

NOTAS.—1.^a 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.^a 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.^o 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

la fisonomía histórica de las cosas, en la sucesión del tiempo se trasmite correspondientemente á la fisonomía del derecho, originándose de este modo los títulos para la creación de una nueva organización jurídica.

La posesión tiene para el derecho público importancia aún mayor que la que posee con respecto al derecho privado; pudiendo convertirse en derecho real y más fácilmente en aquél que en éste, trabajando con mayor esfuerzo en favor de la *formación del derecho privado*. Esta diferencia no depende simplemente de las condiciones externas, porque frecuentemente las encontramos en el Estado faltas de fuerza suprema suficiente á impedir ó abolir la toma ilegal de posesión, mientras que en el derecho privado, el poseedor perturbado ilegalmente en su posesión ó arrojado de ella encuentra en la justicia legítimo amparo contra la violencia; pero su interno fundamento reside en la diversa naturaleza del derecho público y del derecho privado.

Sin embargo, el simple ejercicio de hecho de un derecho, por sí sólo no es suficiente, tanto en uno como en otro caso, para conceder á ese ejercicio el derecho ejercido. El simple *estado de hecho*, aún en el derecho público, no debe en manera alguna tomarse á la ligera como derecho; porque aún tratándose de derecho público, para la cesación del estado de posesión debe entrar en juego cierto *elemento ético-intelectual* del derecho. Pero mientras que en el derecho privado, prescindiendo de la toma de posesión de cosas faltas de dueño, que producen al punto la propiedad, el individuo que tome arbitraria posesión de lo que hasta entónces le fué extraño está siempre de frente á otro individuo autorizado, y por lo tanto, aquél viola la esfera particular y jurídica de éste, que, como persona privada, está para con él en la misma línea, mientras que, por el contrario, en el derecho público se manifiesta, en las varias aprehensiones de posesión de los derechos públicos, más frecuentemente la *fuerza de las naturales circunstancias* en el Estado, y, en defecto de conflicto, concurre también cierta *tutela posesoria* y un *reconocimiento* de parte del Estado, en cuyo propio cuerpo se ha operado la mutación. En la *asegurada continuidad* del estado de hecho se manifiesta la *necesidad siempre activa de las públicas relaciones*, necesidad que es *derecho público*.

Por la continuidad de un estado de cosas gradualmente

real, el ordenamiento jurídicamente ejecutado puede llamarse *prescripción del derecho público*. En el lenguaje jurídico alemán la palabra *prescripción* (*Verjährung*) no significa una institución jurídica ya establecida, sino más principalmente el sucesivo incremento de un estado de derecho, resultante de la continuidad de las condiciones de hecho, legitimadas por el tiempo. Debe, pues, admitirse la *prescripción de derecho público*, la cual, entiéndase bien, no es de la misma clase ni produce los mismos efectos que la prescripción de derecho privado (1).

Por esto, pues, como la palabra *prescripción* puede tan fácilmente inducir á error, toda precaución será poca en lo que á su uso respecta. La dificultad capital está siempre en el profundo conocimiento y alegación de los motivos que producen el cambio de la significación del vocablo. Por consiguiente, ántes de examinar esta cuestión juzgamos conveniente parar mientes en la contradicción que los dos sentidos extremos de la palabra encierran, estudiándola aquí bajo dos puntos de vista diferentes, ó exponiendo: 1) la teoría de los llamados *hechos consumados*; y 2) la teoría de la *legitimidad*.

1. La teoría de los hechos consumados se acomoda fácilmente á toda mutación de hecho, define como derecho toda fuerza que es externa, y así como no reconoce más derecho que el del triunfo momentáneo, así también no admite más error que el de la derrota. Toda rebelión merece á sus ojos castigo si fracasa en sus intentos; pero es realmente legal si alcanza la victoria. Toda usurpación es por ella condenada si muere en la demanda, así como es por ella reconocida si obtiene buen resultado. *El fenómeno mutable* es también á sus ojos única norma, aún con respecto

(1) Cuando San Bie, en su excelente obra intitulada *Legitimación de un poder usurpado del Estado*, no aprueba la anterior expresión para indicar la transformación del derecho público, pierde, acaso demasiado, de vista la prescripción del derecho privado. En éste, la buena fé (*bona fides*) requerida en la adquisición de la posesión, y que importa ignorancia de la ajena propiedad, no es aplicable al derecho público, puesto que aquí no se trata de derechos personales, sino de un estado público de derecho. Con esto, empero, va siempre unida cierta buena fé (*bona fides*), aunque en significado muy diferente del anterior, esto es, la fé en la necesidad de las mutaciones, en los que reclaman las reformas. Pero aunque en principio no existiese la fé de que tratamos, puede sin embargo, formarse más tarde, lo cual basta para la prescripción de derecho público.

al derecho. Déjase llevar por la corriente de la opinion y cambia de color y sentimiento por cualquier conmocion que en sí sienta. Quiere hacer creer que defiende el estado de cosas existente, mas en realidad lo va destruyendo. Se vanagloria de seguir siempre la viva trasformacion de las cosas, y, sin embargo, rinde generalmente homenaje tan sólo á lo que al presente tiene á la vista. No tiene manera alguna de fé en el valor moral del derecho ni conocimiento de ningun género de su naturaleza espiritual.

Por desgracia, para la universal seguridad jurídica, desde la Revolucion francesa hasta nuestros dias, sin tomar el carácter de los *hechos consumados*, esta doctrina ha hecho frecuentes apariciones en el continente europeo, arrancando aplausos á los más opuestos partidos.

Es verdad que bien merecen ser estudiadas por el derecho las trasformaciones efectivas de las cosas; pero el servicio fundamental de la doctrina que nos ocupa consiste en su modo parcial de ver, razon por la cual da mayor importancia á las manifestaciones externas, mientras que deja á un lado y no aprecia *elemento alguno ético-intelectual del derecho*. Solamente cuando la *conciencia jurídica del pueblo* aprueba la trasformacion, cuando se manifiesta en los nuevos fenómenos de la vida, sólo entónces, decimos, puede desarrollarse por semejante medio un nuevo derecho real. El conocimiento, exista ó no esta conciencia jurídica, es, sin duda alguna, en ciertos casos, muy dificultoso, mas no por esto tal dificultad puede evitar sea de toda necesidad el deber de reconocer este momento. Como criterios para llegar al apetecido fin, y, por consiguiente, como condiciones necesarias para el cambio de fisonomía real en el estado del derecho de que tratamos, ténganse en cuenta las reglas siguientes:

a) Miéntras en el Estado *exista abiertamente la lucha*, no prevalece aún la conciencia del temperamento jurídico de las nuevas condiciones, por potente que sea el partido que combate por introducir innovaciones. Como ejemplo, puede aducirse la dominacion napoleónica en España, desde 1809 hasta 1814, y la constitucion húngara en 1828.

b) Si en el Estado sobrevino el nuevo orden de cosas en un instante de victoria, pero las circunstancias y las disposiciones son tales que amenazan aún con la *renovacion de la lucha*, tampoco en este caso la posesion se convierte en

derecho inmutable. Ejemplo de esto es el imperio napoleónico de los cien dias en 1815, y la república romana de 1848 á 1849.

c) Es de particular importancia en esta materia, ó la *tácita permision* ó el *expreso reconocimiento* de las condiciones existentes por parte del órgano del Estado, que tiene el derecho y la obligacion de velar por este ordenamiento, y especialmente por parte del supremo poder, ó por parte del pueblo á quien afecta la mutacion. Ejemplo: el reconocimiento del rey Guillermo III en 1685 en Inglaterra; el de Luis Felipe, 1830; el de Napoleon III, 1852, en Francia, y las anexiones pruslanas, 1866, en Alemania.

d) Finalmente, es decisivo el *reconocimiento de derecho de gentes* por parte de los poderes llamados á defender la paz universal y el orden comun del mundo, de lo cual tenemos ejemplo en el reconocimiento de la revolucion belga en 1831 por el Congreso de Lóndres; el del rey Jorge de Grecia en 1863 por el protectorado; el del reino de Italia por Austria en 1866.

Cuando estas condiciones concurren en masa, entónces la nueva formacion del derecho se efectúa plenamente y la primitiva *usurpacion* se halla en capacidad de convertirse con el tiempo en *derecho real*.

2) La teoría *legitimista*, como con preferencia defiende el elemento ético intelectual del derecho, se coloca desde luego en oposicion con las manifestaciones de hecho, y contrapone el derecho firme á las variables evoluciones de los acontecimientos externos, por lo cual creemos sinceramente que tiene ciertas ventajas sobre la doctrina de los hechos consumados, pero, en su opuesto y parcial modo de ver las cosas, cae, al par de ésta, en la mera contradiccion de la naturaleza del derecho.

Tal cual se admite la palabra, se entiende por *legitimidad* simplemente la *legalidad*, y aún generalmente la *justicia* del orden del Estado; pero, aunque la verdad de este significado es incontestable, sin embargo, no hallamos solucion alguna á nuestro problema, cuando tratamos de averiguar cómo y bajo qué condiciones todo derecho realmente quebrantado muere en el trascurso de los años, miéntras que otra nueva autoridad del Estado, apenas realmente ejercida, se convierte con el tiempo en legitima.

Empero desde la *restauracion* europea de 1814-1815, bajo

el nombre de legitimidad se entiende otra cosa totalmente distinta. Entónces, cuando por primera vez la *revolucion* hizo desaparecer, ó, al ménos, sacudió en sus cimientos la régia potestad, que despues se quiso restaurar, bajo el nombre de *legitimidad* se entendía el más asegurado derecho de la dinastia real y de su jefe, para gobernar el territorio, en oposicion al significado de la palabra aplicada para designar la fuerza pública de la voluntad popular y para restringir el derecho del pueblo que, como revolucionario é ilegítimo, no podía ménos de ser sospechoso. En este sentido de la palabra se confundieron precisamente las ideas comprendidas en los números siguientes:

a) El culto á la *sangre real y del derecho de sucesion* como cosa preferible al derecho asegurado.

b) El influjo de las ideas *patrimoniales* que representaban al Estado como patrimonio del príncipe.

c) Cierta elemento *místico-religioso* de la bendicion divina. En este espíritu se informó la idea del Congreso de Viena tan de buen grado recibido en las córtes europeas. A los principios del año 20 se creyó que todos los Estados europeos habían encontrado en dicho elemento un sólido principio que seguramente colocaba á los Estados nuevamente restaurados bajo el patrocinio de las Grandes Potencias.

Al obrar así, no se notó que esta idea se confundía con los elementos que directamente contrarían las modernas Constituciones de los Estados:

a) Porque no se dió más luz para aclarar en la sucesion dinástica el mejor y más legítimo título de derecho que la suministrada por la eleccion del príncipe electivo, llevada á cabo segun los principios de la constitucion. Sin embargo, en la Edad Media, tanto el monarca déspota como la absoluta potestad del Papa, fueron poderes no ménos legítimos que los príncipes dinásticos que derivaban su soberanía ó su dignidad episcopal respectivamente del Imperio ó del Pontificado. Asimismo, en la república se hizo manifiesta la antítesis existente entre el régimen revolucionario y el constitucional, puesto que en la república se pusieron en juego elementos revolucionarios.

b) En segundo lugar, porque las ideas patrimoniales son siempre mal recibidas por el sentimiento moderno del pueblo y del Estado, como rancias y contrarias á la justicia, por

lo cual no se permite la creacion de ninguna legitimidad de hecho.

c) Por último, porque toda idea mística no sólo es ininteligible para los pueblos, sino tambien inadmisibile. Así, todo el que adora en la historia del mundo la divina intervencion deja en manos de la Providencia lo mismo absolutamente el cambio de sistema de gobierno del Estado y la exaltacion de un nuevo príncipe, que la continuacion de la dinastia más antigua.

Por otra parte, todo el conjunto de las ideas propias de la teoría legitimista, se presenta como irrealizable é irreducible á práctica. Ni aun en los primeros tiempos de la restauracion del Congreso de Viena, fué posible restituir á su primitivo estado todas las dinastías de la Edad Media. Despues de las protestas de Inglaterra y de los Estados aliados de América (doctrina de Monroe), fácil fué explicar que el principio de la legitimidad no era, como á los comienzos se creyó, aplicable á las colonias americanas y poderes constitucionales de Europa. Entónces tuvo lugar la revolucion griega contra el legítimo Sultan, 1822; la revolucion francesa contra los antiguos Borbones, 1830; la revolucion belga contra la casa de Orange, 1830. Los acontecimientos, en fin, del año 1848, los cambios del reino de Italia, 1859, 1866, 1870, y de Alemania 1866 y 1871, destruyeron toda la fé que acerca de tan inútil principio pudo en otros tiempos profesarse.

La teoría legitimista que se presenta como defensora de un principio de derecho, no sólo fundado en la moralidad, sino en el ideal, renuncia el espíritu vivificante del derecho. Quiere mantener intacta una forma muerta, y hace imposible la vida. Miéntras que para sus futuros fines conserva una mómia, desestima la necesidad y el progreso de la vida del Estado. El desarrollo de la historia es ininteligible para ella, y tornando sus ojos exclusivamente á lo pasado, no se da cuenta del progreso del tiempo presente. No puede dolerse de que la historia universal pase junto á ella sin tener en cuenta para nada sus estériles protestas, pudiendo, por consiguiente, aplicársele las palabras de Cristo: *Dejad á los muertos enterrar á sus muertos*:

No existe un solo Estado que pueda tener vida con semejantes ideas legitimistas, pues todo el órden universal de las cosas está contra ellas, y el juicio de la historia univer-

sal las ha condenado desde muy atrás. Para afrenta de todo esto, en nuestro siglo, se ha tenido la audacia de evocar nuevamente el aspecto de esta ya exánime legitimidad, en consecuencia de lo cual ha entrado la confusión en los espíritus, y con actos vanos y perniciosos, se ha hecho andar por falsos caminos á la práctica. Con estos principios, empero, aún no queda vencida la dificultad que hay en aclarar en general el cambio de la soberanía y del orden del Estado. En estos trances, los pueblos orientales acudían á la fe religiosa de que Dios ó los dioses mismos habían querido las revoluciones políticas que presenciaban. «Dios eleva y abate á los príncipes y á las naciones según su voluntad.» Para nosotros, sin embargo, que á la humana tratamos de aclarar el derecho público, de nada puede servirnos el recurso de acudir á la inescrutable voluntad de Dios.

Los antiguos Romanos acudían con el mismo fin á la voluntad del pueblo que consideraban como verdadera fuente de todo derecho público, y tenían el pronunciamiento del procónsul de una provincia, como abominable crimen de Estado. Pero cuando el procónsul insubordinado conseguía entrar triunfante en Roma y era reconocido, tanto por el Senado como por el pueblo, como legítimo emperador, desde aquel momento y en virtud de la legítima voluntad popular quedaba constituido en legítimo señor, mientras que el vencido antecesor dejaba de serlo.

Esta manera de ver las cosas corresponde en nuestros días al derecho público de las modernas repúblicas, habiendo sido proclamada esta idea en el hecho de la independencia de los Estados-Unidos de América, el 4 de Julio de 1776 de nuestra era. También otros muchos pueblos, aún monárquicamente regidos, se han apoyado en esta base, y cada cambio ha sido legítimamente llevado á cabo por haber variado la voluntad del pueblo.

Pero por lo que respecta á la constitución *monárquica* del Estado, nos salen, sin embargo, al encuentro algunas consideraciones importantes. Cierto es que aún en la misma monarquía debe tenerse muy en cuenta el asentimiento y en cierto modo la aceptación del pueblo, como elemento muy considerable para la nueva formación del derecho; mas con todo la voluntad del pueblo, esto es, de la mayoría de los gobernados, no puede, por consiguiente, destruir por sí solo el derecho hasta el presente existente del monarca, y fun-

dar una nueva soberanía, puesto que la constitución monárquica profesa solamente la unidad dinástica con la cámara popular, sin conceder á ninguna de las dos partes el derecho de transformar la constitución.

Parécenos que la solución del problema debe encontrarse en la *ley natural* de la *evolución*, pues, á más del derecho público, considerado en su existencia, tenemos que tener en cuenta el *desarrollo* que en él se manifiesta; porque el Estado tiene la historia de su propia vida, á cuya corriente se une, y, cuando en el trascurso del tiempo realmente se transforma manifestándose *absoluta y permanentemente* la marcha progresiva de los acontecimientos, entonces no sólo muere el derecho antiguo, sino que, como impracticable é inútil, desaparece de la haz de la tierra, dando lugar á que aparezca el nuevo orden de cosas y se manifieste en toda la plenitud de su vida.

El príncipe hereditario, una vez proscrito, pierde su derecho, no ya por el momentáneo obstáculo que pueda oponerse á su gobierno, sino por el estado de permanencia que hacen lleguen á perderse las probabilidades de que las cosas vuelvan á su primitiva manera de ser. El Estado vive sin este requisito, y en vano el monarca depuesto querría hacer valer algún derecho público contra la sociedad que lo arrojara de su seno. Asimismo el nuevo monarca que quizás ha llegado á empuñar las riendas del Estado por un acto de violencia, no pasa en un instante á ser príncipe legítimo ni aún siquiera en la sucesión del tiempo que trascurra desde la usurpación, á no ser que el nuevo orden del Estado sea generalmente considerado por la conciencia del pueblo como estable y absolutamente necesario.

NOTAS. 1. Niebuhr, *Historia de la revolución* I, pág. 212, dice expresamente: «Es innegable que vale para el derecho público la prescripción de la usurpación, como para el derecho privado la prescripción de la posesión.»

2. A mediados del siglo VIII, el papa Zacarias y la nación francesa dieron al mundo un importante y notabilísimo testimonio contra la falsa legitimidad, definiendo aquél el derecho: lo que puede dar valor al nombre del rey que ejerciese con independencia los oficios y la consolidada potestad real, y elevando, apoyado en este principio, á dinastía real la ducal de los Carlovingios, así como negando el título de rey á los Merovingios que desde

muy atrás tenían más la apariencia que la realidad del poder soberano.

3. El emperador José II de Austria, en su famosa carta al rey Federico II de Prusia sostiene las teorías legitimistas á favor del rey en sentido muy afin con la teoría de los hechos consumados: «Vuestra Majestad, decia, es monarca, y, en este caso, no le son desconocidos los derechos de la potestad régia. Mi empresa contra los Turcos no es más que una *legítima* tentativa para volver á tomar posesion de aquellas provincias que en el curso de los tiempos y como consecuencia de malhadados acontecimientos, fueron arrebatadas á mi corona. Los Turcos, y creo no son ellos solos, tienen por máxima de Estado: «*Recuperar en tiempos propicios lo que se hubiere perdido en tiempos calamitosos.*»

4. Brockhaus, en su obra, *Principio de la legitimidad*, impresa en Leipzig, 1868, propone la idea de la lègitimidad como idea de derecho, pero quiere defenderla como conforme con la moral (con la política). Desde un principio fué esta idea proclamada, poco más ó ménos, como lo fué despues, como idea de derecho, y creemos que no debe perpetuar su existencia como idea moral desde el momento que pierda aquel carácter primitivo. Pero cuando el referido autor aclara el título de posesion del poder público, presentándonoslo como título en un todo conforme á las leyes, despoja directamente de su carácter jurídico al más encumbrado de los derechos públicos, al llamado á defender á todos los demas, y lo equipara en un todo con el poder efectivo, y aún con la falta de derecho que impone la fuerza.

LIBRO SEGUNDO.

ORGANOS DE LA LEGISLACION Y LA LEY

CAPITULO PRIMERO.

HISTORIA DEL DESARROLLO DE LA CONSTITUCION REPRESENTATIVA.

1.—Dietas del Imperio francés. 2.—Parlamento inglés.

El espíritu humano ha trabajado por espacio de más de dos mil años hasta llegar, de la forma aún ruda de las antiguas asambleas populares, á la más perfecta formacion de los cuerpos representativos, sin que hasta hoy pueda decirse que ha llegado á poner cima á su obra.

I. Las antiguas *dietas del reino* de la Monarquía franca manifiestan por muchas relaciones importantes cierto retroceso hacia los comicios de las centurias romanas. Pero ni el método de las diversas clases y centros que en ellas tomaron parte estaba tan firmemente asegurado ni las consultas y votaciones se presentaban tan perfeccionadas como entre los Romanos, siendo tambien de notar que despues sólo tomó en ellas principalmente asiento la aristocracia de los señores tanto láicos como, eclesiásticos, siendo únicamente en casos muy excepcionales consultada la voluntad del pueblo, de suerte que, por regla general, tan sólo se le anunciaba la ley (1).

Pero bajo un punto de vista verdaderamente mucho

(1) Véase el tomo I, lib. VI, cap. II, sobre los empleos.