

tes ó internacional; llamando derecho civil ó positivo “al conjunto de leyes que sancionadas por usos “ y tradiciones ó dictadas por el poder público que “ impera en un pueblo ó Estado determinan, de acuerdo con las necesidades y opiniones dominantes y “ hacen efectivas por medios coercitivos las reglas “ de conducta á que deben sujetarse en la vida social los habitantes de ese Estado;” definiendo el derecho eclesiástico ó *canónico* el conjunto de reglas dictadas por los primeros pastores de la Iglesia para el gobierno de los fieles, esto es, “cœtus canonum (reglas) sive legum fidem, mores et disciplinam “ spectantium quæ divina auctoritate primi Eclæsiæ “ Pastores sancierunt;” y considerando el derecho de gentes, “jus gentium” (1), no como lo consideraba el derecho romano, que designaba con esas palabras las leyes y usos comunes á todos los pueblos en su régimen interior, (2) sino como *el conjunto de reglas de justimonio*; y en derecho romano el derecho *civil* tenía otras significaciones que explicaremos adelante.

(1) Este miembro de la división es ilógico, pues el *derecho de gentes* no se clasifica por razón de la autoridad que lo dicta, sino por razón de la materia á que se refiere ese derecho, el cual puede tener por origen no solo lo que se llama *leyes naturales*, sino leyes humanas positivas, como los tratados, costumbres, etc.

(2) “Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit vocatur *jus gentium*” dice Francisco Victoria, siguiendo servilmente al derecho romano como todos los autores de la época; pero el teólogo Francisco Suárez fué el primero que sintetizando varias concepciones parciales sobre derecho militar, derecho de guerra, etc., se elevó á la concepción y definición precisa del derecho internacional ó de gentes, tal como hoy se acepta por todas las naciones. Todavía en la época de Grocio y Pufendorf [éste último en el tomo 1.º, libro 2, cap. III, pfo. 23 y la nota de Barbeyrac *Jus Beli*] combaten estos la existencia del derecho de gentes, como un derecho obligatorio para todas las naciones.

cia aconsejadas por la razón, la conveniencia, consagradas por el uso, y sancionadas por tratados que deben observar las Naciones ó Estados en tiempo de paz y en tiempo de guerra. La concepción de derecho *civil* de todos los jurisconsultos en oposición á derecho canónico corresponde, pues, á la misma idea que los romanos habían consignado en sus codificaciones: *jus civile es quod quisque populus sibi ipse constituit*, es decir, el derecho positivo y humano de cada pueblo, debiendo por lo mismo existir tantos derechos *civiles* en el sentido que venimos dando á estas palabras, cuantos pueblos ó naciones independientes y capaces de gobernarse existen; y así se dice el derecho “civil francés, inglés, etc.” ó simplemente el “derecho francés, inglés.” “Sed jus quidem civile (dice la instituta) ex unaquaque civitate appellatur, veluti atheniensium, nam si quis velit Solonis vel Draconis leges “ appellare jus civile atheniensium, non erraverit, sic “ enim et jus quo Romanus populus utitur, jus civile “ romanorum appellamus.”

40. Esta nomenclatura y estas clasificaciones en que se descomponía la noción de derecho bajo la pluma de teólogos, canonistas y jurisconsultos de las edades cristianas, respondían al estado social del mundo y al criterio y convicciones de los escritores de esas épocas, pues dominado el mundo civilizado por dos poderes unidos, el temporal cuya más alta expresión era el imperio, y el eclesiástico ó religioso personificado en los Papas, la tendencia de los filósofos y de los jurisconsultos era armonizar el desenvolvimiento y aplicación prácticas del derecho romano con las concepciones teológicas y con las leyes de la Iglesia. No surgía entonces la distinción entre *moral* y *derecho* esbozada ya por los jurisconsultos romanos (*non omne quod licet, ha-*

nestum est,) pues todos los escritores anteriores al renacimiento, comprenden bajo la idea de *derecho natural ó divino* los preceptos ó reglas de la moral y los del derecho, y para salvar las dificultades teóricas y prácticas que trae esa confusión (1) acuden al espediente empleado ya por los theólogos para desnaturalizar las doctrinas de Cristo.

Así como éstos distinguen en la doctrina del Maestro cosas de *precepto* y cosas de simple *consejo evangélico*, así también los jurisconsultos distinguen derechos *perfectos é imperfectos*, produciendo los primeros facultad para *exigir* de otro el cumplimiento de una obligación, como cuando se trata de un contrato; y careciendo los otros de ese efecto, como cuando se trata del precepto relativo á limosna. Naturalmente, pues, esa nomenclatura teológico-profana en que se informó la noción de derecho durante los períodos históricos de creencia y unidad religiosa, cambió radicalmente cuando comenzó la especulación profana á trabajar para emancipar la legislación y la idea de *derecho*, de toda concepción teológica. Entonces surgió la diferencia entre *moral* y *derecho* y se dió á estas dos concepciones un sentido enteramente profano, aunque esencialmente metafísico. Puffendorf esbozó esa diferencia al establecer una triple división en derecho *natural*, derecho *positivo* y teología *moral* y esa distinción más ó menos confusa, aceptada ó combatida por los filósofos posteriores á Puffendorf ha adquirido patente de ciudadanía universal en todos los jurisconsultos modernos, como que ella les sirve, entre

[1] Todavía hoy un autor moderno [Sbach] fundado en esa concepción combate la idea de que á todo *derecho* corresponde una *obligación*, porque buscan una *obligación jurídica* para un derecho del *orden moral*.

otras cosas, para explicar los límites que la civilización moderna pone al poder público en su acción constante sobre las libertades individuales. No hay jurisconsulto moderno de la escuela metafísica, positivista, católica ó racionalista, que aunque partiendo de teorías opuestas no acepte la distinción capital entre moral y derecho; enseñando que la moral es el *conjunto de reglas dictadas por Dios* (dicen los creyentes), *emanadas de la naturaleza racional del hombre y de su destino* (dicen los metafísicos) *deducidas de la observación de la suma de placeres y dolores que producen los actos humanos* (dicen los utilitaristas); *y que tienen por objeto conducir al hombre á su destino eterno*, (teólogos), *al desenvolvimiento completo de sus facultades* (metafísicos), *á la maximización del placer en mayor número de individuos*. (utilitaristas).

41. Así la moral abarca *todos* los actos de la vida humana, los internos y de conciencia y los externos y sociales, los que sólo afectan al individuo aunque no existiese en sociedad y los exteriores que sólo tienen influencia relacionándolos con otros hombres, con la humanidad presente y con la humanidad futura. Esta es la moral, es decir, la ciencia, el arte y la regla, respectivamente, de las costumbres humanas en toda su universalidad; mientras que llaman *derecho natural* los jurisconsultos, únicamente *al conjunto de reglas de conducta deducidas de la naturaleza del hombre y que tienen por objeto determinar las condiciones externas, dependientes de la voluntad y necesarias para la existencia y desenvolvimiento del ser humano*.

El *lado condicional*, dice Aherens, de la vida humana, es lo que forma el objeto del derecho. Ya se deja entender que para conciliar esta idea de derecho natural y la existencia de *derechos natu-*

rales, eternos, imprescriptibles, inmortales derivados de ese derecho natural, con las necesidades de la vida real, con los fenómenos indestructibles del orden social, se engolfan en un océano de palabras, definiciones y subdivisiones, disputas puramente verbales que convierten la ciencia del derecho en una ciencia de abstracciones arbitrarias, de concepciones subjetivas, de hipótesis inconcebibles que forman un mundo ideal fabricado á su capricho por los inventores de semejantes teorías. No es aun la oportunidad de explicar el origen y las causas que han sostenido el imperio de esas concepciones metafísicas; pero nos limitamos en este párrafo á explicar el sentido posible de la nomenclatura ó tecnicismo corriente en las diversas escuelas filosóficas y prácticas que se ocupan de la ciencia jurídica.

42. Ese tecnicismo, que al remontarse á los orígenes del derecho se ha perdido en nebulosidades abstrusas, ha sido por fortuna más feliz al desenvolver la noción del derecho en sus relaciones con el lenguaje práctico de la vida social. Partiendo de la idea capital de que la palabra *derecho*, como hemos arriba indicado, ha significado y sigue significando en la conciencia y en el lenguaje humanos *un conjunto de leyes dictadas con un propósito general*, partiendo de esa idea, el análisis ideológico ha comprendido que si existen leyes naturales, divinas ó positivas, (poco importa su origen,) y esas leyes significan *preceptos*, la esencia de estos consiste en imponer deberes, establecer *obligaciones*, en una palabra, en *restringir la libertad humana*; pero desde el momento en que existen esas restricciones impuestas por una autoridad dotada de razón y voluntad, debió dictarlas á beneficio de algún sér, á favor de algún individuo, con el propósito de impedir al-

gún mal ó favorecer con algún bien á un sér ó varios seres capaces de sentir ese *mal y ese bien* que se propone realizar la ley; pues no se concibe que haya un legislador divino ó humano que imponga restricciones á la libertad humana sin objeto. De esto se deduce que si hay una ley ó un conjunto de leyes ó un *derecho*, es porque hay ó debe haber seres á quienes interesa la observancia de esas leyes, seres en cuyo beneficio se han dictado; y entonces brota la consecuencia natural de que esos seres á cuyo favor se ha dictado la ley tienen ó deben tener la *facultad* de exigir el cumplimiento de aquella, y que á esa facultad que se llama *derecho* (en sentido subjetivo) debe corresponder por precisión la *obligación* que impone la misma ley, pues precisamente en tanto existe el derecho en cuanto que hay una ley que impone la obligación. Si existe un sér con *derechos*, es porque existe un ser con *obligaciones*, pues el mismo acto, la misma ley que impone la *obligación*, la impone para crear la *facultad* (derecho subjetivo) de exigir su cumplimiento. Y por esto y con sobrada razón enseñan todos los jurisconsultos que la *obligación* y el *derecho* (en el sentido de *facultad* ó subjetivo) son hechos correlativos, esto es, que la existencia del uno supone forzosamente la existencia del otro. Sino que es preciso tener en cuenta que esa existencia forzosa supone leyes dictadas por un mismo legislador, leyes de un mismo orden, pues si se trata de leyes de diverso orden, emanadas de distintas autoridades, nada tiene de repugnante que esa coexistencia puede no existir ó más bien no deba existir. Si, por ejemplo, se acepta que hay una ley moral ó religiosa que obligue á dar limosna, esa obligación producirá el *derecho*

correlativo en el orden moral, pues el legislador que impone una obligación precisamente concede el derecho correspondiente; pero como el legislador humano quizá ó sin quizá no acepta, no impone esa obligación, sería insensato buscar el derecho correlativo á una *obligación* puramente moral en la esfera de la ley civil ó humana.

43. Ahora que hemos explicado el derecho considerándolo como una ley que produce la *facultad* ó el *derecho subjetivo* de exigir que sea obedecida la ley por parte de aquel á cuyo favor se dictó; ahora podemos comprender fácilmente lo racional y lógico de los varios significados atribuidos á la palabra *derecho* derivados todos ellos de la primitiva noción del derecho que es la de *conjunto de leyes*. “La palabra Derecho, dice un autor, se toma en tres sentidos; en el sentido objetivo, en el sentido subjetivo y como sinónimo de jurisprudencia. En el sentido objetivo es el conjunto de reglas prescritas á las acciones humanas y cuya observancia está garantizada por el poder social (1). El carácter distintivo de la regla de derecho (positivo civil) consiste en su ejecución forzada (2); si ellas no son observadas se puede ocurrir á los tribunales (3) cuya decision es, si

(1) El autor se refiere sólo al derecho *positivo* ó *civil*; pero es claro que si se extiende esa definición á toda idea de derecho está conforme con la que hemos explicado y consignado al fin del párrafo anterior, con solo variar la circunstancia de la autoridad que garantiza la observancia de la ley, pues si esta no es la política, sino la moral, la religiosa, etc., otra será la sanción de su observancia y otra la autoridad que la sancione.

(2) O por medios *coercitivos* que es lo mismo, y por esto usamos de esta frase en la definición que dimos en el núm. 39 anterior.

(3) O á otras autoridades según la organización administrativa de cada Estado.

“ necesario fuere, ejecutada por la fuerza pública (1).
 “ Al contrario, las reglas de la moral no admiten la
 “ coacción material; y es porque las reglas jurídicas se
 “ aplican á los actos exteriores y por este motivo son
 “ susceptibles de apremio forzado (2). Las reglas de la
 “ moral se aplican á actos interiores; si estos actos se
 “ manifiestan exteriormente, no por eso dejan de sacar
 “ un carácter moral ó inmoral de la voluntad del agente; pero la fuerza material es impotente para obrar sobre la voluntad humana; podrá en verdad atacar la manifestación exterior de los actos morales, mas entonces los desnaturalizaría convirtiéndolos en actos legales y fracasaría en su propósito. Un acto conforme á las reglas jurídicas es llamado *justo* y esta conformidad constituye por sí la Justicia. *Justitia es virtus, quæ jus suum nique tribuit.* (3) En el sentido subjetivo el *derecho* es una *facultad* (4) garantida por el poder social y en virtud de

(1) *Manu militari*, dicen los legistas.

(2) No es esa la razón, pues puede haber reglas de moral que se refieran á la *exterioridad de los actos*; la razón la daremos al explicar la diferencia entre moral y derecho.

(3) La Instituta dice que justicia es *virtus constans et perpetua* refiriéndose así al sentimiento interno más que á la conformidad externa, porque esa definición es obra de la escuela estoica que tendía á confundir la moral con el derecho. En cuanto á los *principios* del derecho y de la justicia que son *honeste vivere, alterum non lædere, jus suum unicuique tribuere*, así como los de la moral que se hacen consistir en el proloquio *alteri non fieri quod tibi fieri non vis*, no son principios científicos, pues de ellos nada se deduce; son fórmulas de sentimiento tan infecundas para la ciencia como lo sería en botánica el principio de que *deben conocerse los vegetales*.

[4] Desde el momento en que esa *facultad* está protegida por un poder (el social ú otro, según el origen de la ley ó su autor) esa facultad no es simple *posibilidad*, sino una posibilidad que protegida por un poder efectivo que sanciona sus preceptos de alguna manera, la

“ la cual se está autorizado para hacer alguna cosa ó
 “ para exigir que otro haga ú omita alguna cosa. Se-
 “ mejante facultad supone un deber para aquellos res-
 “ pecto de quienes la facultad existe; un derecho para
 “ ser derecho, tiene necesidad de ser respetado; las no-
 “ ciones de derecho y de deber son, pues, correlativas.
 “ Estos derechos y estos deberes se llaman perfectos,
 “ porque admiten el empleo de la fuerza; los derechos
 “ y los deberes de la moral son calificados de imperfec-
 “ tos por el motivo opuesto. La palabra *derecho*
 “ se toma también como sinónimo de jurisprudencia.
 “ La jurisprudencia es la ciencia jurídica; *jurispruden-*
 “ *tia est divinarum atque humanarum rerum notitia,*
 “ *justi atque injusti scientia.* (1) Los que se consa-
 “ gran á esta ciencia toman el nombre de jurisconsultos.
 “ Por esto los modernos llaman frecuentemente
 “ *jurisprudencia* á la doctrina de los juriscon-
 “ sultos y jurisprudencia de los tribunales á la doctrina
 “ de las sentencias de los mismos.” (2)

44. Hasta aquí hemos explicado el tecnicismo jurídico correspondiente á las divisiones que se hacen del derecho en atención á la autoridad que lo dicta; pero

fuerza de esa sanción convierte la simple posibilidad en una *posibilidad protegida y dotada de elementos de coacción*; y esas circunstancias son las que se designan con el nombre de *facultades*.

[1] El derecho romano incluye en la jurisprudencia el estudio de las cosas divinas y humanas por dos razones: primera porque la jurisprudencia comprendía el estudio del derecho divino sancionado por el poder público; y segunda porque al referirse á *todas* las cosas humanas no exige que el jurisconsulto tenga *ciencia* de ellas, sino simple conocimiento, *notitia*, en tanto que esa noticia, esas ligeras nociones de otras ciencias humanas son necesarias para saber el derecho, *scientia justi atque injusti*. La antítesis entre *notitia* y *scientia* refleja esa diversidad de conocimientos.

[2] Van Wetter-Droit Romain.

también puede ser clasificado por razón de su forma y por razón de la materias sobre que versa. Por razón de su forma se divide en escrito y no escrito, entendiéndose por derecho escrito, no el que está expresado por escritura, sino el que está formulado de una manera explícita y directa por el legislador. “El derecho positivo
 “ puede tener por origen la voluntad del Soberano expresa ó tácita y de aquí nacen dos fuentes diversas
 “ de derecho, pues ó bien el Soberano en virtud del poder legislativo de que está revestido ha dictado y promulgado las leyes, ó bien ellas se han insensiblemente introducido y establecido por las costumbres,
 “ por el uso popular con la aprobación tácita del Soberano. De este doble origen nace la división ordinaria del derecho *escrito y no escrito*. En los
 “ textos romanos (Fr. 6, pfo. 1. De just æt jur. I. Ulp.) la palabra *scriptum* debe ser interpretada y traducida gramaticalmente, pues los jurisconsultos romanos entendían por *escriptum* todas las reglas de derecho redactadas por escrito, cualquiera que fuese el origen de sus preceptos. Por esto las respuestas de los prudentes figuraban en el derecho escrito, y una ley oral conservada por la tradición era *jus non escriptum*. Las Institutas de Justiniano lo dicen expresamente y Ducauroy acusa á los redactores de las Institutas de haber emitido una opinión absolutamente falsa. Nosotros creemos que el profesor ha interpretado el párrafo de las Institutas, no con las ideas que eran corrientes en tiempos de Triboniano, sino trasportando á esa época el sentido moderno atribuido á las palabras *derecho escrito*. Esta locución ha sido conservada en el lenguaje teórico, pero desviando su sentido del que tenía entre los romanos. Ella sirve hoy para designar las leyes