

meramente á lo dispuesto por sus respectivas legislaturas; en defecto de resolucion de estas en el asunto que se trata, se ocurrirá á la de los congresos mexicanos primero y segundo, sin que se pueda echar mano de las de los constitucionales, pues sus disposiciones no pueden tenerninguna fuerza con respecto á los estados, sino en aquellos objetos, en que pueden legislar para toda la República, despues se ocurrirá á las de las córtes de España, y se seguirá el mismo orden que hemos indicado ya.

J. M. Lopez B.

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

LIBRO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS.

TITULO I.

De la justicia y del derecho.

Tít. 1 y 2 P. 1 y Tít. 1 P. 3.

- | | |
|--|--|
| 1. Qué cosa sea justicia. | 5. Qué es Derecho civil. |
| 2. Varias significaciones de la palabra Derecho. | 6. 7. 8. 9. De la ley, del privilegio. |
| 3. Qué es Derecho natural. | 12. Diversos nombres que antes tenian las leyes. |
| 4. Qué es Derecho de gentes, público y constitucional. | 13. 14. 15. 16. De la costumbre. |

1. **L**a Justicia segun la ley (1) es: *raygada virtud que dura siempre en las voluntades de los omes justos, é da é com parte á cada uno su derecho igualmente.* Esta definicion que es la que puso el emperador Justiniano en sus Instituciones,

(1) L. 1. tít. 1. P. 3.

nos hace ver que el objeto de la justicia es el derecho de cada hombre, y su fin que á cada uno se dé el suyo; pero explica la naturaleza de la justicia moral, que es un hábito ó virtud del alma, mas no la civil, que es de la que aqui hablamos, y consiste en dar á cada uno lo que es suyo, tengan ó no los que la ejercen la inclinacion y el deleite que produce el hábito virtuoso. Asi será acto de justicia la sentencia por la que se devuelva á alguno lo que es suyo, aunque se dé por un juez inclinado á todo lo contrario. La division mas comun de la justicia es en distributiva y conmutativa. Esta es en la que guardándose una perfecta igualdad que suelen llamar arismética, se da tanto por tanto, y es la que se observa en los contratos y obligaciones. Distributiva es la que distribuye los premios, honores y cargas con proporcion á los méritos, de modo que en ella se guarda una igualdad proporcional, ó como la llaman comunmente, geométrica.

2 Esta palabra *derecho* de que usa la ley en la definicion de la justicia, y que hemos dicho que es su objeto, tiene varias acepciones. Algunas veces significa

la ley ó precepto por el que se previene alguna cosa, y así decimos que tal cosa es de derecho natural, ó divino, ó civil, y en este sentido usa de ella la ley de Partida (1) confundiéndola con la justicia, cuando dice: *Los mandamientos de la justicia é del derecho son tres. El primero es, que ome viva honestamente quanto en sí. El segundo que non faga mal, nin daño á otro. El tercero que de su derecho a cada uno.* Otras veces se toma como en la definicion de la justicia, y en la última parte que acabamos de citar, por la cosa mandada por las leyes, esto es, por los bienes, goces ó facultades que las leyes nos aseguran.

3. El derecho en su primera acepcion se divide en natural, de gentes y civil. La ley de Partida (2) define al derecho natural diciendo que es *el que han en si los omes naturalmente, e aun las otras animalias*, y pone por ejemplo la union del macho y la hembra, y la educacion de los hijos, conforme en todo con la doctrina de Justiniano. Mas los mismos intérpre-

(1) L. 3. tit. 1. P. 3.
 (2) L. 2. tit. 1. P. 1.



tes del derecho romano advierten que esta definición no está propia, pues los brutos como destituidos de razón, son incapaces de regirse por derecho. Así lo reconoce Gregorio Lopez (1) que dá esta otra definición del derecho natural: *Una razón de la naturaleza humana esculpida en la criatura para hacer lo bueno y evitar lo malo*, la cual conviene sustancialmente con la que hoy se le da por los autores que tratan de esto, que dicen que es *el que Dios ha promulgado á la especie humana por medio de la recta razón* (2).

4. La misma ley define al derecho de gentes diciendo que es *un derecho comunal de todas las gentes, el cual conviene á los omes é non a las otras animas*. Así Justiniano, como los intérpretes

(1) Greg. Lop. glos. 1. de la ley 2. tit. 1 P. 1.

(2) Algunos escritores modernos como Volney y Bentham, reproduciendo lo que dijeron algunos antiguos, niegan la existencia del derecho natural. Ella supone necesariamente la de Dios, y sin venir al ateísmo no es fácil sostener esa absurda opinión, que ha sido combatida victoriosamente por varios autores, entre los que merece una mención especial el de la elocuente obra del *Ensayo sobre la Jurisprudencia universal* traducida del francés al castellano por D. Jayme Alvarez de Abreu, marqués de la Regalia.

del derecho romano, dividen el de gentes en primario y secundario. Llamam primario al que dicta la razón sin necesidad de discurso ni reflexión, como dar culto á Dios y honrar á los padres, y á éste se refiere Gregorio Lopez en la definición que hemos citado arriba; y secundario al que se deriva de la misma razón natural por medio de argumentos y reflexiones, que han hecho conocer á los hombres su utilidad y necesidad, y á éste deben su origen casi todos los contratos, la división del dominio, y otras cosas. Las leyes dan (1) muchas veces á este derecho secundario el nombre de natural por ser derivado de la razón natural, y éste es el que en ellas se entiende nombrado cuando se dice simplemente derecho de gentes (2). * Fritot dice, que el dere-

(1) L. 31. tit. 18 P. 3 y Greg. Lop. en su glos. 1.

(2) La explicación que da Sala en este párrafo del derecho de gentes es la misma de Justiniano en el lib. 1. tit. 1. de su Instituta, y sobre ella observa Vattel en el prólogo de su obra del *Derecho de gentes*, que la explicación de Justiniano es rigurosamente del derecho natural, no tomado en la latitud que le da él mismo en su definición, haciéndolo extensivo á todos los animales, idea que impugnan sus mismos intérpretes, sino en su ver-

cho de gentes ó comun, es el que establece las relaciones de hombres de distintas naciones con respecto á los pueblos ó sociedades á que no pertenecen, y con respecto á los miembros de estas diversas sociedades. Al que establece las relaciones y la conducta de diferentes pueblos entre sí, le llama derecho político ó de las naciones. El derecho público ó social, es el que establece las relaciones, los derechos y deberes de cada hombre para con el pueblo á que pertenece, y las obligaciones del pueblo para cada uno de sus miembros. El derecho constitucio-

dadero significado de ser una ley dictada por Dios á los hombres, que comprende preceptos que se conocen sin necesidad de raciocinio, ó que se deducen mediante este de los primeros principios, y esto constituye la diferencia de primario y secundario hablando del derecho natural. Mas el de gentes no es otra cosa que la aplicacion del natural á las naciones, y se divide en *necesario* que todas tienen obligacion de guardar, y *positivo* que procede de la voluntad de las mismas, distinguiéndose en *voluntario*, que procede de su consentimiento presunto, *convencional* de un consentimiento expreso, y *consuetudinario* de un consentimiento tácito. *Vattel. Preliminares del Derecho de gentes. § VII y XXVII.*

nal, constitutivo ú orgánico, es el que determina y reúne los principios y las reglas de la organizacion interior ó social. Tiene por objeto hacer observar los verdaderos principios del derecho filosófico ó moral, que comprende al público, al político y al de gentes, y conseguir de esta manera los fines estables que deben proponerse las sociedades humanas (1). *

5. El derecho civil es el que han establecido por sí ó por sus gefes las naciones para conseguir los fines de la sociedad. Debe conformarse con la justicia y con los preceptos de Dios que es el Supremo Legislador de todos los hombres, y por eso se dice en las leyes (2) que los mandamientos de estas deben ser leales é cumplidos segun Dios é segun justicia. * Aunque conforme á las leyes antiguas solo el rey daba las leyes, esta facultad es propia y esencial del pueblo, que es la reunion de los asociados y la ejercita por sí, como en la democracia pura, que en opinion de autores célebres jamás ha existido, ó por sus comisionados, que

(1) Fritot. Espiritu del Derecho tom. 1. pág. 3.

(2) L. 4. tit. 1. P. 1. y l. 1. tit. 1. lib. 2. de la R. ó l. tit. 2. lib. 3. de la N.

pueden ser muchos como en los sistemas representativos, ó tal vez uno solo, como en las naciones donde solo el gefe de ellas da las leyes por consentimiento de ellas mismas.*

6. El derecho civil se subdivide en escrito ó no escrito (1). Escrito, es el que se establece expresamente por el legislador, y comunmente se llama *ley*. A esta palabra se da muy diverso origen, pues segun Varron y otros se deriva de la voz *leer*, por cuanto la ley se leia al pueblo para que la supiese, y segun Ciceron (2) viene a *legendo* que significa escoger, porque ella escoge mandando lo que es honesto y prohibiendo lo contrario, aunque él mismo dice que se llama así, porque por escrito manda lo que quiere. Con esta última etimología se conforman las Partidas (3), en las que la ley se define: *leyenda en que yace enseñamiento é castigo, é escrito que liga y apremia la vida del hombre que no faga mal, é muestra é enseña el bien que el hombre debe facer é usar*, y en esta defini-

(1) LL. 4. tit. 1. y 4. tit. 2. P. 1. P.

(2) Cicer. lib. 1. de legib. cap. 6.

(3) L. 4. tit. 1. P. 1.

cion se funda Gregorio Lopez para asentar que es esencial á la ley estar escrita, contra lo que opinan los intérpretes del derecho romano.* En la república es indispensable en las leyes la circunstancia de estar escritas, pues no se pueden pasar de otro modo del cuerpo legislativo al ejecutivo, sea de la union en las leyes federales, sea de los estados en las que son de su resorte, y sin la publicacion no tienen el carácter de leyes.*

7. Solo son objeto de la ley las cosas futuras (1), y de ninguna manera las pasadas.* Este axioma legal, que encontramos consignado en las Partidas, ha recibido nueva fuerza por el artículo 148 de la constitucion federal que prohíbe absolutamente toda ley retroactiva, esto es, que obre ó decida en casos sucedidos antes de que ella hubiese sido dada.* Deben dirigirse á las cosas que suceden con frecuencia, pues las que acontecen raras veces, se arreglan por las establecidas para casos semejantes (2). Para que obligue debe ser manifiesta (3),

(1) L. 15 tit. 14. P. 3.

(2) Regla 36. P. 7.

(3) L. 1. tit. 1. lib. 2. de la R. ó 1. tit. 2. lib. 3. de la N.

esto es, debe estar promulgada competently, de modo que pueda llegar á noticia de todos. Los efectos de las leyes son: mandar, prohibir, permitir y castigar (1).

8 * La ley obliga á todos los que viven en el pais, aunque sean extrangeros (2), y por su naturaleza es comun á todas las edades, sexos, condiciones y lugares, y la fuerza para obligar la tiene desde que se publica, á menos que en ella misma se señale el tiempo en que deba cumplirse. Todo ciudadano tiene obligacion de saber la ley (3), y su ignorancia daña por lo general al que la padece, y no sirve de excusa al que la quebranta (4); mas la ciencia ó conocimiento de las leyes no es referirlas de memoria, sino penetrar su sentido* (5).

9. Solo el soberano tiene facultad de dictar leyes, interpretarlas auténticamen-

(1) La ley, tit. 1. lib. 2. de la R. ó 1. tit. 2. lib. 3 de la N. en la cual se lee: mandar, vedar, *punir* y castigar; pero es bien claro que en lugar de *punir* se debe leer *permitir*, que es efecto de la ley omitido en el texto, al paso que se encuentra repetido el castigar, que es lo mismo que punir.

(2) L. 15. tit. 1. P. 1.

(3) L. 31. tit. 14. P. 5.

(4) L. 20. tit. 1. P. 1.

(5) L. 13 tit. 1 P. 1.

te (1) y derogarlas por medio de otras.* En la república este poder está cometido al Congreso general por lo que mira á toda la federacion, y á las legislaturas de los estados, por lo que hace á su organiza-

(1) La interpretacion de la ley puede ser de tres maneras. Auténtica: cuando el legislador explica el sentido que quiso darle: usual, cuando dudándose por el juez al hacer la aplicacion de una ley, se consultan las decisiones antiguas para sacar de ellas la interpretacion, que se llama usual, porque se funda en el uso, y doctrinal que es la que dan los profesores cuando explican las leyes. Esta puede ser de tres maneras, á saber: extensiva, restrictiva ó declarativa. Es extensiva, cuando la razon de la ley se extiende á mas que sus palabras, de modo que por la interpretacion se lleva á un caso que no está expreso en ella, como v. g., si prohibiéndose que se extraiga trigo para evitar la escasez bajo pena de confiscacion, incurra en ella el que extrae harinas; en cuyo caso debe resolverse afirmativamente por la razon de la ley que es impedir la escasez. La restrictiva es al contrario, cuando las palabras se extienden mas que la razon de la ley; como por ejemplo: se dice que en Bolonia estaba prohibida con pena de muerte toda efusion de sangre en la plaza pública, y si en ella un barbero sangrase á un hombre acometido de apoplejía, claro es que no faltaria á la ley, que deberia interpretarse restringiendo sus palabras. La declarativa es cuando la ley se extiende tanto como sus palabras, y solo es necesario explicarlas. Alvarez 2. part. tit. 1. lib. 1.

cion y régimen interior. En la seccion 5 del título 1 de la constitucion se detallan las facultades exclusivas del congreso general en el ejercicio de la potestad legislativa, agregándose á ellas la que se menciona en el artículo 145, por la que debe uniformar las leyes segun las cuales deben probarse los autos, registros y procedimientos de los jueces y demas autoridades de los estados para que hagan fe en toda la república.*

10. Aunque la ley regularmente se dirige á todos los súbditos del legislador, hay sin embargo algunas leyes especiales que solo tienen por objeto algunas personas ó cuerpos particulares, y estas se llaman privilegios, *privata lex*, y tienen la misma fuerza que las leyes generales. (1) Se dividen en reales y personales; estos, que son los concedidos á personas, se extinguen con la persona á quien se concedieron sin pasar á sus herederos, si no se dice otra cosa en su concesion (2). Los reales son perpetuos: tales se presumen los concedidos á clases ó corporaciones, como el cle-

(1) L. 28. tit. 18. P. 1.

(2) Regla 27. P. 7.

ro y el ejército, ó á las poblaciones y lugares (1), como por ejemplo en las ferias, no siendo por tiempo expresamente limitado.

11. Los privilegios contrarios al derecho natural, á la utilidad comun, ó en perjuicio del derecho de tercero, conforme á las leyes (2) no deben ser cumplidos; porque se suponen concedidos, ó por haber alegado falsedad, y entonces se llaman *obrepticios*, ó por haber ocultado la verdad, y se dicen *subrepticios*, y en ambos casos no es voluntad del concedente que valgan (3); sino que se suspenda la concesion y se represente (4). En las leyes (5) se exceptúa sin embargo el privilegio de moratoria ó despacho de esperas graciosas, concedido al deudor en perjuicio, ó sin el consentimiento de sus acreedores; *mas esto no tiene lugar entre nosotros sancionado

(1) Gregor. Lop. glos. 1. de la reg. 27. y 3. de la 1. 9. tit. 7. P. 5.

(2) L. 30 y siguientes tit. 18. P. 3. Auto acor. 70. tit. 4. lib. 2. de la R. ó l. 4. tit. 9. lib. 4. de la N.

(3) L. 36. tit. 18. P. 3.

(4) D. Aut. 70 ó ley. 4.

(5) L. 33. tit. 18. P. 3. y Auto Acord. 79. tit. 4. lib. 2. de la R. ó l. 1. tit. 33. lib. 11. de la N.

y reconocido como sagrado el derecho de propiedad, por el que solo el acreedor puede conceder esperas á su deudor.*

12.* Aunque las leyes españolas que nos gobiernan, se distinguian con diversos nombres, como pragmática sancion, real cédula, real declaración, real decreto, carta circular, real orden y auto acordado; como esta distincion no disminuía su fuerza, y solo era con respecto al fin y modo de expedirlas, creemos excusado notar sus diferencias. Entre nosotros toda disposicion del legislador no tiene otros nombres que los de ley ó decreto, sin que entre ambos se note diferencia sustancial, al menos en cuanto á su fuerza, si no es la de que la ley tiene mas extension en cuanto á su objeto, que el decreto.*

13. El derecho no escrito es el que se ha introducido por costumbre, que segun la ley (1) es: *Derecho ó fuero que non es escrito, el cual han usado los omes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas en las sobre que lo usaron.* Para que la costumbre se entienda legítimamente introducida,

(1) L. 4. tít. 2. P. 1.

se requiere, (1) el uso del pueblo ó su mayor parte por diez ó veinte años, *sabiéndolo el señor de la tierra ó non lo contradiciendo.* Gregorio Lopez (2) dice que bastan los diez años para la introduccion de una costumbre, por la razon de que el pueblo siempre está presente, y de consiguiente no necesita de los veinte años que se conceden para la prescripcion contra el ausente; de manera que en su juicio se habló inadvertidamente cuando se señaló el periodo de veinte años, siguiendo la doctrina comun de las prescripciones. Meza (3) sin embargo, opina por la necesidad de los veinte años para la introduccion de la costumbre contra ausentes ó estándolo el señor de la tierra.

14. Requiere tambien la ley [4] para que la costumbre se tenga por legítimamente introducida, que en el tiempo necesario para su prescripcion se hayan dado judicialmente dos sentencias conforme á ella por hombres entendidos en juzgar

(1) L. 5. tít. 2 y P. 1.

(2) Gregor. Lop. glos. 4 de esta L.

(3) Meza: arte de conocer la fuerza y uso de los derechos. lib 2. cap. 5.

(4) L. 5. citada.

no habiendo quien las contradiga; mas Gregorio Lopez [1] dice que las dos sentencias son necesarias, cuando se quiere probar la existencia de la costumbre por actos judiciales, de manera que la ley manifiesta un modo de probar sin excluir otros. El mismo autor deja al arbitrio del juez el computar el número de actos necesarios para introducir costumbre, cuando no se prueba su existencia por el medio de que habla la ley. Asi estas dos glosas, como la que indicamos en el párrafo anterior nos parecen muy sólidas.

15. La costumbre, siendo legítima, tiene fuerza de ley y produce los efectos de tal, no solo cuando no hay ley en contra, sino tambien para derogar la que existia si le es contraria, y para interpretar la dudosa, que debe observarse en el sentido que la fijó la costumbre [2]. Por esto se dice que la costumbre es fuera de la ley, ó contra la ley, ó segun la ley. Mas debe advertirse que para que se introduzca legítimamente no ha de ser contraria al derecho natural ni divino, ni á la suprema

(1) Gregor. Lop. glos. 7. y 8. de la l. 5. tit. 2. P. 1

(2) L. 6. tit. 2. P. 1.

potestad del soberano, ni á la utilidad pública [1], pues en cualquiera de estos casos no será costumbre, sino *dañamiento de los que la usaren é de toda justicia*, y como suele decirse, corruptela.

16. Para que derogue la ley debe ser general la costumbre, pues siendo particular solo produce este efecto en el lugar donde se hubiere introducido [2]. El autor de la Curia (3) enseña, que la costumbre para tener fuerza de ley ha de ser afirmativa, esto es, que se ha usado tal cosa, porque siendo negativa, esto es, que no se ha usado, no la tiene aunque dure mil años, á no ser que envuelva en sí algunos actos afirmativos, por lo menos tácitos. De ahí viene que las leyes no se entienden derogadas por el no uso solo, y se tienen por vigentes todas las que no se hayan abrogado por leyes posteriores, bajo cuya denominacion se comprende la costumbre legítimamente introducida [4]. La costumbre

(2) L. 5. tit. 2 y P. 1.

(2) L. 6. tit. y P. cit.

(3) Curia Filipica Part. 1. §. 8. n. 18.

(4) Auto 2. tit. 1. lib. 2. de la R. 6 l. 11. tit. 2. lib. 3. de la N.

pierde su fuerza por otra contraria ó por ley que la destruya [1].

Sentados estos preliminares, y adoptando la division de los objetos del Derecho que hizo Justiniano, en personas, cosas y acciones, que son la materia de los tres libros de esta Ilustracion, entrámos desde luego á tratar de las primeras en los títulos siguientes.

TITULO II.

Del estado de los hombres, y derecho que en su razon corresponde.

Tít. 21, 22 y 23. Part. 4.

- | | |
|--|---|
| 1. Qué cosa sea estado de los hombres y su division. | Origen de la esclavitud. |
| 2. Segun el estado natural, son 1.º nacidos ó por nacer. | 6. Definicion de la esclavitud y de la libertad. |
| 3. 2.º Varones, ó hembras. | 7. Leyes que han abolido la esclavitud. |
| 4. 3.º Mayores ó menores de edad. | 8. Otras especies de servidumbre igualmente abolidas. |
| 5. Segun el estado civil, 1.º libres ó esclavos. | 9. 2.º Nobles y plebeyos. |
| | 10. 11. 12. 3.º Seculares y eclesiásticos; exenciones de éstos. |

(1) L. 6. tít. 2. P. 1.

- | | |
|----------------------------------|--------------------------------------|
| 13. 4.º Vecinos y transeuntes. | quisitos para serlo. |
| 14. 5.º Naturales y extrangeros. | 16. Derechos que gozan. |
| 15. Naturalizados : re- | 17. 6.º Ciudadanos, y no ciudadanos. |

1. **E**l estado de los hombres, dice la ley 1. del título 23 de la Partida 4, es la *condicion ó manera en que los omes viven ó están*. Esta condicion es diversa ó por la naturaleza ó por la voluntad de los hombres y por eso el estado de ellos se divide en natural y civil.

2. Atendiendo al estado natural unos son nacidos, y otros por nacer. Estos cuando se trata de su bien y comodidad se reputan nacidos (1) con tal que despues nazcan vivos; pues si nacieren muertos se tienen por no nacidos (2), y la ley 2. del título 8 del libro 5 de la Recopilacion, que es la 2 del título 5 del libro 10 de la Novísima requiere en estos para los efectos del derecho que vivan veinte y cuatro horas, reciban el bautismo, y nazcan en tiempo legítimo, que segun la ley 4

(1) L. 3 tít. 23 P. 4.

(2) L. 8 tít. 33 P. 7.