

TITULO IV.

CAPÍTULO VII.

Silencio de la ley. — Doctrina de autores.

1. Casos semejantes.
2. Casos determinados.
3. Trabajo complementario del Pretor á propósito de la acción *in factum*.
4. Caso no comprendido en la ley.
5. Semejanza con el caso que dió motivo á la ley.
6. Respuestas de los jurisconsultos.
7. Gestion no autorizada por la ley.
8. Leyes no contenidas en el Fuero Real.
9. Caso nuevo no comprendido en el Fuero Real.
10. Caso nuevo no comprendido en las Partidas.
11. Caso nuevo no comprendido en el Ordenamiento de Alcalá.
- 12 y 13. Opiniones de Bártolo, Baldo, Juan Andrés y el Abad.
14. Silencio de la ley segun el Código frances.
15. Concordancias del Código holandés.
16. Código de Cerdeña: silencio de la ley.

17. Analogías y principios de derecho natural. Código de Austria.
18. Código de Portugal. Principios del derecho natural.
19. Código del Dr. Sierra.
20. Código del Imperio.
21. Código de Veracruz y del Estado de México.
22. Ley mexicana que autorizaba la aplicación de *cánones* y de *doctrinas de autores*.
23. Ley mexicana que exigió *ley expresa* para fundar las sentencias.
- 24 á 27. Artículo 20 del Código civil.
28. Ley 5ª, título 6º, libro 1º, Fuero Real.
29. Auto acordado que marca la aplicación que puede hacerse de *doctrinas de autores*.

CAPÍTULO VII.

Silencio de la ley.—Doctrina de autores.

§ 1º

1. Juliano enseña, que es inevitable el silencio de la ley en algunos puntos, por ser imposible que todos estén comprendidos individualmente en las leyes ó Senado-consultos; y que por lo mismo, cuando en un punto es manifiesta la inteligencia de la ley, el que ejerce jurisdicción puede extenderla á los casos semejantes y establece derecho en su conformidad.

2. El jurisconsulto Ulpiano enseña en otro fragmento, que lo establecido por la ley para casos determinados, puede dar ocasion para extenderlo á los demas que tiendan á la misma utilidad, y que el silencio de la ley puede suplirse ya por la interpretación, ó ya por la jurisdicción.

3. Y Pomponio enseña en un fragmento, que lo que falte á una acción *in factum*, puede ser suplido por el Pretor.

4. Y por último, el Emperador Justiniano resolvió en su Código, que si algun punto no se encontrase comprendido en la ley, pueda resolverse para que constituya nueva autoridad, reduciéndolo á las reglas, conjeturas é imitaciones del edicto.

5. Mas todo esto, como se comprende desde luego, no hace

mas que autorizar la aplicacion de una ley á todos aquellos casos que sean semejantes á aquel que haya dado motivo á su expedicion.

6. Esto es tan cierto, que nadie ignora que en el Derecho romano, cuando habia falta absoluta de ley, plebiscito, Senado-consulta, Constitucion imperial ó edicto, se podia apelar á las respuestas de ciertos jurisconsultos, cuyas decisiones estaban perfectamente autorizadas para constituir una regla obligatoria, á falta absoluta de los otros elementos de derecho escrito. De manera, que es enteramente cierto y seguro que en el foro romano, á falta absoluta de ley, podian decidirse las cuestiones judiciales, tomando por fundamento las respuestas de determinados jurisconsultos que estaban autorizados al efecto. (Véase el número 14 y siguientes del título II de este libro.)

§ 2º

7. Si con relacion al foro de los visigodos preguntamos si en España podia decidirse una cuestion judicial con la doctrina de autores, cuando faltaba absolutamente ley que la decidiera, sin gran trabajo encontraremos una respuesta negativa en la ley 11, título 1º, libro 2º del Fuero Juzgo, que dice: "Ningun juez non oya pleitos sino los que sean contenidos en las leyes;" lo cual quiere decir tanto como que faltando ley, no solo no debia decidirse el pleito con doctrina de autores, pero ni aun darse entrada á la demanda.

§ 3º

8. D. Alonso el Sabio, con el marcado propósito de dar unidad á la legislacion, mandó en el Fuero Real que todos los pleitos fueran juzgados por las leyes de aquel libro, y que

si alguno presentare otro libro de otras leyes en juicio para razonar ó para juzgar por él, incurriera en una multa, salvo que se tratara de ley que armonizando con las del Fuero Real, viniera en su ayuda. (*Ley 5ª, tt. 6º, lib. 1º Fuero Real.*)

9. Y en otro lugar resuelve el mismo D. Alonso, que los derechos del Rey y del pueblo, y de todos los que promovieran cuestiones judiciales, sean juzgados por las leyes del Fuero Real y no por otras, y que si pleito acaeciere que por este libro no se pueda determinar (por las leyes del Fuero Real) envienlo á decir al Rey que les dé sobre aquello ley porque juzguen é la ley que el Rey les diere, metanla en este libro. La resolucion anterior autoriza la tesis de que en el foro de D. Alonso el Sabio la falta absoluta de ley no se suplia con doctrina de autores, sino que se apelaba á la expedicion de una ley nueva.

§ 4º

10. Cuando el mismo legislador dictó el Código de las Partidas, dijo en una de ellas: "Acaeciendo cosa de que no haya ley en este libro porque sea menester de se facer de nuevo, debe el Rey ayuntar homes sabidores entendudos para escoger el derecho porque se acuerde con ellos en qué manera debe ende facer ley, &c."—Esta parte de la ley prueba por sí sola que á falta absoluta de ley no se tenia como medio obligatorio de decision la doctrina de los autores.

§ 5º

11. El Ordenamiento de Alcalá tampoco abrió la puerta para que pudieran fundarse las decisiones judiciales en doctrinas de autores, pues manda que cuando algun fecho no se pueda librar por las leyes vigentes, se ocurra al Rey para que dé nueva ley. (*Ley 1ª, tt. 28. Ordenamiento de Alcalá.*)

§ 6º

12. Despues de tantas disposiciones españolas que claramente negaron autoridad decisiva á las respuestas de los juriconsultos á falta absoluta de ley, hubo la desgracia de apartarse de este buen camino, dando fuerza decisiva y obligatoria á las doctrinas de Bártolo, Baldo, Juan Andrés y el Abad. Mas tamaño extravío fué á muy poco corregido en la ley 1ª de Toro, que literalmente dice: "É por quanto nos obimos fecho en la Villa de Madrid el año que pasó de noventa é nueve ciertas leyes é ordenanzas, las cuales mandamos que se guardasen en la ordenacion, é algunas en la decision de los pleitos é causas en el nuestro Consejo, en las nuestras audiencias é entre ellas hicimos una ley é Ordenanza que habla cerca de las *opiniones de Bártolo é Baldo é de Juan Andrés y el Abad cual dellas se deba seguir en dubda á falta de ley*; é porque agora somos informados que *lo que ficimos por estorbar la proligidad é muchedumbre de las opiniones de los doctores* ha traído mayor daño é inconveniente; por ende por la presente revocamos, cassamos é anulamos en quanto á esto todo lo contenido en la dicha ley é Ordenanza por Nos fecha en la dicha Villa de Madrid; é mandamos que *agut adelante no se use de ella* ni se guarde ni cumpla porque nuestra intencion é voluntad es que cerca de la dicha ordenacion é determination de los pleitos é causas, solamente se faga é guarde lo contenido en la dicha ley del Sr. D. Alfonso y en esta nuestra."

§ 7º

13. Esto supuesto es enteramente seguro que desde la publicacion de las leyes de Toro, ni las opiniones de Bártolo,

Baldo, Juan Andrés y el Abad, pudieron servir para fundar en el foro español la decision de cuestiones judiciales á falta de ley.

§ 8º

14. Si consultamos la legislacion extranjera, nos encontráremos en el Código frances con dos artículos, que dicen: El juez que rehuse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como culpable de denegacion de justicia. — Está prohibido á los jueces pronunciar por vía de disposicion general ó reglamentaria sobre las causas que les están sometidas. (*Código Napoleon. Artículos 4º y 5º*)

§ 9º

15. Concuerda con el Código frances el artículo 13 del de Holanda.

§ 10º

16. El de Cerdeña dice: Cuando no se pueda decidir una controversia ni por la palabra, ni por el sentido natural de la ley, se tomarán en consideracion los casos semejantes decididos precisamente por las leyes y los fundamentos de otras leyes análogas; si á pesar de esto queda dudoso el caso, deberá decidirse segun los principios generales de derecho, tomando en consideracion todas las circunstancias del caso.

§ 11º

17. El Código austriaco dice: Si la ley no es enteramente aplicable á un hecho, el juez tomará en consideracion las ana-

logías, los motivos, y en su defecto, los principios de derecho natural y las circunstancias.

§ 12°

18. El Código de Portugal resuelve, que cuando las cuestiones sobre derechos y obligaciones no puedan resolverse ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por analogía con casos previstos en otras leyes, serán decididas según los principios del derecho natural, conforme á las circunstancias del caso.

§ 13°

19. El Código del Dr. Sierra consulta que el juez que rehusa fallar á pretexto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurra en responsabilidad.

§ 14°

20. El Código del Imperio dice literalmente lo mismo que el anterior, agregando solamente: "ó consulta hecha sobre ella."

§ 15°

21. Los Códigos de Veracruz y del Estado de México dicen lo mismo que el anterior.

§ 16°

22. Una ley del general Santa-Anna, de 18 de Octubre de 1841, decia en su artículo 1°, que todos los tribunales y juz-

gados, tanto civiles como militares y eclesiásticos, de cualquier clase y categoría, estaban obligados á expresar la ley, cánón ó doctrina en que fundaran sus sentencias definitivas é interlocutorias que tengan fuerza definitiva ó causen gravámen irreparable. La crítica de tamaña monstruosidad está consignada en el número 26 del capítulo 1°, título 4° de esta obra, y solo agregaremos, que siendo como frecuentemente son contradichas las doctrinas de unos autores por las de otros, la ley dejaba en este caso sin regla alguna al juez, pues no designaba los autores cuya doctrina debiera prevalecer á la de los demas.

§ 17°

23. Veinte años despues, nuestros legisladores se colocaron en el extremo contrario, al decir: que todos los tribunales y juzgados de la Federacion, Distrito y territorios de cualquiera clase y categoría que sean, fundaran precisamente en *ley expresa* sus sentencias definitivas. A este propósito hemos dicho ya en otro lugar, que de esta manera, de la libertad amplísima que existia según la ley de 18 de Octubre de 1841, se pasó á la estrechez impracticable de exigir *ley expresa* para la decision de los casos ocurrentes, si *por ley expresa* habia de entenderse ley que contuviera *in terminis* la decision especial del caso controvertido.

§ 18°

24. Tal era la legislacion secundaria que estaba vigente cuando vino á darse el Código civil, que como hemos visto al hacer la exposicion de su artículo 20, no exige precisamente ley expresa para fundar la decision de una controversia judicial, pues resuelve que puede emplearse al efecto no solo la ley, sino tambien los principios generales de derecho.

25. A este propósito dijimos en el capítulo 1º, título 4º de esta obra lo que hemos creído necesario para hacer patente que el citado artículo 20 de nuestro Código no está en contradicción con el artículo 14 de la Constitución de 1857.

26. Este artículo dice, que ninguno puede ser juzgado ni sentenciado, sino con arreglo á las leyes que forman el derecho escrito, y no como quiera, sino que exige que la ley haya sido dictada con anterioridad al hecho que sirve de materia al juicio. Y esto sin necesidad de comentario viene á probar la falsedad de la doctrina, que enseñara que á falta de ley puedan los mexicanos ser juzgados y sentenciados conforme á la doctrina de autores.

27. En presencia del texto claro y preciso de nuestro artículo constitucional, seria temerario citar el artículo 853, fracción 5ª de nuestro Código de procedimientos, que dice: que en la redacción de las sentencias se haga mérito en párrafos separados también, que empezarán con la palabra "Considerando," de cada uno de los puntos de derecho, dando las razones y fundamentos legales que estime procedentes y citando las leyes ó doctrinas que considere aplicables; seria, decimos, temerario citar este artículo con el intento de probar que las doctrinas de autores pueden servir para fundar á falta de leyes las decisiones de una controversia judicial. Y seria temerario esto, porque, como hemos visto, esta doctrina está condenada por el artículo 14 de la Constitución de 1857, sin que por esto pueda decirse que se condena absolutamente la cita de doctrina de autores.

§ 19º

28. Con relación á este punto, es necesario recordar que en el comentario de la ley 5ª, título 6º, libro 1º del Fuero Real, se dice que en la ley 6ª del título 4º, libro 1º de las Ordenanzas Reales, se dispone que ni los letrados, ni las partes

puedan alegar disputando ni por escrito, opinion de doctor ni de glosa excepto en cánones á Juan Andrés, y en leyes á Bartolo et pone pena al abogado que lo contrario hiciere. Item los reyes nuestros Señores en las leyes nuevas que hicieron en Madrid. La ley 37 manda que en defecto de la opinion de Juan Andrés de derecho canónico se pueda alegar la opinion del Abad de Sicilia y en leyes en defecto de Bartolo se pueda alegar Baldo. Como los pleitos de las alcabales se han de juzgar y en qué forma: ve la ley 121 en el cuaderno nuevo que se hizo en Granada.

§ 20º

29. Esto que ya se explicó en otra parte, quiere decir que en el foro español ha habido época en que á falta de ley ha podido juzgarse por la opinion de autores, pero solo de los cuatro autores mencionados, y en cuanto á las doctrinas de los demas, lo único que ha podido observarse, es lo que se declaró en el auto acordado del Consejo pleno de 4 de Diciembre de 1713, en el cual se dispuso encargar á las chancillerías y audiencias y demas tribunales, el cuidado y atención de *observar las leyes patrias con la mayor exactitud*; pues de lo contrario se procedería contra los inobedientes. Y para esto se tuvo presente, que en contravención de lo dispuesto por la ley 1ª de Toro y la pragmática de 1567, puesta por principio de la Recopilación, se sustancian y determinan muchos pleitos en los tribunales, valiéndose para ello de *doctrinas, de libros y autores extranjeros*, y resultando despreciada la doctrina de nuestros propios autores, que con larga experiencia *explicaron, interpretaron y glosaron las leyes, ordenanzas, fueros, usos y costumbres*.

Este auto acordado prueba dos cosas: 1ª, que las doctrinas de autores y libros extranjeros no deben aceptarse cuan-

do están en contradicción con las doctrinas de los autores regnicolas; y 2º, que las doctrinas de estos mismos autores solo puede citarse como explicación, comentario y glosa de nuestras leyes; de manera que aun antes de la prevención constitucional, no podía en el fuero español fundarse una sentencia en doctrina de autores á falta de ley.

TITULO V.

DE LOS EFECTOS DE LA LEY.

CAPÍTULO I.

Del efecto retroactivo.

1. Antigua legislación romana.
2. Constituciones imperiales.
3. Inconsecuencia del *Fuero Juzgo*.
4. Aplicación que del principio hizo el *Fuero Real* á la parte penal.
5. Aplicación que del mismo principio hizo una ley del *Estilo* á la materia de testamentos.
6. Ampliación y corrección hecha por las *Leyes de Partida*.
7. Principio erróneo de la legislación recopilada.
8. Respeto de esta á las disposiciones testamentarias.
9. Generalización de las resoluciones contenidas sobre la materia en las leyes de España.
10. Legislación moderna.
11. Doctrina de Goyena y su razón.
12. Código de Portugal.
13. Laconismo del Código del Dr. Sierra.