas.

En dos casos la posesión pública debe ser considerada como derecho público. En primer lugar, cuando las *condiciones de hecho* (*status, quo res sunt*), prescindiendo de su fundamento jurídico, exigen *protección jurídica provisional*, contra las acusaciones violentas é ilegítimas, y además, cuando se restablece el estado anterior (*status, quo res fuerunt*) como, por ejemplo, la condición normal del 1.<sup>o</sup> de Enero de 1624, en la paz de Westphalia de 1648, para las relaciones confesionales de los Alemanes, como base del ordenamiento del derecho. También aquí podríamos traer á la memoria la analogía de los entredichos para la protección de la posesión; pero debemos guardarnos de la pura y simple aplicación de la doctrina del derecho privado que es inadmisibles.

En segundo lugar, aceptamos en toda su extensión que