

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

CONFERENCIA

DEL ILMO. SEÑOR

D. EDUARDO GÓMEZ DE BAQUERO

Pronunciada en la sesión pública de 21 de Febrero de 1916.

TEMA:

*Las fuentes del Derecho en
la presente crisis jurídica.*



MADRID

ESTABLECIMIENTO TIPOGRÁFICO DE JAIME RATÉS

Costanilla de San Pedro, número 6.

1916

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

CONFERENCIA

DEL ILMO. SEÑOR

D. EDUARDO GÓMEZ DE BAQUERO

Pronunciada en la sesión pública de 21 de Febrero de 1916.

TEMA:

*Las fuentes del Derecho en
la presente crisis jurídica.*



MADRID

ESTABLECIMIENTO TIPOGRÁFICO DE JAIME RATÉS

Costanilla de San Pedro, número 6.

1916

INSTITUTO VASCO DE LEONARDO DE ERRETA

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

J. RICARDO GOMEZ DE BARROSO

SECRETARIO GENERAL DE LA INSTITUCIÓN



SECRETARÍA

SEÑORES:

Aunque yo haya frecuentado poco nuestra Academia, al saludarla en vosotros he de deciros que su fecunda labor científica me ha inspirado siempre respeto, simpatía y aun admiración. No es lisonja del instante, sino razonado sentimiento, cuyo origen os explicaré en pocas palabras. Nuestra Academia, como el Ateneo Científico y Literario de Madrid, ha tenido mucho de Universidad libre, de seminario de generaciones nuevas. Y así, mientras las otras Reales Academias, dignísimas del alto prestigio intelectual que las rodea, son senados del saber donde se premian las glorias pasadas y se agrupa á sus titulares en culta y amable compañía, para proseguir la labor, la nuestra ha asumido la misión ardua de formar lo porvenir. Por virtud de sus estatutos ha habido constantemente, y hay en ella, junto á las eminencias consagradas en las varias esferas y oficios de la Jurisprudencia, una democracia juvenil, llena de alientos, de esperanzas, de amor á la cultura, que, año tras año, va diseminándose por el foro, por la cátedra, por la política, y desplegando en esas palestras las facul-

Nuestra Academia.

tades que apuntaron nacies en los escaños de esta Sala. No podría escribirse cabalmente la historia de la vida intelectual española en el pasado siglo y en lo que va del actual, si se prescindiera de la Academia de Jurisprudencia. De todas las Academias ha sido la más fecunda, porque ha sido la que ha tenido más hijos.

El tema.

Es uso consagrado, que forma ya como una solemnidad esencial de la etiqueta oratoria, que en los exordios haga el gasto la modestia del disertante, el cual anticipa en términos de humildad aquella relación entre el tema y las facultades del orador, que después ha de apreciar con conocimiento de causa el auditorio. Esta obligación de la modestia, que en mi caso es perfectamente adecuada al sujeto, es sencillísima de cumplir, como que se reduce á una confesión de sinceridad, y me pondrá en camino de explicaros lo que pudiera parecer atrevimiento en la elección del tema de esta plática. Por lo mismo que no soy un especialista, he sentido la tentación de buscar en lo atrayente del tema, lo que no podría sacar de mis propios humildes medios si los ejercitara en asunto más reducido y concreto. Al mismo tiempo, soy, como sabéis, periodista, oficio muy propenso á sentir la seducción de los grandes asuntos. No extrañéis, pues, que me atreva á considerar ante vosotros estos magnos hechos jurídicos que se designan con el nombre clásico de fuentes directas del Derecho, y que en todos tiempos han solicitado la atención de filósofos y juristas. No aspiro á ofreceros, ni podría, un cuerpo de doctrina filosófica, ni una recopilación crítica de opiniones sabias, sino un comentario de la realidad y también un comentario de las leyes. Lo que voy á deciros es, en cierto modo, un comentario parcial

del título preliminar del Código civil. Mi aspiración se colmaría si mis palabras pudieran ofreceros algún tema de meditación.

Vamos á hablar de las fuentes directas del Derecho en la presente crisis jurídica. El primer concepto que hay que determinar es este de la crisis. Es un concepto de transformación histórica, que se nos ofrece en una doble manifestación: crisis es, por una parte, en su sentido intelectual, juicio, revisión de valores sociales, de doctrinas científicas, filosóficas, políticas, y crisis es también, en sentido orgánico, transformación, tránsito de una fase á otra; ambas ideas de la crisis se apoyan una en la otra, porque en las esferas de la vida regidas por principios morales, de la revisión y juicio de las ideas, vienen las transformaciones sociales correspondientes, el tránsito de unas cosas á otras.

Las crisis históricas.

Las ideas de crisis y de transición se corresponden, pues, en este sentido histórico. Toda la Historia es una crisis, una transición continua, como que es un mudar; pero hay épocas en que esa transición y esa crisis se hacen más intensas, más visibles, más activas, como en el mudar continuo del crecimiento y la declinación de los seres orgánicos hay momentos en que esa mudanza marca edades, jalones salientes de la vida. No hay que dar demasiado alcance á la comparación, que es sencillamente una figura, y el lenguaje figurado no nos da más que emblemas ó alegorías, á lo más, aproximaciones lejanas. La vida de los individuos tiene límites precisos, observables, conocidos. La de la humanidad no los tiene; estamos dentro de su corriente, y hasta nuestro mismo conocimiento histórico, nuestro conocimiento de lo pasado, es muy incompleto. Los tiempos

históricos abarcan una pequeña parte de la vida de la humanidad en la tierra.

Pero dejando esta digresión, es visible que la actual es una de esas épocas de transición, de esas épocas marcadamente críticas á que aludía. Todo conspira á ello: el espíritu de las instituciones públicas, inspiradas en un sentido de fiscalización, de intervención del ciudadano; la tendencia de la investigación científica, que es una tendencia crítica, de revisión, de comprobación, y hasta el desarrollo que han adquirido órganos de criticismo práctico antes desconocidos ó rudimentarios, como la prensa periódica. Esta nueva revisión de valores es la más amplia que se ha conocido: abarca lo pasado y lo presente, lo tradicional y lo moderno. Aquel gran movimiento crítico que se inicia en el Renacimiento y llega á su plena madurez con la Revolución francesa, tomada como hecho simbólico con sus antecedentes y sus consecuentes espirituales, fué revisando los valores tradicionales; pero ahora revisamos también los valores revolucionarios.

La crisis jurídica.

De esa crisis general de ideas, que trasciende á las costumbres y se dibuja en el espectáculo de la vida, es parte la crisis jurídica. Y yo creo que más que una crisis específica es un reflejo de la crisis general en el mundo jurídico. No es una crisis elaborada en el gabinete de un sabio, ni que arranque de un libro ó de una literatura nueva, innovadora, revolucionaria. No; viene del ambiente general de la sociedad, sube de la calle al aula jurídica, y los libros que de ella tratan, más se nos aparecen como reflejo que como causa de esta transformación.

Es esto muy conforme con la naturaleza del Derecho.

El Derecho no es una mera disciplina científica, sino una forma de vida social, un modo de obrar en las relaciones entre los hombres; y este Derecho viviente, este Derecho que es hecho, que es el hecho jurídico en su inmensa extensión y complejidad, es infinitamente más vasto y más influyente, más rico en influencias causales que el Derecho científico. Una iluminación de un pensador ó un descubrimiento de un experimentador pueden producir una revolución en las ciencias filosóficas puras y en las ciencias de la Naturaleza. Pero el más eminente de los juristas romanos resucitado no produciría una revolución jurídica que no estuviera ya hecha de antemano en la sociedad, preparada como materia plástica para recibir la forma de mano del sabio.

Y si es conforme con la naturaleza del Derecho ó del fenómeno jurídico, el que la crisis en este orden no sea principalmente una crisis científica, profesional, sino social, y hasta podría decirse con ciertas reservas que popular, esto se acomoda también al gran hecho político de los tiempos actuales: á la democracia.

Quizás la palabra democracia, que tiene una larga tradición y un rico sentido histórico, no expresa con entera exactitud ese hecho que no es el dominio de un *demos*, de una plebe ó clase popular, sino la participación creciente de un número de personas cada día mayor en el gobierno y en la dirección espiritual de la república; pero es una palabra representativa, que debemos usar porque circula como moneda corriente y ya no asusta á nadie. La democracia, como doctrina, vale mucho menos que como hecho. Será buena ó mala, pero es, y con tal fuerza de existencia, que parece un bloque indestructible. Y es que la democracia se apoya,

más que en las doctrinas del gobierno popular y en las consecuencias de las luchas históricas por las libertades, en dos hechos que tienen poco aparato político y han movido menos ruido que las constituciones y las barricadas: en que hay más gentes que saben leer - quiero decir en forma abreviada que participan de la cultura — y más gentes que van alcanzando independencia económica. La difusión de la Escuela, el desarrollo de la Industria, las Sociedades anónimas por acciones, todo lo que asocia los capitales pequeños á los grandes movimientos económicos, y las inteligencias comunes á los grandes movimientos intelectuales, ha hecho más por la exaltación práctica de la democracia que todos los tribunos de las plebes y hasta que las mismas revoluciones políticas. Y esto es indestructible, porque ya, en los tiempos en que vivimos no se puede discutir, como no sea por pasar el tiempo, si al pueblo le conviene más una feliz ignorancia que el saber, y si es mejor para la sociedad que la riqueza se condense en sus capas superiores, y de ahí puedan brotar grandes obras sociales, ó que se difunda por todo el cuerpo de la nación. La cultura en las sociedades modernas no es opinable. Es de tan imperiosa necesidad en la competencia industrial y económica, que un pueblo atrasado tiene que ser pobre, débil, decadente. Por lo que toca á la situación individual del hombre inculto, está muy próximo el día en que un hombre que no sepa leer y no tenga algunos rudimentos elementales de las cosas, será en la práctica, para la lucha por la vida, tan inválido como un cojo, un manco, un ciego ó un sordo. Y respecto á la distribución de la riqueza, el desarrollo de la asociación en las multitudes proletarias les asegura una fuerza cada vez mayor,

y, por tanto, una participación creciente en los beneficios de la producción.

Vamos acercándonos con estos prolegómenos á lo substancial del tema. ¿Cómo aparecen en la crisis presente esas fuentes directas del Derecho, que son algo más que fuentes en sentido histórico y en sentido doctrinal, que no son meros antecedentes, sino directos manantiales del Derecho positivo, del Derecho vivo aplicado? ¿En qué relación se nos presentan entre sí la ley, la costumbre y la jurisprudencia? ¿Qué han perdido ó qué han ganado en eficacia práctica, qué transformaciones ha experimentado su concepto?

Cómo influye la crisis jurídica.

Empecemos por la ley. No sólo los legisladores—cosa muy natural—, sino en general los juristas, la dan la preferencia. Se la dan también las estimaciones de la opinión general. Es una palabra que suena á cosa augusta, que está todavía imantada de antiguas adoraciones y reverencias. Abramos el Código civil por su título preliminar: De las leyes, de sus efectos y de las reglas para su aplicación. La ley lo llena; reina allí como soberana indiscutible. Contra ella no prevalecerá la costumbre ni el desuso.

La ley. — El título preliminar del Código.

La costumbre aparece en segundo término, en posición subalterna, en un rincón, como una parienta pobre, provinciana, rústica, como costumbre del lugar, que podrá ser oída cuando calle la ley. De la jurisprudencia, no habla el título preliminar del Código más que en una forma indirecta: los principios generales del Derecho, que serán aplicables cuando, faltando precepto ó regla de ley, no haya tampoco costumbre local á que pueda acudirse. Esto de los principios generales del Derecho, parece una fórmula muy amplia de jurisprudencia.

cia, bien que haya sido la jurisprudencia misma, entre nosotros tímida y más legalista que el mismo legislador, quien se haya encargado de restringirla, estableciendo que para que valgan esos principios de Derecho han de hallarse reconocidos ó autorizados por alguna ley, regla ó sentencia del Tribunal Supremo. Se trata, pues, exclusivamente de aquellos principios de Derecho que anteriormente hayan alcanzado el marchamo y la aprobación del Estado.

La ley no es sólo la ordenación preferente; es lo normal, es la única cuando existe; sólo cuando ella no aparece pueden ser llamados á consejo y decisión la costumbre y la equidad.

La época de
las leyes.

Mas esto no es una posición singular en que se coloque nuestro Código civil, ni en general las legislaciones modernas. No podemos mirarlo exclusivamente como la perspectiva ó el efecto óptico del legislador, que ve las cosas desde su punto de vista y no quiere oír hablar más que de leyes, aunque la realidad se encargue luego de rectificarle, como ocurre con ese título preliminar del Código, á pesar del cual existe la costumbre, en más amplia forma de lo que dice el texto, y las leyes se derogán ó dejan de observarse, sin que las invaliden otras leyes posteriores contrarias.

Prescindiendo de declaraciones legislativas, la verdad es, señores, que vivimos en la época de las leyes. Nunca ha habido tantas, ni han regulado tantas cosas, tantos aspectos y zonas de la vida. La malla de las leyes va ciñendo de tal modo la vida, que podría sostenerse que el ciudadano de uno de los Estados modernos de Europa ó de Norte América, regido por principios liberales y de Gobierno propio, rodeado de garantías contra los abu-

sos del poder, es menos libre que los súbditos de los antiguos imperios orientales, que los vasallos de los Assurbanipal y los Sargon de Asiria, ó los Ramsés de Egipto, porque aquellos hombres, siendo casi esclavos del soberano, tenían la vida menos reglamentada, había en sus acciones muchas más que no estaban sujetas á la intervención del poder público.

Esta abundancia ó exceso de leyes se debe á varias causas. Una de ellas, de las más aparentes, aunque no la más profunda, es la existencia de órganos legislativos que funcionan de un modo permanente y casi continuo. En las sociedades antiguas, aun prescindiendo de aquellas leyes primitivas que se atribuían á legisladores divinos, la labor legislativa se consideró por mucho tiempo obra excepcional. Embajadas de pueblos iban á otros más sabios ó mejor regidos á pedirles leyes; un sabio, un filósofo eminente dictaba su Constitución á una República, y aun después de estos tiempos legendarios de la legislación, en épocas de asiduo cultivo del Derecho, cuando la actividad legislativa dejó ya de ser excepcional, todavía es sobria comparada con lo presente. Los Parlamentos modernos tienen que estar reunidos forzosamente cierto período de tiempo cada año, y aunque la misión fiscalizadora de los actos del Poder ejecutivo, desnaturalizada en casi todos los países y convertida en una crítica ó un vejamen de los hombres públicos que ejercen el gobierno, ocupa gran parte de su tiempo, les queda todavía bastante. Esas fábricas de leyes no pueden estar ociosas y legislan. Hay que tener en cuenta que los Parlamentos modernos aparecen históricamente como una limitación de la potestad real, como una garantía de las libertades públicas frente á los posibles

Causas de la abundancia de leyes. — Organos permanentes de legislación.

abusos del poder tradicional, y que por eso, para evitar que se burlara el propósito, manteniendo cerradas estas Cortes modernas, se estableció la obligación de tenerlas reunidas cierto período de tiempo, ó de que los interregnos parlamentarios no pudieran pasar de cierto plazo. Mas esto traía consigo la consecuencia de que esos órganos habían de fomentar la función, bien multiplicando la labor legislativa, ya ejerciendo de Academia política, de juzgado de paz ó de buzón de agravios y quejas de la calle.

Mayor complejidad de las sociedades modernas, que aumenta los motivos de coordinación.

Pero hay otra causa, y ésta es fundamental, que explica y hasta justifica la abundancia de leyes. La ley es esencialmente una regla de coordinación social. Las naciones contemporáneas y las grandes sociedades políticas de nuestro tiempo, por su masa de población y por la complejidad de su vida, encierran un número tal de elementos y de relaciones, que los movimientos y actividades que hay que coordinar son inmensamente mayores que en las sociedades antiguas. De ahí la necesidad de más leyes y hasta la formación de ramas independientes del Derecho, que van desgajándose de los troncos seculares, como está pasando con el Derecho obrero en relación con el Derecho civil y el administrativo.

La rapidez de la vida.

Coopera también á ello la rapidez de la vida en las sociedades actuales. El tiempo se ha intensificado. Es comparable á una corriente que, encauzada y normalizada por obras de ingeniería hidráulica, por canales y esclusas y aplicada á mover mecanismos é industrias que antes no existían, ha adquirido una potencia que en ella dormía latente. Sin que cambien las revoluciones de la Tierra, se han multiplicado las horas. Esta in-

ensidad del vivir, esta multiplicación del tiempo, pide reglas claras, generales, previas que faciliten su movimiento, ó por lo menos no lo estorben. Es otra causa que tiende á multiplicar las leyes.

Por otra parte, aunque las ideas generales en que se inspiraron los principios de las Constituciones modernas, los principios de la Revolución, como decimos por antonomasia aludiendo á la francesa, se han debilitado con el tiempo y no parecen ya una revelación humana, laica, racionalista, es indudable que siguen actuando todavía con gran fuerza.

La ley con su impersonalidad satisface la prevención contra los poderes personales, contra la acción discrecional y no reglada de los imperantes. Con su generalidad corresponde á la aspiración á la igualdad de los ciudadanos, y se acomoda á aquel deseo de rodear al individuo de garantías contra los abusos del poder, que es otra nota ya algo trasnochada del espíritu de las sociedades políticas modernas, muy explicable, en verdad, dentro de la formación histórica del régimen constitucional, que nació, como recordaba antes, de la lucha del individuo ó si se quiere del pueblo, contra los poderes tradicionales y conserva en sus principios y en sus instituciones huellas visibles de aquel origen.

Pero si todo esto contribuye á extender la esfera de acción de la ley, á engrandecerla y á exaltarla, en cambio ¿cómo dejar de advertir, observando los fenómenos de la vida jurídica y social, que la ley está en crisis, en una crisis que abarca desde su concepto hasta su autoridad práctica, crisis que nos la presenta en una fase de decadencia desde el punto de vista del prestigio mayestático, de la emanación de soberanía?

La impersonalidad de la ley y su generalidad.

La crisis de la ley.

La ley, heredera de los Príncipes.

La ley ha sido en cierto modo la heredera de los Príncipes en el Derecho moderno, en el Derecho nacido de la Revolución. La transformación política operada por ésta, consistió substancialmente en trasladar la soberanía regia á un ente moral: al Estado, convirtiéndola en soberanía nacional. La ley no es sólo la obra acabada de la soberanía, sino también su emanación más pura y más directa. La ley venía á ser así la expresión de la voluntad nacional, de la voluntad del pueblo, garantía, según Rousseau, de su infalibilidad ó de su conveniencia, puesto que la comunidad no podía querer nada contrario á sí misma. Al través de esta metafísica política, lo que reaparecía en otra forma era aquella condensación de la doctrina política imperial: la ley es la voluntad del príncipe: *lex est quod principe placuit*, que escandaliza á los oídos modernos, pero que cambiando el sujeto de la voluntad, siendo voluntad del pueblo en vez de voluntad del Príncipe, no escandaliza ya, aunque en verdad no sé cuál de las dos máximas está más cerca del absurdo.

La soberanía nacional como transformación de la soberanía regia.

En las revoluciones, muchos cambios que parecen verdaderos terremotos sociales, no remueven más que las superficies de las cosas. Á veces sólo mudan los nombres.

Hay en la novela de Anatolio France *Les Dieux ont soif* una página que más que de novela es de historia, de interpretación ó filosofía de la historia.

Con esa penetración sagaz, que es don de los poetas, vates, adivinos de cosas ocultas (y el sentido de la realidad y de la historia puede contarse entre ellas), Anatolio France en su citada novela *Les Dieux ont soif* pinta á los magistrados del Tribunal Revolucionario del

Terror procediendo con los mismos prejuicios, con las mismas tendencias, con las mismas ideas, que los Presidentes de mortero y los Consejeros de los Parlamentos y las Cámaras Ardientes de la Monarquía. La diferencia consistía en que los unos juzgaban en nombre del Rey y los otros en nombre del pueblo. Pues esto mismo ocurrió en casi todos los órdenes de la transformación política. En la concepción del poder regio de las monarquías absolutas había colaborado la doctrina cesárea de los jurisconsultos de la época imperial, resucitada por los romanistas, con arreglo á la cual el Emperador, asumiendo todas las magistraturas republicanas, asume todos los poderes y junta al *imperium* proconsular transmitido por el Senado, la *potestas* tribunicia comunicada por el pueblo por medio de una *Ley regia* y había colaborado también la doctrina medioeval del dominio, de la propiedad, del señorío natural sobre las tierras ganadas por el Rey ó por sus antecesores, con las armas. Parece que la doctrina de la soberanía nacional levanta un nuevo edificio sobre el solar del antiguo, y sin embargo sigue habitando allí el mismo espíritu, y la concepción de la soberanía con sus atributos, con su carácter imponente y su irradiación imperial ó mayestática sigue siendo la misma, aunque su titular no sea ya un monarca, sino el Estado, cuyo poder se reparte en los regímenes de transición entre el Príncipe y el pueblo como fusión y acomodamiento de la soberanía histórica y la soberanía moderna, de la Gracia de Dios y la Constitución, como rezan las leyendas de las monedas.

Mas la doctrina de la soberanía nacional tiene ya impugnadores que la consideran como una concepción metafísica, como un mito político tan falto de realidad

El mito de la soberanía popular ó nacional.

Funciones
mayestáticas y
no mayestáti-
cas.

como la hipótesis teológica del Derecho divino de los príncipes. Leed por ejemplo á Duguit en su libro sobre *Las transformaciones del Derecho público* (1). Para él, á la concepción jurídica basada en la noción de soberanía, va sucediendo la concepción basada en la idea del servicio público. La soberanía es un concepto metafísico, mientras que el servicio público es una realidad tangible, inmediata, es lo que justifica la existencia del Estado y hace necesarias sus funciones; porque sin una organización y un funcionamiento continuo de los servicios públicos no podría subsistir la nación ó comunidad política. Observa Duguit agudamente que en esta transformación del concepto del Estado ha influído poderosamente la índole de sus crecientes funciones de promoción del progreso y del bienestar común. En la concepción individualista del Estado, como órgano puramente jurídico, las funciones que le correspondían, la declaración del Derecho y la organización de la defensa de los derechos de los ciudadanos, ya en el interior por medio de la policía y los Tribunales, ya contra agresiones exteriores por medio de la fuerza militar, es decir, Parlamentos, Tribunales, Ejércitos, eran todas de abolengo y de apariencia mayestáticas, de índole imperial, mientras que en estas otras funciones no menos importantes, de carácter vital también, como el servicio de correos, el de comunicaciones, etc., el carácter regio, el carácter imperial ó mayestático desaparece y nos encontramos con una actividad que no necesita investidura de soberanía, con una actividad industrial ó técnica que pudiera estar

(1) León Duguit, *Les transformations du Droit Public*. Armand Colin, París, 1913. En 8.º

y á veces está en manos de empresas particulares, como ocurre en España con los ferrocarriles, aunque exista una intervención del Estado.

Si la soberanía queda reducida á la modesta fórmula de una tenencia de poder para promover los intereses comunes, de una gestión ó administración de la comunidad con la mira de fomentar en ella la civilización, no es la voluntad del pueblo, sino la utilidad ó bien común, lo que justifica la ley y es á la vez su causa y su fin, causa de una manera genérica, fin de un modo específico. Esa misma voluntad nacional deja de tener valor sustantivo, intrínseco, tanto más cuanto que en la vida de un pueblo la voluntad momentánea de una generación representa poco, comparada con la serie histórica de las voliciones ó de las voluntades de las generaciones pasadas y de las futuras. El pueblo no es el momento actual, es el ser histórico, cuya vida se desarrolla en el curso del tiempo. Por eso se ha podido hablar de Constituciones internas, aunque la expresión no fuera del todo feliz y la práctica muy dada á lo arbitrario.

El que opinase de este modo un jurisconsulto, un profesor de Derecho, tendría una importancia muy relativa. Aunque el tal autor llegase á formar escuela, eso no podría producir por el momento más que una crisis doctrinal, de revistas y libros, no una crisis práctica que trascendiera á la vida del Derecho, obra más lenta, de larga infiltración, porque las doctrinas tardan en convertirse en hechos. Pero acaece que en el concepto general, en lo que se llama opinión pública, ha variado también la estimación de la ley: no aparece como valor en sí, con virtualidad metafísica, sino como valor relativo, del que se juzga según su utilidad y su adecuación

El concepto de la ley ha decaído en la opinión pública.

El pueblo ve de cerca á los poderes modernos.

al caso. Esto no depende sólo de la crisis del respeto, de la decadencia general de lo que suele llamarse el principio de autoridad, sino de la experiencia del funcionamiento del Estado, de la índole de los poderes modernos y de la decadencia positiva del legislador. Estos poderes los tiene el pueblo demasiado cerca, ve cómo se forman, cómo se reclutan sus agentes y sus clientelas, y no puede experimentar ante ellos una emoción de respeto sacro. Se les podría aplicar el título de un libro de Nietzsche, *Humano, demasiado humano...* Los vicios de los Parlamentos y los partidos, todo el artificio ó tramoya interior del sistema, aun no siendo más defectuoso que los anteriores en conjunto, justifican en casi todos los países el que la multitud no adopte enfrente de estas realidades una actitud demasiado reverente. No es sólo que falte el aparato de majestad de las realezas antiguas, con su investidura divina y su consagración por el consentimiento tácito de muchas generaciones, es que además la experiencia contribuye á rebajar la opinión de la ley. La incompetencia legislativa de las Asambleas modernas, que hace muchos años diera ya materia á Spencer para uno de sus estudios políticos; la continua rectificación de las leyes, la misma actitud que suele observar el poder administrativo frente á ellas, son parte para que la ley se nos aparezca despojada de su antiguo prestigio, de su armiño de soberanía.

La ley entra en la fase positiva, saliendo de la fase metafísica como salió de la teológica.

Todavía la virtud metafísica de la ley tiene creyentes. Pero es indudable que la ley se ha humanizado, ha entrado en una fase realista y positiva; y está saliendo de la fase metafísica, de emanación de la soberanía, de destello de la voluntad soberana del pueblo, como salió

en el curso de su evolución de aquella fase teológica, en que una revelación divina inspiraba las leyes de los pueblos, fase que aún subsiste en el mundo del Islam, donde la base de la legislación, ó una parte principal de ella, es koránica.

¿Cómo se nos ofrece la ley desde ese punto de vista positivo, realista, como fenómeno social? Pues se nos presenta como una interpretación hecha por modo reflexivo y por órganos del Estado, de lo que estima justo la comunidad. Mas en el conjunto tan vario, tan rico, tan complejo, de las relaciones sociales, de la interdependencia social, no en todas las relaciones se destaca la noción de la justicia, aunque esté latente en todas. Hay relaciones en que la ley es simplemente la regla adecuada, podría decirse la regla científica, encaminada á una utilidad social, á promover el progreso, la cultura, á ordenar con vista á estos fines un servicio público. La justicia latente en estos casos arranca de la utilidad ó de la necesidad social. Pero tanto en uno como en otro caso, en el de la justicia explícita y en el de la justicia latente, en el de las leyes jurídicas y en el de las leyes dinámicas ó de propulsión social, clasificación que se corresponde aproximadamente con las que Duguit llama leyes normativas y leyes constructivas, la ley es siempre una propuesta que el legislador hace al cuerpo social y que depende, en último término, de que éste la acepte ó no. Hay un referéndum tácito, invisible, que no se escribe, respecto de todas las leyes. ¿Cómo conciliaremos este carácter de propuesta con la naturaleza imperativa de la ley? El imperativo es el estilo de la ley, su manera de hablar; pero así como el médico ordena también, manda en

La ley interpretación de lo justo, regla técnica y propuesta del legislador á la sociedad.

sus prescripciones ú ordenanzas, como las llaman los franceses, y sin embargo rectifica en vista de la experiencia, de igual suerte ha de proceder el legislador, y si no lo hace, es la sociedad misma quien desecha sus prescripciones.

El problema de la obediencia á la ley injusta.

Esta transformación del concepto de la ley trasciende principalmente al problema de la observancia de la ley injusta y le plantea con singular agudeza. Podríamos encerrar simbólicamente este problema entre las dos opuestas máximas: *Dura lex, sed lex. Summum jus, summa injuria*. Son como sus polos contrarios ó los extremos entre los cuales puede caminar la solución. Si la ley tiene valor en sí, virtud metafísica, autoridad racional intrínseca, independiente de su eficacia para el fin social que persigue y de su adecuación, ó de su justicia en el caso planteado, entonces ¡*dura lex!* Pero si la hallamos despojada de esa virtud intrínseca, si vemos en ella, no el imperativo de una voluntad soberana, sino un instrumento de utilidad social y una fórmula general de justicia, ¿cómo sostenerla en los casos en que falle? ¿Cómo defender la obediencia á la ley injusta, á la ley sin razón suficiente, que no puede ser otra que su utilidad ó su justicia? Teóricamente se intenta resolver la dificultad afirmando que la utilidad social que se sigue del respeto á las leyes, de la inviolabilidad del orden legal, eclipsa á los males que puedan resultar de las consecuencias injustas de leyes defectuosas.

Pero esta consideración parte del supuesto falso de que tenemos que elegir entre la anarquía producida por la desobediencia de las leyes ó las injusticias parciales nacidas de su aplicación estricta y rigurosa. La objeción tendría valor si no hubiese otro medio de oposición,

ó mejor dicho de corrección y rectificación de la ley injusta, que la resistencia ó rebeldía individual.

En verdad, la rebeldía individual no puede admitirse, ya que ella nos conduciría á la confusión anárquica de las interpretaciones particulares, á que cada uno se erigiese en juez del Derecho aplicable á todos. Aparte de la rectificación operada por el Poder legislativo ó prevista en la misma ley, cuando contiene reglas condicionales ó suspensivas, la solución está en que la acción de las otras fuentes de Derecho venga á adaptar la ley, á restituirla á su espíritu y su finalidad, hasta á suspenderla. Esto es función de la costumbre y de la jurisprudencia y no función concebida especulativamente, sino que puede observarse en la práctica, en la realidad de la vida.

Rectificación de la ley por las otras fuentes del Derecho.

Mas esto, se dirá acaso, es invadir la esfera del Poder legislativo y usurpar sus funciones propias. Hay que tener en cuenta que la doctrina de la independencia y del equilibrio de los poderes del Estado, cada uno con su esfera ó dominio privativo, es una doctrina histórica de transacción, que se formó pensando en asegurar la vida y la acción de las nuevas formas populares del poder, de las Asambleas legislativas y de la justicia independiente, contra las invasiones del poder tradicional de las monarquías, y, en general, de toda comunidad política; de aquel poder unitario, que era, ante todo, acción, mando, decisión de los negocios del Estado, Poder ejecutivo ó gubernativo. Este sistema de independencia y de equilibrio no es el ideal, ni la realidad tampoco. El ideal, y en parte la práctica, es la cooperación de los poderes, como que al cabo en la comunidad política el poder es uno y su división es una división del trabajo, una distribución y clasificación de funciones,

un sistema de irradiaciones ó especializaciones de la misma esencia.

La inspección, la rectificación ó la misma anulación de la ley injusta, de la ley que no responde á su fin y á su misión, no es un vago ideal utópico que venga de revolucionarios ni de anarquistas; la descubrimos en Constituciones y prácticas constitucionales, viene unas veces del poder que es más poder en el desarrollo histórico y en el hecho práctico, del Poder ejecutivo ó gubernativo; viene otras de los Tribunales, que son el poder más impregnado de carácter profesional y técnico; viene de la opinión científica de los juristas.

Excepción de inconstitucionalidad de las leyes.

Esta adaptación, rectificación y hasta suspensión ó anulación de la ley, se nos ofrece en varios casos y manifestaciones. Una de las más señaladas y radicales es la de no aplicación de las leyes por inconstitucionalidad. Este principio y esta práctica no es exclusivo de la vida jurídica norteamericana, donde se relaciona con la Constitución federal de aquella República, y aunque no está literalmente en la Constitución (1), está en una interpretación constitucional constante. Ha pasado á Europa. Ha sido admitida esta doctrina por el Tribunal de Ilfov (Bucarest) y por el Tribunal de Casación de Rumania (2); la ha defendido en Alemania el profesor Leband (3); la han sostenido en Francia multitud de juriconsultos: Beauregard, Hauriou, Berthelemy, Jèze, Saleilles, y aparece aplicada en la vecina República por la

(1) El capítulo III, Sección II, núm. 1 de la Constitución de los Estados Unidos que se invoca, no establece, en realidad, esta facultad. Vid. Boudin, *Political Science Quarterly*, Junio 1911, pág. 338. Nerins, *L'Organisation judiciaire aux Etats Unis*, 1909, pág. 36.

(2) *Revue du Droit Public*, 1912, pág. 339. Véase Berthelemy, *Note sous jugement du Tribunal d'Ilfov* (Bucarest), 2 Febrero 1912. *Sirey*, 1912. IV, pág. 12.

3) Leband, *Droit Public*. Traducción francesa, 1900, II, pág. 322.

jurisprudencia del Consejo de Estado, que la admite, en verdad, contra los reglamentos y no contra leyes. Mas éste es el primer paso para admitirla contra la ley, puesto que la facultad reglamentaria se considera dentro del Derecho constitucional francés como una delegación del Poder legislativo, y el reglamento es como una ley menor hecha por delegación. Esta excepción de la inconstitucionalidad de las leyes tiene más trascendencia que la de un mero conflicto entre leyes de diferente categoría, que no puede resolverse atendiendo al orden cronológico, puesto que la ley fundamental goza de precedencia jerárquica y sólo puede ser reformada con arreglo á un procedimiento especial sujeto á garantías mayores que las del caso general de reforma de las leyes. Si llegamos al fondo de la cuestión observaremos que las leyes constitucionales, las leyes fundamentales de la organización y régimen político de un pueblo, no son simplemente leyes orgánicas, leyes constructivas ó descriptivas de una organización de poderes, sino que son también un breviario de los derechos del ciudadano, de suerte que en muchos casos ley inconstitucional equivaldría á ley injusta.

Es curiosa é instructiva la formación de esa jurisprudencia moderna del Consejo de Estado francés. Algunas de sus principales resoluciones pueden verse reunidas y comentadas en el citado libro de Duguit *Las transformaciones del Derecho público*, todas en los repertorios de jurisprudencia y legislación, como el Sirey. Y es de observar que algunas de las decisiones en que se sienta esta avanzada doctrina obedecieron á un espíritu profundamente conservador y tendieron á satisfacer verdaderas necesidades de conservación social. Por ejemplo,

Jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

en las resoluciones de 7 de Agosto de 1905, el Consejo de Estado se negó á anular el decreto dejando cesantes, por causa de huelga, á varios empleados de Correos, los cuales invocaban la ley de Presupuestos ó *finances* de 22 de Abril de 1905, que exigía determinados requisitos previos, entonces no cumplidos, para la cesantía de los funcionarios. El Consejo de Estado estimó que la aplicación de esta ley, de estas garantías legales, sería inconstitucional, porque comprometería el funcionamiento de los servicios públicos, que es condición esencial de la existencia del Estado, y que, por tanto, debía prevalecer el decreto de cesantía, aunque en la forma no fuese estrictamente legal.

Sentido conservador tenía también é inspiración de lo que suele llamarse las derechas, la proposición presentada en 28 de Enero de 1903 á la Cámara de los Diputados de Francia, por los Sres. Jules Roche, Charles Benoist y Audiffred, pidiendo que se agregara á la ley constitucional de 25 de Febrero de 1875, un art. 9.º estableciendo un Tribunal para entender en las violaciones de los derechos constitucionales de los ciudadanos cometidas por el Poder legislativo y por el ejecutivo. Si os fijáis en la fecha de esa iniciativa, comprenderéis que se trataba de un episodio de la lucha en pro y en contra de la secularización del Estado.

La reacción
contra la ley in-
justa ó defec-
tuosa.

La reacción contra la ley injusta ó defectuosa se nos ofrece como en una serie de actitudes y de medidas, que va desde la solución extrema de la negativa de aplicación de la ley inconstitucional, que recuerda el antiguo: se obedece, pero no cumple, á la interpretación racional que completa y perfecciona la ley. La excepción de inconstitucionalidad, pronunciada por Tribunales

Supremos ó de Casación y que es un caso de alta jurisprudencia, no es la única forma en que una ley puede quedar suspendida, privada de sus efectos, sin que el legislador la derogue en forma regular.

Tenemos otras dos formas frecuentes, fácilmente observables en la realidad. Una de ellas tiene entre nosotros una fisonomía local muy característica: es la acción de las disposiciones de carácter reglamentario ó administrativo sobre las leyes; la otra es la acción de la costumbre.

En la doctrina constitucional corriente las disposiciones emanadas del Poder ejecutivo, de la Administración, son actos de gestión que se realizan dentro de la esfera de las leyes y que cuando dictan reglas ó normas nuevas no hacen más que aplicar y desarrollar los preceptos legales, sacando consecuencias de las premisas de la ley, ó especificando y detallando su generalidad, pero siempre de acuerdo con la ley, obrando por delegación suya, y como un auxiliar y ejecutor de sus mandatos.

Disposiciones administrativas ó reglamentarias.

La práctica, y singularmente la práctica española, es muy otra. La Administración legisla, con frecuencia; reduce, añade, enmienda y rectifica las leyes. Hasta tal punto es así, que esta forma de obrar ha pasado al lenguaje político y se habla de legislar por decreto. Sería larguísima la relación de las leyes que más ó menos substancialmente han sido enmendadas, adicionadas ó restringidas por disposiciones administrativas. Alguna hay de carácter fundamental, referente á uno de los servicios públicos capitales y á una de las actividades y funciones sociales de mayor trascendencia, la ley de Instrucción pública de 1857, en que apenas existe ar-

título al lado del cual no pueda colocarse una disposición administrativa que lo modifica, que lo varía de algún modo, que lo deroga á veces.

Por qué los decretos suplen á las leyes

Esta acción del Poder ejecutivo generalmente se juzga como una arbitrariedad y un abuso de poder. Tiene, sin embargo, su lógica, y acaso encierra menos gravedad de la aparente que le atribuye el visible quebrantamiento de las formas legales ó del funcionamiento constitucional, que representa. La cohesión entre nosotros determinadas circunstancias históricas, una de ellas la singular parálisis ó inhibición legislativa respecto de ciertos problemas fundamentales, producida por la lucha de escuelas entre derechas é izquierdas; que en vez de buscar términos de avenencia ó transacción, se acomodan á que continúe el *statu quo*, encargándose el Poder ejecutivo de atender á las necesidades y reparaciones más urgentes. La ley de Instrucción pública que acabo de citar, el Código penal, no pueden ser objeto de una reforma general por esta causa, y bien se ve en estos casos cómo es necesario para la ley un cierto consentimiento social, previo ó ulterior. Hay otros casos de impotencia legislativa que dependen de causas menos hondas: del mero despilfarro del tiempo en discusiones políticas y escaramuzas fiscalizadoras, de la desordenada afición á la oratoria y de la prolijidad que produce en los debates. Mas, aparte de todo esto, para apreciar en su justo valor las ingerencias legislativas de la Administración, y disculparlas en lo que sea digno de disculpa, hay que tener en cuenta una cosa. Dentro de la nomenclatura del Derecho positivo, las disposiciones administrativas no son leyes, no tienen las solemnidades externas de la ley; pero en substancia, en esen-

cia, muchas de ellas no son otra cosa que leyes menos solemnes, leyes establecidas por un procedimiento sumario y abreviado, que pueden tener y tienen á veces la misma generalidad, la propia contextura jurídica y la propia aspiración á una relativa permanencia que las leyes. La concurrencia de leyes con distintas solemnidades y nombres no es cosa nueva. En la historia de nuestra legislación, las leyes hechas en Cortes alternan con las pragmáticas reales. Así, pues, el caso de modificación de leyes por disposiciones reglamentarias que tengan esencia, carácter ó índole legal, aunque carezcan de la apariencia, del nombre y del origen, siendo, por decirlo así, leyes bastardas que no han nacido de legítimo matrimonio, es un caso que sirve poco para nuestra tesis, ya que en el fondo lo que hay es una reforma de leyes, por otras leyes imperfectas y más expeditas, á que se ha acudido por lo sumario y fácil de su fabricación.

Pero no todas las disposiciones administrativas tienen substancia legal. Hay actos administrativos, hay resoluciones cuyo asunto es la aplicación é interpretación de las leyes, y que, por tanto, pertenecen al reino de la jurisprudencia, y aunque sea muy difícil caracterizar este orden de resoluciones por su muchedumbre, su variedad, su contradicción y su carácter, frecuentemente arbitrario, se percibe, con todo, que esta jurisdicción administrativa tiende á una interpretación más amplia, más flexible, más comprensiva de la ley que la interpretación usual de los Tribunales. La Administración habla con frecuencia de la equidad, aunque no siempre la comprenda ni la practique. Es, con todo, tan simpática la palabra, tan necesaria la idea, como espíritu

La Jurisprudencia administrativa y la judicial.

vivificador de las leyes y de su aplicación, que merece registrarse el hecho.

El contraste que se da en algunos países entre el espíritu de literalismo estricto que suele dominar en los Tribunales y el sentido de equidad que prevalece en la jurisdicción administrativa, no depende de que ésta opere de un modo discrecional. En las funciones del Estado, nada hay que sea discrecional en el fondo, en el sentido de arbitrario.

Poder judicial y Administración de Justicia.

Todo está en una relación de utilidad pública. Lo que ocurre es que en España, por ejemplo, como en Francia, también, no hay un verdadero Poder judicial, aunque se le llame así en alguna ley. Podrá decirse, todo lo más, que empieza á haberle. Cuando se sostenía que los Tribunales eran sencillamente la Administración de Justicia, considerada como una parte ó sección del Poder ejecutivo, esta teoría podía ser objeto de impugnaciones desde el punto de vista doctrinal y constituyente, pero expresaba una realidad, un estado de cosas. La Constitución de 1876, aunque no es una Constitución descriptiva, dada á definiciones, es bastante explícita en este punto. Habla de Administración de Justicia y no de Poder judicial. Su título noveno está inspirado en esa concepción, en ese sentido, aunque el texto es bastante flexible para dejar algún margen á la concepción del Poder.

Mas lo importante no es la exégesis doctrinal del texto, sino la práctica constitucional, y la práctica ha sido resueltamente: Administración de Justicia, es decir, una rama de la Administración ó del Poder ejecutivo, rama segunda, menos poderosa é independiente que la autoridad ministerial.

La Administración de Justicia, digna ciertamente de todos los respetos, ha sido modesta en sus aspiraciones; no ha revelado, por lo general, en sus actos, en la amplitud de sus interpretaciones, que se sintiera poder ó quisiera serlo. Acaso no ha podido, acaso le ha faltado independencia. En cambio, en los pueblos donde los Tribunales son indiscutiblemente un poder, un poder secular, como ocurre en Inglaterra y los Estados Unidos, la jurisprudencia es amplia, constructiva, no siente timidez delante de la ley, pretende vivificarla y ser su complemento.

Hemos de prescindir ahora de la consideración determinada de la jurisprudencia, que en el plan de estas conferencias tiene capítulo aparte. Pero no es posible que pasemos de largo por delante de la costumbre. La costumbre.

No creo que haya tema jurídico más atractivo, más fecundo que éste de la costumbre, tanto porque nos muestra la producción espontánea del Derecho, al Derecho dándose naturalmente como producto vivo de las fuerzas morales, internas de la sociedad, como por la espléndida elaboración de doctrina jurídica que se ha ido haciendo en torno de ella por la escuela histórica, á la cual se adelantó en parte con adivinación de sagaz filósofo nuestro Suárez. Llega tarde el tema, al final de esta conferencia, cuando la más elemental discreción aconseja acelerar los razonamientos para no abusar demasiado de vuestra paciencia. He de limitarme, pues, á echar una ojeada rápida á la costumbre en su actuación presente, tal como funciona en las sociedades cultas contemporáneas y en relación con ese problema de la observancia de la ley que no es un problema simple, categórico, de hacer ó no hacer, de observar ó no observar,

sino un problema complejo donde la atención descubre muchos matices y modalidades.

La costumbre en el Código civil.

Me fijaba antes en la forma en que aparece la costumbre en el título preliminar del Código civil. No prevalecerá contra la ley costumbre ó práctica en contrario. A falta de leyes aplicables regirá la costumbre del lugar. Esta concepción, que parece estrecha y que desde luego está refutada por la realidad, tiene su lógica. Es el punto de vista de los Códigos civiles, como que en gran parte ahí está la substancia, el pensamiento íntimo de aquella memorable controversia entre Thibaut y Savigny acerca de la conveniencia de un Código civil general para Alemania, disputa que señala una época en la historia de la filosofía jurídica y produce, si no la aparición de la escuela histórica, porque tiene antecedentes mucho más lejanos, la constitución de su más autorizado y fecundo cuerpo de doctrina.

Causas sociales contra la costumbre.

Es indudable que ese punto de vista de los Códigos civiles recibe una confirmación, en parte real, en parte aparente, de las condiciones de la vida jurídica y en general de la vida social, en los pueblos contemporáneos. Todo lo que conspira ó trabaja á favor de la ley, conspira ó trabaja en contra de la costumbre, al menos en la apariencia, ó figura exterior de las cosas. La complejidad de la vida, la rapidez con que se desenvuelven las relaciones humanas, la tendencia general á una producción reglada y reflexiva de los actos, la misma abundancia de las leyes que aspiran á preverlo y á regularlo todo, se oponen á la costumbre. Parece que en una vida cuadrículada, encasillada y organizada por mil preceptos diferentes, no queda sitio para la costum-

bre, y que la misma velocidad con que esa vida se desarrolla no consiente el brote lento de la norma consuetudinaria.

Y, sin embargo, no es así enteramente. La costumbre se desarrolla aun en todas sus formas. Entre el texto de la ley y su aplicación, queda siempre un margen en que opera la costumbre y también la jurisprudencia. Además, las leyes no abarcan toda la complejidad del hecho jurídico. Gran parte de las leyes, principalmente de las leyes civiles y mercantiles, sobre todo en el Derecho de contratación, son normas supletorias de la voluntad del sujeto jurídico ó expresión de los modos de obrar más frecuentes, que no excluyen otros y dejan también vasto campo á la costumbre. Y aun enfrente de la ley, la costumbre no está vencida, no está abolida, aunque así lo diga el legislador. Legislar sobre la costumbre contra ley, es empresa vana y contradictoria. La costumbre contra ley es esencialmente ilegislable, porque su naturaleza consiste precisamente en derogar ó suspender las leyes. Es como legislar sobre las revoluciones ó sobre las fuerzas naturales. La ley aparece, en verdad, muy fuerte, muy poderosa, asistida de toda la fuerza imponente del Estado, de los Tribunales, de la policía, del Ejército; mas la costumbre, sin nada de eso, desamparada de los atributos é instrumentos externos del poder, de todo el aparato de soberanía, tiene una fortaleza inexpugnable donde se defiende y desde donde invade el dominio legal. Es el mecanismo psicológico humano, individual y colectivo que tiende, por una parte, á reacciones espontáneas, y por otra, á la habitualidad en el obrar, á proceder de un modo automático é instintivo.

Cómo subsiste la costumbre.

La costumbre contra la ley.

Sentido de la prohibición del legislador.

La costumbre y la jurisprudencia en actuación y convertidas en doctrina.

Así, el mandato del legislador, rechazando la costumbre contra ley, no significa más que una cosa: que no podrá alegarse ante los Tribunales esta forma de costumbre. ¿Significa ello que no prevalezca? En manera alguna. En primer lugar, no toda la vida jurídica, sino sólo una parte de ella, que no es la mayor, se desenvuelve en forma de contienda judicial ó intervención de la autoridad pública. Es más; cuando la costumbre se define y prueba y se cristaliza en una norma expresa, pierde su naturaleza propia y se aproxima á la de la ley. Como sabéis, ha habido Códigos ó recopilaciones de costumbres, y ¿qué eran, sino otro modo de leyes que representaban al derecho popular, al derecho indígena frente al Derecho sabio inspirado en las normas romanas ó canónicas? Algo semejante ocurre con la jurisprudencia, que cuando deja de ser interpretación móvil, concreta, de casos y llega á adquirir la forma que parece más perfecta y definitiva: la forma de doctrina legal, se trueca, como este mismo nombre lo indica, en una especie de ley. Costumbre y jurisprudencia, mientras están vivientes, están en devenir, haciéndose, diseminándose y concretándose en multiplicidad de casos determinados, mientras la ley está cristalizada y fija en una regla abstracta.

Modalidades nuevas. Costumbre judicial

Conserva, pues, la costumbre su plasticidad, su fuerza creadora, y la conserva en todas las actitudes que puede adoptar respecto de la ley: aplicación, desarrollo ó complemento, oposición. El ambiente crítico de la época por una parte, y por otra la estructura del Estado, contribuyen á darle modalidades especiales. Por una parte es más móvil, más abierta á la variación, más inestable, distante de la permanencia antigua de las *mo-*

res maiorum, y por otra parte en sociedades muy reglamentadas, intervenidas por una organización muy extensa del Estado, regidas por multitud de centros, organismos y funcionarios, la costumbre busca el apoyo de la jurisprudencia, colabora con ella. Aplicando la distinción de Beseler y Thöl, de *Volksrecht* ó convicción jurídica del pueblo, evoluciona hacia el *Juristenrech*, en que la convicción social determina usos y prácticas de juristas ó de Tribunales. Tiende, en suma, á presentarse como costumbre judicial.

Un caso muy expresivo tenemos en el duelo. El duelo está penado en el Código, mas el duelo no se persigue en nuestro país. Hay una abstención de los Tribunales, que se manifiesta ó en no instruir diligencias ó en sobreseerlas rápidamente si las circunstancias del caso determinan la obligación formal de incoar el procedimiento. Aquí no puede decirse que haya una jurisprudencia. Los Tribunales no llegan á deliberar sobre la ley penal. Lo que hay es una costumbre contra ley, que se nos ofrece en forma de costumbre judicial, pero que no procede originariamente de los Tribunales, ya que éstos no hacen más que recoger el imperativo de la abstención social. Es ejemplo muy significativo por diversas razones: primero, porque la costumbre deroga aquí una ley penal, y las leyes penales son de las más imperativas, de las más imponentes, de aquellas donde más visiblemente se refleja el poder del Estado en figura de soberanía; segundo, porque con tener tal efecto suspensivo no es más que una costumbre de clase, ya que el duelo no es una práctica general, sino de un círculo social limitado; tercero, porque la inhibición de la ley penal en virtud de la costumbre que tolera el duelo, no

El caso del duelo.

supone que la conciencia social estime justo el duelo, sino que lo considera un mal menor, atendida la ineficacia de las leyes contra ciertas ofensas, ó que aprecia que las sanciones penales son desproporcionadas, ó que teniendo presente un pasado de impunidades, piensa que la aplicación de la ley penal en el nuevo caso que se produce sería injusta, implicaría una desigualdad.

Las informaciones testificales en la jurisdicción voluntaria.

Podrían multiplicarse los ejemplos de costumbre judicial; pero no se trata de hacer una historia natural de la costumbre, ni un inventario descriptivo. Con todo, citaré uno por lo frecuente. Observad el distinto valor que se da en la práctica de los Tribunales civiles á la prueba testifical en los negocios contenciosos y en los de jurisdicción voluntaria. En los de jurisdicción voluntaria, la información testifical ha llegado á ser la prueba corriente, de no haber imprescindible obligación legal de producir documentos. ¡Y prueba tan poco! Sin embargo, no puede decirse que sea una corruptela de la curia, como juzgando de primera intención podría inferirse. ¿Por qué la admite el juzgador? Porque es un procedimiento sencillo, expedito, que viene á ser una vaga confirmación de una afirmación hecha *bona fidei*, una especie de prueba de abono personal, más que de abono del hecho, acerca del cual es frecuente que los testigos sepan muy poco. Este es un caso de costumbre judicial, según ley, que no arranca de las entrañas de la sociedad, ni de la opinión de una clase, como sucede en el caso del duelo, sino que viene de la práctica judicial y se acomoda á la aspiración social de que la justicia sea fácil y barata, ó por lo menos no sea ruinosa.

Al tratar de la costumbre hemos de tener presente que su *modus operandi* moderno, su actuación, su operación no es una novedad, sino en cierto modo una supervivencia. La costumbre lo ha sido todo en la producción del Derecho y su esfera de acción ha ido reduciéndose. Es que así como la ley funciona en un medio social propicio, la costumbre opera en un medio hostil. Si mediante el estudio detallado del Derecho consuetudinario en un país se trazara el mapa de la costumbre, las líneas de su distribución geográfica ó mejor demográfica, veríamos que la costumbre, en sus formas más típicas y originales, florecía fuera de los grandes centros urbanos, entre las poblaciones menos cultas, más apegadas al modo de proceder tradicional, y que al entrar en la zona urbana, moderna, de cultura más intensa, tenía que apoyarse en la práctica judicial. Diríase que la costumbre, como una antigua religión expirante, como el paganismo greco-latino, en los días de la muerte de Pan, se había refugiado en los campos, en los pagos. Desde este punto de vista, lo de costumbre local, de que habla el Código, implica una visión exacta, aunque demasiado limitada.

Es hora ya de terminar, no porque se haya agotado el tema, que es inmenso, sino porque sería un abuso descortés el que me aprovechara por más tiempo de vuestra benévola atención. En lo que os he expuesto no se registran, en realidad, fenómenos nuevos. La historia jurídica es bastante rica en experiencias para que nos ofrezca antecedentes de todo y para todo, que es una de las utilidades y una de las misiones menos discutidas de la Historia. Lo que hay es nuevas modalidades de los hechos. Y la que descuella entre todas, la que

La acción de la costumbre no es una novedad, sino una supervivencia.

sobresale, es que la autoridad de la ley se ha desplazado, ha cambiado de asiento. En vez de ser autoridad de origen es autoridad de fin, que es tanto como autoridad de función y de servicio, en vez de autoridad de soberanía. Mas aunque esto despoje á la ley de su púrpura antigua, no temblemos por ella. Su campo de acción es vastísimo, mayor que nunca, porque las necesidades de ordenación de la vida social han crecido y seguirán creciendo con la complejidad de las sociedades. Esta ley nueva, sin pompa cesárea, de espíritu cada vez más científico, más sociológico, no representa en realidad una decadencia, es una humanización. Es un avance hacia la cumbre luminosa de lo justo, que aparte su trascendencia ideal, representa mayor comprensión de la verdad, menos dolor y más bienes en el mundo, y que aunque fuese una invención de los hombres, sería, con todo, una maravillosa idea fuerza, tan poderosa como una ley natural y coronada de un destello divino de espiritualidad.
