

manifestaciones sociales naturales, como la Familia, el Municipio, la Provincia, la Región nacional, la Nación, etc., á la vez que otras colectividades, producto de la iniciativa y voluntad humanas, que á su amparo realizan fines religiosos, científicos, artísticos, industriales, etcétera (1).

16. No concluiremos este Capítulo sin hacer notar, justificando con esto, en todo caso, nuestro método de exposición, que tratándose de fijar el concepto del *Derecho*, es indiferente comenzar la investigación por una ó por otra idea, si no se pierde de vista el enlace y relación que entre todas existe. No en vano decía el ecléctico Víctor Cousin, y con él un distinguido jurisconsulto español contemporáneo (2), que las palabras *Derecho*, *Deber* y *Libertad* son los tres eslabones de la cadena de oro del orden moral y social; que los dos primeros son hijos de una madre común, que es la última. «*Le devoir et le droit sont frères; leur mère commune est la liberté.*»

(1) No ha sido nuestro propósito desenvolver el concepto del Estado, ni criticar el ofrecido por diversos publicistas, que la índole de la obra no permite, sino asentar estos precedentes como punto inicial de nuestra investigación en el estudio del *Derecho civil español*; por eso omitimos las observaciones á que se prestan los conocidos conceptos del Estado «orden general del Derecho», «asociación de familias con el fin de procurarse los medios para realizar el destino humano en este mundo», «conjunto de los poderes públicos», etc.; Ahrens, Rossi y otros, de que daremos noticia en el apéndice bibliográfico de este libro.

(2) Alonso Martínez, *Discurso ante la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación*, párrafo II, 1869.

CAPÍTULO II.

SUMARIO.—**Concepto del Derecho.**—I. En su consideración de causa. (Continuación.)

Art. I. B. EN SENTIDO PRÁCTICO. (Derecho positivo ó constituido, Legislación, Derecho.)—1. Su concepto.—2. Sus caracteres.—3 y 4. Necesidad de su existencia y de su conocimiento.

Art. II. ELEMENTOS CIENTÍFICOS QUE DEBEN INCORPORARSE Á SU ESTUDIO, Á FIN DE QUE RESULTE RACIONAL Y FECUNDO.—5. Generalización.—6. Aplicaciones.

ART. I.

DERECHO POSITIVO Ó CONSTITUIDO.

1. Ya consignamos en el Capítulo anterior que la Biología, empleando el análisis en el estudio de todo sér viviente, descubre en él tres elementos: 1.º, una esencia prima; 2.º, un acto ó serie de actos, y 3.º, una potencia ó agente. Aplicando esta doctrina al estudio del Derecho, la ciencia biológica descubre en él los mismos elementos: *esencia jurídica*, *acto jurídico* y *potencia jurídica* encargada de reducir la primera, aptitud inmanente, á la realidad del segundo, por medio de su virtud creadora; de donde se originan las tres fases del Derecho: *Natural*, *Positivo* y *Constituyente*; dando cada una de ellas lugar á su ciencia respectiva: la *Filosofía del Derecho*, la *Historia* y *Exégesis* del mismo y la *Política* ó *Nomotesia*.

El Derecho, como toda idea, ha de ser estudiado bajo la triple consideración de lo que *debe ser*, de lo que *ha sido* y *es*, y de lo que *puede ser*; de otra suerte el estudio resulta incompleto. La teoría y la práctica son dos aspectos en todo conocimiento que no pueden ni deben separarse ni excluirse. Si desconocer y despreciar la teoría es, como afirma Royer Collard, abrigar la ridícula pretensión de *obrar sin saber lo que se hace* y *hablar sin saber lo que se dice*, entregándose en brazos del más denigrante empirismo, desconocer y despreciar la práctica y la experiencia, es mutilar por completo la naturaleza humana, elevarse á un puro idealismo agitándose en las esferas, alguna vez utópicas, de la especulación, prescindiendo, por lo tanto, de los hechos sociales y de la existencia clara y evidente del mundo exterior.

Por eso no debe olvidarse que al lado de la filosofía está la historia;

al lado de la teoría, la práctica; al lado de lo que debe ser, lo que ha sido y lo que es; y que para ser dignos del honroso título de *jurisconsultos*, es absolutamente preciso conocer, de una parte, la Filosofía del Derecho que, encontrando el fundamento de las leyes morales en la naturaleza racional del hombre, nos señala el bello ideal de la realización de la justicia, al que la humanidad aspira y se dirige por la ancha vía de un progreso ilimitado; y de otra, en término, si antagónico, perfectamente condicionado é influido por el anterior, la Historia del Derecho, que al ofrecernos el cuadro del progreso pasado y el estado presente de la sociedad, nos da noticia de los cambios que las instituciones jurídicas han sufrido á través del tiempo, mostrándonos la última expresión real del desenvolvimiento de las verdades de la ciencia jurídica en la vida humana, que es en suma el Derecho positivo.

Es, pues, absolutamente preciso armonizar estos aspectos del estudio: el orden superior de primeros principios, fundados en la naturaleza racional del hombre que forma el bello ideal de la Filosofía del Derecho, y la Ley escrita, la exteriorización social y humana de la suprema Ley divina, aproximados, relacionados y alguna vez confundidos por el elemento intermedio y creador del Derecho constituyente.

De lo expuesto se infiere que el efecto y resultado del Derecho constituyente es el Derecho constituido ó positivo; reducción del Derecho natural á Derecho social, del Derecho filosófico á Derecho histórico. El Derecho positivo recibe también, bajo este punto de vista, los nombres de *Legislación* ó cuerpo de leyes; en este sentido le concibió Cicerón, al definirlo *summa omnia legum*. Así se dice indistintamente, *Derecho español* ó *Legislación española*. Sin embargo, conviene advertir para mayor claridad, que la palabra *Legislación* es anfibológica, pues además de la acepción señalada, representa el concepto de la ciencia con arreglo á cuyos principios deben ser formadas las leyes y organizadas todas las instituciones sociales del orden jurídico: ciencia que podemos decir formada por dos diversos procedimientos, *a priori* y *a posteriori*, en cuanto la integran de una parte los superiores principios del Derecho natural, preexistente á toda especulación y realización humana, y de otra el producto de la observación y el estudio, aplicados á la distinta organización que en cada pueblo y época han tenido dichas instituciones; dualismo que por conformarse con el orden natural de las cosas, toda vez que representa la esencia y la forma, lo eterno y lo perecedero, lo invariable y lo variable, lo principal y lo accesorio, se observa en cualquiera obra legislativa. La ley de Matrimonio civil, por ejemplo, ofrece cumplido testimonio de esta verdad;

su artículo primero, conformándose con aquella esencia invariable, declara al matrimonio «por su naturaleza perpetuo é indisoluble»; y en los demás, el legislador desarrolla un sistema, el civil ó el francés, libremente elegido entre todos los que se aplican á la organización de esta importantísima institución social en los pueblos más cultos, que sin duda juzgó bueno en sí mismo, y más en armonía con sus principios de gobierno y con la época en que legislaba.

2. Los caracteres del Derecho positivo son la *especialidad* y la *variabilidad*. Es completamente determinado en tiempo, espacio y circunstancias: cada pueblo, cada época, cada asunto, tienen su legislación especial.

La organización interior del Derecho positivo se determina en general de un modo paralelo á la del natural y se funda en sus mismos principios.

3. Que el Derecho positivo existe, bien lo acreditan las leyes de todos los tiempos y pueblos; es una verdad de hecho, de cuya certeza nuestros sentidos nos dan cumplido testimonio.

4. Su necesidad la comprueba la misma limitación humana. Si el hombre realizara el bien por puro amor al mismo y en sola contemplación de serlo, si todos los hombres tuvieran igual perfecta capacidad, en tales supuestos, el Derecho como ciencia de los buenos medios, como principio coactivo de vida que es, como regla de conducta, sería innecesario por todo extremo; mas como se nos ofrece una realidad completamente opuesta, el Derecho es absolutamente necesario y afecta la forma de verdadera y precisa garantía para la realización de los fines humanos en la sociedad, siendo, por lo tanto, su conocimiento de todo punto indispensable.

ART. II.

ELEMENTOS CIENTÍFICOS

QUE DEBEN INCORPORARSE AL ESTUDIO DEL DERECHO POSITIVO Á FIN DE QUE RESULTE RACIONAL Y FECUNDO.

5. Problema importante es éste, que sólo puede ser resuelto refiriéndose á los dos términos de la relación; esto es, el Derecho positivo y la ciencia; formando un paralelo entre ambas ideas, para después fundirlas en una totalidad orgánica.

El Derecho positivo, ya lo hemos dicho, no es sino una serie y conjunto de manifestaciones del sér humano relativos á esa entidad llamada Derecho; la consignación efectiva del modo cómo se ha concebido

y vivido en la sucesión de los tiempos, y en las diversas sociedades y pueblos.

El Derecho positivo es de la misma categoría que la ciencia positiva, el arte positivo, la moral y la religión positivas.

El hombre piensa sobre sí mismo y sobre las cosas que le rodean, y reduciendo á cierto sistema estos pensamientos, los consigna en una serie de obras que son el material de la historia de la ciencia positiva humana; adopta determinadas máximas en regla de conducta para la vida, traduciéndolas en las costumbres sociales, y establece de este modo la existencia de la moralidad variable y progresiva de las sociedades históricas; expresa sus relaciones con la Divinidad en una sucesión concreta de cultos y de formas, y aparece ese conjunto de fenómenos religiosos que constituyen las religiones positivas; determina, en fin, en preceptos llamados leyes, para que se realicen en los hechos sociales, públicos y privados, las relaciones mutuas de los asociados entre sí, y produce entonces esa serie de manifestaciones legales á que se da el nombre de *Derecho positivo*.

Ninguno de esos órdenes de hechos, sin embargo, ya científicos, morales, religiosos ó jurídicos, son la ciencia misma, la propia moral, religión y Derecho, porque, aun cuando cada una de estas entidades sean modos de ser del espíritu humano, siempre resultará que ésta, por su libertad, no expresa en todo caso fielmente su esencia en sus fenómenos. ¡Cuántas veces los conocimientos humanos son errores; las costumbres, crímenes; los cultos, supersticiones; las leyes, tremendas iniquidades!.....

Resulta, pues, de un modo cierto, que aun conociendo perfectamente todos los hechos positivos humanos, relativos á ciencia, moral, religión ó Derecho, no por eso se conocen el Derecho, la religión, la moral y la ciencia misma; más antes bien está uno seguro de conocer muchas cosas contrarias, muchas injusticias, vicios, idolatrías y errores, siempre con incertidumbre, confusión y desorden.

Veamos ahora, de parte opuesta y para compararle, el concepto que de la ciencia se nos ofrece. Entendemos todos por ciencia un conocimiento verdadero, cierto y ordenado del objeto, cualquiera que él sea.

La ciencia pide, ante todo, que conozcamos la realidad misma de la cosa; exige después que la conozcamos con conciencia de su verdad; requiere, en fin, que el conocimiento de las internas partes y múltiples aspectos del objeto sea ordenado y enlazado, forme un todo de composición simultánea y orgánica. Ver el objeto conscientemente en su propia realidad, y de un solo golpe de vista en el conjunto orgánico de sus partes y relaciones, esto es la ciencia.

Ninguna de estas cualidades puede tener el estudio del Derecho po-

sitivo, como el de la ciencia, la religión y la moral positivas. Fijándonos en el Derecho positivo por todos, que es el que motiva estas indicaciones, sabemos ya que él no es el Derecho mismo; impidiéndonos tal circunstancia, en consecuencia y desde luego, cumplir la primera y fundamental condición de la ciencia en este punto: conocer el Derecho en sí mismo, en su propia realidad.

Observemos ahora las limitaciones esenciales del sér humano en su existencia histórica y sus anormalidades é irregularidades de conducta, y esto nos dará la medida del desorden y pesada confusión que dentro del Derecho positivo reinan. Bien saben aquellos de nuestros ilustrados compañeros consagrados á estudios jurídicos de carácter práctico, que tomar en la mano un cuerpo legal cualquiera, el Digesto, por ejemplo, ó la Novísima, equivale á pulsar el caos, si no es que ya de antemano se posee su palabra ordenadora. Luego el estudio directo del Derecho positivo tampoco puede darnos un conocimiento claro y ordenado del organismo jurídico.

6. Resulta, pues, de todo esto, que la enseñanza descarnada del Derecho positivo no puede nunca dar del mismo conocimiento real, claro, racional y sistemático, sino, cuando más, noción ficticia, oscura, empírica y confusa en demasía. Un abogado con tal enseñanza se parece enteramente al obrero, que después de todo pasa su vida entera construyendo complicadas medidas y figuras anatómicas y geométricas por procedimientos rutinarios, cuya razón se le escapa por completo.

Utilicemos los precedentes expuestos: ¿Cómo se han de concertar y unir la ciencia del Derecho y el estudio del Derecho positivo, para que resulte en definitiva una ciencia del Derecho positivo?

En primer lugar, creemos—esto bajo el punto de vista práctico—que los estudios jurídicos en general deben comenzarse, no por ninguna manifestación histórica del Derecho, sino por los Elementos completos de la ciencia del Derecho. Un rudimento y conato de esta exigencia racional lo vemos apuntado en los llamados «Prolegómenos». Pero esto no basta; muy por el contrario, se hace preciso que los tales Elementos se den con una amplitud extensiva grande, en tanto que ellos constituyen la única clave científica de que ha de disponer luego el alumno para la recta comprensión de los estudios positivos. Han de constituir, pues, una completa *enciclopedia jurídica*, comprendiendo, no sólo los elementos de la filosofía del Derecho, sino también los del organismo histórico del mismo y los de su biología, con desarrollo de todas las esferas parciales dentro de él contenidas, como el civil, el político, penal, mercantil, etc.

Con esta base, puede el alumno dar comienzo con algún sentido á los estudios positivos. Y aquí procede ya la conducta que para el caso

debe seguir en su enseñanza el profesor de cada asignatura particular.

A nuestro juicio deben comenzar aspirando á fundar desde luego su enseñanza en la base común ya indicada. Al efecto empieza recordando el concepto general del Derecho, sus relaciones y su organismo interior. En seguida se fija en aquel órgano especial, cuya exposición á él está recomendada, verbigracia: en el Derecho civil, el profesor de esta asignatura. Verificado esto, hace notar con claridad el engranaje de tal esfera jurídica con todas las demás, y con el principio, dentro del indicado organismo. Procede luego, y á continuación de estos preliminares, exponer con más detenimiento y motivación de lo que en los Elementos generales pudo hacerse, el organismo interior de la asignatura con forma general, metódica y filosófica, y sin sujeción á patrón alguno de legislación determinada.

Así preparado el espíritu del que estudia, tiene ya lo que pudiéramos llamar base de juicio, para el conocimiento, comprensión y estima del cuerpo de leyes positivas que trate de enseñársele.

Debe éste, entonces, clasificarse según los principios ya conocidos, pudiéndose notar ahora, al realizarlo *críticamente*, sus defectos ó quizás sus excesos.

Desde este momento, no resta sino comenzar el estudio de cada parte así clasificada por su orden riguroso. Este estudio debe hacerse siempre *críticamente*, exponiendo al frente de cada tratado sus principios fundamentales, y comparando el hecho con el ideal, base de toda rectificación, mejoramiento y reforma. Para tal modo de proceder se ha capacitado al efecto la razón del que estudia con las preparaciones anteriores, siendo él el único que puede infundir el alma viva y luminosa de la idea, en la inerte, oscura masa de la legislación positiva.

La ciencia del Derecho positivo presenta dos aspectos capitales: *histórico* el uno, y *exegético* el otro.

En primer lugar, el Derecho positivo es *un hecho*, y como tal queda sometido á todas las leyes del proceso histórico. Así la *Historia del Derecho* desarrolla su evolución biológica en la vida de la Humanidad, al tenor de la ley del progreso que preside á toda la Historia; es la marcha desenvolviente de esta esencia humana, á través del tiempo y en las diferentes razas y naciones que pueblan el espacio.

En segundo lugar, el Derecho positivo es una traducción, *una realización* del Derecho natural, y en este concepto debe ser estudiado de un modo crítico, en mutua relación del uno con el otro. La *Exégesis del Derecho* consagra este estudio crítico á la legislación especial de cada pueblo y época, con arreglo á las leyes y principios de la Lógica crítica ó de aplicación.

CAPÍTULO III.

SUMARIO.—**Concepto del Derecho.**—I. En su consideración de causa.—B. EN SENTIDO PRÁCTICO. (Continuación.)—FUENTES DEL DERECHO POSITIVO.

ART. I. DE LA LEY.—1. Su concepto.—2. Sus caracteres.

ART. II. COMPLEMENTO AL ESTUDIO DE LA LEY.—3, 4, 5 y 6. Su formación, promulgación, aplicación y efectos; consideraciones sobre la retroactividad de la ley.—7, 8 y 9. Su abrogación, derogación, dispensa y renuncia.—10. La ignorancia del Derecho.—11. De la interpretación de la ley.

ART. I.

DE LA LEY.

1. Conviene advertir, ante todo, bajo qué límites nos ocupamos aquí de las fuentes del Derecho positivo, cuando lo hemos de hacer también al principio del siguiente tomo, en los primeros capítulos de la *Parte general* del DERECHO CIVIL ESPAÑOL. Tal conducta no significa ni atentado á la unidad de la doctrina, ni inútiles y enojosas repeticiones. Su justificación está en la naturaleza misma del objeto estudiado, pues cosa distinta es el conocimiento científico general é independiente de toda legislación determinada, de las fuentes del Derecho positivo, y el de las mismas en su organización legal, y en especial aplicación al DERECHO CIVIL DE ESPAÑA. Ese primer aspecto, puramente científico, es el pertinente á este lugar de introducción, base común á toda la obra.

Fuente, lo mismo en Filosofía que en Derecho, es la razón primitiva de cualquiera idea; ó la causa generatriz ó productora de un hecho. Las instituciones de Derecho positivo, como hemos dicho, son un *hecho*; de donde se deduce que para nosotros la palabra *fuentes* debe estimarse en la segunda acepción de las dos referidas.

La fuente del Derecho positivo, genéricamente considerada, la descubrimos en la *voluntad*; la voluntad individual y superior del poder público que dicta la regla jurídica y origina la *ley*; ó la voluntad general y colectiva, pero sin superioridad alguna, en cuyo caso nace también, como forma de la regla jurídica, la que se llama *costumbre*; si bien esta fuente, á diferencia de la anterior, no obstante gozar desde un principio de gran fuerza moral en razón directa de la mayor gene-