

CAPÍTULO IV.

SUMARIO.—Concepto del Derecho.—I. En su consideración de causa.—B. EN SENTIDO PRÁCTICO.—FUENTES DEL DERECHO POSITIVO. (Continuación.)
 Art. I. DE LA COSTUMBRE.—1. Razón de plan.—2. Su concepto.—3. Sus caracteres.—4. Diferencia entre uso y costumbre.—5. Sus clases.—6. Sus efectos.—7. ¿Debe admitirse como fuente del Derecho en todas sus ramas?
 Art. II. DE LA JURISPRUDENCIA.—8. Aceptaciones en que tomamos esta palabra.—9. ¿Debe admitirse como fuente del Derecho?—10. Su significación y autoridad.
 Art. III. DIVERSOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN.—11. Legislación codificada, compilada y consuetudinaria: su respectivo concepto.—12. Luchas entre las escuelas filosófica e histórica.—13. Ventajas e inconvenientes de la Codificación y de la Recopilación.—14. ¿Qué sistema de Legislación es preferible?—15. Aplicación á España.—16. De los comentarios y de las glosas.

ART. I.

DE LA COSTUMBRE.

1. Ya dijimos en el Capítulo anterior que la regla jurídica positiva tenía su nacimiento ó en la voluntad del legislador ó en la general de los asociados, constituyendo en el primer caso la fuente del Derecho positivo que se llama *ley*, y dando lugar en el segundo á otra que se denomina *costumbre*.

2. Puede fijarse su concepto, diciendo que es «la expresión jurídica de la voluntad espontánea del pueblo, debidamente concertada, adecuada á la realización de los fines sociales y tolerada por el legislador».

En relación la ley con la costumbre, se observa que en aquélla la iniciativa de su formación reside toda en el legislador, mientras que en ésta arranca de los asociados; que la primera es la expresión inmediata de la voluntad del poder central, en tanto que la segunda no lo es sino mediata de éste ó inmediata tan sólo de la voluntad social; que la una se produce de arriba á abajo, la otra de abajo á arriba.

La escuela histórica, por boca de Savigny, afirma que la costumbre nace como el lenguaje, constituyendo su esencia las reglas de derecho que aparecen como espontánea consecuencia de las necesidades sociales en el orden de su nacimiento; y á tal extremo se eleva su importancia, que se la erige en *única* fuente general del Derecho, afirmando que no hay ley alguna sin costumbre que la preceda. Tan absoluta conclu-

sión ha sido oportunamente rechazada por Pascal Duprat, que entiende no es posible suscribir á ella, á no incidir en el grave error de absorber la idea por el hecho, y subordinar al instinto irreflexivo de la multitud la razón pensadora del legislador, que colocado en más alta esfera, domina las relaciones sociales, prevé las necesidades que ellas originan y las satisface con sus leyes, anticipándose con frecuencia al nacimiento de la costumbre.

Agrega la escuela racionalista á estas reflexiones otra conclusión no menos extrema que la que se pretende refutar de la histórica, cual es, que si la costumbre no es regla de derecho sino mediante la voluntad del legislador que la tolera, ella, como la ley, son una misma cosa, tienen un origen común, la voluntad suprema del poder que las establece. De aquí á negar la existencia de la costumbre no hay más que un paso.

El problema que esta polémica encierra, y que pudiera reducirse á los sencillos términos de averiguar si la costumbre, como nacida en su origen entre un número parcial de individuos, tiene, sin embargo, poder bastante para elevarse á fuente general de derecho, debe resolverse huyendo de todo criterio extremo y armonizando las verdades de ambas doctrinas. En efecto; no puede desconocerse la importancia de la voluntad expresada de un modo espontáneo por el pueblo, puesto que hace nacer inmediatamente al lado de la necesidad nuevamente sentida, el medio ó regla apropiados á su satisfacción. Esta es la base, pero no es suficiente por sí sola; anárquica en su nacimiento, quizás irreflexiva en su origen y empírica siempre, carecería de la necesaria uniformidad en su esencia y en sus manifestaciones externas, creando obstáculos en el orden jurídico, si la acción pensadora del legislador, aunque más lenta en sus determinaciones, no viniera á regularla; y de la propia suerte que el artista copia á la Naturaleza, depurándola al mismo tiempo de sus impurezas, é idealizándola tal vez al trasladarla al lienzo ó al organizarla en escultura, no ordenase y purificase aquellas prácticas, ampliando sus perfecciones y restringiendo sus defectos. He ahí la verdadera génesis de la costumbre.

Constituída así, con la voluntad social y colectiva por base, con la voluntad superior y central, pero tácita por complemento, ambas armónicamente relacionadas, la *costumbre* es, sin duda alguna, *fuentes* del Derecho positivo.

3. La *costumbre*, como una de las formas de la regla jurídica, reviste caracteres comunes á los de la ley, con alguna necesaria diferencia. Debe ser, como aquélla, *justa*, esto es, inspirarse y conformarse con el Derecho natural, favorecer de igual modo la realización del fin social y contar con la tácita aprobación del poder legítimo. Su genera-

lidad no es tan absoluta é inmediata como en la ley, lo que perfectamente se explica sin más que atender al diverso origen de ambas. Por último, la *notoriedad* de la costumbre, para los que deben observarla, se produce por una serie de hechos bastantes á hacerla pública, otorgándola al propio tiempo la necesaria fuerza y prestigio que la tolerancia del legislador la presta.

4. Si bien no hay *costumbre sin uso* que la preceda, que consiste en la ejecución repetida ó práctica de ciertos hechos, no es por sí solo bastante para la creación de la regla jurídica, que es lo que fundamentalmente le distingue de la costumbre.

5. Por las relaciones que la costumbre mantiene con la ley y el modo de influir en ella, de antiguo viene admitiéndose su clasificación en costumbre *según ley, fuera de ley y contra ley*, en tanto que se limita á aclarar la ley dudosa, suple la incompleta ó deroga la opuesta á la opinión pública.

6. La costumbre, como regla jurídica, es de efectos naturalmente obligatorios, y habrá de cumplirse modelándose su eficacia, según cada uno de los aspectos de relación con la ley que quedan expresados.

7. ¿Debe admitirse la costumbre como *fuerza* del Derecho en todas sus ramas? Para la escuela histórica, que la estima como única fuente del Derecho positivo, es de todo punto incuestionable la afirmativa; pero expresadas quedan las razones de por qué no es cuerdo suscribir á esta opinión, y ahora repetiremos que la costumbre, ni puede crear originariamente, ni modificar tampoco de un modo inmediato por la sola eficacia de su propia forma, ciertos órdenes jurídicos, que no han de ser cambiados sino á virtud de un poder único, superior y reflexivo, que declare el cambio de una manera expresa y terminante.

Así sucede con el Derecho político, cuyas leyes no pueden ser inmediatamente influidas y sustituidas por la costumbre de la manera parcial y demoleadora que ella lo hace, puesto que, consagradas á la organización de los poderes públicos, cuyo conjunto y normal funcionalidad constituyen el Estado, órgano en que el Derecho se realiza, sería equivalente á estatuir las bases de la vida pública sobre la más contraproducente anarquía. Lo propio ocurre con el Derecho penal; el orden moral y el jurídico, si bien inspirados en una propia esencia, tienen un alcance realmente distinto, y aunque derivación el segundo del primero y con pronunciadas tendencias ambos de identificación, es de temer que nunca se confundan de un modo total; ¡triste consecuencia de la limitación humana! Por esto no basta que un hecho sea moralmente punible, ni que una pena escrita en la ley sea desproporcionada al delito que tiende á reprimir, y digna de ser sustituida por otra más adecuada, para que en uno ó en otro caso se castigue á aquel hecho ó se

reduzca ó aumente esta pena en virtud de razonable exigencia de la costumbre, protestando y queriendo destruir tales enormidades; porque el delincuente ejerció su voluntad, infractora y criminal, en relación con la ley establecida, y no es lícito invocar en su favor excepciones de una mal entendida clemencia á que él renunció, puesto que conocía la severidad de la pena, ni tampoco castigar la sociedad al que, si impedido por un ilícito móvil, realizó un acto realmente inmoral, quizá le decidió á ello la impura pero respetable confianza de no ser considerado por la ley como delito. En armonía con esta doctrina, todos los códigos modernos, y entre ellos el nuestro, dictan reglas encaminadas á tomar motivo de tales hechos para la reforma en lo sucesivo de la ley penal; pero todos también declaran la necesidad de la absolución ó de la imposición de la pena enorme establecida en uno ó en otro caso.

ART. II.

DE LA JURISPRUDENCIA.

8. La palabra *jurisprudencia* es susceptible de varias acepciones: ya significa la ciencia del Derecho, y en tal sentido la definió Justiniano (1), aunque con reconocida y peligrosa generalidad, y en el mismo se usó al denominar, en un tiempo no muy remoto, á los letrados Licenciados en Jurisprudencia; ya, estimándola como un aspecto práctico de la ciencia jurídica, se la define «arte ó hábito de interpretar y aplicar rectamente la ley».

También significa la jurisprudencia la manera particular que los diversos poderes públicos tienen de resolver ciertas cuestiones, y, por último, se reputa como tal la «uniformidad en las decisiones judiciales».

9. En este sentido no cabe duda que la *jurisprudencia* debe admitirse como *fuerza* del Derecho positivo, en tanto que es el último y necesario complemento de su generación, que, pasando por sus diversos grados, inicia el nacimiento de las instituciones con el uso, le da carácter de regla jurídica con la costumbre, eleva ésta á precepto escrito por la ley, y, finalmente, le explica, aclara y completa por su aplicación en los tribunales de justicia.

10. Es de advertir, sin que por esto se desconozca la facultad que todos ellos tienen, en sus diversos grados jerárquicos, de interpretar

(1) *Jurisprudentia est, divinarum atque humanarum rerum notitia, justí atque injusti scientia.*

La jurisprudencia, al ser de la ley, tiene siempre efecto retroactivo. Marqués de S. Carlos 2.ª Acad. 202

y aplicar la ley, que no es posible atribuir á todas sus decisiones autoridad bastante para fijar la más recta inteligencia de la misma, pues esto, lejos de producir la apetecida unidad de criterio, introduciría el más espantoso caos en la legislación positiva, toda vez que aquéllas se destruirían mutuamente por su propia é individual autoridad.

Para que haya uniformidad en las decisiones judiciales, ó, lo que es lo mismo, verdadera jurisprudencia, que llene su importante misión de ofrecer el Derecho positivo aplicado ya á la realidad para que se dictó, y no en potencia tan sólo como la ley le presenta, es preciso que se encomiende esta función social á un solo tribunal, y que éste sea superior á todos los demás (1).

ART. III.

DIVERSOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN.

11. El Derecho positivo de un país puede ofrecerse organizado bajo distintas formas, que reciben el nombre de *sistemas de legislación*, y cuyas especies son: la *codificada*, la *compilada* y la *consuetudinaria*.

Por *codificación* se entiende la reunión de todas las leyes de un país, ó, en un aspecto más limitado, las que se refieren á una determinada rama jurídica, bajo un solo cuerpo legal, presidido en su formación por unidad de criterio y de tiempo. El pueblo que de esta suerte tenga organizado todo su Derecho positivo será el que cuente con legislación codificada.

Compilación, copilación ó recopilación, es la reunión en diversos tiempos de leyes coleccionadas en uno ó varios volúmenes, no científica ó sistemáticamente, sino por orden de materias ó cronológico; en este caso se dice la legislación compilada.

Se dice, finalmente, *consuetudinaria* la legislación que tiene dispersas y sin coleccionar sus leyes; dándose también este nombre á las reglas jurídicas emanadas de la costumbre (2).

12. Á la vez que la escuela filosófica ó racionalista, y principalmente Kant y Thibaut, rechazan toda otra forma de legislación que la codificada, como producto de la única fuente legítima para ellos de la ley, que es la razón pensadora y providente del legislador á las necesidades públicas, la escuela histórica, y en su nombre Savigny, afirma

(1) Así sucede, por ejemplo, en Francia con la Cour de Cassation, y en España con el Tribunal Supremo.

(2) Pueden decirse, apreciadas en general, codificada, compilada y consuetudinaria las legislaciones de Francia, España é Inglaterra, respectivamente.

lo contrario, esto es, la no codificación del Derecho; conformándose con su doctrina que le hace dimanar exclusivamente de la costumbre, suponiéndole producto espontáneo y sucesivo de la opinión pública y de las progresivas exigencias sociales.

13. Si establecemos un paralelo entre la codificación y la compilación, resulta que aquélla es producto de un solo legislador y de una sola época; lleva impresa la ley de unidad en la ciencia que presidió á su formación; facilita la interpretación de sus textos por el íntimo enlace de todos sus preceptos y la subordinación lógica de sus antecedentes y consiguientes; se presenta en volumen mucho más reducido; es más apropiada y completa para la realidad de las necesidades presentes que la motivaron, pero por llevar en sí comprendida la reforma de todos los organismos jurídicos, exige mayor ilustración en el legislador, que, desenvolviendo su acción en dilatados horizontes y bajo el dominio del rigor científico de la especulación, puede más fácilmente incurrir en sensibles errores, y es, por último, más difícil de realizar, por cuanto se la oponen los intereses y hábitos todos de la legislación anterior. La compilada, trabajo de varios legisladores y resultado de diversos momentos históricos, carece de todas aquellas ventajas, pero no exige tan elevadas condiciones en el poder legislativo, ni ofrece resistencia á su realización.

14. Sin duda alguna que, en tesis general, es preferible la legislación codificada á la compilada; pero como quiera que desde la consuetudinaria es más difícil y violenta la transición á la codificada que á la compilada, de aquí el que se presenten grandes obstáculos para realizar la codificación en algunos países.

15. Sin negarlos en absoluto con relación al nuestro, creemos, no obstante, que se exageran, no siempre á impulsos de legítimos intereses, y sí á la sombra de inmotivados temores históricos que ya pasaron; y que un Gobierno de vocación decidida en este punto y de espíritu firme, podría realizar este importantísimo servicio nacional, publicando un *nuevo Código civil* que fundiese en el crisol de la unidad los múltiples y contradictorios elementos legales que aún existen y que respetó el legislador en su obra codificadora de 1888.

Para este caso, excluyendo del espíritu de la reforma toda tendencia de absorción, respetando todo lo que de bueno y compatible tiene cada uno de ellos, se destruirían en su origen las temidas alarmas y reclamaciones.

16. Con recordar, como queda dicho, que la misión más elevada y difícil del juriconsulto es interpretar rectamente la ley escrita, arrancando á su forma, imperfecta muchas veces, el preciado secreto del espíritu que la informó, se comprende la gran utilidad que los *comenta-*