

10319

RICARDO LEVENE

Profesor en las Universidades nacionales de Buenos Aires y La Plata

---

# EL DERECHO POSITIVO

NO LEGISLADO

---

(Extracto de los ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
tomo III (2ª p.) pág. 180 y siguientes)

---

BUENOS AIRES

IMPRENTA Y CASA EDITORA DE CONI HERMANOS  
684 — CALLE PERÚ — 684

1913

RICARDO LEVENE

Profesor en las Universidades nacionales de Buenos Aires y La Plata

---

# EL DERECHO POSITIVO

NO LEGISLADO

---

(Extracto de los ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
tomo III (2<sup>a</sup> p.) pág. 180 y siguientes)

---

BUENOS AIRES

IMPRENTA Y CASA EDITORA DE CONI HERMANOS  
684 — CALLE PERÚ — 684

---

1913

# EL DERECHO POSITIVO

NO LEGISLADO (1)

---

Señores estudiantes:

He debido elegir para disertación de esta clase inaugural, un asunto que involucrara el pensamiento predominante que he de desarrollar en la enseñanza de la « Introducción general á la ciencia del derecho ». Esta lección versará sobre *el derecho positivo no legislado*.

La primera noción, debe ser de índole metodológica, que nos ilustre sobre el manejo y uso de ese poderoso instrumento de trabajo, para poder penetrar hasta en la naturaleza entrañable de la realidad social y descubrir, vivo y palpitante, el fenómeno jurídico. Procedimientos puramente racionales, con sus desviaciones metafísicas, nos llevarían á buscar el origen y la vida del derecho en nuestra razón ó en nuestra conciencia; un método de seve-

(1) Conferencia inaugural del curso de Introducción general al estudio del derecho. Antes de dar comienzo á la lectura de este trabajo, el profesor recordó—para comprometer su labor, su dedicación—la prestigiosa tradición universitaria de esta cátedra.

ra disciplina científica y positiva, nos pondrá en presencia directa de los hechos jurídicos, manifestándose aislados primero, vinculados luego en una relación necesaria y determinante de causa á efecto, y solidarizados después con la evolución integral de la sociedad. La ciencia jurídica, que estudia los fenómenos específicos del derecho, pero en el seno de la naturaleza social, es decir al contacto de los hechos, es pues una ciencia natural, cuya verdad relativa procuraremos destacar.

*en por el*  
*el nuevo.* La observación es el punto de partida en la investigación científica. Es preciso observar la naturaleza social circundante, pero despojado el espíritu de anticipaciones ideológicas, de prenociones, de prejuicios de raza, de educación ó de patria, para acoger, fresca y sensible, la impresión del hecho exterior. Aislado el fenómeno, <sup>debe ser</sup> es preciso <sup>constituirlo</sup> descomponerlo en sus partes, ~~bisturi en mano~~, como frente á un cuerpo ó á una cosa, en una labor paciente, sólo estimulada por la promesa futura en el hallazgo. El hecho social más simple, es siempre complejo, y el hecho jurídico, fenómeno evolucionado de factores y circunstancias antecedentes, fenómeno normativo y directriz, es por naturaleza complejo. Definido un hecho jurídico por sus caracteres exteriores y sus rasgos típicos, los agruparemos en series ordenadas, pero sin descuidar su vinculación solidaria con los demás fenómenos sociales, cuyo total informa la vida de la sociedad, para no caer en el error de mutilar nuestras observaciones por eliminación arbitraria de una de sus fases. La verdadera escuela del derecho está en la sociedad misma, y os llamo la atención sobre estas

palabras porque hemos de referirnos más adelante á este influjo social de la hora presente, que alimenta sus raíces en la fuente misma de sus necesidades y de nuevas aspiraciones, formando todo un derecho no escrito, pero visible, ante el cual las leyes comienzan á romper sus viejas fórmulas para recibir estas grandes corrientes de vida.

Pero la observación no ha de limitarse fragmentariamente, en el espacio, á un determinado país, ni en el tiempo, á una determinada época. Hemos de rastrear los orígenes del derecho, confundido con la plasmación del primer núcleo orgánico social, de donde arranca indistinta la tradición económica, jurídica y política. No pudiendo substraerse á las fuerzas externas de la naturaleza, el hombre primitivo ha debido sufrirlas sometiéndose al proceso de la adaptación para mantener el equilibrio con las fuerzas físicas de su organismo. Nada hay á este respecto, que haya podido asemejarse más á la primitiva sociedad humana, que una sociedad animal. Para la una como para la otra, la inteligencia ha sido un medio puesto al servicio de la protección de la vida contra los cambios ó los rigores externos. La adaptación ha desarrollado así modificaciones físico-psíquicas que la selección ha tendido á acumular en la especie, como resultados de las primeras victorias en esta gran lucha secular. El momento en que la adaptación humana ha comenzado á diferenciarse de la animal, ha sido aquel, en que mientras este último ha desarrollado elementos para la lucha pero formando parte integrante de su organismo, el hombre ha entrado en posesión de instrumentos separados de su cuerpo y de los cuales ha

Rastreo  
selección

necesitado servirse para defenderse y supervivir. Á estos antecedentes será preciso retroceder para explicar las bases biológicas y económicas de la sociedad y del derecho.

Dentro del primitivo agregado, los instintos y tendencias puramente individuales se rectifican en movimientos espontáneos y necesarios, para hacer posible la convivencia, y corregidos estos modos de acción violentos, tradúcese en manifestaciones uniformes para toda la colectividad, que las consagra á manera de hábitos, costumbres ó tradiciones. De aquí, el origen social de la moralidad, porque en el agregado primitivo, las primeras ofensas han debido ser contra la horda ó el clan. La traición ó la hechicería, eran delitos que el instinto social reprimía, en una época en que la agresión de un salvaje contra sus camaradas no era ni moral ni inmoral, sino amoral, como en la muerte de un animal por otro. La moralidad individual ha venido después, como una consecuencia de la moralidad social, cuando los hombres han podido penetrarse de que cualquier acto del individuo trasciende y tiene su repercusión en el agregado.

Todavía no estamos ante el derecho garantizado por un poder político; pero estamos frente á relaciones sociales, de intereses recíprocos, de necesidades primarias, que la propia naturaleza ha impuesto y que la defensa de la vida ha consagrado. Es un estado de simple moralidad, que Ardigó llama bien *derecho potencial* y que Cogliolo denomina *nebulosa moral*.

En semejante organización prepolítica y prejurídica, la garantía de estas relaciones, las proveen los primeros

los aspectos  
! surge cuya base adquirida...  
jurídica, formase el hombre religioso...  
y el ideal

órganos sociales, la opinión por ejemplo, que censura y que castiga. Á este temor de la reprobación pública, se agrega el de la expulsión. Entre los australianos, ciertos delitos, como el robo, se castigan con la expulsión de la aldea. Entre los groelandeses, que carecen de autoridad política, nada contribuye tanto á preservarlos del vicio, como el temor de la deshonra. Esta poderosa influencia de la opinión pública se revela sobre todo cuando se trata de vengar una muerte. Entre los propios australianos «el deber más sagrado de un indígena es el de vengar la muerte del hombre de quien es él, próximo pariente. Hasta que cumple tal obligación, sus mujeres, si es casado, no tardarian en abandonarlo, y si es soltero, ninguna joven querría dirigirle la palabra: su madre no cesaría de lamentarse de haber echado al mundo un hijo tan degenerado». Es el poder político en su forma primitiva, formado de poderosa opinión pública, que procede de los antepasados, y que es el sentimiento acumulado y organizado de lo tradicional. Dice Lubbock que «ningún salvaje es libre; la vida del salvaje está regulada en todas partes por un sistema complicado de costumbres, tan obligatorias como leyes» (1).

Dentro de esta lenta dirección evolutiva viene después la entidad Estado, el poder público, á asegurar esos derechos anteriores, que no son pues una invención suya, sino que, por el contrario, resultante él también de un proceso que va de la integración á la diferenciación política y jurí-

(1) *Los orígenes de la civilización*, página 412.

dica, consiste su misión en reconocerlos. El Estado no crea, pues, el derecho; éste es preexistente á la ley y no siempre la ley es todo el derecho.

Deseo recordar estas palabras de Spencer: « Cuando se ve durante una tempestad á las olas destrozar á un buque naufrago ó arrancar las piedras de las escolleras, nos admira la enormidad del poder del océano. Pero si se observa que sin los vientos no puede producirse nada de todo esto, se llega á la conclusión de que el mar no tiene fuerza por sí mismo y de que la potencia que le hace destruir los barcos y las obras de mampostería procede de las corrientes de aire que encrespan su superficie. Si nos detuviéramos aquí no llegaríamos á conocer cuál es la fuerza que opera estos cambios sorprendentes. El aire es en sí mismo, tan pasivo como el agua. No habría vientos sin los efectos variables del calor solar sobre las diversas partes de la superficie de la tierra » (1).

Esta sencilla y penetrante observación demuestra que es ilusión de nuestros sentidos la tendencia que nos lleva á atribuir la fuerza al órgano visible que la ejerce y no á la fuente oculta de donde procede; y del mismo modo que el origen de la fuerza que despedaza los peñascos está en la irradiación solar, la fuerza de la ley, de la norma coactiva, arranca su origen, no del estado, órgano visible que la asegura, y es él mismo producto de una evolución natural, sino del derecho positivo que se agita, se forma, se organiza en la entraña viva de la sociedad.

(1) *Instituciones políticas*, tomo I, página 126.

La ley es ó debe ser la expresión del derecho, que el poder político impone como medio de asegurar la coexistencia organizada de los hombres. Pero no es todo el derecho porque hay numerosas relaciones jurídicas, profundamente arraigadas en la sociedad, á las cuales no alcanza la acción del estado, y están protegidas por la conciencia social, y porque el derecho es la corriente eternamente mudable y renovadora, que ~~hace obra lenta pero irremovible~~ é impone á la ley nuevas normas como expresión de nuevos estados jurídicos.

*es un fantasma  
que él  
derecho.* Cuando la ley no los refleja, es ~~una~~ fórmula muerta, vacía de sentido, ~~que ha podido expresar, cuanto más,~~ una concepción que el legislador ha creado: pero el verdadero creador del derecho no es él, sino el pueblo mismo. *legislador* La ejercitación de los derechos la hace el hombre en defensa de sus intereses y persiguiendo un beneficio real perfectamente práctico, y no en homenaje á la superioridad del estado ó á la majestad de la ley. Si no lo hiciera así, funestas serían las consecuencias para el orden social. «Supongamos que el amo no reprende más á sus criados — dice Ihering — que el acreedor no pretende molestar á sus deudores, que el público no tiene en las compras y ventas una minuciosa vigilancia en las pesas y medidas, ¿acaso será sólo la autoridad de la ley la dañada?» (1).

Lo será la sociedad toda, porque esas leyes defienden intereses por cuya salvaguardia y respeto deben velar los hombres, ejercitando sus derechos. Esta conciencia jurí-

(1) *La lucha por el derecho*, página 77.

dica del agregado social, que existe en las sociedades primitivas como en las más evolucionadas, y que es anterior á la ley misma, es la base del orden y de la convivencia. Cuando falta, los males que reporta son infinitamente superiores á aquella otra sociedad en la que sus miembros infringieran las leyes establecidas. «No son los que cometen transgresión legal los que principalmente asumen la responsabilidad, agrega el autor citado, sino los que no tienen el valor de defenderla. Si llegase el caso de clasificar, según la importancia, estas dos máximas, *no cometas una injusticia y no sufras alguna* se debiera dar como primera regla, *no sufras ninguna injusticia* y como segunda, *no cometas ninguna* ».

Debe mediar, pues, una relación directa entre la conciencia jurídica que engendra el derecho positivo y la ley que la consagra. Cuando ese vínculo no existe, se ha creado una ficción ó una abstracción sin vida.

Supóngase — para establecer más clara esta relación — que el precepto jurídico según el cual «la ignorancia de las leyes ó el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos...» (1) rigiera para un pueblo compuesto en su mayoría de analfabetos. ¿No sería tan incongruente semejante disposición como otra que estableciera «pregonar las leyes en un pueblo de sordos ó fijar en las esquinas los bandos á que debiera atemperar su conducta una nación de ciegos?» (2).

(1) Artículo 923, Código civil.

(2) A. Calderón, citado por Joaquín Costa, en *La ignorancia del derecho*, página 8.

Roma ofrece el tipo de nación, en el que sus instituciones jurídicas, como su organización política, eran productos espontáneos de su historia. El primitivo derecho romano, escrito en la ley de las doce tablas, hecho para un pueblo de labriegos, fué modificándose fundamentalmente, á medida que la primitiva horda se hacia un imperio y los romanos pasaron los Alpes y el mar.

Pero esta transformación de sus leyes no se operaba por la virtud de nuevas leyes, sino por la fuerza superior de las nuevas costumbres, y los pretores, urbanos y de los extranjeros, realizando funciones de legisladores, crearon el nuevo derecho, que es el que sirvió después para el gobierno de la Europa durante muchos siglos y que aun inspira las legislaciones modernas.

El magistrado era un legislador que modificaba la ley hecha de fórmulas simbólicas y de reglas violentas, como que eran residuos supersticiosos de una religión fetiquista. Y el pretor de los extranjeros y el propio pretor urbano, fueron echando en Roma las bases de un nuevo derecho, formado de prácticas más humanas, inspirado en sentidas necesidades sociales, y que fué lentamente acumulándose en una fecunda y continuada experiencia. El nuevo derecho juzgaba conforme á la equidad y para distinguirlo de ley estricta un proverbio romano decía : « el derecho estricto es la injusticia suprema ».

Vino después la decadencia moral de la Roma de los Césares, anunciando la inminente decadencia política, que Séneca en sus *Cartas* y Juvenal en sus *Sátiras* han pintado con tan vivos colores. La concupiscencia desen-

frenada de los ricos, el amor al lujo, la ligereza de las mujeres, el negligente abandono de los cargos públicos, fueron las primeras consecuencias de aquel sugerente fenómeno que se produce en Roma después de la conquista del mundo antiguo.

Para conjurar este mal, para evitar la decadencia y sanear las costumbres, los gobernantes echaron mano de un remedio ineficaz : dictaron nuevas leyes. Augusto propuso la legislación social del año 18 antes de Cristo, cuyas reformas más importantes eran una ley suntuaria, que limitaba el lujo, una *lex de adulteris* que penaba con el destierro perpetuo y confiscación de la mitad de sus bienes á la mujer infiel y al cómplice, y en fin, una *lex maritandis* que trataba de obligar á la nobleza á casarse y á tener hijos.

El mal no fué conjurado, la decadencia política de Roma sobrevino, y ante este espectáculo de la ineficacia de las leyes para curar las costumbres, Tácito escribió esta profunda sentencia : « Antes sufríamos enfermedades ; ahora estamos enfermos de remedios. »

La teoría, conforme á la cual el derecho es la obra de un legislador, que abarca, en un golpe de concepción genial todas las relaciones jurídicas posibles y las resuelve, deriva de la revolución francesa. La influencia poderosa de este acontecimiento no sólo rompió bruscamente con el derecho público del antiguo régimen, sino también con el derecho privado. Es cierto que este último fué codificado recién en 1804 ; pero antes que la revolución hubiera dictado ninguna constitución política, formuló la « de-

claración de los derechos del hombre y del ciudadano » que contiene las bases del derecho privado.

La reacción debía ser extrema, para libertar al hombre de las ligaduras que todavía le ataban á un régimen feudal, y para dar al pueblo la noción de una soberanía que sólo residía entonces, y por mandato de la divinidad, en los monarcas.

« La literatura del derecho público, dice Yellinek, no conoció hasta ella más que los derechos del jefe del Estado, los privilegios de las clases, de los particulares ó de ciertas corporaciones. Los derechos generales de los súbditos no se presentaban más que como deberes del Estado y no constituían para el individuo, títulos caracterizados de derecho. Sólo merced á la declaración de derechos del hombre, es como se ha formado, con toda amplitud, la noción de los derechos subjetivos del ciudadano frente al Estado » (1).

La revolución se lanzó á construir el derecho público y el privado, reconociendo en la nueva legislación la virtud de considerarla como una fuerza creadora del derecho y como su fuente única. Así fué como las constituciones políticas y los códigos se inspiraron en las altas concepciones de estadistas y de legisladores. La constitución de 1791, que tomó por modelo á Montesquieu, después de cien debates, en los cuales no faltó, ni la erudición ni la elocuencia, creyó haber organizado políticamente la Francia, bajo el régimen del equilibrio de los poderes, pero en

(1) *Les déclarations des droits de l'homme et du citoyen*, página 3.

realidad había transportado todos los derechos seculares de la reyecía á la asamblea, sin ponderación alguna. Malograda esta constitución, la Convención dictó otra, de carácter republicano y fueron sus autores los discípulos de Rousseau; pero no pudo ponerse en vigor porque la Francia estaba en guerra con toda la Europa y necesitaba organizar un poder fuerte y ejecutivo. La constitución del año tercero, que le siguió, fué substituida por la del año octavo, inspirada en Siéyès, admirable construcción teórica que la fuerza superior de los hechos se encargó de desbaratar, cuando el consulado evolucionó rápidamente hacia el imperio.

Con el mismo criterio se procedió á la codificación del derecho privado. La asamblea constituyente había dicho: « Se redactará un código de leyes civiles comunes á todo el reino. » La obra no se afrontó de inmediato porque los representantes del mediodía de Francia temían que se suprimiese el derecho romano, que practicaban desde tiempo inmemorial, y que se les sometiera al derecho consuetudinario que aplicaban los estados del norte. Pero la codificación se realizó, no obstante la acentuada diferencia entre unos y otros estados, y se dieron reglas comunes para toda la Francia.

Otras naciones se apresuraron á adoptar el código Napoleón, maravilloso instrumento que de pronto parecía dar á los pueblos la unidad, la igualdad, la libertad... Así, Bélgica, los Estados de la orilla izquierda del Rhin, Italia...

La reacción contra esta tendencia, dogmática y racional,

vino en la forma de una contrarrevolución, como pudo llamarla bien Mirabeau. Desde la cámara de los Comunes, en el país donde la tradición y las costumbres acumuladas son leyes, Edmundo Burke, levantó su voz contra las teorías en que se inspiraba Francia, afirmando que las constituciones de los pueblos no deben ser creaciones arbitrarias de la voluntad, sino un delicado organismo que gradualmente se va manifestando en la conciencia misma de la sociedad y adaptándose, también gradualmente, á las exigencias de los pueblos.

Si desde el punto de vista político, Inglaterra representa, en mérito á su tradición, la tendencia opuesta á las improvisadas constituciones de Francia, desde el punto de vista jurídico y del derecho privado, esta oposición se encarnó en Alemania, donde Federico Carlos de Savigny, resistiéndose á los partidarios de Thibaut, que sostenían la idea de una codificación universal que unificase los pueblos germánicos, afirmó con el historiador Niebhur, los principios fundamentales de la escuela histórica, y en cuya virtud, el derecho no es ya una idea abstracta sino « la expresión de la conciencia jurídica de un pueblo determinado, que se desarrolla y se perfecciona al desenvolverse y perfeccionarse el pueblo mismo ».

Son, pues, sus primeros resultados, el de que es una ficción la pretendida omnipotencia del legislador, que se cree suficientemente superior para transformar las costumbres y cambiar la conciencia jurídica de una sociedad, mudando de leyes, y el de que una institución jurídica de un pueblo determinado no puede ser trasladado á otro,

que posee una tradición y condiciones sociales distintas.

X Las objeciones que pretendió formular N. Th. Gönner á la escuela histórica, pudieron ser fácilmente levantados por Savigny. No es que esta escuela haya exaltado la importancia del derecho romano, cayendo en el error de despreciar las experiencias jurídicas producidas después, pues Savigny exigía no sólo la investigación sobre el derecho de la antigua Roma, sino también sobre el primitivo derecho germánico y las variaciones que ambos habían experimentado en la práctica de varios siglos, sin detenerse á estimar su excelencia, sino en el sentido de que era un derecho histórico. Gönner trató de llamar la atención de los gobiernos en contra del método de la nueva escuela, afirmando que sus defensores pretendían arrebatárles el derecho de legislar y ponerlo en manos de los juristas, olvidando que para Savigny el contenido del derecho se forma y desenvuelve en el pueblo, y de que á un senado de jurisconsultos, si existiese, se le aplicaría el mismo principio que á los soberanos, es decir, que su misión consiste en reconocer y promulgar el derecho que existe independientemente de ellos. Y agregaba : « el despotismo y la libertad consistirán, eternamente en que bajo aquél, dispone el soberano á su antojo, mientras que bajo la libertad respeta la naturaleza y la historia en las fuerzas vivas de la nación ».)

De entonces á nuestros días, *la* conciencia jurídica de los pueblos, que ~~dice~~ la escuela histórica, viene de más en

*Pero la doctrina jurídica moderna ha ido mas lejos que la escuela histórica. Una nueva escuela del derecho nataral se abre cada dia mas sorprendente caminos, proclamando los principios ideales y teléicos del derecho, pero con constantes variables.*

más iluminándose. La sociedad, en su marcha incesante, opera mutaciones graduales, pero tanto más profundas cuanto mayor es el calor popular que las sustenta. Una suma concurrente de factores, actuando con una penetrante intensidad, vienen marcando nuevos rumbos á las sociedades.

La civilización contemporánea posee rasgos peculiares. Los pueblos que antes desarrollaron su civilización en el aislamiento ó poco menos, se vinculan, se solidarizan en un movimiento común y general de progreso, produciendo así una civilización internacional. La ciencia ha llegado á ser el fecundo instrumento que ha transformado el fondo mismo de la vida : los descubrimientos científicos han sido aplicados á la industria, á la agricultura, al comercio, y es también la base del gobierno. Numerosos problemas, en estos tiempos de agitación económica, moral é intelectual, ofrece la realidad social y fuera preciso cerrar los ojos á la luz para substraerse á la visión de estas cuestiones que preocupan y trabajan el alma de las sociedades modernas.

Tomad, por ejemplo, la institución del Estado, y seguid la curva ascendente de su evolución desde la revolución francesa á nuestros días. « El Estado ha muerto en la forma romana, jacobina, napoleónica », ha podido decir un autor (1) porque no se limita ya, tal como era según la declaración de los derechos del hombre, á garantizar solamente esos derechos, sino que desempeña fun-

(1) LEÓN DUGUIT, *La transformación del Estado*, página 220.

ciones protectoras y positivas, regula directa ó indirectamente los actos de sus súbditos, y hace lo que el individuo « no debe, no quiere, no puede hacer ».

Este crecimiento en las funciones del Estado cambia la posición del individuo en sus relaciones con él y modifica el concepto individualista de la libertad. Así, el Estado moderno entiende promover el bienestar general, por la difusión de la cultura y hace « obligatoria » la instrucción primaria; asegura la salud, y sanciona leyes como la de asistencia médica « obligatoria » que en estos días se ha puesto en vigor en Inglaterra: prevé y evita la miseria, foco del vicio y de la inmoralidad, y cuyo fin persiguen las leyes de jubilación y seguros « obligatorios » sobre la vida.

La denominada cuestión social es un problema que también preocupa á todas las sociedades, á las de Europa, sobre las que gravita el peso muerto de una larga tradición, y á las jóvenes naciones de América, en cuyo seno, si no influyen tendencias é influjos seculares, se sienten trabajadas por cuestiones nacidas las más de las veces en razón de la urgencia con que la improvisación acelera el ritmo en el proceso que las plasma.

El problema social aparecía en los momentos del advenimiento y desarrollo de la gran industria; se vió entonces solamente el aspecto económico, sin considerar que el problema social tiene también una fase jurídica, una fase científica, una fase moral... Como bien observa Azcarate, el problema social, « bajo el aspecto económico es el problema de la miseria, bajo el científico es el de la ignorancia, bajo el religioso es el de la superstición

ó de la impiedad, bajo el moral es el del vicio» (1).

Y si el derecho tiene por fin realizar la justicia, es decir, hacer una distribución equitativa del bienestar y mantener el equilibrio jurídico, ¿cómo desconocer que estos nuevos elementos y nuevos factores dejen de elaborar un nuevo estado social?

Cuando la ley de numerosos pueblos modernos ha llegado á señalar la jornada máxima de ocho horas de trabajo, no lo hace por cierto en nombre de una lucha de clases, sino que expresa una realidad sentida y una necesidad imperiosa, en salvaguardia de los intereses más permanentes y generales de la sociedad. El movimiento obrero contemporáneo persigue la solución económica del problema social, que más directamente les afecta. «El obrero, escribía M. Glasson, ha sido casi enteramente olvidado en nuestro código civil» (2).

Desde la cátedra de esta Facultad, el ilustrado profesor de la universidad de Burdeos, M. Duguit, negaba la existencia de derechos subjetivos, si por tal se entendía el reconocimiento, en una persona, de imponerse á otras. «Está en vías de constituirse, una sociedad, decía, de la cual se excluye la concepción metafísica del derecho subjetivo para dar lugar á la noción del derecho objetivo, que implica para cada cual la obligación social de cumplir una cierta misión y el poder de realizar los actos que exige el cumplimiento de esta misión. Del poder de hecho de im-

(1) Apéndice de la obra *La república norteamericana*.

(2) Citado por J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, página 143.

poner á los individuos una fuerza mayor, habían nacido dos derechos subjetivos: el *imperium* ó poder público, cuando aquel poder pertenece á la colectividad ó á sus representantes, y el *dominium* ó la propiedad, cuando aquel poder pertenece á los individuos. » Para negar la existencia de estos derechos subjetivos, el profesor citado afirma que « los hombres están sometidos á una relación social fundada sobre la interdependencia que los une. Así como Euclides fundaba todo su sistema de geometría en el postulado de las paralelas, así el hombre moderno puede fundar todo el sistema político y social sobre el postulado de una regla de conducta que se impone á todos ».

He aquí entonces cómo las sociedades modernas vienen formando y preparando un nuevo derecho, porque profesan un nuevo concepto de la libertad, que consiste, no en poder hacer todo lo que no daña á un tercero, sino en poder hacer todo lo que no daña á sí propio y á la sociedad, porque de otro modo la libertad es sólo un derecho de los fuertes: un nuevo concepto de la igualdad, porque pone bajo el amparo de la ley numerosas relaciones de derecho que estaban substraídas á la tutela del estado y que han llegado á constituir en algunos países toda una copiosa legislación como la del trabajo; un nuevo concepto del Estado, que lo arranca de su anterior misión que consistía en hacer una justicia puramente negativa, para armarlo de funciones activas y protectoras dentro de la sociedad; un nuevo concepto del « derecho » que niega la existencia de derechos subjetivos cuando estos pretenden ser el poder del individuo de imponer su voluntad ó su personali-

dad como tal á la sociedad y á los demás individuos, y afirma más bien con Ihering « que los derechos son intereses jurídicamente protegidos », y que no implican la existencia de una voluntad titular de ese derecho; y en fin, un nuevo concepto de la justicia, que para ser tal, amplia y generosa, se refiera y abrace á la sociedad toda, y que haga su obra de armonía y de organización, con leyes sabias, que son las que interpretan necesidades más permanentes y generales. Nuevos conceptos del derecho, de la igualdad, de la libertad, de la justicia, que son fuerzas sociales cuando son hondos sentimientos predominantes ante los cuales las leyes abren sus fórmulas cerradas para impregnarse del espíritu que los animan.

He llegado al término de esta clase inaugural. He tenido presente la necesidad de expresar este concepto primario: el derecho en cuyo estudio os iniciáis, no es un código de fórmulas frías é imperiosas, cuya letra váis á analizar, sino un organismo vivo, que crece, se nutre, se desarrolla en el ambiente social que respira, y que como una corriente siempre agitada, persigue este ideal que las necesidades colectivas alientan: la justicia.

Sea la última palabra de hoy una sincera manifestación personal: espero de vosotros vuestro estímulo y sobre todo, vuestro concurso. Si llegáramos al término del año, yo habría sentido esta grata y halagadora emoción: hemos llegado por el esfuerzo combinado de vuestra cooperación y de mi entusiasmo.