

## XIV

### **El Derecho: su naturaleza y desenvolvimiento.**

1.415. ¿QUÉ ES EL DERECHO?—El derecho es la voluntad del Estado, relativa á la conducta cívica de los que están bajo su autoridad. Esta voluntad puede ser más ó menos formalmente expresada: puede hablar como costumbre ó con declaración específica. Además, el derecho puede ser la voluntad de una comunidad de familias primitivas, como hemos visto en los primitivos períodos de la historia, ya de un Estado altamente organizado y plenamente auto-consciente, como en nuestros días. Mas para que el derecho exista es en todo caso necesario: 1) una comunidad orgánica capaz de tener una voluntad propia; 2) un cuerpo de reglas claramente reconocidas á las cuales la comunidad ha dado vida, carácter y eficacia, bajo forma de costumbres ó de decisiones expresas. El derecho es aquella porción de ideas y de hábitos establecidos, distinta y formalmente reconocidos por la autoridad y el poder del gobierno. La naturaleza de cada Estado tiene que refle-

jarse en su derecho: en su derecho además aparecerán las funciones de que aquél se encargue, y en él será posible leer su historia.

1.416. EL DESENVOLVIMIENTO DEL DERECHO: SUS FUENTES.—Por tal modo, el derecho lentamente, á veces de una manera desigual, pero por lo general siguiendo ciertas etapas necesarias, se desenvuelve con la evolución del carácter, de las aspiraciones y de la voluntad de la comunidad organizada, de quien es creación. Las fuentes de donde nace son tan varias como los medios por los cuales una comunidad orgánica puede constituirse y expresar su voluntad como cuerpo político.

1.417. 1. LA COSTUMBRE (1).—La primera fuente de derecho es la costumbre, y la costumbre se forma de una manera que no se puede determinar, salvo que resulta de una acción cooperativa de la comunidad entera, y no de la voluntad del rey ó del mandato del legislador. No siempre se forma del mismo modo, pero siempre descansa sobre el mismo cimiento, sobre la aceptación general de un cierto modo de obrar, que se estima mejor y más conveniente. Que la costumbre se origine en la formación casi accidental de ciertos modos de acción ó de un esfuerzo consciente de una parte de la comunidad, para ajustar su práctica más perfectamente á sus fines sociales y políticos, una vez formada y aceptada por la autoridad pública, se convierte en uno de los centros del derecho. Es difícil, si no imposible, descubrir el punto exacto en que la costumbre pasa del estado primero incoherente, en el cual sólo

---

(1) Adopto aquí la clasificación usual en las obras inglesas de jurisprudencia. V. T. E. Holland, *Jurisprudence*, p. 48 y sig.

tiende á llegar á ser objeto expreso y determinado de la comunidad, á la fase ulterior en que se convierte en derecho; pero podemos afirmar con seguridad que no llega á ser tal sino cuando está apoyada sobre una autoridad dentro de la comunidad. No es derecho si los hombres se sienten libres para no conformarse á ella.

1.418. Bajo el reinado del derecho consuetudinario, aquel estado de cosas que actualmente el derecho moderno estima conveniente suponer como cierto, existía; todos conocían lo que era el derecho. Los *hundred-moots* (teutónicos), por ejemplo (v. 835), las asambleas populares que intervenían en los procesos en el régimen político de nuestros antepasados, declaraban el derecho por el voto público; el pueblo mismo determinaba lo que era y debía ser aplicado. La costumbre se desenvolvió en los hábitos del pueblo; éste la creaba consciente ó inconscientemente: la conocía y la declaraba.

1.419. 2) LA RELIGIÓN.—En los tiempos primitivos costumbres y religión eran casi indistinguibles; las costumbres de un pueblo llevaban sobre cada una de sus líneas el sello de su religión. Y en las fases ulteriores del desenvolvimiento la religión fué aún fuente prolífica de las costumbres. Ninguna comunidad primitiva contenía crítica alguna que pudiera, ni aun en el de su secreto pensamiento, separar el derecho de la religión. Todas las normas de la vida tenían para el espíritu antiguo la misma sanción (v. 26). En su concepción no había reglas de moral y reglas políticas; las políticas, las morales y la religión eran partes no distinguibles de un gran derecho indivisible de la conducta. Ciertamente que la religión y la política tuvieron muy pronto ministros diferentes. Á menudo de nombre; aunque no siempre de hecho, el sacerdote era distinto del magistrado. Pero durante un largo período del desenvolvimiento, como hemos visto (v. 46, 53, 120, 250), la magistratura, ó retenía fun-

ciones sacerdotales, ó estaba dominada por normas que el sacerdote declaraba y custodiaba.

1.420. Así el derecho primitivo de Roma no fué más que un cuerpo de reglas de técnica religiosa, un sistema de medios de obtener derechos individuales á través de ciertas fórmulas religiosas apropiadas (v. 250); y el comienzo del movimiento del derecho romano hacia un sistema de justicia amplio y equitativo, se señaló cuando estas reglas de procedimiento se cambiaron, pasando de ser un secreto sacerdotal á ser un derecho publicado mediante la promulgación de las Doce Tablas.

1.421. 3) LAS SENTENCIAS.—Uno de los más fecundos, y á la vez quizá, de los más útiles medios de formación del derecho, en razón de su espíritu abierto, prudente al par que conservador bajo todos los sistemas, fué el magistrado, el juez. Él fué quien en sus decisiones reconoció y adoptó las costumbres y les dió el apoyo decisivo del poder público; él fué quien adaptó las disposiciones escritas de un modo continuo á los casos particulares, dándoles por tal manera la flexibilidad necesaria y un desenvolvimiento libre. Es la voz autorizada de la comunidad, en su tarea de especificar la aplicación del derecho; y al hacer esto, como intérprete, necesariamente tiene que elaborar el derecho. Deliberada ó inconscientemente, explicándolo ó aplicándolo, lo moldea y extiende. Su función legítima consiste en leer el derecho á la luz de su propio juicio consciente y probo, y buscar lo que es más razonable y justo en las costumbres, lo que hay de más práctico y racional ó equitativo en la legislación.

1.422. Este derecho «obra del juez» es el que se encuentra y se busca con tanta diligencia en las innumerables colecciones jurídicas citadas en nuestros tribunales. Salvo en circunstancias extraordinarias, nuestros tribunales y los de Inglaterra siguen siempre las decisiones dictadas en casos análogos por los tribu-

nales de igual jurisdicción y del mismo Estado. *A fortiori* siguen las decisiones de los tribunales superiores; por tal manera están como ligados. En los tribunales del continente europeo, por el contrario, las decisiones se consideran como una expresión importante de la opinión, pero no con una autoridad exclusiva; se las toma en cuenta sobre poco más ó menos como nuestros tribunales ó los de Inglaterra toman las de los otros tribunales de otros Estados que hubieran procedido según su derecho ó bajo circunstancias similares.

1.423. 4) LA EQUIDAD.—La equidad también es una labor jurídica del juez, pero no por vía de interpretación, sino por vía de adición á las leyes ya existentes. Los tipos más notables de semejante derecho son las decisiones del pretor romano (v. 258, 260) y la del canciller de Inglaterra (n. 847). Esas decisiones se dictaban para resolver cuestiones no previstas por el derecho vigente. El pretor declaraba, por ejemplo, que admitía para en adelante que se garantizasen los derechos de propiedad, de contratación, del matrimonio, etc., mediante formas menos rigurosas. El canciller de Inglaterra, de una manera análoga, como guardián de la conciencia judicial del rey, proporcionaba remedios adecuados para aquellos casos para los cuales no había en el *Common Law* un proceso dado y propio, y permitía así á los litigantes librarse de la rigidez ó formalismo excesivo del derecho citado y hacer respetar sus derechos de un modo substancial en muchos casos, sin dificultades técnicas.

1.424. Luego que las decisiones oficiales de los pretores fueron codificadas por el pretor Salvio Juliano, en la época en que el emperador Adriano y más tarde cuando se las llevó al Código de Justiniano el *Corpus Juris civilis*, la «equidad» del pretor se hizo tan rígida y determinada como la ley que había venido á enmendar y á mejorar. Del propio modo, los Códigos

de nuestros Estados, muchos de los cuales han fundido el derecho y la equidad, haciéndolos aplicar por los mismos tribunales y con el mismo procedimiento (v. 1.164) han dado á la equidad la sanción y consiguientemente la fijeza del derecho escrito. El *English Judicature Act* de 1873, que reunió como en un sistema homogéneo los tribunales del *common law* y de la *equity* (v. 920), muestra también que existe en Inglaterra una tendencia en la misma dirección. Las decisiones de equidad son menos necesarias ahora que la legislación está en actividad constante, modificando la ley antigua y creando nuevas leyes y en caso de necesidad, nuevos procedimientos.

1.425. En el mismo lugar que la equidad deben clasificarse las numerosas «acciones ficticias» inventadas por los tribunales del *Common Law*, y las cuales, por medio de litigantes ó transacciones imaginarias, que se tomaban como reales, permitían hacer cosas ó adquirir derechos que no hubieran sido posibles bajo el proceso positivo del *Common Law*.

1.426. 5) LA DISCUSIÓN CIENTÍFICA.—Las opiniones cuidadosamente formadas de ciertos sabios, han sido aceptadas con frecuencia como decisivas en el derecho; pero esto ocurrió con más frecuencia que en nuestro derecho en el romano (v. 273-277), aunque tengamos nuestros Coke, nuestros Blackston, nuestros Story y nuestros Kent, á los cuales atienden con el cuidado mayor posible nuestros tribunales. La función propia de la ciencia jurídica es interpretar el derecho, no fragmentariamente, por casos, como los tribunales, sino de suerte que todas sus partes converjan á su desenvolvimiento como doctrina, y se constituyan como miembros de un sistema vivo en el pensamiento y en la práctica; da al derecho sistema, estudia las condiciones y formas de su génesis y desenvolvimiento, y ayuda á los tribunales y á la legislación en su labor de adaptación y de creación.

1.427. 6) LA LEGISLACIÓN.—La determinación de-

liberada de un nuevo derecho, la cual se llama legislación, es para nosotros en estos tiempos, la más familiar, á la vez que la más prolífica de las fuentes del derecho. Entre nosotros, la legislación es la obra de cuerpos representativos casi exclusivamente; pero la representación no es una parte de carácter esencial del acto legislativo. Las magistraturas absolutas, ó los reyes, han sido en todas las etapas de la historia, bajo uno ú otro sistema, legisladores. Bajo la sanción de la costumbre ó bajo las creaciones más artificiales de constituciones altamente desenvueltas, padre ó pretor, rey ó arconte, todos fueron legisladores. Además, las asambleas legislativas de hombres libres, que en Grecia y en Roma constituían la autoridad legislativa, no eran representativas, sino cuerpos primarios, como las *landsgemeinden* de los pequeños cantones suizos.

1.428. El principio de la representación viene con los germanos, y con el desenvolvimiento crítico de las instituciones del mundo moderno han surgido nuevas fases para la legislación. El derecho moderno ha provocado la formación de esas grandes corporaciones privadas, cuyos estatutos ó reglamentos constituyen lo que muy bien podría llamarse acción legislativa privada. Nosotros hemos dado, según el mismo modelo, las cartas de los gobiernos con legislaturas que actúan bajo la acción especial de su poder legislativo (v. 1.024, 1.088, 1.089, 1.092 y 1.369). La legislación ha alcanzado y tiene aún un notable desenvolvimiento, y es ahora el medio casi exclusivo de formular un nuevo derecho. La costumbre á la manera antigua que nos ha dado el gran *Common Law*, ha sido, en no pequeña parte, sustituida por los actos legislativos: la religión obra aparte, dando leyes sólo á la conciencia; las sentencias están cada día más determinadas por la codificación; la equidad se

pierde en el derecho mismo bajo la forma de sus textos; la discusión científica se limita á señalar la jurisprudencia; todos los medios de formular el derecho tienden á ser absorbidos por la fuente principal y creciente, por la legislación.

1.429. OTRA VEZ LA COSTUMBRE.—La costumbre ha vuelto á intervenir otra vez bajo un nuevo aspecto y con un nuevo método. Los jueces se han convertido en los representantes reconocidos y autorizados de la equidad y de la adaptación interpretativa del derecho consuetudinario y legal: los escritores científicos han logrado el poder de dilucidar y desenvolver sistemáticamente los principios legales: la creación de la mayor parte del derecho ha pasado á ser obra deliberada de las asambleas, á quienes se encomienda el encargo de actuar por la comunidad; pero la costumbre mantiene y conserva su parte directiva y hasta imperativa en la historia legal. La costumbre, ese movimiento silencioso é inconsciente, pero no por eso menos importante, del pensamiento de la comunidad, es la que señala los cambios de circunstancias ocurridos, cambios que los jueces, sin su sanción, no tendrían ni podrían tener en cuenta, en la aplicación de los antiguos textos, y á los que los legisladores han dado eficacia, por derogación ó por disposiciones nuevas. Las leyes resultan letra muerta, porque la silenciosa pero observada é imperativa costumbre, evidencia la frialdad de su letra y la inaplicabilidad de sus disposiciones, Además, la costumbre jamás cesa de penetrar en la práctica legal. Y aunque nada tenga que ver con el lado formal del derecho, con su acción sobre congresos y parlamentos, construye una gran parte de las grandes constituciones—v. 871, 1.326, 1.334, 1.335.—Mantiene constantemente la gran fuerza del presidente y de la opinión, la

cual obra á diario, bajo todas las formas de gobierno, sobre el contenido y la administración de derecho. La costumbre es el hábito con otro nombre; y el hábito, en su desarrollo, que continuamente se adapta por sí mismo á las exigencias del derecho formal, forzándolo á tener en cuenta su penetrante influjo. El hábito, así puede considerarse como el gran derecho dentro de cuyos límites las leyes surgen. Las leyes pueden extenderle, pero muy poco fuera de sus límites. Pueden ayudarle á ampliar por grados su esfera y á modificar lentamente sus prácticas, pero no pueden romper impunemente con él.

1.430. La historia de Francia durante el pasado siglo XIX ofrece un notable ejemplo de este principio, en el campo del derecho constitucional. Allí hemos podido presenciar este espectáculo singular é instructivo: un pueblo que se ha hecho una democracia en espíritu, por la obra de una filosofía política especulativa, y que adopta constitución tras constitución, creadas según la imagen exacta de aquel espíritu. Pero sin tener al principio ningún hábito democrático, ninguna costumbre democrática. Tales hábitos se han ido desenvolviendo al propio tiempo que la acción de la autodirección local; la idea democrática ha penetrado hasta las poblaciones rurales, con su cuerpo de hábitos, único modo de llegar á semejantes espíritus. Las constituciones y la costumbre han avanzado así juntas: las constituciones obligadas á aceptar los precedentes más bien que la doctrina como base, la experiencia más bien que las concepciones filosóficas abstractas, y los hábitos constreñidos á sufrir el influjo del derecho escrito. Por eso ahora, según el lenguaje de uno de sus escritores, Francia tiene «una constitución que es la más breve por su texto» —esto es, que deja más á las adaptaciones,— «la *más consuetudinaria en sus aplicaciones*, la de más natural expresión de nuestros hábitos y de la fuerza de las circunstancias» de cuantas ha poseído (1). Ciertas instituciones demasiado

---

(1) Alberto Sorel, *Montesquieu*, p. 200-201.

teóricas en sus bases para vivir por sí, han provocado, sin embargo, una *atmósfera* de espíritu y de hábitos en los franceses; esa atmósfera ha influido en la vida de Francia, y la vida en ella. El resultado á que algún día se llegará será la libertad normal, la vitalidad y el vigor positivos, la virilidad cívica.

1.431. CARÁCTER TÍPICO DEL DERECHO ROMANO Y DEL INGLÉS.—El derecho romano y el inglés son especiales y típicos, entre los sistemas jurídicos de la Europa occidental, por la libertad y la individualidad de su desenvolvimiento. El *jus civile* de Roma fué, en verdad, modificado por el influjo del *jus gentium*: recibió su filosofía de Grecia, y tomó su color de un centenar de fuentes diversas, y el derecho inglés, á pesar del aislamiento insular de su casa, recibió su sistema de jurado y muchos otros influjos del continente, habiendo sido influido, quizás inconscientemente, en los desenvolvimientos, por la omnipotencia del derecho romano. Pero el derecho inglés y el romano han sido menos afectados y coloreados que otros sistemas, por influencias extrañas, y han presentado al mundo lo que puede tomarse como un cuadro de la evolución natural, normal, sin mezcla del derecho.

1.432. EL ORDEN DEL DESENVOLVIMIENTO JURÍDICO.—Según atestigua la historia de estos sistemas, el orden en que yo he colocado las fuentes del derecho, no representa el orden fijo ni el desarrollo histórico. La costumbre, por ejemplo, se indica como la primera fuente del derecho, pero la religión es contemporánea de la misma é igualmente prolífica, y en algunas fases del desenvolvimiento nacional, son casi una fuente idéntica; la sentencia interviene casi al mismo tiempo con autoridad propia, y desde una época lo más remota está en el mismo lugar que la equidad. Únicamente la legislación, la organización consciente y deliberada

del derecho, y la discusión científica, el desenvolvimiento razonado de los principios, esperan una fase avanzada del desarrollo en el cuerpo político, para hacer ver su influencia en la obra del mismo. En Roma la costumbre se separaba difícilmente de la religión é impedía el conocimiento de sus principios, recogiénolos en lo íntimo de una clase sacerdotal privilegiada; entre los ingleses, por el contrario, la costumbre se declaraba en la asamblea del pueblo por el voto del pueblo, como es posible que se hiciera entre los antepasados de los romanos. En Roma y en Inglaterra, se añadía al influjo del magistrado, que adoptaba y extendía la costumbre en sus sentencias, el de otro magistrado—pretor ó canceller,—que procuraban al derecho los principios y las prácticas flexibles de la equidad. Y en ambos países la legislación llegó á ser eventualmente la única fuente del derecho.

1.433. Pero, en Roma, la legislación se desenvolvió bajo circunstancias enteramente romanas, y de las cuales la historia inglesa no puede presentar ningún paralelo. Roma dió á la discusión científica una preeminencia de que jamás gozaron los legistas filósofos de Inglaterra. Las opiniones de los juriconsultos distinguidos tenían una autoridad casi decisiva ante los tribunales, y aun en los días de la codificación, entraron con las grandes leyes y los decretos importantes en el cuerpo de los códigos del imperio. La legislación de las asambleas populares, que los ingleses han podido conocer tan fácilmente, fué reemplazada en los días del imperio por los edictos y códigos imperiales que la legislación inglesa jamás ha conocido, y los grandes juriconsultos presidieron la formación de esos códigos y edictos. La única cosa en la práctica legal inglesa, que ofrece paralelo con el influjo de los legistas de Roma es la

autoridad alcanzada por las opiniones judiciales. Aquel cuerpo extraordinario de precedentes, que ha llegado á constituir una parte de la substancia del derecho inglés como los estatutos del reino, puede considerarse como la contribución de la profesión legal en el derecho de Inglaterra.

1.434. Savigny ha procurado indicar en la historia de cada pueblo, una infancia en la cual el derecho está lleno de complejas curiosidades; un período de formación de procedimientos y de símbolos, dotados de mística influencia; un período de adolescencia en el cual una clase especial de juristas prácticos aparece, y el derecho comienza á recibir un desenvolvimiento consciente; una juventud vigorosa en la cual la legislación trabaja para extender y mejorar la obra legal, y una edad de vejez que se entretiene con los cambios arbitrarios y externos de sistema legal, y acaba por morir bajo la letra de la ley (1).

1.435. LAS FUERZAS QUE OBRAN EN EL DESENVOLVIMIENTO DEL DERECHO.—Las fuerzas que crean y desenvuelven el derecho son, como se ve, las mismas que influyen y obran en el desenvolvimiento nacional y político. Si ese desenvolvimiento provoca la caída de las formas monárquicas de gobierno, si las circunstancias en medio de las cuales vivió el pueblo desarraigan los hábitos de autonomía y establecen hábitos de sumisión á una autoridad única central colocada al frente de un Estado compacto, esta autoridad será la única que formule y dé fuerza al derecho. Si, por el contrario, el desenvolvimiento nacional ha sido favorable y normal hasta habituar al pueblo á la confianza en sí propio y á la autonomía, y si el pueblo no se ha mani-

---

(1) Bluntschli, *Geschichte der neueren Staatswissenschaft*, ed. 1881, p. 627 y 628.

testado inclinado á establecer una gran concentración del poder, en favor de un poder parcialmente responsable tan sólo, el derecho será obra, naturalmente, por medio de un instrumental ó de otro, de la nación: *vox legis, vox populi*. Pero en un caso, casi lo mismo que en el otro, el derecho expresará, no la voluntad arbitraria, propia, original del hombre ó del cuerpo de hombres por quien se formule, sino las reglas que la nación ha preparado en virtud de sus hábitos y fijado por una aceptación preferente. La función de los que hacen la ley es una función interpretativa, de formular más bien que de crear; ninguna de las expresiones que definan podrá alejarse eficazmente de las líneas en que se mueva la vida nacional. El derecho de la creación, no de los individuos, sino de las necesidades especiales, de la oportunidad particular y de los peligros y desgracias propias de las comunidades. Ningún legislador puede introducir forzosamente en su pueblo ley que no le haya sido, de alguna manera, sugerida por las circunstancias ú opiniones de la nación á quien se destine. Los directores, en todos los Estados, ejercen la soberanía de la comunidad, pero no pueden ejercer otra. La comunidad asentirá al poder que el magistrado se arroga, pero no puede hacerlo independiente de ella misma.

1.436. También en esto nos ofrece Francia un ejemplo muy bueno. Tenemos en ella una confirmación viva de esas verdades en el establecimiento del segundo imperio. El pueblo francés no fué engañado por Luis Napoleón. Los franceses no ignoraban que fracasaba el *selfgovernment* que deseaban obtener: querían el orden y la normalidad en lugar de la revolución y de la perturbación política, y siguieron el camino más sencillo, el más directo y evidente para el efecto que deseaban. Las leyes de Napoleón han sido, en rigor, obra propia de ellos.

1.437. EL PODER DE LA COMUNIDAD DEBE SER EL SOSTÉN DEL DERECHO.—El derecho de cualquier Estado puede parecer que resulta del mandato de una minoría sólo de los que componen el Estado: puede aún por su forma no ser más que la expresión de la voluntad de un déspota; pero en realidad, las leyes que provienen de la autoridad arbitraria ó despótica de unos pocos, que ocupan las funciones centrales del Estado, nunca podrán tener su pleno efecto si detrás de ellas, bajo una forma ú otra, no está el poder de la comunidad. Que haya un poder activo organizado que se mueve por sí é interviene por sí mismo, ó un simple poder inerte, pasivo, como un fuerte sostén de la gran autoridad absoluta, el poder de la comunidad debe servir de soporte al derecho ó el derecho no tendrá eficacia. Las bayonetas de una minoría no pueden resistir con éxito por mucho tiempo la desobediencia persistente de la mayoría. Ó la mayoría asiente, ó la ley es nula.

1.438. Este principio está fuertemente apoyado en la ineficacia de las leyes represivas inglesas en Irlanda. El consentimiento de la comunidad irlandesa no está tras ellas, aunque sí lo está la fuerza de Inglaterra: y, al fin, las leyes fracasan, como todas las leyes que no cuentan con la aquiescencia pasiva de aquellos á quienes se refieren.

1.439. No parece razonable dudar que el poder del zar de Rusia, vasto y arbitrario como parece, deriva la fuerza del pueblo ruso. No es el poder personal del zar: es su poder como jefe de la iglesia nacional, como representante semisagrado de la raza, en su desenvolvimiento y organización histórica. Su raíz se hunde en el suelo resistente y nutritivo de la inmemorial costumbre. El zar representa una historia, no un capricho. Temporalmente viven déspotas, como Napoleón primero, que llevan las naciones cogidas, aprovechando su amor á la gloria, su sentido del honor y de la dignidad, su ardor por lo grande y su deseo de orden.

1.440. ES EL DERECHO UN ESPEJO DONDE SE REFLEJAN LAS CONCEPCIONES Y Á LA VEZ UNA FUERZA ACTIVA.—Considerado desde un punto de vista abstracto, el derecho es un cuerpo de principios, y como una especie de espejo donde se reflejan las concepciones que imperan en las relaciones éticas y sociales de las comunidades, en que aquél es aceptado. Pero el derecho además es una fuerza activa, una expresión de la voluntad. No es meramente un cuerpo de opiniones: es también un cuerpo de reglas prácticas que actúan. Ejerce un impulso ético y físico. Entraña: 1) Una *obligación*, hasta donde es recibido como justo y útil. Es una fuente de convicciones y motivos, en la proporción en que es aceptado como verdad. Esta fuerza ética es su principal fuerza, su fuerza para la mayoría. Influye diariamente en mover á los hombres hacia lo que conciben como contrario á sus intereses individuales. Y eso, aun cuando la ley sea injusta en alguna de sus partes, siempre que sea mirada en total como justa. 2) Para la minoría que no cede á su fuerza moral, ni siente sus impulsos morales, entraña un *deber*, y habla severamente del poder del Estado. Este poder no es bastante grande para aventurarse á decir «debéis» á una mayoría predominante del pueblo. En los casos de conquista, es verdad, como la de la Inglaterra por los normandos, un impulso actual físico puede obrar durante un largo período, aun contra una mayoría numérica, y el derecho puede parecer en posesión de una fuerza ética á la minoría tan sólo. Pero generalmente el impulso se contrae al campo del derecho público, en tales casos, y resultan entonces mayorías de ausentes, para los cuales las mayorías se cuentan, no por el número, sino por la capacidad.

1.441. EL DERECHO ROMANO COMO EJEMPLO.—El

derecho de Roma ofrece en este respecto un ejemplo admirable, del carácter normal del derecho. Un pensamiento capital del derecho romano era el de que él era la voluntad del pueblo romano. La libertad política de los romanos consistía en la condición de miembro del Estado, en su consiguiente participación, directa ó indirecta, en la elaboración de la ley. Como individuo estaba subordinado á la voluntad del Estado; pero su voluntad como ciudadano libre era una parte de la voluntad del Estado: el Estado expresaba su soberanía: era una parte integrante de la comunidad orgánica, su poder tenía su realización en la absoluta *potestas et majestas populi*. Esta voluntad gigante del pueblo, que habla á través de los órganos del Estado, constituía un poder absoluto, que dominaba por completo al individuo; pero los derechos individuales se reconocían en la *igualdad* de la ley, en su tendencia á tratar igualmente á altos y bajos, á fuertes y á débiles, y por tal manera era como los romanos reconocían la libertad individual.

1.442. PODER DE LA COSTUMBRE.—Los legisladores, aunque ejercían la soberanía de la comunidad, se fundaban en las costumbres de los llamados «súbditos». Si son de la misma raza, y si han tenido la misma historia que aquellos á quienes van á gobernar, el acomodamiento de sus actos á los hábitos nacionales será en gran parte inconsciente: porque tales hábitos circulan por sus propias venas al igual que por las del pueblo. Si son invasores ó usurpadores, temen violentar demasiado los prejuicios y las prácticas tradicionales de la nación, si proceden sin precaución y prudencia. En todo caso, su actividad se mueve sólo sobre la superficie, sin pretender trastornar la vida popular. Toman disposiciones arbitrarias relativas á los individuos, pero no

pueden cambiar la vida de la masa: sólo pueden efectuar cuidadosamente, y poco á poco, medidas capaces de impulsar, de una manera insensible, al pueblo ó modificar su antiguo rumbo para tomar nuevos métodos y tener nuevas aspiraciones. Las costumbres de una nación son el material con el que el legislador trabaja, y sus cualidades constituyen las limitaciones de su poder. Pero se trata de un material difícil y peligroso. Si aquél se aventura en la obra sin tenerlo en cuenta, le obligan á tenerlo presente, si intenta acomodar la costumbre á los nuevos usos, desbaratará sus planes; si procede con violencia, se romperá en sus manos dominándolo. No tiene la soberanía, sino tan sólo la dirección.

1.443. CARÁCTER NACIONAL DE LA EXPRESIÓN DEL DERECHO.—No hay derecho universal, sino que cada nación tiene un derecho suyo propio, que lleva en sí las señales evidentes de que se ha desenvuelto con el carácter nacional, el cual refleja la vida especial del pueblo dado, y entraña las opiniones sociales y políticas del mismo (v. 1.431). El déspota puede ser rudamente arbitrario: puede violar todo principio de derecho en su aplicación de la ley á los casos particulares; pero la ley, los principios que viola ó sigue á su arbitrio, los toma del pueblo que gobierna, los extrae de sus costumbres y de su historia. Lo que cambia es simplemente la aplicación, no los principios de justicia; y cambia la aplicación tan sólo con referencia á un número relativamente pequeño de individuos, contra los cuales siente odio ó que no son de su devoción. No puede trastornar violentamente la marcha normal del derecho nacional.

1.444 DERECHO GERMANO.—Tenemos en el derecho germano un ejemplo del influjo del carácter nacional sobre el sistema legal, tan curioso como el ofrecido por

el mismo derecho romano, ejemplo que es de los más instructivos cuando se le relaciona con el anterior, á causa de los contrastes intensos que existen entre las concepciones legales de Roma y de los germanos. Aunque asemejándose á los romanos por su práctica y sagacidad políticas, y por sus aptitudes jurídicas, los germanos tenían concepciones muy diferentes sobre el fundamento y la naturaleza del derecho. Su derecho no levantaba tan alto el poder público y, por consiguiente, no proclamaba la realización de una tan intensa unidad orgánica. El germano tenía, por decirlo así, su individualidad fuera de la ley; sus derechos no eran relativos, sino absolutos, substantivos. El objeto de la política más bien consistía en dar efectividad á la dignidad y libertad del individuo, que en edificar una comunidad compacta y dominante. El derecho germano, según esto, no se preocupa con la igualdad sistemática, sino que procura que se afirme tan plenamente como sea posible, la existencia de aquella individualidad, lo que debe provocar necesariamente la desigualdad. Era un arma zón flexible á propósito para facilitar el desenvolvimiento de las fuerzas individuales. No posee la energía orgánica, la fuerza unificada y triunfante del sistema romano; pero favorece de una manera amplia la variedad de manifestaciones individuales. Y, como el derecho romano, se apoya en el carácter nacional, viniendo á proporcionar á la historia de Europa lo que el sistema romano no podía darle.

1.445. LA SOBERANÍA: ¿QUIÉN HACE EL DERECHO? —Si, pues, el derecho es un producto del carácter nacional, si el poder de la comunidad debe ser quien le dé eficacia y las costumbres de la localidad quien le preste realidad, ¿dónde reside la soberanía? Y resida dondequiera, ¿qué es la soberanía? Son éstas manifiestamente

cuestiones de gran importancia y complejidad, pero que deben estimarse como capitales, por quien trata de conocer la naturaleza y génesis del derecho. Lo mejor será procurarnos respuestas por medio de ejemplos.

1.446. En Inglaterra se dice que la soberanía está en el poder legislativo: en el Parlamento, actuando con la aprobación de la Corona ó, para no separarse y hacer honor á la ficción legal, en la corona, actuando con el asentimiento del Parlamento. Todo lo que un *Act of Parliament* prescribe es ley, aunque contravenga cualquier principio constitucional ó de mero derecho privado, reconocido antes de la aprobación del *Act* como inviolable. Tal es la teoría. El hecho bien notorio es que el Parlamento no hace nada que parezca contrariar los principios consagrados en la esfera del privilegio constitucional ó del derecho privado. Si el Parlamento violase semejantes principios, la acción sería rechazada por la nación, su voluntad no llegaría á ser ley y pasaría inmediatamente al limbo de las cosas reprobadas; el mismo Parlamento sería purgado de sus miembros ofensivos. El Parlamento es el amo, puede dictar mandatos eficaces, siempre que interprete ó, por lo menos, no se oponga á los deseos del pueblo. Sea ó no posible decir con aquellos que insisten en mantener las reglas de una lógica abstracta, que la soberanía del Parlamento está limitada *de jure*, esto es, en derecho, es manifiestamente cierto que la soberanía del Parlamento está más imperativamente limitada *de facto*, de hecho. Su poder efectivo no es más amplio porque tenga un campo libre *de derecho*, si el campo en el cual realmente se mueve, está eficazmente limitado por hechos bien determinados.

1.447. Se dice también, aparentemente después de haber considerado los hechos, que la soberanía en Ru-

sia corresponde al zar, señor supremo de «todas las Rusias». Que su voluntad es ley lo atestigua Siberia y lo reconoce el nihilismo. Pero ¿es que no hay *de facto* ningún límite á su supremacía? ¿Hasta dónde llega en la dirección de la construcción de las instituciones? ¿Hasta qué punto podría otorgar con éxito á Rusia las instituciones, y á los rusos las libertades, de los Estados Unidos y de su pueblo? ¿Cómo tal reforma se incorporaría al derecho? Sólo en cuanto se acomodase á la vida, su palabra sería obedecida. Únicamente hasta el punto que la costumbre rusa, habituada durante siglos á obedecer á una burocracia, pudiera responder á tal invitación. Sólo, en fin, se aceptarían de ese modo las nuevas instituciones. La medida de la soberanía del zar está en las costumbres de su pueblo, y no sólo en ellas, sino en su actitud y en las disposiciones de sus funcionarios. Sus concesiones al ejército, á los prejuicios de su corte y al temperamento de la masa de sus súbditos, los medios con que cuenta para huir del asesinato y de la revolución, he ahí lo que señala claramente los límites de la soberanía.

1.448. Y he ahí cómo la soberanía, idealmente concebida en la teoría legal, nunca existe positivamente. La soberanía que existe es algo mucho más vital, y como la mayoría de las cosas vivas, muy difícil de concebir. Es la voluntad de una comunidad independiente organizada, la cual voluntad obra por mera aquiescencia ó en la creación activa de las fuerzas y condiciones de la política. Los reyes ó parlamentos, que sirven de intermediarios de la misma, no la poseen. La soberanía reside en la comunidad; pero sus órganos, ya sean los supremos magistrados, ó las legislaturas, ó las clases privilegiadas, son tan variados como las condiciones del desenvolvimiento histórico.

1.449. CIERTAS CONCEPCIONES LEGALES UNIVER-  
SALES.—La correspondencia entre el derecho y el ca-  
rácter nacional, su base en la costumbre nacional, no  
priva al derecho de toda característica universal. Antes  
posee no pocos caracteres comunes entre todos los pue-  
blos civilizados. Al igual que los romanos pudieron re-  
coger, entre los diversos sistemas de derecho existentes  
en los pueblos sometidos del Mediterráneo, cierto nú-  
mero de máximas generales de justicia, con las cuales  
construyeron los fundamentos del *jus gentium*, así hoy  
los juristas pueden descubrir en todos los sistemas de  
derecho ciertos juicios de moral común, una cierta de-  
mostración de unidad de pensamiento, con respecto á  
los grandes principios de equidad. Hay una conciencia  
legal común en la humanidad.

1.450. Así, por ejemplo, el carácter sagrado de la vida hu-  
mana, entre todas las naciones arias, por lo menos, la santidad  
de las relaciones más próximas de familia; en todos los sistemas  
algo desenvueltos, la diferencia entre lo «mío» y lo «tuyo»; la  
obligación de cumplir lo prometido; muchos deberes evidentes  
de hombres á hombres sugeridos por la conciencia universal  
de la raza, tienen una consagración en los sistemas todos.  
Algunas veces las semejanzas en los sistemas más apartados  
por razón del tiempo y del espacio, resaltan aun en los detalles  
de pura solemnidad, como la transmisión simbólica de la pro-  
piedad y en muchos casos de derechos personales y de obliga-  
ciones.

1.451. EL DERECHO Y LA ÉTICA.—Sin embargo, de  
todo esto, de que el derecho refleje por tal modo las  
apreciaciones morales de la raza en muchos puntos de  
relaciones personales y de conducta, no se sigue que  
pueda aquél considerarse como una especie de ética  
positiva y concreta.—Ética cristalizada en mandatos  
definidos, frente á la cual la rama de la cultura que lla-

mamos «ética» vendría á ser como la teoría ante la práctica.—La ética se refiere á la actitud general y á las maneras de los individuos; toca á la rectitud de la vida de cada hombre, á la verdad de sus hechos en relación con su conciencia, á la total sustancia del carácter y de la conducta, dirigiendo á la vez los actos y los hábitos mentales. El derecho, por el contrario, se refiere sólo á la vida en sociedad. No sólo se limita á ordenar los actos exteriores de los hombres, sino que únicamente se refiere á aquellos actos particulares de hombre á hombre, que pueden ser regulados por la autoridad pública y que se ha podido demostrar que son regulables por medidas uniformes aplicables á todos y en igual grado. No pretende castigar la mentira por ser tal: se limita á anular los contratos que entrañan fraude y obliga á reparar pecuniariamente los daños que se han podido ocasionar con ese fraude. No censura la ingratitud ó cualquiera forma de infidelidad: se limita á castigar los actos pública y tangiblemente deshonestos. No asume la función de guardián de los caracteres de los hombres: sólo hiere con sus rayos á los que hacen alarde de maldad en las relaciones con los demás. En suma: no sale de ciertos límites, que son á la vez límite de especie y de grado. Sólo regula la conducta exterior; éste es su límite de especie, y en la conducta exterior sólo regula lo que puede ser objeto de una reglamentación normal y uniforme: tal es la limitación de grado.

1.452. MALA PROHIBITA.—El derecho, pues, no desempeña ni el papel de conciencia ni el de Providencia. Más que esto, sigue tan sólo la línea de la política, no el criterio de lo justo y de lo injusto. Muchas cosas que son injustas en sí mismas las prohíbe. Así crea una clase de cosas malas desde su punto de vista relativo:

*mala prohibita*, las cosas injustas, porque están prohibidas. Al dictar medidas prohibitivas contra cosas que son indiferentes, desde el punto de vista moral, los hombres van guiados por su conciencia *legal*. La sociedad descansa sobre la obediencia á las leyes: las leyes determinan las reglas relativas á las conveniencias sociales, así como las reglas de lo justo y de lo injusto, y es necesario, para la perfección de las relaciones sociales, que las reglas de conciencia sean obedecidas, como reglas que se refieren á las más vitales materias de la conducta.

1.453. Así, no se puede decir que el hecho de casarse un hombre con la hermana de su mujer difunta, sea una cosa injusta por sí misma; pero si las leyes tratan de fijar un orden estimado como mejor en las relaciones de familia, prohíben ese matrimonio, y esto se convierte en un *malum prohibitum*, por ser ilegal este mal.

1.454. Ciertamente, no se podría estimar como cosa reprochable en sí el hecho de un depositario que comprase el objeto á él confiado, si lo hacía de buena fe y en condiciones claramente beneficiosas para los intereses de aquellos de quien tiene el encargo de la custodia; pero es contrario á la prudencia pública, que no permite semejante compra, porque un depositario tiene muchas ocasiones para poder realizar un fraude en transacciones tales. La ley no quiere que se estime válida la venta de un objeto confiado en un depósito al depositario. Esas transacciones, aun realizadas de buena fe, son *mala prohibita*.

1.455. Todavía podemos citar otro ejemplo, en los reglamentos de policía, cuyo único objeto es atender á las conveniencias sociales de las grandes ciudades. Un desfile con banderas y estandartes de hombres uniformados, es muy interesante para aquellos á quienes guste el brillo de las charreteras y de los botones dorados y el sonido de las trompetas; pero los reglamentos de policía, que deben velar por que la circulación de las calles no sea dificultada y porque la población de una gran ciudad se mueva libremente, estiman que el desfile sin permiso es *malum prohibitum*.

1.456. En todos los Estados civilizados, la ley ha abandonado todo intento enderezado á regular la conciencia y la opinión: sería á la vez inútil é imprudente ensayar una regulación de la conducta que, aunque en sí misma sea reprehensible, no se manifiesta en actos definidos y concretos de injurias para los demás. Pero se trata de dirigir la conducta exterior de los hombres en sus relaciones recíprocas en sociedad. La ley es el espejo de la actividad de la vida política orgánica. Puede descansar y descansa en los juicios éticos de la comunidad, pero su propio campo no es especialmente la ética: puede referirse á los principios religiosos, pero no es un código religioso. La ética ha sido llamada la ciencia del buen vivir del hombre: la ley es la ciencia de su recta conducta civil. La ética se refiere al desenvolvimiento del carácter: la religión al desenvolvimiento de la relación del hombre con Dios; el derecho al desenvolvimiento de las relaciones de los hombres entre sí en sociedad. La ética, dice Mr. Sedwick, «se relaciona con la política, á la manera como la buena dirección individual se relaciona con la buena dirección de su sociedad».

1.457. DERECHO INTERNACIONAL.—La esfera del derecho internacional puede estimarse como una esfera intermedia entre la de la moral y la del derecho positivo. Es un derecho sin sanción coactiva. No hay ningún poder terrenal del cual todas las naciones sean súbditos: no hay poder, según esto, capaz de imponer las reglas de conducta entre nación y nación. El derecho internacional, además, es un derecho que descansa en principios no codificados y generales de rectitud, de justicia y de consideración, que son tan universalmente aceptados por la conciencia de los hombres, y tienen tan universal asentimiento en los juicios morales de

los hombres de todas partes que se los ha estimado como leyes naturales—v. 270-271,—pero que más se parecen ó aproximan á las máximas de la ética que al derecho positivo. «El derecho de las naciones, dice Bluntschli, es aquel derecho natural reconocido universalmente, que une entre sí á los Estados en una unión humana jurídica, y que además asegura á los miembros de los diferentes Estados, una protección común de la ley en lo referente á sus derechos humanos generales é internacionales» (1). Sus únicos fundamentos determinados y definidos, son las conclusiones de aquellos escritores que como Grocio y Wattel han dado una forma distinta á los que ellos consideraban como principios casi evidentes por sí mismos del derecho natural, encontrándose en los tratados por los cuales los Estados, unidos dos á dos ó por grupos, se han puesto de acuerdo para regular sus relaciones entre sí, y en los principios de acción internacional que han sido admitidos en los estatutos y en los precedentes judiciales establecidos en los diferentes Estados. De día en día, las convenciones internacionales han llegado á reconocer ciertos principios de derecho y de equidad, sentándolos como adquiridos y aceptados siempre en los tratados entre naciones. Las mismas contiendas de las naciones europeas han contribuído á aumentar el cuerpo aceptado de estos principios. Al propio tiempo que se acentuaba la práctica en los Estados de la Europa continental, de armonizar su acción cuando se trata de cuestiones de alto interés, introducíase más y más la costumbre de los grandes congresos como los de Viena en 1815, de París en 1856 y de Berlín en 1878, aumentándose por tal modo el número de los principios

---

(1) *Das Völkerrecht*, sec. I.

práctica y universalmente reconocidos. El derecho internacional, dice el Dr. Bulmericq, «es el conjunto de reglas legales y de instituciones que por sí mismas se han desenvuelto, relativas á las relaciones entre Estados» (1).

1.458. El derecho internacional no es, pues, un derecho en el sentido estricto de la palabra. No es, en su totalidad, la voluntad de ningún Estado; no hay ninguna autoridad que lo imponga por encima de las naciones. En un aspecto, el aspecto de la definición de Bluntschli, es sencillamente el cuerpo de reglas, obra de los juicios de la moral común de la raza, las cuales *deben* gobernar las naciones en sus relaciones recíprocas. En otro aspecto, el punto de vista de Bulmericq, no es más que la afirmación general de las reglas que las naciones han reconocido actualmente en los tratados, que, de tiempo en tiempo, celebran y las que merced á los precedentes adquieren un uso y una aceptación cada vez mayores.

1.459. Esas reglas se refieren á la conducta en la guerra, á las relaciones diplomáticas, á los derechos de los ciudadanos de un país que viven en el dominio de otro, á la jurisdicción del mar, etc. Los principios de extradición se determinan casi siempre por los tratados especiales entre nación y nación, así como los arreglos comerciales, derechos de pesca y todas las materias análogas que no tienen un alcance general. Pero aun en esos puntos, los ejemplos repetidos influyen y las naciones los aceptan como principios de dirección uniforme: v. gr., se propende á admitir que los delitos políticos no se incluyan entre los que puedan ser objeto de la extradición, salvo si entrañan delitos ordinarios de una naturaleza muy odiosa, como el asesinato.

---

(1) *Das Völkerrecht* (en el *Handbuch* de Marquardsen, volumen I), sec. I de la monografía.

1.460. LEYES NATURALES Y LEYES DEL ESTADO.—

La analogía entre las leyes políticas, las que traducen la voluntad del Estado, y las leyes naturales, las que espresan la sucesión de los fenómenos de la naturaleza, se ha señalado con frecuencia, y no deja de tener una significación instructiva. En unas como en otras hay, á lo que parece, una preocupación uniforme con respecto al modo como obran las fuerzas de la vida. La comparación es todavía más instructiva cuando la analogía falta: quiere decirse que es más instructivo notar los contrastes entre las leyes naturales y las del Estado, que las semejanzas que entre las mismas existen. Los contrastes, más bien que las semejanzas, sirven para poner de relieve la naturaleza de la ordenación política. «Cuando en virtud de observaciones cuidadosas y repetidas, dice el profesor Huxley, hemos descubierto que tal cosa es siempre la causa de tal efecto, ó que ciertos sucesos siempre se producen en un mismo orden, decimos que la verdad así descubierta es una ley natural. Así es una ley natural la que afirmamos al decir que todo objeto pesado cae hacia el suelo si no está sostenido... Pero las leyes naturales no son las causas del orden de la naturaleza, sino tan sólo nuestro modo de consignar lo que hemos descubierto de semejante orden. Las piedras no caen al suelo á consecuencia de la ley de la gravedad, como las gentes impropriamente dicen: la ley es sólo un modo de afirmar ó espresar lo que ocurre inevitablemente cuando los cuerpos pesados, piedras ú otras clases, colocados en la superficie de la tierra, se mueven libremente.» Sean cuales fueren las analogías que puedan existir entre esas afirmaciones generalizadas de los hechos físicos, y las reglas según las cuales son constreñidos los hombres á obrar, en la sociedad civil organizada, puede ser beneficioso para el investigador el inqui-

rir las cuidadosamente. Pero lo que aún es más beneficioso para quien estudia la política, es observar la gran diferencia entre ambas, que es lo que el profesor Huxley expresa admirablemente como sigue: «La ley humana consiste en mandatos dirigidos á agentes de voluntad, los cuales pueden obedecerlos ó desobedecerlos, y la ley no se estima nula é inexistente porque se la viole. Las leyes naturales, por el contrario, no son mandatos, sino afirmaciones comprobadas, respecto del orden de la naturaleza; y sólo son leyes mientras se pueda demostrar que expresan el orden aquél. Hablar de la violación ó suspensión de las leyes naturales es un absurdo. Todo lo que puede la frase querer decir es que, en ciertas circunstancias, la afirmación contenida en la ley no es verdad; y la conclusión exacta es, no que el orden de la naturaleza se ha interrumpido, sino que nos hemos equivocado al señalar aquel orden. Una verdadera ley natural es una regla universal, y como tal, no admite excepción» (1). En suma, la elección humana interviene en la ley del Estado, mientras que en la ley natural tal elección está totalmente excluída; está dominada por la necesidad fija. La elección humana, realmente, influye en la ley política y la modifica. Es el elemento del cambio; y ha dado al desarrollo del derecho una variedad, una variabilidad y una irregularidad, que ningún otro poder habría sido capaz de darle.

1.461. LIMITACIONES DE LA LEY POLÍTICA. -- Con lo expuesto hemos indicado, desde nuestro punto de vista, algunas de las características instructivas de la ley política. Las leyes naturales formulan efectos invariablemente producidos por fuerzas propiamente ade-

---

(1) Estos pasajes son del prof. Huxley, en su *Science Primer, Introductory*.

cuadas para ello, mientras que, las leyes políticas, no siempre tienen una fuerza adecuada para producir los efectos que á las mismas parecen asignados. La fuerza, la *sanción*, como dice el jurista, que va tras las leyes del Estado, es el poder organizado y armado de la comunidad; la coacción actúa sobre el hombre que se niega á obedecer (v. 1.387, 1.440). Pero el poder público puede dormirse, puede no estar atento á las infracciones del derecho, puede él mismo ser violado, puede ser desquiciado, corrompido; las leyes no siempre son «aplicadas». Este elemento de debilidad nos descubre al menos un aspecto particular del derecho natural. La ley no es más potente que el Estado, cuya voluntad expresa. La ley de Turquía entraña las mismas imperfecciones que el poder de Turquía; las leyes de Inglaterra reciben su fuerza del poder del gobierno inglés. Las buenas leyes son inútiles bajo un mal gobierno; un Estado débil, decadente, puede afirmar los más altos designios en sus leyes, y, sin embargo, llevar mal las cosas de su actual administración. Esto no obstante, por lo común el derecho refleja los designios reales del Estado, y su aplicación es materia que depende de la capacidad administrativa ó del poder ordenado simplemente.

1.462. DERECHO PÚBLICO.—Las dos grandes divisiones bajo las cuales el derecho puede estudiarse mejor son éstas: 1), el derecho público; 2), el derecho privado. El derecho público es aquel que se refiere inmediatamente á la existencia, estructura, funciones y procedimientos del Estado. Tomado en su más amplio sentido, comprende no sólo lo que nosotros ordinariamente conocemos como derecho constitucional, sino también lo que se conoce como derecho administrativo, así como todo el procedimiento civil ante los tribunales, y

el derecho criminal. En suma, es aquella porción del derecho que determina el carácter propio del Estado y sus relaciones con sus ciudadanos.

1.463. DERECHO PRIVADO. — El derecho privado, por el contrario, es aquella porción del derecho positivo que asegura al ciudadano sus derechos frente á los demás ciudadanos del Estado. Trata de hacer efectiva la justicia entre individuo é individuo; su esfera es la de los deberes y derechos individuales.

1.464. Á los romanos es á quienes debemos un primer reconocimiento parcial de esta división del derecho, aunque posteriormente se haya dado bases distintas á esta distinción. Digo que somos «deudores», porque la distinción del derecho público y del privado tiene relaciones muy inmediatas con la libertad individual. Sin ella tendremos el estado de cosas que existió en Grecia, donde no había esfera que no fuese del Estado (v. 1.482-1.484), y donde la esfera de las relaciones del Estado con el individuo, era tan amplia como la del derecho mismo. La libertad individual sólo puede existir cuando se reconoce que hay derechos que el Estado no ha creado y que debe garantizar.

1.465. JURISPRUDENCIA. — La jurisprudencia es un término muy amplio, pero que cuando se le usa estrictamente significa la ciencia del derecho. La ciencia del derecho sólo es completa cuando se ha comprendido la naturaleza y la génesis del derecho; la naturaleza del derecho tiene que ser obscura, en tanto no haya sido explorada su génesis y las génesis de las concepciones sobre las cuales se funda; y aquella génesis es materia propia no del análisis lógico, sino de la historia. Muchos escritores de derecho han insistido precisamente, sobre el método histórico considerándolo como el único método propio de estudio. Han buscado en la historia de la sociedad y de las instituciones, el nacimiento y la huella del desenvolvimiento de las concepciones jurí-

dicas, el desarrollo de la práctica, según la cual se ha producido el derecho de propiedad y de los daños, y las influencias que han contribuido á regular ordenadamente la conducta del hombre en la sociedad.

1.466. En manos de otra escuela de escritores, sin embargo, la ciencia del derecho, ha sido considerada tan sólo en los límites de una ciencia del derecho según su aspecto moderno. Tratan de descubrir, por un análisis del derecho, en su pleno desenvolvimiento presente, los derechos que habitualmente gozan de un reconocimiento legal, y los procedimientos por los cuales los Estados garantizan á sus ciudadanos sus derechos y les imponen sus deberes, mediante reglas positivas garantidas por la amplia sanción del poder público. En su opinión, no sólo la ciencia del derecho no es la historia del derecho, sino que, salvo en muy raros puntos, ésta no proporciona á aquélla sus materiales. Sus materiales son el derecho tal como actualmente existe. La historia de aquel derecho es sólo una luz útil para el jurista, que se propone determinar cuál es el contenido real y el propósito del derecho existente. Las conclusiones de estos escritores, por tanto, entrañan una limitación evidente. Estando basado su análisis, tan sólo, sobre los intereses legales existentes, y no admitiendo más que el derecho en su pleno desenvolvimiento, sólo puede ser aplicado al derecho en los primitivos estados de las sociedades, mediante una modificación cuidadosa, y una adaptación más ó menos sutil é ingeniosa del significado de sus términos.

1.467. Sólo la jurisprudencia histórica—la ciencia del derecho construída por medio de análisis históricos del derecho y que adapta sus conclusiones á la historia de la sociedad—puede servir á los fines del que estudia la política. Sin embargo, como el proceso de la ju-

jurisprudencia analítica ha sido llevado á efecto por los espíritus de la más alta sutileza y perspicacia, sirve muy bien para facilitar la tarea, en cuanto procura la estructura lógica del pensamiento, en lo tocante á los sistemas del derecho plenamente desenvueltos.

1.468. EL ESTUDIO ANALÍTICO DEL DERECHO.—Según la idea de la escuela analítica, es un mandato, «una orden dada por un superior á un inferior». «Toda ley positiva es impuesta por una persona soberana ó por un cuerpo soberano de personas, á un miembro ó miembros de la sociedad política, independiente, dentro de la cual aquella persona ó cuerpo de personas es soberana ó superior.» En tales términos, manifiestamente, semejante concepto sólo se aplica á los tiempos en que la voluntad del Estado habla siempre por una autoridad definida; no se acomoda á la voz de la costumbre, la cual procede no se sabe de dónde, ni á la de la religión, que habla á la conciencia tanto como á la vida exterior, y cuyas sanciones se derivan del poder invisible de una esencia sobrenatural, ni tampoco á la acción de la discusión científica, cuyos autores no tienen otra autoridad que la de la razón; sólo se acomoda á las órdenes precisas y distintas, dictadas por el juez y por el legislador.

1.469. LA CONCEPCIÓN ANALÍTICA DE LA SOBERANÍA.—La concepción analítica de la soberanía es igualmente clara y positiva. «Siendo las leyes mandatos, emanan de una fuente determinada», de una autoridad soberana; la jurisprudencia analítica es muy estricta y fija en su definición de la soberanía. Un soberano «es una persona determinada ó cuerpo de personas á quien la masa de los miembros de una comunidad organizada, están habituados á obedecer, mientras que ellos no tienen costumbre de obedecer á ningún superior humano». Síguese de aquí, que ninguna comunidad orgánica que no sea independiente puede

tener un derecho propio. Las leyes de las colonias inglesas más desenvueltas, por ejemplo, aunque hechas por el voto de sus Parlamentos, no son leyes por virtud de semejante voto, porque tales Parlamentos deben obedecer á las autoridades de Londres, y no son soberanos por sí mismos. La soberanía que está oculta detrás de las leyes de las colonias, se dice que es la del Parlamento de Inglaterra.

1470. Parecerá, pues, según lo expuesto, que nuestras propias autoridades federales son soberanas. Son un cuerpo determinado de personas, á quien la masa de la nación obedece ordinariamente, y que por sí no obedecen á ningún superior humano.

Pero ¿qué pensar entonces de la autoridad de los Estados en aquella gran esfera de acción que les corresponde sin disputa (v. 1.091) en la cual las autoridades federales no pueden entrar, dentro de la cual sus propios pueblos están habituados á obedecerles, y en la cual no están sujetos á ningún superior terrenal? Ha sido corriente en todos nuestros grandes escritores y hombres de Estado decir, que entre nosotros la soberanía está dividida. Pero la soberanía abstracta de que habla el análisis legal se reputa indivisible; debe ser un todo. El análisis, por tanto, está obligado á decir que, entre nosotros, la soberanía pertenece enteramente á ese cuerpo de personas no muy determinadas, que se llama el pueblo de los Estados Unidos, mientras los *poderes* de la soberanía corresponden al Estado y á las autoridades federales por delegación del pueblo.

1.471. La dificultad para aplicar la concepción analítica de la soberanía á nuestro derecho se vence, en parte, definiendo la ley como «el mandato de un órgano público autorizado que obra en la esfera de su competencia. Lo que son los órganos autorizados y cuál es la esfera de su competencia, se determina naturalmente por la ley orgánica del Estado, y *esta* ley es el mandato directo del soberano» (1). La única dificultad que ofre-

---

(1) Me he tomado la libertad de copiar esta definición de

ce esta solución es, que deja en nuestro sistema lugar á un pueblo soberano de cada Estado, y á un pueblo soberano de la Unión.

1.472. RESUMEN. — El derecho, que habla primero con la voz lenta y general de la costumbre, habla al fin con la clara, plena y completa de la legislación. Se desarrolla con la comunidad. No puede oponerse á la conciencia de la comunidad y ser real, ni puede despreciar sus juicios y conservar su fuerza. Refleja el progreso social. Si se anticipa al desenvolvimiento del pensamiento público, debe esperar á que el juicio general y la conciencia común, lleguen hasta él, para tomar vida. Si queda más atrás que la opinión y la conciencia común, caerá en desuso y al fin no será observado.

### **Bibliografía.**

- Austin*, John, «Lectures on Jurisprudence, the Philosophy of Positive Law», 2 vol.
- Bluntschli*, J.-C., «Allgemeines Staatsrecht», 6.<sup>a</sup> edición, Stuttgart, 1885.
- Heron*, D.-C., «Introduction to the History of Jurisprudence», Londres, 1880.
- Holland*, T.-E., «Elements of Jurisprudence», 4.<sup>a</sup> edición, Oxford, 1888.
- Holtzendorff*, F. Von, «Encyklopædie der Rechtswissenschaft», Leipzig, 1882.
- Ihering*, Von, «Geist der Römischen Rechts», 3 vol., Leipzig.
- Jellinek*, Georg., «Gesetz und Verordnung», Friburgo-en-Brisgau, 1887.
- Maine*, Sir H.-S., «Ancient Law» y «Early History of Institutions», caps. XII y XIII.

---

unas notas muy interesantes que tuvo la bondad de proporcionarme para este capítulo, el profesor Monroe Smith.

*Markby*, Sir Wm., «Elements of Law», Oxford (Clarendon Press), 1889.

*Pollock*, Sir Frederick, «A First Book of Jurisprudence», Londres y N.-Y., 1896.

*Robertson*, E., vº «Law», *Enciclopedia Británica*, 9.<sup>a</sup> edición.

*Savigny*, «Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», Réimpression, Friburgo-en-Brigau, 1892.

*Thibaut*, Anton. F.-J., «Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland», nueva edición, Heidelberg, 1840.

---