

hombre para disponer de las cosas que le pertenecen; ó del producto de su trabajo, sin mas limitaciones que las que la ley establece para beneficio de todos. Tan antigua como la sociedad, estendiéndose, fortificándose y perfeccionándose con los progresos de la poblacion y de la cultura, está apoyada en la razon, en la necesidad, en el consentimiento universal, y en la historia de todos los siglos y de todos los pueblos. Bajo el precepto de *dar á cada uno lo suyo*, comprendieron los romanos las leyes que se referian á su ejercicio. Sin salir del círculo á que voluntariamente hemos circunscrito estos Prolegómenos, no podemos entrar á examinar los principios en que descansa el derecho de propiedad, su adquisicion inmediata ú originaria, ó mediata ó derivada, los modos de comunicarle, de trasmitirle y de perderle, puntos complejos, delicados y que en el órden de estudios que siguen las escuelas de Derecho tienen lugares propios en que se explican con la conveniente latitud.

Concluiremos este capítulo diciendo con el canceller Bacon, que las leyes deben ser ciertas en su notificacion, justas en sus preceptos, fáciles en la ejecucion, conformes á las leyes fundamentales, y promovedoras de la virtud en los que han de obedecerlas (1).

(1) *Lex bona censei possit, quæ sit intimatione certa;*

CAPITULO IV.

De la legislacion, del derecho y de la jurisprudencia.

Como difíciles y peligrosas han sido siempre consideradas las definiciones por todos los juristas, sucediendo con frecuencia que en lugar de llenar su objeto dando ideas claras, distintas y analíticas del definido, han contribuido á hacer mas oscuro lo que sucintamente se proponian explicar. Esto nos hace desconfiar del acierto al definir las palabras *legislacion, derecho, jurisprudencia*.

Apenas hay un libro de Derecho que no defina las dos últimas: los mismos legisladores, desconfiando en cierto modo de los hombres de la ciencia, y uniendo pretensiones científicas á su cargo soberano, no se han desdeñado de descender á fijar su sentido verdadero; trabajo que, aunque de origen loable, ha sido perjudicial, dando ocasion para que algunos no distingan entre el respeto ciego que se debe á la disposicion de la ley y el exámen y discusion que las materias puramente científicas requieren de suyo. Así es, que tantos jurisconsultos, confundiendo los preceptos legislativos con los principios científicos, se han

præceptó justa; executione commoda; cum formá política congrua; et generans virtutem in subditis (Aphorism. VII).

encerrado en un estrecho círculo, no atreviéndose á romper el yugo de la autoridad, no menos fuerte para ellos cuando mandaba, que cuando exponía sus doctrinas.

No podemos negar que en el uso se confunde con frecuencia la significacion de las palabras *legislacion, derecho, jurisprudencia* (1); pero por envejecidos, por autorizados que parezcan estos descuidos, el hombre científico debe contribuir en cuanto pueda á fijar la nomenclatura técnica, y á que no se usen con impropiedad palabras que pueden ser consideradas como sacramentales en la ciencia.

Las palabras *legislacion, derecho, jurisprudencia*, representan ideas diferentes, aunque enlazadas entre sí. La *legislacion*, tomada esta palabra científicamente y en su mas alta esfera, se eleva á los principios, fija las teorías, examina los sistemas, compara las instituciones; el *derecho* comprende, ya las leyes eternas escritas por Dios en el corazón de todos los hombres, ya las reglas positivas que el legislador establece ó consiente:

(1) Así oímos que algunos dicen indistintamente *legislacion romana, derecho romano, jurisprudencia romana, Facultad de derecho, Facultad de jurisprudencia*; á sus profesores, doctores en *derecho* y doctores en *jurisprudencia*; y en esta misma asignatura vemos que se ha dado el nombre de *Prolegómenos del derecho* á lo que en rigor debería denominarse *Prolegómenos de la jurisprudencia*.

la *jurisprudencia* enseña á entender bien estas reglas y á aplicarlas en todos los negocios de la vida. La *legislacion* alumbrada por la filosofía y por la historia, investiga las instituciones, juzga las que son obra del hombre, pone en evidencia sus ventajas y sus defectos, contribuyendo así á la formación del derecho; del derecho nace la *jurisprudencia*. La *legislacion* se remonta á los conocimientos filosóficos; el *derecho* se limita á los preceptos jurídicos naturales y á los positivos establecidos por el legislador; la *jurisprudencia* se reduce á la completa inteligencia y á la aplicación del derecho. La *legislacion* es una ciencia especulativa; el *derecho* una institución; la *jurisprudencia* una ciencia práctica. La ciencia de la *legislacion* es la guía del legislador; el *derecho* y la *jurisprudencia* la del jurisconsulto. No siempre, sin embargo, se da á las palabras *legislacion, derecho* y *jurisprudencia* el sentido que acabamos de manifestar, aun entre los escritores mas distinguidos; tienen además otras significaciones no menos recibidas y aceptables que despues indicaremos.

Segun esto, podemos decir que ciencia de la *legislacion* es la que enseña cómo deben ser formadas las instituciones políticas y las demás leyes para afianzar la seguridad del Estado, proteger los derechos individuales, y procurar el bienestar general. Ella enseña que legislar no es ejercer

meros actos de poder y de fuerza, sino poner en contribucion la ilustrada experiencia de los siglos y el depósito sagrado de las doctrinas; consultar el carácter, los hábitos y el estado de cada país, y no entregarse á proyectos ideales de perfeccion, teniendo siempre presente que las leyes deben acomodarse á los hombres tales cuales son, y á la sociedad tal cual está constituida. Huyendo del extremo peligroso de una concision afectada, no incurre en el contrario de querer prevenirlo todo, y evita del mismo modo el rústico laconismo de las Doce Tablas, que el dañoso prurito de pretender abarcar todos los pormenores, porque lo primero es solo posible en un Estado naciente; lo segundo es siempre imposible.

La palabra *legislacion* se emplea tambien frecuentemente para significar el conjunto de las leyes de un Estado en contraposicion á las de otro ó de otros Estados. Así vemos que se dice *legislacion romana*, española ó francesa; así se dá el nombre de *legislacion comparada* á una importantísima parte de los estudios jurídicos de que oportunamente trataremos.

Mas vária es la significacion de la palabra *derecho*, expresion probablemente metafórica en su origen, tomada del trazado de la línea recta ó derecha como símbolo de la rectitud con que debe el hombre encaminar sus acciones. En este sentido decian los romanos *jus est norma agendi*,

y nuestros antepasados contraponian á la palabra *derecho* las de *tuerto* y *torticero*. Y es singular que otras naciones, á pesar del diferente génio de sus lenguas, hayan adoptado la palabra equivalente á los adjetivos castellanos *derecho* ó *recto* para significar la misma idea. Así vemos que los portugueses usan la palabra *direito*, los italianos la de *diritto*, los franceses la de *droit*, los ingleses la de *right*, y los alemanes la de *recht*; coincidencia notable si se toma en cuenta cuán diferente fué la etimología de la voz que los romanos aceptaron para expresarle.

En los primitivos tiempos de Roma se daba á lo que nosotros llamamos *derecho* la denominacion de *jus* ó *jussum*, ya significando con ella una orden inflexible, ya una fórmula precisa y rigurosa, cuando los patricios en el Colegio de los pontífices monopolizaban el misterioso secreto de la interpretacion de la ley y de sus acciones. Vulgarizado éste, el significado de la palabra *derecho* sufrió las variaciones que no podian menos de imprimirle la propagacion de su estudio, los esfuerzos de la filosofía, la extension de la civilizacion y de los conocimientos humanos, las costumbres nuevas, y la incesante diligencia de los magistrados para perfeccionarlo. El *derecho* ya no fué entonces arma confiada á un orden del Estado para oprimir al otro; fué solo una creacion científica y casi sobrenatural, cuyo fundamento no estaba en

la autoridad, sino en la razón. Así decían los emperadores Constantino y Licinio: *en todas cosas la justicia y la equidad deben prevalecer sobre el rigor del derecho estricto* (1); doctrina proclamada antes por los más célebres jurisconsultos, cuyas sentencias tienen el carácter de leyes en las célebres Pandectas del emperador Justiniano. En este sentido, dando al *derecho* la significación que hoy tiene la frase *derecho natural*, y considerándolo filosófica y abstractamente, lo definieron los jurisconsultos romanos: *lo que siempre es justo, lo que siempre es bueno* (2); y tomándolo filosófica y colectivamente: *el arte de lo bueno y de lo justo* (3). Ancho era el campo que se ofrecía a la investigación y a los trabajos del jurisconsulto, cuando tan altas y nobles funciones tenía que llenar: ellas, como decía el ilustre Ulpiano (4), le revestían de

(1) *Placuit, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ, æquitalisque, quàm stricti juris rationem* (Ley 8, tit. I, lib. III del Cód.).

(2) *Quod semper æquum ac bonum est, jus dicitur* (Ley 11, tit. I, lib. I del Dig.).

(3) *Jus est ars boni et æqui* (§ inicial, ley 1.ª, tit. I, lib. I del Dig.).

(4) *Jus est ars boni et æqui, cujus merito quis nos sacerdotes appellet: justitiã namque colimus, et boni et æqui notitiã profitemur: æquum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu pœnarum, verum etiam præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes* (Ley 1.ª, tit. I, lib. I del Dig.).

una especie de sacerdocio. Así, dando culto a los principios eternos de justicia, separaba lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito, y procuraba hacer justos a los hombres, no solamente por el temor de las penas, sino también por el aliciente de las recompensas.

No es este ya el sentido en que se toma la palabra *derecho* cuando no se añade el epíteto de *natural*: el progreso de la sociedad no permite confiar tanto al juicio y a la razón privada de los hombres: la equidad, base y a la vez complemento del derecho, no puede hoy tener en sus aplicaciones la extensión que se le daba cuando los romanos, a manera de oráculos, pronunciaban sus respuestas; el juicio universal, la razón pública fortalecida por la experiencia de los siglos, dió entre los romanos y en todos los pueblos cultos a la ley escrita una amplitud y una fijeza de que primitivamente carecía: la legislación, el derecho y la jurisprudencia, confundidos antes, tuvieron la separación necesaria: el legislador no invadió el terreno del jurisconsulto, ni el jurisconsulto usurpó las altas funciones del legislador.

Pero la palabra *derecho* no siempre era considerada como causa, esto es, como un precepto soberano, ó como una regla de equidad y de justicia; era también empleada, y lo es, como efecto, es decir, para significar la facultad ó la potestad jurídica que tiene uno para obligar a otro

al cumplimiento de un deber. Así se dice: *derecho de patria potestad; derecho de suceder; derecho de propiedad; derecho de posesion*. Como estos derechos suponen la necesidad de ser respetados por todos, de aquí dimana que las palabras *derechos* y *deberes* son tan correlativas, que no pueden ser consideradas sin mútua dependencia. Pero esto solo debe entenderse de los deberes jurídicos, no de los morales, los cuales nunca producen derechos á favor de otros. Por esto puede decirse que todo derecho nace de un deber; pero no puede decirse sin incurrir en inexactitud, que de todo deber nace un derecho.

A la reunion de estos derechos y de estos deberes llamados colectivamente *derecho*. En este sentido podemos definir el derecho: *el conjunto de preceptos y de máximas que obligan á los individuos de la asociacion politica de un modo eficaz*.

La poca precision de los juriconsultos, mas aun que la penuria de las lenguas, ha dado otras acepciones á la palabra *derecho*, empleándola ya para significar la ciencia del derecho, como en algunos casos anteriormente mencionados: ya para indicar su aplicacion, como cuando se dice, aplicar el hecho al derecho; ya tambien para indicar los honorarios que se perciben en algunas profesiones; ya por último como sinónimo de impuestos.

La jurisprudencia es la *ciencia del derecho*. El emperador Justiniano, siguiendo la escuela filosófica de los juriconsultos romanos, la definió mas pomposamente. Es, segun sus palabras, *la ciencia de las cosas divinas y humanas, el conocimiento de lo justo y de lo injusto* (1). Esto equivale á decir: que la jurisprudencia es la filosofía de lo justo. Grande es la extension de esta ciencia, porque comprende cuanto regulan las leyes; las cosas de derecho divino, las humanas, los derechos, las obligaciones, y para decirlo de una vez, se extiende á cuanto encierra la idea de lo justo y de lo injusto.

Modernamente se ha dado á la palabra *jurisprudencia* una acepcion desconocida antes, empleándola para significar el derecho no escrito que viene reconocido por los fallos de los tribunales, aplicando é interpretando la ley, ó supliéndola en sus omisiones. En este sentido va tomando mayor ampliacion de dia en dia. Así vemos que se da el nombre de *jurisprudencia* á la práctica seguida constantemente por el Parlamento en una materia determinada, y que lo mismo se va haciendo con las prácticas de la Administracion.

(1) *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justí atque injusti scientia* (§ 1. tit. I, lib. I de las Inst.).

CAPITULO V.

*De la diferencia que existe entre la moral
y el derecho.*

Los límites de la moral alcanzan mas que los del derecho, como ya hemos indicado en el capítulo III, aunque una y otro tienen la misma base y el mismo fin, porque se fundan en la naturaleza humana, y tienden á la perfección y á la felicidad de nuestra especie. Ampliaremos brevemente esta idea, por el grande interés que encierra, antes de tratar de las divisiones del derecho, y de lo que bajo cada una de ellas se comprende.

El jurisconsulto Paulo dice (1) con elegante precisión, que no todo lo que las leyes permiten es honesto: y nosotros hemos oído repetidas veces á manera de adagio, que no todo pecado es delito, pero que todo delito es pecado: fórmula con que se ha querido simbolizar entre las personas que no conocen la ciencia, la línea de separación á que nos referimos. El dicho del jurisconsulto, y el adagio vulgar, vienen en apoyo del principio de que los límites del derecho son mucho mas reducidos que los de la moral.

(1) *Non omne, quod licet, honestum est* (Ley 144, título XVII, lib. I del Dig.).

Oportuna ha sido á nuestro juicio la comparación de la moral y del derecho á dos círculos concéntricos: tienen efectivamente el mismo centro, la diferencia está en que son desiguales los diámetros. La exactitud de esta comparación parecerá mayor fijándose en sus principales caracteres, por los que se manifiestan las diferencias esenciales que los separan. Estas son:

1.^a La moral se refiere á los actos internos, y es por lo tanto mas universal que el derecho, porque comprende al hombre en todas sus relaciones, en todas sus acciones y en todos sus sentimientos: el derecho por el contrario se limita á las relaciones sociales y á sus actos ú omisiones exteriores, porque solo así puede perjudicar á un tercero, é incapaz de penetrar en el corazón de los hombres, se detiene ante el sagrado de las conciencias.

2.^a La moral tiene solamente su sanción en la conciencia y no es capaz de coacción externa; el hombre debe responder únicamente á la justicia divina de su observancia, porque solo á Dios es dado investigar los sentimientos: al contrario, el derecho esencialmente es coactivo, porque no comprendiendo mas que las condiciones indispensables para la existencia y progreso de la sociedad, deben los que la componen responder ante ella de la inobservancia de lo que en bien de todos se halla establecido. Para la mas fácil inteli-

gencia de este punto, conveniente es considerar que segun antes queda indicado, jurídicamente hablando, no hay deberes sin derechos, ni derechos sin deberes: por el contrario, en la moral los derechos y los deberes no son siempre correlativos, porque en ella entra por mucho el *sentimiento*, ese don celestial que predispone á los seres racionales á favor de los demás que pertenecen á su misma especie. Esto supuesto, los derechos y los deberes recíprocos de los individuos, las reglas que la naturaleza ó los hombres tienen establecidas para graduarlos, fijarlos y apreciarlos, admiten coaccion; de otro modo no serian eficaces. Pero los sentimientos no se prestan del mismo modo á la apreciacion de nuestra limitada inteligencia: solo Dios en su suprema sabiduria puede graduarlos, porque él solo alcanza á sondear el corazon humano.

3.^a Los preceptos de la moral son eternos, absolutos é igualmente invariables en todos los tiempos y en todos los Estados: los del derecho pueden sufrir alteracion segun lo exija el desenvolvimiento sucesivo de la sociedad, pero respetando siempre lo que es de derecho natural.

4.^a Los moralistas suelen admitir tres clases de deberes: para con Dios, para con nosotros mismos, y para con los demás. Los juristas, sin desconocer la sublimidad de la moral, se ciñen á los de la última clase. En efecto, no podrian

nunca extender su jurisdiccion á los de la primera, porque no les es dado constituirse jueces entre Dios y los hombres, ni á los de la segunda porque no se concibe el deber y el derecho refundidos en un mismo individuo; de lo que se infiere que en tanto podrán ser jurídicos los deberes de esta clase, en cuanto sean obligatorios respecto de una tercera persona.

A pesar de estas notables diferencias entre la moral y el derecho, no deben ser considerados como independientes, sino como íntimamente enlazados entre sí, no pudiendo haber entre ellos antagonismo. Todo lo que la moral ordena, se conforma con el derecho, y el derecho no puede prescribir lo que la moral reprueba. Cuando el legislador se separa de estas reglas, hace una obra deleznable que lleva en si el gérmen de la muerte: si á intereses transitorios sacrifica alguna vez los principios eternos de la moral, es para que renazcan despues con nuevo vigor. Por esto dijo el Rey Sábio en las Partidas que *los mandamientos de las leyes deben ser leales, e derechos* (1).

No seguiremos mas en este camino: lo dicho nos parece bastante para iniciar á los jóvenes en los principios fundamentales que separan á la moral del derecho. Mayores investigaciones no caben en la indole de este libro.

(1) Ley 4.^a, tit. I, Part. I.