

timiento 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.

Concluirémos este capítulo diciendo con el canciller 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).

#### CAPÍTULO 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

(1) *Lex bona censeri possit, quæ sit intimatione certa; præcepto justa; executione commoda; cum formâ politivæ congrua; et generans virtutem in subditis.* (Aphorism. VII.)

del definido, han contribuido á hacer más oscuro lo que sucintamente se proponian explicar. Esto nos hace desconfiar del acierto al definir las palabras *legislacion, derecho, jurisprudencia*.

Apénas 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 la discusion que las materias puramente científicas requieren de suyo. Así es que tantos jurisconsultos, confundiendo los preceptos legislativos con los principios científicos, se han encerrado en un estrecho círculo, no atreviéndose á romper el yugo de la autoridad, no ménos fuerte para ellos cuando mandaba, que cuando exponia sus doctrinas.

No podemos negar que en el uso se confunde con frecuencia la significacion de las palabras *legislacion, derecho, la 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.

(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*.

Las palabras *legislacion, derecho, jurisprudencia*, representan ideas diferentes, aunque enlazadas entre sí. La *legislacion*, tomada esta palabra científicamente y en sus más 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 corazon de todos los hombres, ya las reglas positivas que el legislador establece ó consiente; 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 formacion 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 aplicacion del *derecho*. La *legislacion* es una ciencia especulativa; el *derecho* una institucion; la *jurisprudencia* una ciencia práctica. La ciencia de la *legislacion* es la guía del legislador; el *derecho* y la *jurisprudencia* la del juriconsulto. No siempre, sin embargo, se da á las palabras *legislacion, derecho y jurisprudencia* el sentido que acabamos de manifestar, aún entre los escritores más distinguidos; tienen además otras significaciones no ménos 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 demas 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 sólo 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 da el nombre de *legislacion comparada* á una importantísima parte de los estudios jurídicos de que oportunamente trataremos.

Mas varia es la significacion de la palabra *derecho*, expresion probablemente metafórica en su origen, tomada del trazado de la línea recta ó derecha como simbolo de la rectitud con que debe el hombre encaminar sus acciones. En este sentido decian los romanos *ius 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 genio 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 *us* ó *jussum*, ya significando con ella una orden inflexible, ya una fórmula precisa y rigurosa, cuando los patricios, en el Colegio de los pontifices, 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 ménos 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 sólo una creacion científica y casi sobrenatural, cuyo fundamento no estaba en la autoridad, sino en la razon. Así decian los emperadores Constantino y Licinio: *en todas cosas, la justicia y la equidad deben prevalecer sobre el rigor del derecho estricto* (1); doctrina proclamada ántes por los más célebres jurisconsultos, cuyas sentencias tienen el carácter de leyes en las célebres Pandectas del em-

(1) *Placuit, in omnibus rebus præcipuam esse justitiam, aequitatisque, quam stricti juris rationem.* (Ley 8, tit. I, lib. III del Cód.)

perador Justiniano. En este sentido, dando al *derecho* la significacion 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* (1); y tomándolo filosófica y colectivamente: *el arte de lo bueno y de lo justo* (2). Ancho era el campo que se ofrecia á la investigacion y á los trabajos del jurisconsulto, cuando tan latas y nobles funciones tenia que llenar: ellas, como decia el ilustre Ulpiano (3), le revestian de una especie de sacerdocio. Así, dando culto á los principios eternos de justicia, separaba lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito, y procuraba hacer justos á los hombres, no solamente por el temor de las penas, sino tambien por el aliciente de las recompensas.

No es éste 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 á la razon privada de los hombres: la equidad, base y á la vez complemento del derecho, no puede hoy tener en sus aplicaciones la extension que se le daba cuando los romanos, á manera de oráculos, pronunciaban sus respuestas; el juicio universal, la razon pública, fortalecida

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

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

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

por la experiencia de los siglos, dió entre los romanos y en todos los pueblos cultos á la ley escrita una amplitud y una fijeza de que primitivamente carecía: la legislacion, el derecho y la jurisprudencia, confundidos ántes, tuvieron la separacion 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 tambien empleada, y lo es, como efecto, es decir, para significar la facultad ó la potestad jurídica que tiene uno para obligar á otro al cumplimiento de un deber. Asi 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 aqui dimana que las palabras *derechos* y *deberes* son tan correlativas, que no pueden ser consideradas sin mutua dependencia. Pero esto sólo 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.

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

La poca precision de los jurisconsultos, más áun 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 jurisconsultos romanos, la definió más 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 filosofia 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 ántes, empleándola para significar el derecho no escrito que viene reconocido por los fallos de los tribunales, aplicando ó interpretando la ley, ó supliéndola en sus omisiones. En este sentido va tomando mayor ampliacion de dia en dia. Asi 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, justi atque injusti scientia.* (§ 1, lit. I, lib. I de das Inst.)

## CAPITULO V.

### DE LA DIFERENCIA QUE EXISTE ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO.

Los límites de la moral alcanzan más 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 fienden á la perfeccion y á la felicidad de nuestra especie. Ampliarémos brevemente esta idea, por el grande interes que encierra, ántes 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 precision que no todo lo que las leyes permiten es honesto : y nosotros hemos oido 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 separacion 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 más reducidos que los de la moral.

Oportuna ha sido á nuestro juicio la comparacion de la moral y del derecho á dos círculos concéntricos : tienen efectivamente el mismo centro, la dife-

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

rencia está en que son desiguales los diámetros. La exactitud de esta comparacion parecerá mayor fijándose en sus principales caractéres, por los que se manifiestan las diferencias esenciales que los separan. Estas son :

1<sup>a</sup>. La moral se refiere á los actos internos, y es por lo tanto más 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 sólo 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<sup>a</sup>. La moral tiene solamente su sancion en la conciencia, y no es capaz de coaccion externa; el hombre debe responder únicamente á la justicia divina de su observancia, porque sólo á Dios es dado investigar los sentimientos : al contrario, el derecho esencialmente es coactivo, porque no comprendiendo más 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 más fácil inteligencia de este punto, conveniente es considerar que, segun ántes 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 pre-dispone á los seres racionales á favor de los demas 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 coacción; de otro modo no serian eficaces. Pero los sentimientos no se prestan del mismo modo á la apreciación de nuestra limitada inteligencia: sólo Dios en su suprema sabiduría puede graduarlos, porque él sólo alcanza á sondear el corazón humano.

3ª. 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 alteración según lo exija el desenvolvimiento sucesivo de la sociedad, pero respetando siempre lo que es de derecho natural.

4ª. 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 podrían nunca extender su jurisdicción 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.

Á 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 sí el germen de la muerte: si á intereses transitorios sacrifica alguna vez los principios eternos de la moral, es para que renazcan después con nuevo vigor. Por esto dijo el Rey Sabio, en las Partidas, que *los mandamientos de las leyes deben ser leales, é derechos* (1).

No seguiremos más 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 índole de este libro.

## CAPÍTULO VI.

### DE LAS DIVISIONES DEL DERECHO.

Las divisiones en todas las ciencias constituyen un método, y son un auxiliar poderoso para exponer con orden y con claridad las diferentes doctrinas que comprende su teoría. Cuanto más complicada, cuanto más extensa es ésta, tanto más necesario se hace el uso de las divisiones y de las subdivisiones que presenten puntos culminantes de luz, de guía y de descanso. Pero si el desenvolvimiento sucesivo y lento de una ciencia llega hasta el punto de constituir diferentes ciencias independientes, que á su vez llamen en su auxilio á otras, imposible será penetrar en su estudio sin que un acertado

(1) Ley 4ª, tit. I, Part. I.

sistema de divisiones nos conduzca para no perdernos en un vasto laberinto. Esto exactamente acontece con el derecho, cuyas divisiones además tienen un grande interes, porque no se limitan, como en otras ciencias, á facilitar los métodos de enseñanza, sino que al mismo tiempo establecen reglas para los actos comprendidos en cada una, dimanando por lo tanto la aplicacion de los principios de la clasificacion de las divisiones.

No podemos, sin embargo, prescindir de hablar de las que generalmente adoptadas han venido al traves de siglos recibiendo una autoridad dogmática, que por largo tiempo se conceptuó incontrovertible. Las Instituciones de Justiniano, libro que por su precision y doctrina parece destinado á la inmortalidad, cuyo estudio y meditacion jamas encarecerémos bastante á la juventud, fueron para los jurisconsultos la pauta de una division que hoy, en el desarrollo de la ciencia, seria por lo ménos incompleta, y que requiere examinarse más bien á la luz de la historia que segun el criterio de la ciencia.

El derecho, dice ese libro, es ó *público* ó *privado*, segun se refiere al Estado ó á la utilidad de los individuos (1). Una nacion considerada como un sér colectivo, tiene efectivamente relaciones con los ciudadanos que la forman, y estos ciudadanos las tienen entre sí. La distribucion y el ejercicio de los poderes públicos, las obligaciones y los derechos políticos de los ciudadanos, su jerarquia social, las

(1) *Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod statum rei Romanæ spectat: privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet.* (§ 4, tit. 1, lib. 1 de las Inst.)

cosas que afectaban al culto y al sacerdocio, eran en Roma la materia del derecho público, mucho más extenso en medio de la libertad y las oscilaciones de la república, que en la degradacion y el abatimiento del despotismo de los Césares.

Conforme fué perdiendo su importancia el derecho público, adquirió más extension el privado, cuyos preceptos dimanaban, como el Emperador añade, del derecho natural ó del de gentes ó del civil (1), lo que tambien es aplicable al derecho público por más que parezca excluirlo el texto imperial. No es nuestro propósito examinar aquí las definiciones que de ellos nos da, lo que dejamos para su lugar oportuno: solamente observaremos que en esta division se reconoce un principio jurídico superior á las leyes humanas, invariable y eterno, punto de partida de las demas reglas que los legisladores, atendidas las diferentes circunstancias de los pueblos, adoptan, ya para hacer respetar la integridad de los principios eternos del derecho, ya para atender á la paz, al orden, á la buena gobernacion y á la felicidad de la nacion que dirigen. Así los romanos reconocieron, como nosotros, que la division capital del derecho era en *natural* y *positivo*, por más que no la formulara en los mismos términos el emperador Justiniano en sus Instituciones. Esta division capital del derecho está en la esencia misma de las cosas, es filosófica y perfectamente adecuada á la naturaleza y al orden de la vida social; no es una invencion escolástica cualquiera, no es una mera doctrina.

(1) *Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartitum est: collectum est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.* (§ 4, tit. 1, lib. 1 de las Inst.)

Aparece tambien de esta division y en las subdivisiones de sus diferentes miembros, admitido ya por los romanos el principio humano y social, de que con los extranjeros habia otras relaciones que no fueran ni la guerra, ni el exterminio, ni el cautiverio. Por este principio el *peregrino*, el *enemigo* y el *bárbaro* fuéron considerados como personas capaces de derechos y de obligaciones: careciendo, sin embargo, de la consideracion de romanos, no participaban del derecho exclusivo de la ciudadanía, extendida en tiempo del emperador Caracalla á todos los súbditos del Imperio.

Las fuentes del derecho positivo son la ley y la costumbre, diversidad nacida de la naturaleza de la sociedad y de sus necesidades; de aqui dimana la subdivision del derecho civil en promulgado y no promulgado, ó, lo que es lo mismo, en *escrito* y no *escrito* (1). Referir el origen de esta division á las diferentes formas que tenian de publicar y conservar las leyes los Atenienses y los Lacedemonios (2), podrá ser más ó ménos erudito, pero nunca dejará de ser inexacto.

Aunque estas divisiones no carecen de uso en el estado actual de la ciencia, no son, sin embargo, aplicables siempre en el mismo sentido que lo eran entre los romanos. Cuando definamos el derecho natural, el de gentes y el civil, aparecerá esto claramente.

(1) *Constat autem jus nostrum aut scripto aut ex non scripto.* (§ 3, tit. II, lib. I de las Inst.)

(2) *Et non ineleganter in duas species jus civile distributum videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet, et Lacedæmoni, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidam magis ea, quæ pro legibus observarent, memoriæ mandarent; Athenienses vero ea, quæ in legibus scripta reprehendissent, custodirent.* (§ 10, tit. II, lib. I de las Inst.)

Nosotros siguiendo nuestro propósito, consideraremos el derecho primitivamente con relacion á sus fundamentos; lo cual nos conducirá á hablar del natural y del positivo, cuyas teorías serán objeto de nuestro exámen. Pasaremos despues al derecho público en la doble significacion que hoy tiene esta palabra, esto es, respecto á la constitucion interior de cada pueblo, que es derecho político, y respecto á sus relaciones exteriores con las demas naciones, que es el derecho de gentes ó internacional. Como consecuencia del derecho político, y dirigido á desenvolverlo, hablaremos del administrativo, pasando despues al canónico, que á la vez participa de la naturaleza de derecho público y privado.

El derecho civil, el penal, que es su sancion, y el de procedimientos, que contiene los medios de ejecucion de uno y otro, serán las últimas divisiones de que tratemos.

Aunque adoptamos el método que acabamos de exponer para explicar las diferentes clases del derecho, no por eso sostenemos que no admita otras divisiones en que ya se agrupan, ya se separan, ya se confunden las mismas clasificaciones que dejamos hechas. La causa eficiente del derecho, su forma exterior, la extension de su aplicacion, la naturaleza de sus preceptos y su objeto dan lugar á otras tantas divisiones de que sólo harémos ligeras indicaciones.

Por razon de la causa eficiente, el derecho puede dividirse en natural y positivo, division que, segun lo manifestado ántes, si no formulada expresamente, se encuentra de un modo implícito en el derecho romano; el primero, resultado necesario



de las relaciones humanas, está á nuestro alcance por la contemplacion de las leyes que rigen á todas las sociedades, como más adelante expondremos: el segundo ha recibido su nombre, porque la razon sola no bastaria á enseñárnoslo, si otros testimonios no vinieran en su auxilio. Estos testimonios son la revelacion en el derecho divino positivo, la promulgacion en el derecho escrito y la repeticion de actos en el no escrito ó consuetudinario, de que hablaremos oportunamente.

Dejando aparte el derecho divino positivo, esto es, los preceptos revelados á que por sí sola no alcanzaria la razon del hombre, por no caber en el objeto de esta obra, diremos que, bajo la denominacion de *derecho positivo* entendemos *el constituido ó bien directa y expresamente por el legislador, ó bien por su silencio y aprobacion tácita*, y que éste se manifiesta por actos exteriores y sensibles en contraposicion al natural que se comprende por la razon, y por medio de ella ha sido notificado al género humano.

Fenelon explicó la diferencia del derecho natural y positivo diciendo que el primero es *la ley que existe*, y el segundo *la ley que se forma*. No deja de tener mucha analogia esto con lo que dijo Paulo en un fragmento que está en el Digesto: *No se tome el derecho de la regla, sino hágase la regla de lo que es derecho* (1), máxima que el emperador Justiniano puso en la cabeza de las reglas del derecho.

El diverso origen del derecho positivo da lugar á que pueda dividirse en originariamente nacional

(1) *Non jus de regula sumatur: ex jure quod est, regula fiat.* (Ley 1<sup>a</sup>, tit. XVII, lib. I del Digesto.)

y en importado. Las prescripciones del poder legislativo, cuando atendiendo á las necesidades públicas crean nuevas relaciones jurídicas sin tomarlas de países extranjeros, y las reglas que por costumbre se van introduciendo en el desarrollo espontáneo é inapercibido de la vida de los pueblos, constituyen el derecho originariamente nacional. Ejemplos del importado ofrecen todos los países de Europa, que en mayor ó menor grado han admitido muchas instituciones y preceptos del derecho romano y del canónico.

La forma exterior del derecho escrito, introduce tantas divisiones en la nomenclatura, cuantos son los diferentes modos de expresar el legislador sus preceptos. Digestos, códigos, rescriptos, leyes, pragmáticas, sanciones y decretos son algunas de las muchas denominaciones que dan lugar á la division de que hablamos.

Atendida la extension de la aplicacion del derecho, puede dividirse en comun, singular y privilegiado. El primero comprende por regla general á todos los ciudadanos. El segundo establece principios aplicables á todos los que se hallan en las circunstancias especiales que abraza. Á los favores que dispensa se da la denominacion de *beneficios de ley*, cuando han de ser reclamados por aquellas personas en cuya utilidad están constituidos. El derecho privilegiado se refiere á las leyes especiales, en virtud de las que ciertas personas, corporaciones ó clases están exentas de las disposiciones generales: es esencial en este derecho que los privilegios sean objeto de continuas aplicaciones, en lo cual se distinguen de las dispensas de ley en que sólo la suspenden en casos dados.

Segun la naturaleza de los preceptos, el derecho se compone de leyes preceptivas ó prohibitivas. Sólo impropriamente se puede hablar de leyes permisivas, y considerarlas diferentes de las preceptivas, porque no se requiere una disposicion especial del legislador para que puede hacerse lo que no se halla prohibido, y en todo caso la libertad que se concede impone á todos implicitamente el deber ó el precepto de no disturbar el ejercicio del acto permitido, segun ántes dejamos indicado. No puede negarse, sin embargo, que bajo cierto punto de vista es significativa la calificacion de leyes permisivas para indicar las declaraciones del poder cuando derogan una prohibicion existente. Entre las leyes preceptivas y prohibitivas hay algunas que ni mandan ni vedan absolutamente, y que sólo son aplicables en defecto de convenio expreso de los interesados : llámaselas leyes dispositivas, porque sirven para desenvolver los efectos jurídicos ordinarios de las instituciones á que se refieren.

El objeto ó la materia del derecho da lugar á las divisiones que hemos indicado al fijar el orden que nos proponemos tratar de cada uno de los diferentes ramos que forman el derecho en todo su conjunto. Aun bajo este aspecto podrian hacerse otras divisiones, como las de derecho militar, derecho marítimo, derecho consular, derecho agrícola, derecho industrial, y otras diferentes con arreglo á la consideracion más ó ménos especial que se quiera dar á cada una de las partes de la ciencia.

Todas estas divisiones pueden sin duda ser útiles en la aplicacion y dar lugar á monografías que contribuyen mucho á los adelantamientos científicos. Nosotros no debemos descender á más porme-

nores, porque faltariamos á la concision que exige la índole de esta obra. Al paso que los jóvenes progresen en la carrera, conocerán la mayor ó menor importancia práctica de tales divisiones.

## CAPÍTULO VII.

### DEL DERECHO NATURAL Y DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

Todos los séres, sin excepcion de los inanimados, están sujetos en su accion á ciertas reglas generales é invariables, á que, como anteriormente hemos manifestado, se da el nombre de *leyes* en el sentido más absoluto y general de esta palabra. Pero los séres animados, aún los no dotados de razon, obedecen además á otras reglas derivadas de un principio más alto, puesto que no sólo siguen un orden fijo y permanente en su desenvolvimiento, sino que parecen impulsados por una fuerza invencible y superior, á determinadas acciones que refluyen en beneficio de su especie. Esto movió al jurisconsulto Ulpiano, poco consecuente en esto con las ideas de la escuela estóica á que pertenecia, á decir que el derecho natural era *el que la naturaleza enseñó á todos los animales*, porque no era solamente propio de los hombres, sino comun á todos los animales terrestres, á los que nacen en el mar y á las aves, y que todos, aún las fieras, lo conocen (1), defini-

(1) *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium sed omnium animalium que in terra, que in mari nascuntur, avium quo-*

cion que fué aceptada por el legislador de las Partidas con estas palabras : *el que han en si los homes naturalmente, é aun las otras animalias que han sentido* (1). Estas definiciones dan demasiada latitud al derecho natural, porque lo consideran extensivo á todos los séres animados, como si fuera capaz de derecho el que carece de razon. La union del macho y de la hembra, la procreacion y alimentacion de los hijos y la propia defensa son leyes comunes al hombre y al bruto, porque están tan intimamente enlazadas con su existencia y la de su especie, que sin ellas, no subsistiria; pero del mismo modo que no se da el nombre de derecho natural á las leyes inflexibles que sujetan á los séres inanimados, tampoco deben llamarse así las que en un orden ménos material se limitan á los animados. De aquí resulta que el derecho natural debe referirse sólo y exclusivamente á los principios que dirigen la conducta del hombre, del sér moral, social, inteligente y libre, que ha nacido para vivir unido con lazos de reciproca utilidad á los demas séres de su especie. No es, pues, exacta la definicion que saca el derecho natural del círculo á que en rigor se halla reducido.

El derecho natural, tal como lo comprenden los que de él han escrito, enseña al hombre, por medio del sentimiento, las relaciones que lo unen á los otros séres racionales, é independientemente de las leyes positivas, guia su conciencia é ilustra su razon. En este sentido, el derecho natural precede á todas las instituciones establecidas por los hom-

*que commune sit videmus etenim cetera animalia, feras etiam hujus juri peritas censerit.* (§ 3º, ley 3ª, tit. I, lib. I del Digesto.)

(1) Ley 2ª, tit. 1º Part. 1ª.

bres, es independiente de ellas, es la base de las legislaciones positivas, es de todos los tiempos y de todos los países, eterno é inmutable; Dios es su legislador, y la recta razon el órgano que lo comunica á la especie humana. Sus inflexibles principios y sus corolarios legítimos fueron la brújula que dirigió á todos los legisladores en la ardua carrera que debian recorrer : si algun país se separó de ellos, pagó con barbarie y con sangre su extravío. Bajo este supuesto, podemos definir al derecho natural : *el que la razon ha revelado á todos los hombres.*

Y esta es la significacion que desde remotos tiempos se viene dando á la frase *derecho natural*. Mas de tres siglos ántes de la época de los jurisconsultos clásicos del imperio de Alejandro Severo, Ciceron definia el derecho natural con tanta elegancia y precision que no podemos resistir al deseo de copiar sus palabras. « Es la razon recta, la ley verdadera; congruente con la naturaleza infundida á todos, constante, sempiterna, que preceptuando llama al cumplimiento del deber, que prohibiendo aparta del fraude, que no en vano manda ó prohíbe á los buenos, ni deja de influir en los malos con sus preceptos y prohibiciones. No es lícito abrogar ni derogar esta ley en todo ni en parte : ni pueden dispensar de su observancia el Senado, ni el pueblo; no necesita de expositor ni de intérprete. Es la misma en Roma y en Atenas, y la misma ahora que en lo futuro; simpiterna é inmortal regirá en todos los países y en todos los tiempos : Dios es su único maestro, su emperador, su inventor, su juez y su promulgador; quien no la obedezca, huirá de sí mismo, rene-

« gará de su naturaleza de hombre y sufrirá las  
 « mayores penas, aunque pueda eludir otras que  
 « se consideran como suplicios (1). »

De este mismo modo consideraban al derecho natural el jurisconsulto Cayo al decir que era « el que la razon natural habia constituido entre todos los hombres (2) », y Paulo al comprender bajo la misma denominacion « lo que siempre era equitativo y bueno (3). »

No es admisible, pues, la doctrina de los que consideran que cuanto se dice del derecho natural es un sueño metafísico, y suponen que donde no hay un poder constituido que pueda compeler á la observancia de una ley positiva, no hay derecho. Con razon ha dicho el jurisconsulto frances Troplong : « El derecho natural es superior al hombre y es condicion de su naturaleza social. Hay reglas anteriores á todas las leyes positivas, y no puede admitirse que los movimientos de la conciencia y la idea del derecho sean obra del legislador. No

(1) « Est quidem vera lex, recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quæ vocat ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat, quæ tamen neque probos frustra jubet aut vetat, neque improbos jubendo aut vetando movet. Huic legi neque obrogari fas est, neque à rogari ex hæc aliquid licet, neque tota abrogari potest. Nec verè aut per senatum aut per populum solvi hæc lege possunt. Neque est querendus explanator aut interpret ejus. Nec erit alia lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immortalis continebit, unicuique erit communis quasi magister et imperator omnium Deus, ille legis hujus, inventor, disceptator, lator, cuique non parebit ipse se fugiet et naturam hominis aspernabitur atque hoc ipso luet maximas pœnas, etiamsi cœtera supplicia quæ putantur effugerit. » (V. De republica, 2, 3.)

(2) Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit. (Comm. I, I)

(3) Quod semper æquum et bonum est, jus dicitur; ut est jus naturale. (Ley 11, tit. I, lib. I del Dig.)

« es la ley la que ha creado la familia, la propiedad,  
 « la libertad y la igualdad. Puede organizar la ley  
 « sin duda, todas estas instituciones, mas entónces  
 « se limita á trabajar sobre lo que le ha dado la  
 « naturaleza, y será tanto más perfecta su obra,  
 « cuanto más se aproxime á esas leyes eternas, in-  
 « mutables, innatas que el Criador ha grabado en  
 « nuestros corazones. »

Á las importantes observaciones que preceden debemos añadir, consecuentes á lo que ántes ya dejamos indicado, que la suposicion de que todo derecho proviene del Estado es confundir la existencia del derecho, con la garantia del derecho. El derecho natural existe y es obligatorio por sí mismo, independientemente de los legisladores, de los pueblos y del Estado, aunque sólo éste tenga los medios de coaccion y fuerza para que el derecho sea respetado. El náufrago que se salva en una isla y encuentra allí á otro que ha experimentado ántes la misma desgracia, y lo asesina para apoderarse de lo que tiene, quebranta el derecho, por más que allí no haya Gobierno ni leyes que prohiban el despojo y el asesinato, ni magistrados que las hagan ejecutar. La doctrina contraria es además peligrosa : declarar al legislador omnipotente, desligado de toda clase de deberes, suponer que todo lo que hace es justo y bueno, y que es justo y bueno porque lo hace, es legitimar todos los absurdos, es proclamar la más espantosa tiranía.

El derecho natural es muy sencillo en su origen, porque está limitado á muy pocos principios que, comunes á todos los hombres y notificados á todos por la conciencia, no necesitan ni escuela ni ense-

ñanza: considerado en la infancia de la sociedad, no es ciencia, es sólo una luz que refleja sobre todas y sobre cada una de las acciones de la vida. Mas despues que la sociedad aumentó su extension y sus necesidades, se dedujeron consecuencias de los principios eternos é imprescriptibles grabados en el corazon de todos los hombres, las cuales, alejándose de su origen, si bien derivadas de él, exigian para su completo desarrollo y comprension esfuerzos de la imaginacion y del talento.

Esto dió lugar á que en el siglo XVII el derecho natural fuera colocado en el número de las ciencias. Hugo de Groot (Grotius) y Samuel Pufendorf pueden ser reputados como sus fundadores. Cierito es que en Grecia y en Roma no fueron desconocidos sus principios capitales, como lo demuestran las obras de Platon y de Ciceron, que los jurisconsultos clásicos lo invocaban y definian segun lo hemos expuesto, y que en los escritores de épocas posteriores se encuentra frecuentemente el nombre de derecho natural, y se hacen observaciones é investigaciones acerca de doctrinas que despues fuéron consideradas como propias de esta ciencia; pero no existia ningun sistema completo que abrazara todas las que vinieron á formar la nueva teoria. Separando Grocio y sus sucesores los deberes *perfectos* del hombre de los deberes *imperfectos*, trazaron una linea de division entre el derecho natural y la moral, esto es, entre los deberes que admiten coaccion exterior y aquellos cuyo cumplimiento deben abandonarse del todo á la conciencia; division sin la cual no podria concebirse su sistema.

Dividese generalmente el derecho natural en *absoluto é hipotético*. Al absoluto se le dan tambien

las denominaciones de *primitivo, puro, universal ó comun*, y comprende los derechos que se derivan exclusivamente de la naturaleza humana, los cuales son el fundamento para la adquisicion de otros. Este derecho absoluto, derivacion directa é inmediata de la naturaleza humana, es el natural por excelencia en su acepcion más rigurosa, y considera al hombre solamente coexistiendo con los demas hombres sin ninguna alteracion ulterior.

El derecho natural hipotético, ó como lo denominan algunos *aplicado, particular, especial ó condicional*, aunque derivado tambien de la naturaleza humana y de los derechos absolutos que son su fundamento, supone actos ó circunstancias para adquirirlo.

Con estas teorías está intimamente ligada la de los derechos individuales de las leyes (1) bajo el punto de vista de las facultades limitadas del legislador en lo que á ellos se refiere. No consideramos conveniente hacer aqui mayores explicaciones.

Los escritores de derecho natural, si bien conformes en el plan y en las doctrinas especiales, no lo están en la filiacion de la idea del derecho, como convendria para la fijacion de las bases de la ciencia. Unos la deducen de la correlacion de los derechos y de las obligaciones; otros de la libertad que dimana de la ley moral; otros de la facultad que á cada individuo asiste para exigir de los demas los deberes impuestos á todos de una manera absoluta. Limitándonos á anunciar en esta introduccion algunas ideas generales, no entraremos en pormenores acerca de tales sistemas: solo diremos que en ellos vienen á confundirse al fin los deberes

(1) Cap. III.

morales y jurídicos, cuya separacion es indispensable, si el derecho natural ha de constituir una ciencia especial. Algunos escritores modernos, á cuya cabeza está Kant, dejando aparte la idea de un precepto moral, consideran al derecho con relacion á la libertad exterior, esto es, como el modo de obrar, que, siguiendo principios generales, puede ser conciliado con la libertad de todos.

Esta diferencia de sistemas, ha producido investigaciones acerca de la noción fundamental del derecho natural común á todos ellos; esto es, si la razon, independientemente de las instituciones sociales conduce á principios jurídicos distintos de los morales. Se ha puesto así en tela de juicio la division de los deberes perfectos é imperfectos, es decir, de los deberes de coaccion y de conciencia, y algunos han sostenido que no está determinada originariamente por la razon, porque la posibilidad moral de la coaccion de parte del que tiene el derecho, no puede imprimir un nuevo carácter al deber del obligado. Confundidos segun esta teoria los principios morales con los jurídicos, queda falseada la base en que los antiguos fundaban el derecho natural: de aquí es que ya se niega su existencia, ya se le busca apoyo en la sociedad civil, que, haciendo posible una garantía para el cumplimiento de ciertos deberes, les imprime un carácter particular, hipótesis que, admitida, vendria en último resultado á destruir la primitiva idea que se formó del derecho natural. Aun en el sistema de los que fijan como su base la libertad exterior, es menester confesar que entran ciertas relaciones jurídicas que no están perfectamente ajustadas á su principio. Basten estas ligeras indicaciones, por-

que para desarrollar los diferentes sistemas de derecho natural, se necesitaría entrar en cuestiones delicadas, difusas, metafísicas y no acomodadas á los conocimientos de los que empiezan el estudio de la jurisprudencia: fijar aquí y querer hacer prevalecer nuestras ideas sin desentrañar concienzudamente las diversas teorías, no sería enseñar, sino pretender que nuestras opiniones fueran seguidas sin purificarse ántes en el crisol de la filosofía.

Estas discusiones han dado lugar á una ciencia que se conoce hoy con el nombre de *filosofía del derecho positivo*, admitida al lado del derecho natural por los que lo sostienen, y en su reemplazo por los que lo impugnan. En el sistema de los últimos, comprende la filosofía del derecho positivo los conocimientos que nos suministra la razon sobre lo que es justo en la sociedad civil, y, segun los primeros, aplica al derecho positivo las doctrinas que enseñan el natural y la política. De desear sería que un estudio que á la luz de la razon, de la experiencia y de la historia examina los principios del derecho generalmente observado y las instituciones de los pueblos, fijara más la atencion de nuestros juristas.

Concluirémos estas indicaciones manifestando que cualquiera que sea la diferencia de los sistemas enunciados, no puede negarse que existen ciertas relaciones jurídicas universales, aconsejadas por la razon, lógicamente deducidas de hechos que se presentan en toda sociedad civil, y conformes á la utilidad de los asociados, relaciones que deben ser á la vez la base y el complemento de las leyes; y, por último, que los escritores del derecho natural

han contribuido eficazmente á perfeccionar el conocimiento de los principios de la moral en su aplicacion á la vida práctica y á formar una teoria general del derecho.

Por todo lo dicho, no nos parece dudosa la utilidad del estudio del derecho natural, por más que veamos que algunos de los que reconocen su existencia, lo consideran como inútil para el juriconsulto. Prescindiendo del mayor ó menor valor que deba darse á algunas especulaciones filosóficas, no nos parece que puede mirarse como poco provechoso un estudio que satisface el natural deseo de esclarecer los principios fundamentales del derecho, que facilita el estudio del positivo, que auxilia poderosamente al legislador, el cual debe mirarlo como su brújula, que embebe su espíritu en las ideas filosóficas que no debe perder de vista, si quiere hacer obras aceptables, y que lo aparte de los peligros á que se expone si se deja arrastrar por teorías deslumbradoras ó falsas, ó que no están perfectamente depuradas.

Y no es ménos importante el estudio del derecho natural para el juriconsulto que el para el legislador, porque despierta en él y mantiene vivo el sentimiento de justicia, pone ante sus ojos continuamente los principios eternos del derecho, lo ilumina en la aplicacion de las leyes, le enseña el modo de suplir su silencio, de completar su insuficiencia y de esclarecer su oscuridad. Al derecho natural, á lo que se denomina equidad, se acude en todos los países, siempre que no hay ley escrita, ni costumbre legítima, ni doctrinas recibidas que reemplacen á las leyes, para decidir las cuestiones que son llevadas ante los tribunales.

## CAPÍTULO VIII.

### EL DERECHO DE GENTES

Las naciones tienen entre sí relaciones y derechos como los tienen los individuos; de otro modo no podrian ni defender su existencia, ni proteger su territorio, ni sostener su soberania, ni garantir su comercio, ni atender á su conservacion, ni dispensar á los ciudadanos toda la proteccion que reclama el estado social. Estos, además de ser mantenidos en el ejercicio de sus derechos contra los ataques de sus conciudadanos, merecen proteccion contra los del extranjero ó del pueblo que no los respete. Hé aquí el origen del *derecho de gentes*, denominacion que han sustituido algunos con la de *derecho exterior*, reemplazada en los últimos tiempos por la de *derecho internacional* con que lo designó Bentham. Ya ántes que esto no faltó quien manifestara que más que la antigua denominacion debia dársele la de *derecho entre gentes*, frase sin embargo que no era muy adecuada para significar lo que se pretendia, no teniendo en los pueblos modernos la palabra *gentes* la acepcion de *naciones* que le daban los romanos.

Podemos definir el derecho de gentes *de reunion de principios y reglas adoptadas por los Estados independientes para sus relaciones reciprocas y para la decision de los conflictos á que la diversidad de leyes y usos puede dar lugar*. Esta definicion se acomoda á la