

excesiva, atendidas las circunstancias del delito, el grado de malicia y el daño causado; en el Derecho Civil, no está tan definido y determinado el uso de la equidad como en el Penal, dejando ancho campo al criterio judicial en aquél, por razones fáciles de comprender. (Título 18.º, Partida 4.ª, y arts. 1239, 1243, 1248 y 1253 del Código civil).



## LECCION DIECISEIS.

---

### De la Legislacion. Naturaleza de la Ley.

---

La tercera fuente del Derecho civil, es la Legislacion, palabra que tiene diferentes sentidos: ha significado el conjunto de leyes de un pueblo, y así decimos, legislacion romana, española, legislacion hipotecaria: y aun se toma en este sentido en el cuadro de las asignaturas de la Facultad de Derecho, cuando una de ellas es la Legislacion comparada; es decir, comparar nuestro Derecho con los Códigos extranjeros: hoy, dice el Sr. Gutierrez (Códigos), por una inversion en los términos, se toma por la causa ó ciencia de la formacion de las leyes positivas, y antes por el efecto, por la suma de leyes ya formadas; en este sentido de causa, es la ciencia que enseña cómo deben ser formadas las instituciones políticas y las leyes, para afianzar la seguridad del Estado, proteger los derechos



individuales y procurar el bien general (Laser-na proleg.): es la ciencia que expone los principios universales de justicia, á los que debe conformar el gobernante, segun las circunstancias, el régimen civil de los pueblos, ordenado á su perfeccion y conservacion.

Esta ciencia se eleva á los principios y teorías, y desciende á los usos y costumbres tradicionales, y comparando las instituciones vigentes con aquellos principios, forma otras nuevas, ó modifica y corrige las existentes; tiene, pues, como bases la filosofía y la historia, lo ideal y lo concreto, lo racional y lo histórico; es una ciencia especulativa y práctica, propia del legislador.

Este debe estudiar al formar las leyes: 1.º el elemento *racional y filosófico* del Derecho, elevándose á los principios y teorías de la filosofía jurídica; 2.º el elemento *histórico*, derivado de las condiciones históricas de cada pueblo, conociendo sus costumbres, hábitos y caracteres, su derecho nacional, las necesidades sociales y el estado en que se encuentra, para saber si está ó nó preparado suficientemente para recibir la nueva legislación, que debe reflejar el modo de ser de la sociedad, consultando á la vez el estado del Derecho en otras naciones, por la mútua influencia de unos códigos en otros: 3.º el elemento *práctico*, expresado por las necesidades verdaderas y reales de nuevas leyes, convenientes para satisfacerlas, y así sean fácilmente aceptadas y se

identifiquen con la conciencia social, que las reclamaba.

Solo así podrán evitarse los dos grandes inconvenientes en que pueden incurrir los legisladores, á saber: fijarse en los principios verdaderos ó en los falsos, como hicieron Alfonso el Sábio, los convencionales y legisladores de Cádiz, y prescindir de los demás elementos; ó prescindir de los principios de la ciencia y atenerse solo al elemento histórico, como se hizo en las Recopilaciones: la codificación debe, por el contrario, harmonizar en una gran síntesis todos los elementos mencionados, porque así comprenderemos al hombre, ya en su aspecto general social, su esencia, que conocemos por la razón y en lo que todos somos iguales, ya en su aspecto concreto individual, en que somos desiguales, y que conocemos por la experiencia, porque la legislación debe apoyarse, por un lado, en los principios generales, que hacen conocer el destino humano social y eterno, y por otro, en el elemento histórico y actual, para conocer las nuevas reformas que reclaman las nuevas necesidades; en esto se funda la base primera del Código Civil y la reforma transitoria del mismo á los diez años; pues todo derecho se funda en un principio, que es una relación moral obligatoria, y en un hecho presente, y será tanto más perfecto el Derecho positivo, cuanto más se aproxime al Derecho natural, esencial, teniendo en cuenta el estado social: por esta razón, los legisladores deben



atender al elemento filosófico, y al histórico ó estado social presente; sin lo primero, no sería justa la ley; sin lo segundo, no sería conveniente, *convenible á la tierra y al tiempo*, que dice el Fuero Juzgo; por esta razon el Derecho positivo, consta de una parte inmutable, que son los principios universales de justicia, y de otra mudable, que son las circunstancias especiales á que aplica el legislador la norma de justicia, segun el desarrollo intelectual, moral, político y económico de un pueblo: así sucede en el Derecho positivo penal, y en el civil, al determinar la pena y sus condiciones, y al determinar las solemnidades de los actos civiles *inter vivos* ó *mortis causa*, que no son más que efectos, aplicaciones del principio «todo criminal debe ser castigado», «toda persona debe comprender las consecuencias de sus actos», y para esto necesitan la razon: tambien conviene recordar cuanto hemos dicho al marcar las diferencias entre el Derecho natural, el de gentes y el civil, y cómo se derivan estos dos de aquel. (Lec. 8.<sup>a</sup>).

El elemento histórico, lo expuso admirablemente Montesquieu, diciendo: «existen relaciones entre las cosas inanimadas y animadas segun el plan general de la creacion: el hombre está sujeto á estas relaciones necesarias, como ser físico y como ser libre é inteligente; bajo estos dos aspectos distintos, se halla en relacion necesaria con el mundo exterior y todas las cosas creadas; partiendo de este punto de vista, define

la ley, la razon humana en cuanto gobierna á todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nacion, no deben ser sino casos particulares á que se aplica esta razon humana, y deben ser tan propias para el pueblo á que se destinan, que es una gran casualidad que las de una nacion puedan convenir á otras; es necesario que se refieran á la naturaleza y al principio de gobierno establecido, ó que se quiera establecer; deben acomodarse á la naturaleza física del país, al clima glacial, templado ó ardiente, á la naturaleza del gobierno, á su situacion y extension; al género de vida de los pueblos labradores, cazadores, pastores; deben referirse al grado de la libertad que la constitucion permita, á la religion de los habitantes, á sus costumbres y á sus modales; y por último, se relacionan entre sí con su origen, con el objeto del legislador, con el orden de cosas que se establecen», etc.

El elemento racional y filosófico, lo exponen admirablemente nuestros códigos; el libro 1.<sup>o</sup> del Fuero Juzgo y Fuero Real, Partida 1.<sup>a</sup>, y el libro 3.<sup>o</sup> de la Novísima, contienen excelentes principios de legislacion y marcan las reglas á que debe sujetarse el legislador al formar las leyes, al tratar en los expresados libros de las condiciones del legislador, de la naturaleza, caracteres y efectos de las leyes: S. Isidoro en las Etimologías, y los teólogos jurisconsultos citados en el prólogo, desenvuelven estos principios al hablar de la ley, del poder público etc.,



mucho mejor que Filangieri, B. Constant, Compté, Bentham y otros en sus *Principios de legislación*. Los códigos modernos, nada dicen sobre esta materia; las constituciones solo se refieren á la manera práctica de hacer las leyes; y el civil, sin duda no la cree propia de su competencia y nada dice de estas materias, ni define la ley.

**De la Ley.**—Esta trae su origen, segun unos, de *legendo*, como las Partidas, que dicen «ley, tanto quiere decir como *leyenda*, en que yace ensañamiento ó castigo escrito, que liga é apremia, etc. S. Isidoro, (Etimol. lib. 2, c. 10, lib. 5, cap. 3-25), que la define, «constitucion escrita manifiesta á todos»: otros, como los Escolásticos, de *ligando*, porque tiene la virtud de *ligar, unir, atar* los miembros de una comunidad al bien comun: otros, como Ciceron y Soto, de *eligendo*, porque enseña al legislador á *escoger* entre los diversos medios para conseguir el bien comun, ó ya porque deben elegirse con prudencia; luego la ley debe darse con oportunidad y tino, y cumplirse fielmente.

Antes de definirla, debemos decir con el Sr. Pou, que siendo el Derecho una realidad objetiva superior á la criatura racional, como hemos demostrado al definirle é investigar el principio fundamental del humano, es necesario que, para comunicarse á nuestra naturaleza, tome una forma sensible y se exprese por medio de la ley, que es el verbo, la palabra, la expresion del Derecho: es, por consiguiente, la

ley, la traduccion en forma sensible del Derecho; es, en sentido general, una nocion segun la cual un sér se dirige ó es dirigido en su obrar, ya exista esa nocion en la razon humana, ya en la inteligencia divina, que dirige á su propio fin á todos los séres por las leyes fisicas, por el instinto y por la razon, segun la especie de cada uno.

En este sentido general, la definió Montesquieu: «relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas» (lib. 1, cap. 10), y antes Ciceron: «la recta razon procedente de la naturaleza de las cosas»; estas definiciones, comprenden las leyes fisicas y fisiológicas, y aun así no nos parecen exactas, porque las leyes, más bien que relacion, son *normas* obligatorias de conducta impuestas por un sér superior, y porque todas las relaciones no son leyes, aunque todas supongan una ley: ésta solo procede de la relacion de superior que dirige, é inferiores que son conducidos por aquél al fin: esas definiciones no comprenden las humanas, porque relaciones necesarias no las puede imponer ninguno más que Dios.

Santo Tomás, la define en general: «una regla y medida, segun la cual, un sér es inducido á obrar ó á no obrar»; y para comprender la ley en sentido propio moral, añade: «que es una norma y regla de *los actos morales*, segun la cual un sér es inducido á obrar ó á abstenerse de obrar». Las dos primeras palabras convienen con las leyes naturales fisicas, á