

TÍTULO II.

DEL DERECHO NATURAL, DE GENTES Y CIVIL.

§. XXXIII. La rúbrica del título nos está diciendo que tiene tres partes. Pues se trata 1º del Derecho natural, §. 33-36, 2º del Derecho de gentes, §. 37-42, 3º y del civil, §. 43-74. Se trata de varias divisiones del Derecho, que esplicaremos tomando la cosa de bien atras.

Se observa que la palabra *derecho* se entiende de varios modos en la L. 41 y 42. ff. *De just. et jur.* En este título entendemos por Derecho *la reunion de todas las leyes de un mismo género*. Luego segun son las leyes que se reúnen en un cuerpo ó sistema, así es el Derecho, y el nombre que recibe. Por ejemplo, si junto en un cuerpo todas las leyes eclesiásticas, tengo el Derecho eclesiástico; si las feudales, tengo el Derecho feudal; si las marítimas, el Derecho marítimo; y si las civiles, el Derecho civil.

§. XXXIV. De aquí se deriva la primera division del Derecho, que es en *divino y humano*. Divino es el que comprende todas las leyes dadas por el mismo Dios; humano las dadas por los hombres. Habiendo sentado poco há (§ 33.) que tal es el derecho cuales son las leyes, se sigue necesariamente que de las leyes divinas nace el Derecho divino, y de las humanas el humano. Esto es mui fácil de entender.

§ XXXV. El divino se subdivide en *natural y positi-*

vo. Dios es el supremo legislador; y el legislador no solo hace las leyes, sino que las promulga, porque no puede obligar ninguna lei ántes de promulgarse. Por esto es ridiculo lo que en el c. 41. refiere Suetonio de C. Calígula, que espuso una lei con letras mui pequeñas y en un sitio estrechísimo, para que nadie pudiera enterarse de ella ni copiarla, como si obligase la lei que no es conocida de los súbditos por la promulgacion. Así Dios, como legislador supremo, promulga sus leyes, para que las puedan conocer los hombres; y esto ó por medio de la *razon*, de suerte que entrando un hombre dentro de sí mismo, pueda conocer inmediatamente lo que es justo; ó por la *revelacion*, esto es, la sagrada Escritura (1), de manera que los que la lean, entiendan su voluntad. Por esto el derecho que se conoce por la *razon*, se llama natural, y el que por sola la revelacion de la sagrada Escritura (2), positivo. Por ejemplo, la recta razon enseña que los homicidios son ilícitos; luego esto es del Derecho natural. Mas no enseña la razon que se debe guardar el sábado, que los cristianos se deben bautizar, etc.; luego estas cosas son del Derecho divino positivo.

§. XXXVI y XXXVII. Vamos ahora á ver 1º cuál es

(1) Es dogma católico que la *divina revelacion* se contiene en la sagrada Escritura; pero no en sola la sagrada Escritura, sino tambien en las divinas tradiciones con arreglo al decreto del Concilio tridentino, *sesion 4.*

(2) Y la tradicion. Véase el citado decreto del Conc. tridentino.

la definición que en el Derecho romano se da del Derecho natural y del de gentes, §. 36-39. 2º Cómo podrán definirse con mas exactitud segun principios mas sanos, §. 40 y 41. El Derecho natural, en sentir de Ulpiano *L. I. §. 3. ff. De just. et jur.* y de Justiniano *pr. Inst. h. t.*, es el que la naturaleza enseñó á todos los animales (1), y Derecho de gentes el que es comun á solos los hombres entre sí (2). Pero contra estas definiciones hai mucho que objetar. Porque 1º los animales brutos están destituidos de razon; y los que carecen de razon, no pueden ser obligados con leyes. ¿Quién prescribiria leyes á un árbol para que bailase, á un caballo para que cantase, y á un macho de cabrío para que fuese casto? Estas cosas carecen de razon, y por consiguiente ni entienden las leyes, ni estas pueden obligarlas. Si no pueden ser obligadas por leyes, son incapaces de Derecho, y por tanto es falso que la naturaleza ha enseñado el Derecho natural á todos los animales.

2º No se pueden dar ejemplos de este derecho co-

(1) Derecho natural tanto quiere decir, segun la *L. 2. tit. 1. Part. 1.* « como derecho natural que han en sí los omes naturalmente, é aún las otras animalias que han sentido. »

Esta definición la tomó el rei Don Alonso de los romanos, y estos de los estoicos, que definieron así el Derecho natural, no porque creyeran á los brutos dotados de razon, sino porque les concedian la facultad de vivir segun la naturaleza y sus leyes.

(2) La misma *L. 2. tit. 1. Part. 1.* lo llama tambien « derecho comunal de todas las gentes, el cual conviene á los omes « é non á las otras animalias. »

mun á los animales con el hombre. En el *princ. Inst. h. t.* se citan como tales la union del macho y la hembra, y la crianza de los hijos. Pero aunque confesemos que los brutos se juntan, procrean el feto, y crian sus hijuelos, no hacen esto por obligacion del Derecho, sino por impulso de la naturaleza, sin saber lo que hacen.

¿Cómo pues incurrieron los antiguos en errores como los que muestran estas definiciones? Algunos pretenden que los estoicos, á quienes siguieron los jurisconsultos, concedian racionalidad á los brutos. Pero ni los estoicos hicieron semejante cosa, como nos lo enseña el libro de Plutarco intitulado *De solertia animalium*, ni tampoco los jurisconsultos, quienes en la *L. 4. §. 3. ff. Si quadr. paup. fec.* dicen que los brutos carecen de entendimiento. Luego la verdadera hipótesis de los estoicos y de los jurisconsultos, fué como sigue: vivir segun el Derecho natural, es vivir segun la naturaleza; la naturaleza ó es comun á los brutos con el hombre ó propia del hombre: vivir segun aquella es vivir segun el Derecho de la naturaleza; vivir segun esta, es vivir conforme á las reglas del Derecho de gentes. Y de aquí nacen las dos definiciones que hemos dado: por ejemplo, defenderse de los agresores es comun á los brutos y á los hombres; luego es del Derecho natural. Pero guardar los pactos es propio de la naturaleza humana, porque los brutos no pactan; luego es del Derecho de gentes. Por la *L. 4. §. 3. 4. ff. De just. et jure* se ve claramente que esta fué la verdadera opinion de los juris-

consultos antiguos. Pero si supieron los antiguos que no cabia obligacion en los brutos, y que por lo mismo no se les podia suponer derecho, ¿por qué les concedieron sin embargo derecho natural? Oigamos á Cujacio dar una respuesta elegante á esta objecion en la *Not. 4. ad pr. Inst. h. t. Los brutos*, dice, *no son capaces de derecho, porque tampoco lo son de recibir injuria; y no teniendo razon, no pueden tener derecho. Pero si lo que los brutos hacen por incitacion natural, es hecho por los hombres, estos lo hacen por derecho natural.* Luego segun la opinion de los estoicos y juriconsultos, si, por ejemplo, los brutos se defienden por impulso natural, lo hacen sin razon ni consejo. Si los hombres hacen esto mismo con consejo y razon, entónces se dice de ellos que obran segun el Derecho natural.

§. XXXVIII y XXXIX. De dos modos era para los antiguos el Derecho de gentes, primario y secundario (1). *Primario es aquel derecho que la razon natural prescribe á todos los hombres, y se guarda igual-*

(1) Esta subdivision del Derecho de gentes no se halla expresa en ninguna lei española; de manera que nosotros no reconocemos diferencia ninguna entre el Derecho natural y el de gentes primario. Véase la *Ilust. del Derecho esp. de Sala lib. 1. tit. 1. §. 4.*

Este es el que podemos llamar verdadero Derecho natural, el cual es comun á todos los hombres, eterno é invariable, porque está inherente á su misma naturaleza, y consiste en la reunion de cualidades que constituyen la personalidad humana.

mente por todos, §. 5. *Inst. h. t. Secundario* es el que se ha introducido por exigirlo el uso y necesidades humanas, §. 4. *Inst. eod.* (1). Luego se diferencian estos derechos 1º por razon del origen: el primario proviene de la misma razon, ó por mejor decir de Dios, que es su autor: el secundario, lo introdujeron las naciones por un pacto tácito. Por ejemplo, la razon enseña á todos los hombres que se deben cumplir los pactos; mas el hacerse siervos los prisioneros de guerra, lo establecieron entre sí las naciones por medio de un pacto tácito. Luego la primera disposicion es del Derecho de gentes primario, y la segunda del secundario. 2º Se diferencian por la materia. El derecho primario es absoluto, porque obliga absolutamente al hombre como hombre: por ejemplo, la religion para con Dios, la santidad de los pactos. El derecho secundario es hipotético: no existiria, si no supusiéramos ciertas necesidades ó cierto estado de cosas. Así por ejemplo, el hurto no estaria prohibido, si no supusiéramos introducido el dominio de las cosas; la guerra

(1) A este Derecho, por dimanar de la razon natural, se da tambien á veces el nombre de natural; por ejemplo, en la *L. 31. tit. 18. Part. 1.*, que empieza: «Contra Derecho natural «non debe dar privilegio nin carta, emperador nin rei, nin «otro señor.»

Aquí se considera el Derecho de gentes, ó de la especie humana, como un derecho privado, y por lo mismo en un sentido mui diferente de aquella parte del Derecho público, que conocemos en la actualidad con el nombre de Derecho de gentes ó internacional.

no sería de derecho, si no diéramos por supuesto un estado en que los hombres no reconocen el fallo de los juezes.

§. XL. Hasta aquí hemos espuesto la doctrina de los antiguos respecto del Derecho de la *naturaleza y de las gentes*; pero ¿no se podrán definir mas exactamente ambos derechos? Nadie puede negarlo. Desde que los modernos cultivaron con mas esmero el Derecho de la naturaleza, advirtieron que su definicion no debía tomarse mas que del autor de ella y del modo de promulgarse. Siendo su autor Dios, y habiéndose hecho la promulgacion de este derecho por la recta razon, se definirá muy bien diciendo, que es *un derecho promulgado por el mismo Dios al género humano por medio de la recta razon*. Casi del mismo modo formó el Apóstol idea del Derecho de la naturaleza, cuando lo llamó lei escrita hasta en el corazon de los gentiles, *Rom. c. 2. v. 15*. Y se dice que este derecho está escrito en el corazon de todos, en el sentido de que lo conocen todos inmediatamente por la recta razon, con tal que usen de ella y quieran consultarla. Por esta definicion vemos igualmente, 1º que es falso lo que con los escolásticos enseña Grocio *De jur. B. et P. §. 11. proleg.* que habria algun Derecho de la naturaleza, aún cuando dijésemos lo que no se puede decir sin gran impiedad, que no hai Dios, ó que no cuida de las acciones humanas. En esto se equivoca mucho este gran varon, porque Derecho es la union de todas las leyes de un mismo genero (§. 33.); luego donde no hai nin-

guna lei, no hai ningun Derecho: y ninguna lei seguramente puede haber, donde no hai ningun legislador, donde no hai Dios: luego no existiendo Dios, no existe el Derecho de la naturaleza. Es verdad que podria el ateo, aunque negase la existencia de Dios, vivir segun los preceptos del Derecho natural, abstenerse de hurtos, muertes, injurias; pero entónces no lo haria por obediencia al Derecho, sino por su propia utilidad, porque veria que de otro modo no podria vivir en sociedad. Por esta definicion vemos tambien 2º que el Derecho de la naturaleza es inmutable, §. 44. *Inst. h. t.* puesto que lo es la voluntad de Dios, de donde nace, y la razon, por cuyo medio se promulga. Si se mudase el Derecho de la naturaleza, ó Dios dejaria de ser Dios, ó el Derecho de la naturaleza conforme, ántes de la mudanza, con la razon, sería contrario á esta despues de la mudanza, lo cual es un absurdo. Luego no puede mudarse el Derecho de la naturaleza. Pero en la *L. 6. pr. ff. De just. et jure* ¿no se dice que se muda por el Derecho civil? No por cierto; porque 1º se distingue entre el Derecho natural *permisivo* y el *preceptivo*. El género humano puede renunciar el *permisivo*, como derecho introducido en su favor; pero no puede mudarse el *preceptivo*. Y de aquel habla principalmente la *L. 6. pr.* Por ejemplo, hai una lei preceptiva que dice: á nadie dañes. Ninguna lei civil puede mudar esta disposicion, y si algun príncipe ó tirano se atreviera á ello, tendria lugar el dicho de los apóstoles, *Act. c. 5. v. 29. : ántes se debe obedecer á Dios que á los hom-*

bres. 2º Deberáse distinguir entre mudar el derecho, y atemperarlo al estado de la república. No puede hacerse lo primero; pero sí puede hacer lo segundo cualquier legislador, porque deja intacto el Derecho de la naturaleza, y solamente le añade ciertas circunstancias. Por ejemplo, la obligacion de cumplir los pactos es del Derecho natural. El Derecho civil añade la circunstancia de que los pactos no sean nudos, sino juntos con cierta estipulación. Luego no muda la regla, sino que añade la circunstancia que parecía exigir el estado de la república. Y de esta atemperacion del Derecho natural al estado civil es de la que habla *d. L. 6. pr. De just. et jure.*

§. XLI. Hemos definido el Derecho natural: ¿cómo definiremos el de gentes? Diciendo que es *el mismo Derecho natural aplicado á los negocios y causas de todas las naciones.* Luego el Derecho natural y de gentes no son dos derechos diversos, como creyeron los antiguos juriconsultos escolásticos, y el mismo Grocio; sino uno y mismo derecho, llamado ya Derecho natural, ya de gentes, segun el diverso objeto á que se aplica. Si concierne á los negocios y causas de los particulares, se llama Derecho natural; y Derecho de gentes, si á los de las naciones: v. gr. el guardarse los pactos es una lei del Derecho natural. Si suponemos que Pedro prometió á Juan cien escudos, y no se los dió, diremos que Pedro violó el derecho de la naturaleza, porque ambos á dos son particulares; mas si suponemos una confederacion entre la España y la Francia, y que cual-

quier de ellas no cumplió con las condiciones de la confederacion, diremos que quebrantó el Derecho de gentes: y con todo eso un mismo Derecho es el que manda cumplir ambos pactos. Algunos objetan sin embargo que las cosas que son del Derecho de gentes secundario, no pueden derivarse del Derecho natural, v. gr. las guerras, la esclavitud, etc.; y que por tanto se da un Derecho de gentes diverso del Derecho natural. Debe verse á Samuel Rachelio en su *Diss. singul. De jure gentium*, y á B. Hubero en las *Digress. lib. 5. c. 9.* Pero ya demostró Pufendorf que todas aquellas cosas que solian referirse al Derecho de gentes secundario, ó eran verdaderamente del Derecho natural, como la guerra, ó solamente se derivaban de las costumbres de las naciones, y por lo mismo eran mas del Derecho civil que del de gentes, v. gr. la esclavitud de los prisioneros de guerra, el derecho de sepultura, etc. Por consecuencia de todo lo dicho queda establecido, que no hai Derecho de gentes diverso del Derecho natural.

§. XLII. Volvamos á la division anterior. El Derecho era ó divino ó humano: el divino se dividia en natural y positivo. Hasta aquí hemos tratado del natural, sigue-se ya el positivo. El Derecho divino positivo es *aquel que promulgado por las sagradas Escrituras* (1) *no se conoce por sola la recta razon.* Luego se diferencia muchísimo del natural, aunque entrambos provengan de Dios. Pues 1º el natural está promulgado por la

(1) Y las *tradiciones.* V. el lug. cit. del Conc. trid.

razon, y el positivo por las sagradas Escrituras (1). 2º Aquel es de perpetua necesidad, y así está unido con la recta razon, para que con ella sola lo conozcan aún los mismos gentiles. Pero este último no es de perpetua necesidad, sino que depende de la libre voluntad de Dios, y por lo mismo ignoraria el hombre que tal cosa es justa, á no enseñárselo las sagradas Escrituras (2); v. gr. los preceptos que Dios habia impuesto á los israelitas de la circuncision, sacrificios, prohibicion de comer de los animales impuros, eran leyes divinas, pero no de absoluta necesidad; ni la razon podria dictar á los judíos que era ilícito comer puerco ó liebre, á no habérselo revelado la Escritura. Este Derecho divino positivo se divide en *universal* y *particular*. Llamamos *universal* al que es comun á todo el género humano, v. gr., las leyes del Génes. v. 9. c. 6. Levit. c. 48. v. 20. *Particular* al que es propio de la nacion judaica, v. gr. las leyes de la circuncision, de los sacrificios, sobre la comida de los animales, la lepra, y las demas leyes ceremoniales y forenses. Hai algunos que ponen objeciones á este derecho universal positivo, y niegan su existencia; pero en otro lugar debe tratarse de esta controversia, que no está al alcance de los principiantes.

§. XLIII. Pasemos al Derecho humano ó civil, que es la tercera parte de este título. Dícese que el Derecho civil es *el que cada pueblo establece para sí mismo*,

(1) Ó por la *tradicion*. V. el lugar citado del Conc. trid.

(2) Ó la *tradicion*. Por esta conocemos igualmente la voluntad de Dios. Ibid.

y es propio de cada ciudad, L. 9. ff. De just. et jure (1). Así que se diferencia del Derecho natural y de gentes, en que este no es propio de una nacion ó ciudad, sino que es comun á todo el género humano. Efectivamente cada nacion de por sí manda ó prohíbe muchas cosas, que ni son torpes ni honestas; pero que empiezan á ser justas, porque lo exige la utilidad de la república. Por ejemplo, el cazar fieras no es injusto, y sin embargo puede prohibirse por el Derecho civil de muchas naciones, mientras que otras lo permiten. Así el servir en la milicia no es en sí ni torpe ni honesto; pero sin embargo la lei romana mandaba á todos los ingenuos militar por cierto número de años. Luego todas las leyes que cada pueblo en particular establece acerca de estas cosas son de Derecho civil. De aquí se deduce, 1º que el Derecho civil no es uno mismo para todas las naciones, porque tampoco para todas es igualmente útil ó perjudicial una misma cosa. 2º Que hai tantos Derechos civiles como ciudades ó repúblicas. No obstante, 3º por cuanto los moradores de la mayor parte de los pueblos se sometieron voluntariamente al Derecho romano por su grande equidad, este Derecho se llama por excelencia *Derecho civil*, y tambien *Derecho comun*. Y así cuando hablamos del Derecho civil ó comun, la mayor parte de la vez nos referimos al Derecho romano.

(1) La palabra *pueblo*, debe considerarse aquí como sinónima de *nacion*: en este sentido en España únicamente las cortes con el rei pueden dictar leyes.

§. XLIV. Este Derecho civil se divide en escrito y no escrito (1). Pero ante todas cosas debe notarse, que aquí no se toma gramaticalmente la palabra *escribir* por estender en el papel los pensamientos, pues hai Derecho escrito, que nunca se ha reducido á letras, y lo hai no escrito, que está consignado en escritura; v. gr. las costumbres feudales que se hallan en el Cuerpo del Derecho. Pues ¿qué entienden los jurisconsultos por *escribir*, si no toman esta palabra en el sentido gramatical? Entre los jurisconsultos la palabra *escribir* es lo mismo que *promulgar*; Derecho *escrito* quiere decir *promulgado*; Derecho *no escrito*, *no promulgado*; cuya significacion no fué desconocida de los griegos. Luego de cualquier modo que el Derecho se haya promulgado espresamente, bien sea por medio de la escritura, ó del pregonero, ó de cualquier otro modo, se llama Derecho escrito, ó reducido á escritura. Así es, por ejemplo, que los lacedemonios usaron de Derecho escrito, aunque jamas se redujeron á escritura las leyes de Licurgo. Luego siempre que el Derecho haya ido adquiriendo fuerza obligatoria en la república tácitamente y sin promulgacion, háyase ó no reducido á escrito, se llamará Derecho no escrito, como las costumbres feudales. Por esto conocemos que Justiniano en el §. 40. *Inst. h. t.* derivó con poca exactitud esta division del Derecho de las costumbres de los lacedemonios y atenienses, como si aquellos hubieran usado del Dere-

(1) Véase la *L. 4. tit. 1. Part. 1.* y la *L. 4. tit. 2. Part. 1.*

cho no escrito, y estos del escrito, cuando una y otra ciudad se regian por Derecho escrito, puesto que Licurgo, igualmente que Solon, habia promulgado solemnemente sus leyes, aunque no quiso que se escribiesen. Luego erró Justiniano, á no ser que tomase el Derecho no escrito en el sentido gramatical; en cuya suposicion no cabe duda que los atenienses usaron del Derecho escrito, y los lacedemonios del no escrito. Mas entónces será falso que esta division traiga su origen de aquellas ciudades.

§. XLV. Seis son las especies del Derecho escrito (1): 1º lei, de la cual se trata en el §. 46.; 2º plebiscito, §. 47.; 3º senadoconsulto, §. 48-50.; 4º decretos de los príncipes ó constituciones, §. 54-63.; 5º edictos de los magistrados, §. 64-66., y finalmente 6º las respuestas de los jurisconsultos, §. 67-70. Por este órden se enumeran en el §. 3. *Inst. h. t.* las especies del Derecho escrito. Pero puede nacer alguna duda de dos lugares que parecen oponerse. En este párrafo se dice que es Derecho escrito el originado de las respuestas de los prudentes; por el contrario la *L. 2. §. 5. y 12. ff.*

(1) En España no hai mas que una, que es la lei, entendiéndose por tal la declaracion solemne del poder legislativo, que tiene por objeto el régimen interior de la nacion y el interes comun. Como hemos dicho en otra ocasion, el poder legislativo reside en las Cortes con el rei. Puede tambien la autoridad real expedir los decretos, reglamentos é instrucciones, que sean conducentes para la ejecucion de las leyes, ó arreglen los demas objetos que la Constitucion encomienda á la potestad real.