

Apud magistrado	18	10
por medio del mi-		
nistro a quien to-		
ca, comunic		
cualesquiera acer-		
done regular		
partes potestas los		
hijos		

TITULO PRELIMINAR.

DEL DERECHO, DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA JUSTICIA.

CAPITULO PRIMERO.

Del Derecho en general, de la Jurisprudencia y de la Justicia.

- | | | | |
|-------|--|----|--|
| 1 | Varias acepciones de la palabra de-
recho. | 10 | uno y otro. |
| 2 | Su division en divino y humano. | 11 | Diferencias principales entre el de-
recho civil y el natural. |
| 3 | Subdivision del divino en natural y
positivo, y definicion del natural. | 12 | Division del derecho civil en escrito
y no escrito. |
| 4 | Propiedades caracteristicas del de-
recho natural. | 13 | En público y privado. |
| 5 y 6 | Qué sea derecho de gentes. | 14 | Se define la <i>Jurisprudencia</i> . |
| 7 | Divisiones de este derecho. | | El objeto de ella es la <i>justicia</i> : ex-
plicase en qué sentido se toma es-
ta palabra, y los tres puntos á que
puede reducirse la ciencia del de-
recho civil. |
| 8 | Del derecho divino positivo. | | |
| 9 | Del derecho humano, su division en
civil y canónico y definiciones de | | |

1. La palabra *derecho* tiene muchas y diversas acepciones. Se toma: 1.º por la reunion ó conjunto de reglas que dirigen al hombre en su conducta para que viva conforme á justicia: 2.º por la ciencia del derecho ó la jurisprudencia: 3.º como sinónimo de las voces *justo, bueno y equitativo*: 4.º por la decision ó sentencia del juez: 5.º por el lugar en donde se administra justicia: 6.º por la accion que se tiene á una cosa: 7.º por la cosa mandada por las leyes, esto es, por los bienes, goces ó facultades que las leyes nos aseguran: 8.º por las cosas incorporales, como las servidumbres, herencias, obligaciones y otras semejantes: 9.º por el impuesto que se carga á las mercaderías, comestibles, tierras ó personas en clase de contribucion: 10.º por la propina que se paga á los ministros de justicia, y empleados de otras oficinas por su trabajo, segun reglas de arancel.

2. El derecho en su primera acepcion se divide en divino y humano. Divino es la coleccion de reglas ó leyes dictadas por Dios, y humano la de las establecidas por los hombres.

3. El derecho divino se subdivide en natural y positivo: al natural lo definen las Partidas diciendo ser el „que han en si los

omes naturalmente, é aun las otras animalias que han sentido;" cuya definicion está tomada de la que dio Ulpiano¹ y repitió despues Justiniano²; mas los mismos intérpretes del derecho romano advierten que esta definicion es muy impropia, pues los brutos, como destituidos de razon, son incapaces de regirse por derecho³, lo cual tambien reconoce en cierto modo Gregorio Lopez⁴. Hoy todos los escritores dicen, que derecho natural es *el que Dios ha promulgado á la especie humana por medio de la recta razon*; ó en términos mas filosóficos, *aquel conjunto de reglas que derivadas de la constitucion del hombre, se presentan á su sentido y razon, y tienen por único y comun objeto conservar su especie y hacerla dichosa*. Porque Dios ha organizado al hombre de tal modo, que no puede dejar de inclinarse á su conservacion, siendo en él los medios de conseguirla unas necesidades tan urgentes, que le es imposible abstenerse de satisfacerlas; calificando en seguida de bueno todo lo que contribuye á ella y al desarrollo de sus facultades, y de malo lo que es contrario á esto. El hombre ademas supone en sus semejantes sentimientos iguales á los suyos, y por lo mismo luego que entra en relacion con ellos, se propone observar alguna norma para no ser perjudicado, y para percibir los bienes que pueden proporcionarle. El deseo pues de la propia conservacion, el exámen del influjo de los seres físicos sobre su existencia, y la consideracion de las relaciones humanas, le indican muy pronto algunas verdades que deben conducirle, y que siendo evidentes, llegan á ser uniformes para todos los individuos de su especie. Estas verdades ó leyes no tienen otro código que la naturaleza del hombre⁵, ni puede pedirse su número, porque es el de las aplicaciones de la razon á las necesidades de la vida, que son muy variadas; y por último, se dice que son dictadas por Dios, porque la naturaleza, de la cual se deducen, es obra suya (a).

1 L. 1. § 3. D. De just. et jure.
2 Princ. Inst. De jur. natur. gent. &c.
3 Vinnio en el mismo lugar.
4 Glos. 2 de la ley 2. t. 1. p. 1.
5 Por eso dice S. Pablo [1. ad Roman. 2. 15]:
que están escritas en los corazones de todos, aun de los gentiles.

(a) Reyneval en sus *Instituciones de derecho natural y de gentes*, lib. 1. cap. 1. § 8. not. 8. dice que el derecho natural hablando propiamente, debia llamarse *razon natural*, pues son muy impropias las palabras *derecho ó ley*, cuya analogía, añade en la nota, no se encuentra en la naturaleza. El derecho supone una obligacion, y esta impone un deber: por otra parte la ley supone una autoridad superior, y no vemos en la primitiva naturaleza humana ni

obligacion, ni deber, ni autoridad, y por consiguiente ha de buscarse en otra parte, que es en la *inteligencia suprema* á quien el hombre debe su existencia; pero le ha creado libre, y el único sentimiento imperioso que le ha dado es el de conservarse; y para que este no le haga tropezar, le ha dotado el Criador de entendimiento, juicio y voluntad, de cuyo conjunto resulta la *razon humana*, la *razon natural*. Esta es la única guia del hombre abandonado á sí mismo y no contenido por autoridad alguna superior; porque lo que puede llamarse *ley*, con relación á la naturaleza, sólo mira á la física y material, y de ningun modo á la moral; de lo contrario el hombre no sería libre, sino un autómatas que se veria precisado á obrar conforme á una ley invariable, como todos los cuerpos

4. Al derecho natural asignan los autores cuatro propiedades esenciales y características. 1.^o La universalidad en cuanto á su obligacion, porque es comun á todo el género humano. 2.^o La evidencia de sus principios, por la que no pueden ignorarse invenciblemente. 3.^o Su excelencia respecto de las leyes humanas, pues es la fuente y origen de todas ellas. Y 4.^o su inmutabilidad propiamente dicha, pues de su alteracion resultaria la del orden de la naturaleza. Es cierto que en algunos casos particulares parece que dejan de obligar los preceptos del derecho natural; mas esto no arguye en ellos mutacion verdadera, sino tan solo una variacion de circunstancias en los casos á que se han aplicado¹.

5. El derecho natural no se aplica tan solo á las acciones de los particulares, sino que arregla tambien la conducta de las naciones ó estados independientes entre sí, en cuyo caso toma la denominacion de *derecho de gentes* (a). El autor de las Partidas, siguiendo á Justiniano², decia que era un *„derecho comunal de todas las gentes, el cual conviene á los omes, é no á las otras animalias“*; y los intérpretes lo dividian en primario y secundario, llamando primario al que dicta la razon natural sin necesidad de discurso ni meditacion, y secundario al que se deriva de ella por medio de argumentos y reflexiones que han hecho conocer á los hombres su utilidad y necesidad. Mas Vattel observa⁴ sobre aquella definicion, que lo es del derecho natural tomado, no en el sentido tan lato que tenia en la jurisprudencia romana, sino en su verdadero significado que ya dejamos expuesto; y por lo mismo, con el comun de los autores la desecha, y define al derecho de gentes diciendo, *ser el mismo derecho natural aplicado á las naciones*⁵.

6. Para resolver los argumentos que se objetan contra esta definicion, y asimismo para acertar en las resoluciones que se saquen de los principios del derecho natural aplicándolos á las naciones; debe advertirse, que como la aplicacion de una regla no puede ser justa y racional si no se verifica de una manera conveniente al objeto, no ha de creerse que el derecho de gentes sea precisamente en todos sus puntos lo mismo que el natural, de suerte que no haya mas que

inanimados, así como una piedra arrojada al aire busca su centro de gravedad.

1 Constantini De jure natur. et gent. in genere disp. 4. cap. 2.

(a) Reyneval, en la obra y lugar citados nota 10. dice „que esa expresion es evidentemente defectuosa: 1.^o porque no hay *derecho* donde no hay *ley*, y no hay *ley* donde no hay superior; pues sin *ley* no existe propiamente obligacion, á no ser la moral que resulta de la razon, que es el caso de las naciones entre sí.

2.^o La palabra *gentes* imitada del latin, no significa ni pueblos ni naciones, y es pur consiguiente una traduccion falsa aunque literal. Sin embargo, añade, nos ha parecido conveniente adoptarla, porque las dos palabras están consagradas por el uso general de todos los escritores.

2 § 2. Inst. De jur. nat. gent. &c.

3 L. 2. t. 1. p. 1.

4 En el prólogo de su *Derecho de gentes*.

5 Citada obra Preliminares § 2.

substituir las naciones á los particulares. Una sociedad civil ó un estado, es un objeto muy diferente de un individuo humano; y de aquí resultan, conforme á las leyes naturales, obligaciones y derechos distintos en muchos casos. Es preciso pues, saber hacer una aplicacion acomodada á los objetos; y el arte de hacerla, con una exactitud fundada en la recta razon, forma del derecho de gentes una ciencia particular¹.

7. El derecho de gentes se divide en *necesario* y *positivo*. Al primero se da ese nombre, porque como no es mas que la aplicacion del derecho natural á los negocios de las naciones, todas se hallan obligadas á guardarlo, y ademas tiene las mismas propiedades que hemos asignado á aquel. *El positivo* es el que proviene al principio de la voluntad de las naciones que por su consentimiento contraen diversas obligaciones, cuyo cumplimiento despues se hace forzoso y constituye un derecho. Se subdivide en *voluntario*, que procede del consentimiento presunto; *convencional* del expreso; y *consuetudinario* del tácito; y no habiendo otro modo de deducir algun derecho de la voluntad de las naciones, tampoco hay mas que estas tres especies de derecho de gentes positivo².

8. Habiendo hablado del derecho divino natural, pasamos á tratar del positivo. Se da este nombre á *aquel que Dios ha querido manifestar á los hombres por medio de la revelacion*. Entre él y el natural existen varias notables diferencias: 1.^a El natural se conoce por sola la razon, y el positivo por la revelacion: 2.^a El uno es absolutamente necesario, y de tal suerte unido con la recta razon, que al punto se manifiesta á todo el que quiera usar de ella; el otro por el contrario, depende de la libre voluntad de Dios, y acerca de muchos puntos ignorariamos la justicia, si la sagrada Escritura no nos la declarase: 3.^a Por último, el natural es inmutable, como dejamos dicho, no así el positivo, que se acomoda á veces por utilidad de los hombres al estado en que se encuentran.

9. Síguese el derecho humano cuya definicion quedó asentada al principio. Se divide en civil y canónico: *civil es el que ha establecido cada pueblo por sí ó por sus representantes, para arreglar los derechos y deberes de sus individuos y conseguir los fines de la sociedad*³; canónico es la *coleccion de reglas establecidas por la Iglesia sobre puntos de fe ó de disciplina eclesiástica*; el objeto de este derecho

1 Vattel Preliminares § 2.

2 Vattel lug. cit. ns. 7 y 28.

3 El derecho que acabamos de definir, dice Vinnio, [§ 1 *Inst. de jur. nat. &c.*] deberá llamarse *civil in specie*; porque si se entiende por derecho civil aquel en general de que usa la república, se comprenderán bajo ese nombre muchos preceptos del natural y de gentes. Por lo

mismo, añade, para mayor claridad, podrá distinguirse el derecho civil en *mero* y *mixto*: el uno abraza puramente aquellas disposiciones que son justas y obligatorias solo por haberlas dictado la potestad civil; el segundo contendrá todos los establecimientos que no constituyen por sí una cosa nueva, sino que modifican ó determinan lo que ya anteriormente estaba dispues.

es arreglar la conducta de los hombres para conducirlos á la eterna bienaventuranza, no por fuerza, sino de grado y buena voluntad.

10. Contrayéndonos al derecho civil, único de que trataremos en esta obra, advertimos que se diferencia del natural y de gentes, principalmente en dos cosas: 1.^a En que este no es como aquel, propio de una sola nacion ó república, sino comun á todo el género humano: 2.^a En que las cosas mandadas ó prohibidas por el natural son buenas ó malas absolutamente; y las que contiene el civil en sí no son torpes ni honestas, pero que comienzan á serlo desde que se preceptúan ó vedan por exigirlo así la utilidad pública; de aquí dimana que el uno sea invariable, á la vez que el otro sufre muy frecuentes mutaciones.

11. El derecho civil se divide en escrito y no escrito. Derecho escrito es, *no precisamente aquel que está reducido á letras, sino el que ha sido promulgado*; y no escrito es aquel, *que sin promulgacion, y solo por el uso se introduce en la república, recibiendo su confirmacion del consentimiento tácito del legislador; aunque despues para conservar su memoria se reduzca á escritura*.

12. Tambien se divide el derecho civil en público y privado. Público es *el que tiene por objeto determinar el orden general del estado, estableciendo la forma de gobierno, y prescribiendo las obligaciones y derechos de los que mandan y de los que obedecen* (a); y privado es *el que se dirige á arreglar los intereses y negocios de los particulares que componen el estado*. El derecho público comprende cuanto tiene relacion á la seguridad interior y exterior, á la libertad individual de los ciudadanos, á la agricultura, al comercio, á la industria, á la instruccion pública, á las contribuciones, á la policia, al culto &c., y al castigo y prevencion de los delitos, en cuanto se dirigen uno y otra á la conservacion del orden y de la seguridad pública. El derecho privado arregla todo lo que constituye y asegura el estado particular de los ciudadanos, como los matrimonios, nacimientos &c.; cuanto concierne á sus transacciones, como los contratos de venta, de cambio, las obligaciones, donaciones &c.; y por último, en los delitos lo relativo á procurar una justa satisfaccion á

to de una manera indeterminada por el derecho natural.

A la vez advertimos, que por antonomasia se da el nombre de *derecho civil ó comun* al romano; aunque la segunda denominacion se prueba expresamente en el auto 1. tit. 1. lib. 2. R. ó not. 2. tit. 2. lib. 3 N.

(a) La voz *derecho público* no tiene siempre un mismo significado. A veces se llama público el derecho, por traer su origen de la autoridad pública; en este sentido todo lo contenido en las leyes es derecho público, y se

entiende entónces por privado, el que cada particular adquiere para sí en las convenciones y contratos. Se da tambien el nombre de *público* al derecho comun á todos los ciudadanos de un estado; á distincion del derecho particular ó privilegio, que compete á una sola persona. Por último se dice público el derecho, por razon de su objeto, [no atendido su fin, pues bajo tal aspecto, seria pública, como dice Heineccio, toda la Jurisprudencia que se dirige al bien de la república]; y en ese sentido se toma en la definicion dada.

la parte perjudicada. En esta obra tratamos puramente del derecho privado, tocando del público tan solo la parte criminal (a).

13. Dada ya una idea del derecho en general y de sus divisiones, vamos á definir la jurisprudencia. Ulpiano¹ y Justiniano² la llamaron: „Conocimiento de las cosas divinas y humanas, y ciencia de lo justo y de lo injusto;” sobre cuya definicion han disputado mucho los autores sosteniéndola unos³, y reprobándola como ridicula otros⁴. En nuestro concepto quedará exacta, si se omite la primera parte, y se reduce solo á llamarla ciencia de lo justo y de lo injusto; esto es, ciencia que contiene los preceptos que nos enseñan á distinguir lo justo de lo que no lo es, para que en los diferentes negocios que ocurren todos los días podamos dar á cada uno lo que es suyo.

14. De aquí se infiere que el objeto de la jurisprudencia es la justicia, no tomada esta palabra en cuanto significa una virtud especial ni el conjunto de las virtudes, sino solo en cuanto denota la bondad ó malicia de las acciones humanas, á la que tambien se da el nombre de justicia ó injusticia. Esta en la sociedad civil consiste en la conformidad de las acciones externas de los ciudadanos con las leyes⁵ (b); y como para conocer esta conformidad es indispensable saber primero las leyes, luego interpretarlas ó entender su verdadero sentido, y por último, aplicarlas con tino y discrecion á los negocios que se ofrecen, diremos que la jurisprudencia civil está redu-

(a) Fritot en el Prefacio de su obra intitulada: Science du publiciste, entiende por derecho en general, ó derecho natural en la acepcion mas amplia de esta palabra, la reunion ó conjunto de todas las reglas que deben determinar las relaciones de los hombres y de las cosas entre sí en materia de legislacion; y lo divide en filosófico ó moral, y constitucional ó orgánico. El primer miembro lo subdivide en derecho público, derecho político y derecho de gentes: derecho público dice ser, el que debe arreglar las relaciones, derechos y deberes de cada hombre para con el pueblo de quien es parte, y las obligaciones del pueblo para con cada uno de los que lo forman. Derecho público, añade en una nota, quiere decir, derecho que determina los principios generales ó públicos que deben servir de base y regla á todas las leyes particulares ó disposiciones de legislacion, relativas á la religion, al derecho civil, y al penal: el derecho público es como el tronco de todas estas ramas, de las que pueden considerarse como ramificaciones, los reglamentos de administracion, policia, disciplina militar, &c. Por derecho político ó de las naciones entiende, el que arregla las relaciones y conducta de diferentes pueblos entre sí; y por derecho de gentes ó comun el que determina dichas relaciones entre los hombres de diferentes naciones, ya entre ellos mismos, ya respecto de las socieda-

des á que no pertenecen. Finalmente llama derecho constitucional constitutivo ó orgánico, al que reúne y abraza los principios y reglas de la organizacion social mas propia, para hacer observar los verdaderos principios del filosófico ó moral.

1 L. 10 § 2. D. De just. et jur.
2 § 1. Inst. eod.
3 Vinnio en dicho §.
4 Alvarez Instit. lib. 1. tit. 1. part. 2.
5 Heineccio Recitationes lib. 1. t. 1.

(b) Ningun acto puramente interno aunque pecaminoso, es delito, ó injusto civilmente; y aun las acciones externas para que lo sean es necesario que turben la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares, esto es, que no sean conformes á las leyes. La razon es, dice Lardizabal, (Discurso sobre las penas, cap. 4. § 1), porque cuando los hombres se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenían de usar de sus fuerzas particulares depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesta la sociedad, porque de su conservacion y buen orden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron á buscar en ella. Siguese de aquí con evidencia, que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como injustas sino aquellas acciones externas que directa ó indirectamente

cida á esos tres objetos: por lo que Heineccio¹ la define: Ciencia práctica de interpretar bien las leyes, y de aplicarlas rectamente á los casos ocurientes.

turban la pública tranquilidad ó la seguridad de los particulares. Por lo mismo si uno paga los tributos á que está obligado, se abstiene de matar, de robar ó de dañar de otro modo á ninguno de sus conciudadanos, será justo civilmente, aunque esto lo practique contra su voluntad, y sea, como se expresa Heineccio, un hipócrita, un ateísta.

1 Recitationes lib. 1. t. 1.

CAPITULO II.

Del Derecho escrito ó de las leyes.

- 1 Definicion y etimología de la palabra ley.
- 2 Solo el legislador puede establecer leyes.
- 3 Nombres que tienen entre nosotros las resoluciones del cuerpo legislativo.
- 4 La ley debe ser promulgada.
- 5 Autoridades á quienes corresponde hacerlo.
- 6 Promulgada una ley, obliga luego que sea moralmente posible que haya llegado á noticia de todos.
- 7 La ley solo dispone para lo futuro: no puede haberlas retroactivas, y excepcion de esta regla.
- 8 Propiedades de toda ley.
- 9 Explicanse los tres preceptos á que pueden reducirse todas las leyes.
- 10 Estas obligan á todos los súbditos del legislador, aunque sean eclesiásticos; cuyo punto se trata mas extensamente en la nota.
- 11 A qué leyes estan obligados los extrangeros y los vagos.
- 12 Los legisladores en los gobiernos representativos estan sujetos á sus leyes.
- 13 Todo ciudadano tiene obligacion de saber las leyes, y en la nota obsérvese la dificultad de cumplirla con esta obligacion.
- 14 A quiénes excusa la ignorancia del derecho.
- 15 Leyes prohibitivas é irritantes, y diversas especies de estas.
- 16 Efectos diferentes de unas y otras leyes.
- 17 Explicase la ley 28 tit. 11. part. 5.^o
- 18 Qué leyes pueden ó no renunciarse.
- 19 Qué es interpretacion de la ley, y sus varias especies.
- 20 Subdivisiones de la interpretacion doctrinal.
- 21 Reglas para verificarla rectamente.
- 22 De la epiqueya.
- 23 Las leyes no obligan en caso de necesidad.
- 24 La ley se extingue cuando cesa universalmente su fin total.
- 25 De la derogacion.
- 26 Efecto que producen las leyes derogadas.
- 27 La ley fundada en presuncion cesa cuando aparece la verdad contraria.
- 28 De las dispensas.
- 29 La ley pierde su fuerza por costumbre contraria, pero no por uso.
- 30 De los privilegios, y su division en reales y personales.
- 31 En afirmativos y negativos.
- 32 De cuántos modos se puede adquirir el privilegio?
- 33 De la interpretacion de los privilegios.
- 34 De la confirmacion de los mismos.
- 35 No goza del privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente, sino en ciertos casos que se expresan.
- 36 hasta el 39 Modos de cesar ó extinguirse los privilegios.