

Tratado de Derecho Civil (*) (Introducción)

Toribio Pacheco

1. ORIGEN Y NATURALEZA DEL DERECHO

EL EXAMEN DE LA naturaleza humana hace conocer que el hombre, considerado en sí mismo y como miembro de la sociedad, tiene un fin que llenar, que es el de su perfección, y que debe alcanzarlo o, al menos, aproximarse a él por el desarrollo gradual y progresivo

NOTA PRELIMINAR

JOSE TORIBIO PACHECO Y DE RIVERO nació el 17 de abril de 1828, en Arequipa. Era descendiente de una antigua e ilustre familia.

Hablar de PACHECO es hablar del hombre profundamente público, quizás una de las pocas personalidades que brillaron en la centuria pasada en base a su sapiencia, conocimiento y producción.

De los 15 a 18 años estudió en el Convictorio de San Carlos, donde puso de manifiesto sus dotes intelectuales pese a la corta edad que tenía. Realizó sus primeros estudios en el Colegio de Ciencias (Puno), que regentaba su tío Francisco de RIVERO, hermano del naturalista Mariano Eduardo de RIVERO.

Con el propósito de superación, PACHECO viajó por Alemania e Inglaterra, donde su tío Francisco de RIVERO representaba diplomáticamente al Perú. También estudió en La Sorbona (París) y se doctoró en Ciencias Políticas y Administrativas con la tesis: "Disertación sobre los medios que concurren a la formación de la riqueza" (1852), sustentada con brillo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bruselas.

A su regreso al Perú se doctora en leyes, en la Universidad de Arequipa. De arranque debemos mencionar, y en mérito de lo que hasta aquí se dice, que los estudios los llevaba PACHECO de manera inexorable. En la Universidad San Agustín de Arequipa se dedicó a la enseñanza, siendo elegido Rector en 1854, a la edad de ¡26 años!

En 1855, estando PACHECO en Lima, es cuando empieza su carrera pública con creces. (Para mayor detalle, Vid: "El Perú Ilustrado", Semanario para las familias, Año 3, Semestre I, No. 112, Lima, 1889, pp. 243, donde se incluyen los datos biográficos de PACHECO. También en José Domingo CORTES. "Diccionario Biográfico Americano", Tip. Lahure, París, 1875, pp. 361-62)

de los dos elementos, de que se compone, del cuerpo y del alma, o lo que es lo mismo, de sus facultades físicas e intelectuales. Para conseguir el fin, es menester emplear los medios o las condiciones que a él conducen, del mismo modo que para llegar al término es preciso atravesar la distancia que lo separa del punto de partida.

(...)

Más aún, PACHECO participó en el Combate del 2 de Mayo, bajo las órdenes de MENDEZ NUÑEZ.

De 1858, a 1864, PACHECO se dedicó a ejercer su profesión, haciendo de ella un nobile officium, más no una actividad lucrativa. Su estudio jurídico era uno de los que de más prestigio gozaba en la época y, sin duda, de gran reputación. Defendió causas que por aquel entonces eran la atracción de la opinión pública. (Cfr. "Informe en la causa seguida por doña María Brigida Ramírez con don José Orcasitas, sobre la falsedad de los documentos de su filiación". Imprenta de El Comercio, Lima, 1862. También: "Luis F. Zegers a los tribunales de la opinión pública y a los tribunales de la justicia". Tipografía de Aurelio Alfaro, Lima, 1863. Al respecto, existe un folleto de réplica y severa crítica al Dr. PACHECO, publicado con el siguiente título: "Causa criminal de Luis Faustino Zegers por falsificación de letras del Gobierno". Tipografía de Aurelio Alfaro, Lima, 1863. No menciona autor, pero de su contenido entendemos que se trata del informe hecho ante los tribunales de justicia por la parte contraria).

Entre las distinciones de que fue objeto PACHECO cabe citar que la Universidad de Santiago de Chile lo contó entre sus miembros.

José Toribio PACHECO, poseedor de una elocuencia convincente y vigoroso pensamiento, era un hombre de ideas liberales, buscando siempre las reformas.

En reconocimiento a sus propios méritos fue nombrado Fiscal en lo Administrativo de la Corte Suprema, cargo al cual se avocó por espacio de un año. Su honestidad moral se dejó notar cuando la Casa Gibbs, que tenía pendiente una reclamación donde PACHECO, en su condición de Fiscal debía dictaminar, le ofreció una fortuna para que lo haga a su favor. Empero, PACHECO, fue al grano y dictaminó de acuerdo a su conciencia, por encima de las tentaciones y más allá de las pasiones.

La cualidad intelectual —elástica por antonomasia— de la que fue dotado, se lució palmariamente en tres campos: a) Periodístico, b) Diplomático, y c) Jurídico.

Podemos sostener, sin ambages, que su saber cultural lo mixtificó con finura y agudeza en estas tres formas de manifestación humana.

En lo que concierne al rubro periodístico diremos que PACHECO cultivó esta materia de manera proficua. De entrada, debe precisarse que el oficio de escribir para PACHECO era una necesidad orgánica immanente, o sea, algo inherente e inseparable a él. Quien lea sus estudios periodísticos podrá colegir que constituyen la imagen viva de su persona. Tenía PACHECO el privilegio de escribir de una manera especial e incansable. Agréguese la prosa elegante que ponía en cada uno de sus estudios. La dicotomía vivir y escribir son en PACHECO dos actos que se relacionan íntimamente, como una realidad *per se stante*.

El arte de escribir y producir en los hombres intelectuales del siglo pasado era escaso, y, por tanto, desapercibido. Empero, PACHECO —sin olvidar a unos cuantos intelectuales más— fue la nota característica y le cupo, por supuesto, un lugar preferencial en esta área.

Así, Francisco MOSTAJO, refiriéndose a PACHECO, apunta: "Periodista egregio . . . por la severidad de sus juicios, la elevación de sus conceptos, la lógica de sus argumentos y la pureza y el temperamento de su estilo". (Cfr. "Elogio del Dr. Toribio PACHECO". Tip. Cuadros, Arequipa, 1928, pp. 13).

Conjuntamente con Francisco IBÁÑEZ y Armando DE LA FUENTE, fundan en Arequipa La Bolsa, diario del cual fue director en 1860, y que, con el tiempo, llegó a ser decano de la prensa en el sur. También en Arequipa cumple la labor de director del periódico El Regenerador, durante los años 1857 y 1858. Además, fue uno de los fundadores de la Gaceta de los Tribunales, en 1861. Con el jurista arequipeño José Ciriaco HURTADO, redactó, entre el 1 de enero de 1864 y el 17 de marzo de 1865, el Repertorio Judicial, amén, la primera publicación sistemática del Derecho Judicial, y colección oficial de resoluciones de la Excelentísima Corte Suprema de la República. En

Estas condiciones son de diferentes especies. En primer lugar, son físicas o intelectuales, según se refieran al cuerpo o al espíritu; y esta división primordial se subdivide en otras muchas, según la variedad en las necesidades de los dos elementos constitutivos del hombre. En segundo lugar, las hay independientes de la voluntad del hombre y que son sumi-

(...)

realidad, el Repertorio Judicial constituyó el antecedente más próximo de lo que años más tarde serían los Anales Judiciales que publica la Corte Suprema a partir de 1905.

Reunióse PACHECO en Lima, con intelectuales de la talla de Eugenio ALBERTINI, Gabriel PAREDES, José Simón TEJADA, Luciano Benjamín CISNEROS, para editar en 1861 la Gaceta Judicial que, luego, se convirtió en Diario Oficial de avisos de los juzgados y tribunales, aunque con escasa vida, ya que dejó de publicarse el 7 de marzo de 1862.

Toribio PACHECO fue también colaborador de la Revista de Lima, que era una publicación quincenal, y que tuvo entre otros colaboradores a Mariano ALVAREZ, Luciano Benjamín CISNEROS, José Casimiro ULLOA, Manuel Atanasio FUENTES, Evaristo GOMEZ SANCHEZ, José A. DE LAVALLE, Manuel PARDO, M. M. RIVAS y Ricardo PALMA.

La Revista de Lima se publicó desde el 15 de junio de 1860 (T. I) hasta 1863 (T. VII, y cuyos ejemplares, que hemos consultado, se guardan celosamente en la Biblioteca Nacional, al igual que la mayoría de la bibliografía que aquí se menciona; principalmente en su Dirección de investigaciones bibliográficas y fondos especiales.

Los artículos escritos por PACHECO en esta revista son: "Proyecto de Código Penal", pp. 111; "La administración de justicia", pp. 596, correspondiente al T. I. En el T. II, julio de 1860, aparecen los siguientes artículos: "Fuero eclesiástico", pp. 316; "Proyecto de ferrocarril de Islay a Arequipa", pp. 577. En los tomos III (1861), IV (1861), V (1862) y VII (1863), PACHECO deja de colaborar. Sin embargo, luego de algunos altibajos, en el T. VI publica su artículo "El Congreso de 1862", pp. 57 y 97, respectivamente.

No contento con ello, PACHECO también colabora en su dilatada vida periodística, cuando contaba con 27 años, en El Heraldo de Lima; de febrero de 1854 hasta el 28 de agosto de 1856, fecha en que suspendió su publicación.

El Heraldo de Lima era tribuna libre en donde PACHECO defendió a ECHENIQUE. Sus compañeros de redacción fueron Luciano Benjamín CISNEROS y José Vicente CAMACHO.

El Heraldo de Lima fue un diario de oposición al régimen de CASTILLA, que circuló con algunas clausuras. Y en una de ellas, valga la oportunidad para recordar, PACHECO, hombre de espíritu indomable, se presentó al Congreso solicitando que se enjuicase al Ministro Pedro GALVEZ por haber desconocido su propio decreto; es decir, el decreto de libertad de imprenta, mediante el cual se reabrió nuevamente El Heraldo de Lima.

El maestro PORRAS BARRENECHEA, en un estudio clásico, afirma con razón: "La campaña de PACHECO en El Heraldo de Lima debe contarse entre las páginas más honrosas del periodismo peruano, el que, salvo en las campañas doctrinarias de VIGIL, no ha vuelto a subir a ese nivel. En esa lucha periodística se perfila la figura jurídica del futuro comentarista del Código Civil con relieve definitivo. De allí surgió el prestigio excluyente que consagró al Ministro del 2 de Mayo". (Cfr. "Toribio PACHECO", (Conferencia sustentada en el homenaje del ilustre Colegio de Abogados de Lima, con motivo del centenario del nacimiento de Toribio PACHECO, el 16 de abril de 1928). Sanmartí y Cía., Lima, 1928, pp. 10).

Importantísima labor cumplió Toribio PACHECO en el ámbito diplomático. La complejidad moral que poseía se deja notar en esta actividad, PACHECO, sin disputa, era dueño y señor de una inteligencia viva y pronta. *Ingenii acumen.*

Fue Canciller en el Gobierno de José Antonio PEZET, de agosto a octubre de 1864.

En diciembre de 1865, Mariano Ignacio PRADO para poder afrontar, en parte, el problema que se acentuaba cada vez más con España, conformó un Gabinete, integrado por Toribio PACHECO, Manuel PARDO, José Simón TEJADA y José María QUIMPER, conocido también como el "Gabinete del 66". Evaristo SAN CRISTOVAL, más sugestivamente, lo denominó "El Gabinete histórico". (Cfr. 2º libro: "El Gabinete histórico". Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima, 1966, con Prólogo de Pedro UGARTECHE).

nistradas por la actividad individual o social de los otros hombres. Cada una de estas condiciones *voluntarias o libres* forma lo que se llama un *derecho*; de modo que podemos definir el derecho, diciendo que es una condición, dependiente de la voluntad humana, necesaria para el desarrollo y el perfeccionamiento del hombre.

(...)

Le correspondió a PACHECO la cartera de Relaciones Exteriores, habiendo redactado el Manifiesto de 16 de enero de 1866, donde se explican prolijamente, los motivos que dieron lugar a la declaratoria de guerra a España. (Cfr. "Manifiesto de los motivos que han inducido al Perú a declarar la guerra al gobierno de España". Edición Oficial, Lima, 1866).

Por otro lado, basta empezar a leer el contenido de las Circulares de Cancillería para darnos cuenta de que PACHECO puso en ellas en conocimiento de los Estados su talento y sabiduría; siendo en esencia un diplomático con una actividad incansable y erudición en la materia poco conocida y poco dominada en aquella época. (Cfr. "Circular a los agentes diplomáticos de la República". Secretaría de Relaciones Exteriores, Lima, 1866. Existe, además, edición en francés con el siguiente título: "Conflic hispano-péruvien; circulaire adressée par M. T. PACHECO aux agents diplomatiques de la République". E. Dentu, París, 1866).

Más todavía, PACHECO presidió la Conferencia Internacional Americana que se reunió en Lima, el año 1866, para promover la solución pacífica del conflicto con España. (Vid. Oscar BARRENECHEA Y RAYGADA, "Congresos y conferencias internacionales celebrados en Lima" Peuser, S.A., B. Alres, 1947, Cap. VI, pp. 85-97. Se incluye datos biográficos de PACHECO, pp. 92).

En este orden, a iniciativa del Encargado de Negocios titular de Francia, M. Edmond de LESSEPS, el Dr. Toribio PACHECO convocó a todo el cuerpo diplomático acreditado en Lima, a una reunión que se llevó a cabo el 15 de enero de 1867. Allí se trató el tema de Asilo Diplomático, a raíz de que los ex-Ministros de PEZET se asilaron en la Legación Francesa.

PACHECO, a la sazón, Secretario de Relaciones Exteriores (hoy Ministro), defendió con argumentos contundentes la posición peruana y, haciendo gala de sus conocimientos, en su famoso Memorándum sobre Asilo Diplomático, estudió dicha figura de tres maneras: 1) Como pretendido derecho, 2) Como derecho consuetudinario, y 3) Como punto de vista humanitario.

En aquel famoso Memorándum, a guisa de resumen, decía que el Gobierno del Perú se cree en el derecho y en el deber de declarar, como en efecto declara: "1o. Que no reconocerá, en adelante, el asilo diplomático, tal como ha sido practicado hasta hoy en el Perú, sino únicamente dentro de los límites que le asigna el Derecho de Gentes que basta, por sí, para resolver las cuestiones que, en casos excepcionales, puedan ocurrir en materia de asilo; 2o. Que subsistiendo el asilo diplomático en los Estados de la América del Sur, y gozando de él, por lo mismo, las Legaciones del Perú en esos Estados, el Perú renuncia por su parte a ese privilegio, ya que lo niega a las Legaciones de dichos Estados en el Perú". (Para mayor información, Vid. Oscar BARRENECHEA Y RAYGADA, "Congresos y conferencias internacionales", Ob. cit., Cap. VII, pp. 98-109).

En verdad, PACHECO trató de que no se siguiera abusando, en la práctica, de acogerse al asilo político más allá de la responsabilidad política, o sea, buscar eximir la responsabilidad penal o administrativa.

PACHECO fue también Canciller de PRADO, PEZET y Secretario General de VIVANCO desde la Revolución de Arequipa. (Para esta parte se puede consultar: "Homenaje a los ministros de Relaciones Exteriores, D. Felipe PARDO Y ALIAGA y D. José Toribio PACHECO con ocasión del centenario de su muerte". Ministerio de Relaciones Exteriores, Academia Diplomática del Perú, Lima, 5 de diciembre de 1968. El discurso de orden le correspondió al Embajador Dr. José PAREJA PAZ SOLDAN, quien resaltó la fructífera labor de Felipe PARDO Y ALIAGA y Toribio PACHECO, desde el ángulo diplomático).

Con lo expuesto, y adelantándonos a una conclusión final, diremos que PACHECO resumía magistralmente sus ideas en pocas palabras, ayudado de su pluma incansable y poseedora de una finura total. Era, así, un hombre que hablaba a través de sus obras. Trabajaba a luz violenta, presumiendo seguramente su temprana desaparición.

Ahora bien, la imagen escrita de PACHECO se rubrica con su producción realizada en el campo

El hombre, desde que nace y aún desde el instante de su concepción, posee, según esto, derechos; porque desde entonces tiene necesidad de que se le suministren las condiciones indispensables para su existencia y posterior desarrollo. El derecho presenta, por consiguiente, una cualidad de relación entre un hombre y los demás individuos de su especie; y

(...)

jurídico. Es aquí donde se abren profundamente los cauces de irrigación de su pensamiento, por desfortuna de la Nación, por tan poco tiempo.

En ese sentido, la ingente producción bibliográfica de PACHECO se centra en dos obras suyas, a saber, "Tratado de Derecho Civil", del cual nos ocuparemos más adelante, y cuya primera parte aquí se publica; y, "Cuestiones Constitucionales" (Primera parte, Imprenta de Francisco Ibañez y Hnos., Arequipa, 1854), que constituyó la primera tentativa —con profundo conocimiento y dominio de la materia— de hacer una historia constitucional peruana.

Basta decir unas cuantas palabras sobre este último trabajo de PACHECO. Su origen data de diversos artículos que PACHECO escribió en El Heraldo de Lima; y que, posteriormente, los reunió en conjunto, para dar nacimiento al libro en mención.

Las Constituciones de 1823, 1826, 1828 y 1839 son analizadas agudamente y al desnudo por PACHECO, no sin antes "... echar una rápida ojeada sobre el estado de nuestra sociedad y sobre algunos acontecimientos que han originado nuestra posición social, como nación soberana". (Cfr. "Cuestiones Constitucionales", Ob. cit., pp. 5).

También se ocupa del Primer Estatuto Provisional, dado el 8 de octubre de 1821 por el Protector D. José de SAN MARTIN.

El libro "Cuestiones Constitucionales" demuestra que en PACHECO, pese a la corta edad en que lo escribió, ya había una idea definida sobre la realidad constitucional de aquel entonces. De análisis profundo, y bien documentado con los autores de esa época, constituye esta obra de PACHECO —poco conocida en nuestro medio— un clásico de la literatura jurídica peruana.

Basta mencionar algunos libros y autores que consultaba PACHECO para poder entender el ¿porqué? de su férrea formación; incansable lector que le gustaba estar al día en cualquier rama del saber humano, en esta oportunidad el Derecho.

En su biblioteca particular figuraban las obras de TOCQUEVILLE, HUME, LOCKE, MONTESQUIEU, CONSTANT, MAQUIAVELO, DELOLME, BAUTAIN, STUART MILL y JEFFERSON. (Vid. "Catálogo de los libros del D.D. Toribio PACHECO". Por J. M. Monterola, Imprenta de El Comercio, Lima, s.f.)

Podemos sacar, a simple vista, una conclusión de la personalidad de PACHECO, de su ethos, en virtud de sus constantes lecturas, diciendo con ribetes que el Derecho era para él una disciplina que llevaba in pectore.

Algunas de sus obras, aparte de las ya citadas, son: "Elementos de estadística o principios fundamentales de esta ciencia". Imprenta de Francisco Ibañez y Hnos., Arequipa, 1853; "Consolidación de la deuda interna", que es una colección de artículos publicados en El Heraldo de Lima, en 1855; "Reforma de la constitución", serie de artículos aparecidos en El Heraldo, a partir del 19 de julio de 1855; "Protectorado anglo-francés". Arequipa, 1857; "Un incidente diplomático a propósito de otro incidente parlamentario". Imprenta de El Comercio, Lima, 1867; "Memoria que el Secretario de Estado en el despacho de Relaciones Exteriores presenta, por orden del jefe supremo provisorio de la República, al Congreso Constituyente". Lima, 1867.

Toribio PACHECO falleció en la pobreza, el 15 de mayo de 1868, víctima de la fiebre amarilla —a la edad de 40 años— que por aquella época asoló a la población limeña, cobrando numerosas víctimas; entre ellas, y por ironía del destino, a Edmond de LESSEPS, Encargado de Negocios titular del Emperador de los franceses, con quien compartió ideas, aunque con diferencias opuestas, en las conferencias llevadas adelante en la Cancillería de Lima, sobre Asilo Diplomático, en 1867.

En ese sentido, con relación a la temprana desaparición de PACHECO, se cumple lo expresado por el poeta Maccio PLAUTO: "La vida es tan corta". *Homines tam brevem vitam colunt.*

Su fallecimiento causó hondo pesar en las diversas esferas de la población. Principalmente, el diario El Comercio se ocupó atentamente de su muerte, publicando notas necrológicas que lamentaban la pérdida irreparable de hombre tan valioso.

esta cualidad relativa lo hace distinguir perfectamente de todas las demás condiciones necesarias para el desarrollo del individuo pero que no depende de la voluntad de los demás hombres

Entre estas condiciones, las que tienen más analogía con el derecho

El Comercio, en la edición del día viernes 15 de mayo de 1868 (pp. 3), decía: "Su muerte abre dos sepulcros: el uno estrecho y perecedero para sus restos; el otro inmenso y perdurable para su memoria: el uno en la tierra y el otro en la Historia"

Al día siguiente, sábado 16 de mayo de 1868 (pp. 2), aparecía publicado lo siguiente: "Pocos serán los peruanos que desconozcan cuanto ha perdido nuestra Patria en este distinguido ciudadano que a las preciosas cualidades privadas de hombre honrado, de ardiente amigo, de ejemplar esposo y tierno padre, agregaba una elevadísima inteligencia, rica y esmeradamente cultivada, un celo fervoroso por los intereses nacionales, una indomable energía en la práctica de lo útil y de lo justo, una pureza sin límites que no se ha amortiguado un solo instante en medio de otra epidemia que en los tiempos que atravesamos ha caído también sobre los sentimientos hidalgos y sobre las pasiones generosas en este distinguido ciudadano, repetimos que a todos los méritos que realzan al individuo, reunió en el ejercicio de los altos puestos a que lo llamaron sus aptitudes, todas las excelencias que elevan al hombre público sobre el nivel de la sociedad y que lo hacen el blanco del aprecio, del respeto y de las esperanzas de todos"

Ese mismo día, El Comercio (pp. 3), apuntaba: "La providencia se complació de dotarlo de las más elevadas cualidades de espíritu, a una inteligencia privilegiada unía una alma adornada de las más generosas facultades, primas a cuyo través tomaba colores más vivos la extraña fatalidad que pesó sobre su vida hasta labrarle una tumba"

Y finalmente, el día viernes 5 de junio de 1868 en El Comercio (pp. 2), se publicó una nota donde algunos amigos invitaron al público peruano a una suscripción nacional a favor de los huérfanos de D. Toribio PACHECO

Todo esto demuestra que PACHECO tenía calado en la población un gran aprecio hacia su persona

Su obra *in globo*, resulta inobjetable desde todo punto de vista. Con mayor razón, en los campos a los cuales se avocó de lleno, es decir, en las diversas variaciones humanas, las cuales hemos reseñado líneas arriba PACHECO, a pesar de su prudente permanencia en Europa, no dejó de ser peruano. Algo más, vivió personalmente los problemas que se suscitaban. Allí está su participación y aplicación de conocimientos en el campo de la diplomacia.

PACHECO, con esa exquisita cultura vaya, fue un hombre de letras definido. La pasión por el estudio es notorio en su persona, su destino se había encaminado a un plan de humanidades. Por eso es que fue uno de los grandes lectores de su época. Y en el mundo de la inteligencia ocupó un lugar privilegiado. Porque Toribio PACHECO ha de ser así, y como tal grande ideas coherentes y bien sistematizadas, inteligencia lúcida y despejada, cultura inagotable, pluma maravillosa con una actividad constante, preocupación total por los problemas de su tiempo, solución a ellos con una lógica convincente puesta con rigor en sus conocimientos.

Citando una frase acuñada por Francisco MOSTAJO, "el genio jurídico de Arequipa", PACHECO pertenece, por méritos propios, a esa pléyade de distinguidos hombres de Derecho que salieron al mundo de esa tradicional ciudad del sur.

Entre muchos, aunque corresponden a diversas generaciones, quizás deba mencionarse a Andrés MARTINEZ Y ORIHUELA, Francisco GARCIA CALDERON, Manuel Toribio URETA, José Gregorio PAZ SOLDAN, Víctor Andrés BELAUNDE, Ángel Gustavo CORNEJO.

Para terminar, detallamos a continuación los principales artículos periodísticos que evocan la figura de Toribio PACHECO desde diferentes áreas, y que pueden ser de suma utilidad para quien desee interesarse en su vida y obra. Enrique CHIRINOS SOTO "Toribio PACHECO, Canciller del 2 de Mayo" Correo, 26 de mayo de 1968, del mismo autor "Toribio PACHECO en Paraguay" Correo, 04 de junio de 1972. Hablando en términos genealógicos, el padre de CHIRINOS SOTO Carlos CHIRINOS PACHECO, fue nieto del ilustre Toribio PACHECO. Juan GORDILLO ARIAS

"La traslación del prócer PACHECO al Panteón de los Próceres" El Comercio, 06 de junio de

son las de la moral. La moral tiene por objeto exponer las mociones del bien en general o del bien absoluto y la necesidad de llegar a él. Por consiguiente, ella comprende todas las condiciones del desarrollo, capaces de producir el bien; pero se limita a indicarlas, dejando a las demás ciencias el cuidado de determinar los medios y condiciones que deben

(...)

1953; Francisco MOSTAJO. "Partidas parroquiales: la del Dr. Toribio PACHECO". La Crónica, 19 de julio de 1951; Ana María PORTUGAL. "Los cien años de un insigne canciller. Toribio PACHECO, político y jurisperito peruano". Correo, 20 de mayo de 1968; Pedro UGARTECHE. "Toribio PACHECO y nuestras relaciones internacionales". Expreso, 06 de junio de 1968.

(JOSE PALOMINO MANCHEGO).

(*) La inclusión del presente estudio forma parte del famoso Tratado de Derecho Civil (T. I, pp. 1-58) que escribió Toribio PACHECO.

Para mayor exactitud insertamos a continuación la ficha correspondiente: "Tratado de Derecho Civil". 2da. edic., Imprenta del Estado, Calle de la Rifa No. 58, Lima, 1872. Tomos I, II y III.

Recuérdese que PACHECO falleció el año 1868, es decir, cuatro años antes que apareciera la segunda edición de su Tratado. En consecuencia la edición de 1872, la cual hemos tenido en cuenta, es póstuma. Y, más que segunda edición, es reimpresión que financió el Gobierno en vía de protección a los menores hijos de PACHECO; que, con motivo de su muerte, quedaron desamparados.

La primera edición fue publicada por el Establecimiento Tipográfico de Aurelio Alfaro y Cía., Lima, y apareció de la siguiente manera: T. I, 1860; T. II, 1862; T. III, 1864. Hubo también otra edición que no altera en nada lo aquí expuesto, bibliográficamente hablando.

La obra tiene la siguiente dedicatoria:

"Al señor doctor don Gregorio FLORES

Bajo cuyos hospitalarios auspicios se inició este imperfecto trabajo.

Como una débil prueba de respetuosa gratitud.

Su amigo y servidor.

T. PACHECO"

El Tomo I contiene: Nociones generales. Parte primera. De las personas. Capítulo I. Del estado de las personas. Capítulo II. División de las personas según su estado. Capítulo III. Del derecho de familia. Apéndice.

En el Tomo II se inserta: Parte segunda. De las cosas. Capítulo I. De las cosas en general. Capítulo II. De los derechos sobre las cosas o de la propiedad. Capítulo III. Modificación de la propiedad. Capítulo IV. De los modos como se adquiere la propiedad. Apéndice.

Y en el Tomo III se incluye: Parte segunda. De las cosas. Capítulo IV. De los modos como se adquiere la propiedad. (continuación).

Como se podrá apreciar, el Tratado de Toribio PACHECO quedó inconcluso, por cuanto, hubo instituciones del Código Civil de 1852 que no fueron estudiadas por él.

Con todo, citando a BASADRE, el Tratado de Derecho Civil es: "Uno de los libros máximos del Derecho peruano en el siglo XIX". Y, según la autorizada opinión de Evaristo SAN CRISTÓVAL, el Tratado es: "Monumento de erudición y de saber jurídicos, en el que se inspiraban legisladores peruanos y extranjeros".

Ello se demuestra con las fuentes bibliográficas consultadas por PACHECO, entre otras, la legislación romana que la dominaba a la perfección, la española, el Código Civil francés, el Código chileno, etc.

Salvando distancias, análogamente hablando, lo que el maestro LEON BARANDIARAN hizo del Código Civil de 1936, PACHECO, en su oportunidad, hizo lo propio con el Código Civil de 1852.

Los elogios al Tratado de Derecho Civil de PACHECO hablan de por sí solos. Fue el Tratado

emplearse para ser conducidos a ese fin. Algunas de estas condiciones son las que forman el derecho. Se puede, por tanto, concluir que el derecho hace parte de la moral; pero como las condiciones que constituyen el derecho dependen de la voluntad de los demás hombres, resulta de allí su diferencia de todas las acciones puramente morales. llenando las condi-

(...)

su mayor gloria en materia de producción, constituyéndose su persona en uno de los más sutiles tratadistas, acaso el primero, de la centuria pasada.

Luciano Benjamín CISNEROS, al respecto, comentaba: "Hay cuanta riqueza de doctrina puede apetecerse, y especialmente en el Apéndice, el Sr. PACHECO agota el razonamiento . . ." Agrega más luego: ". . . el autor se ha mostrado digno de su alta capacidad, haciendo una exposición tan metódica que la inteligencia marcha insensiblemente por una senda que se le hace cada vez más familiar y querida. Los comentarios son detenidos, razonados y profundos". (Cfr. La Revista de Lima, T. II, julio de 1860, pp. 169 y 172, respectivamente).

El historiador PORRAS BARRENECHEA que, dicho sea de paso, ha escrito una de las notas más encantadoras —con abundantes referencias bibliográficas— sobre PACHECO, sostiene lo siguiente: "Bajo la forma modesta de un tratado para dirección de los jóvenes estudiantes de derecho, acometió PACHECO, en realidad, el primer ensayo de una doctrina peruana". Sigue más adelante: "Predomina en la crítica de PACHECO la facultad analítica, el poder de penetrar hasta la entraña misma del texto legal y descubrir su más íntima contextura, el sentido y el significado de su función jurídica, su potencialidad y alcance así como su debilidad o vacío". (Cfr. Toribio PACHECO. "Conferencia . . .", Ob. cit., pp. 21).

Hasta ese entonces se habían publicado los siguientes estudios: Manuel Lorenzo VIDAURRE. "Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes". Primera: De las personas. Segunda: Dominio y contratos. Tercera: Últimas voluntades. Imprenta del constitucional. Lima, 1834-1836. Incluye interesantes comentarios. Años más tarde aparecerá el "Diccionario de la legislación peruana" de Francisco GARCÍA CALDERÓN, publicado en París el año 1860. También, claro está enfocado desde diversas disciplinas, pero que se mencionan para ubicar la obra de PACHECO, sobresalen: Manuel Atanasio FUENTES. "Compendio de Derecho Administrativo". París, 1865. Del mismo autor: "Derecho constitucional universal e historia del Derecho público peruano". Vol. I y II. Lima, 1874. José VITERBO ARIAS. "Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863". T. I, 1896; T. II, 1898; T. III, 1902.

La obra de PACHECO, en realidad, marcó el derrotero para futuros estudios sobre el Código Civil de 1852. Sin ser exhaustivos, y que puede servir para futuras investigaciones, aun cuando el terreno recién se estaba abonando, caben mencionar: "Código Civil de Santa Cruz del Estado Nor-Peruano". Edición Oficial, Imprenta de José Masías, Lima, 1836. Es en el fondo, anterior al Código Civil de 1852.

Ahora bien, el Código Civil de 1852 fue el resultado de tres comisiones: a) 1845-47, integrada por 7 personas designadas por el Poder Ejecutivo; 2) 1849, compuesta por 3 personas nombradas por el Congreso; y 3) 1851, conformada con 2 senadores y 5 diputados. En tal sentido puede revisarse: "Proyecto del Código Civil para la República del Perú presentado a la legislatura de 1847, por la Comisión nombrada conforme a ley, de 8 de octubre de 1845". Imprenta del Correo peruano, Lima, 1847. "Proyecto de Código Civil para la República del Perú formado por los doctores Juan LUNA, Simón Gregorio PAREDES, José Jorge LOAYZA, Manuel Santos PASAPERA, Francisco Mariano FERNANDEZ". Imprenta de José Francisco Solís, Lima, 1890.

Además: M. A. FUENTES y Miguel Antonio DE LA LAMA. "Código Civil del Perú", (Con citas y concordancias). Imprenta del Estado, Lima, 1869; Guillermo Alejandro SEOANE. "Código Civil anotado". Lima, 1902; Miguel Antonio DE LA LAMA. "Código Civil". (Anotado y concordado). 3ra. edic., Librería Imprenta GE, Lima, 1905. Este trabajo es antecedido de un enjundioso juicio crítico realizado por el Dr. Raoul de la GRASSERIE, a la sazón, Juez del Tribunal Civil de Rennes. En 1896, este juicio se había publicado a manera de folleto; Juan José CALLE. "Código Civil del Perú". (Anotado con las modificaciones que contendrá el Proyecto de nuevo Código que en breve presentará al Poder Ejecutivo la Comisión Reformadora, creada

ciones de la moral, se cumple con un derecho, se cumple además con un deber de humanidad: Las acciones morales se refieren al mismo individuo que las practica; las del derecho se refieren a los demás seres con quienes vivimos y particularmente a nuestros semejantes.

De aquí nacen dos diferencias esenciales entre la moral pura y el derecho: 1a. las obligaciones de la moral dependen enteramente de la intención y de la pureza de los motivos; las del derecho son independientes de la intención y deben cumplirse cualesquiera que sean los motivos que den lugar a ellas; 2a. el cumplimiento de las obligaciones de la moral depende exclusivamente de la voluntad del individuo; las obligaciones del derecho son susceptibles de coerción, es decir, que pueden ser exigidas por la fuerza, porque si un hombre es libre para privarse de las condiciones de su propio desarrollo, no lo es para privar de ellas a los demás hombres.

(...)

por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1923). Librería e Imprenta Gil, Lima, 1928.

Entre los trabajos comentados, merecen preferente atención ser citados: Cesáreo CHACALTANA. "Derecho Civil común". (Primer Curso). E. Moreno, Editor, Lima, 1897. Se trata del resumen de las lecciones dictadas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos durante el período de 1896; Ricardo ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE. "Tratado de Derecho Civil peruano". Ed. Rosay, Lima, 1906. Sus páginas constituyen excelentes comentarios al derogado Código de 1852; Jesús GARCIA MALDONADO. "Discurso pronunciado en la apertura del año, por el Vice-Rector y catedrático de Derecho Civil...". Tip. Franklin, Arequipa, 1916. Se refiere al Código Civil de 1852; Francisco SAMANAMU. "Instituciones de Derecho Civil peruano". 2da. edic., T. I y II, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1917; Angel Gustavo CORNEJO. "Comentarios al Código Civil de 1852", T. I. (De las personas y de sus derechos). Dionisio Mendoza, Librería y Casa Editora, Chiclayo, 1921. El citado autor, refiriéndose a PACHECO, escribe (pp. II) lo siguiente: "PACHECO, mentalidad robusta, jurisperito consumado".

En lo que concierne a artículos, puede consultarse: Jorge BASADRE. "Antecedentes del Código Civil de 1852". (Los primeros intentos de codificación. El Proyecto VIDAURRE. El Código SANTA-CRUZ. El Proyecto de 1847). Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1939, pp. 283; del citado autor: "Hacia una interpretación histórica del Código Civil de 1852". Revista citada, Lima, 1942, pp. 49; también: "Contribución al estudio del Derecho anterior al Código Civil de 1852". (39 casos de jurisprudencia de los tribunales). Revista citada, Lima, 1952, pp. 618.

Suma importancia constituyen los siguientes artículos publicados en la Revista del Foro, Año XXXIX, no. 2, Lima, 1952, con ocasión de celebrarse el centenario del Código Civil de 1852: Félix NAVARRO IRVINE. "El centenario de la promulgación del Código Civil de 1852", pp. 215; Luis Antonio EGUIGUREN. "El centenario del Código Civil de 1852", pp. 229; José LEON BARANDIARAN. "Estudio comparativo del Código Civil de 1852 y el Código Napoleónico", pp. 255; Jorge Eugenio CASTAÑEDA. "El derecho de las obligaciones y de los contratos en el Código Civil de 1852 y el Código Civil de 1936", pp. 270.

Para mayor información de los diversos trabajos y estudios publicados sobre el Código Civil de 1852, enfocado desde diferentes secciones: personas, familia, propiedad, sucesión, obligaciones y contratos, puede consultarse: Jorge BASADRE. "Introducción a las bases documentales para la Historia de la República del Perú con algunas reflexiones". Talleres Gráficos P.L. Villanueva, S.A., Lima, 1971, T. II, pp. 710-712, Nos. 9733-9825. El estudio en mención es importantísima e indispensable guía y fuente de consulta seguida de interesantes notas sobre las diferentes disciplinas que se han cultivado en el Perú. (JOSE PALOMINO MANCHEGO).

De la relación íntima que existe entre la moral y el derecho, se deduce que todas las prescripciones del derecho deben estar en armonía con la moral, o, en otros términos, que todo lo que el derecho permite o prohíbe debe ser permitido o prohibido por la moral; pero, como los límites del derecho son más estrechos que los de la moral, se sigue naturalmente que no todo lo que permite o prohíbe la moral es permitido o prohibido por el derecho; por la sencilla razón de que esto no entra en el círculo de su competencia.

El *derecho*, tal como lo hemos definido, es sinónimo de *justicia*, porque está también en el conjunto de las condiciones, dependientes de la voluntad, necesarias para el desarrollo físico e intelectual del hombre; pero puede distinguirse de aquél diciendo que el derecho es la condición misma, y la justicia el acto de suministrar esa condición. Un hombre tiene necesidad de que se le suministren las condiciones del desarrollo; tiene derechos: los demás hombres están obligados a proporcionarle dichas condiciones, a hacerle justicia, a ser justo con él.

La naturaleza del derecho, como tal la hemos expuesto, y su analogía con la moral forman la base del criterio de todas las prescripciones jurídicas.

El derecho es esencialmente personal porque tiene por fundamento y por fin la persona, el hombre; y si se refiere también a las cosas no es sino en cuanto éstas son condiciones físicas para el desarrollo de la persona. El *sujeto* o el ser que posee el derecho es el hombre, y por esto se llama *persona jurídica*. El *objeto*, o el contenido del derecho, es todo aquello que constituye una condición dependiente de la voluntad para que el hombre pueda desarrollarse y llenar su fin racional. Estas condiciones son, o *cosas* del mundo exterior que el hombre puede transformar por medio de su actividad y servirse de ellas, o *acciones* propiamente dichas; esto es, condiciones suministradas por el espíritu y la inteligencia, como la instrucción, la educación, etc.

2. DIFERENTES ESPECIES DE DERECHOS

Entre los derechos del hombre hay algunos que nacen inmediatamente de su propia naturaleza porque son condiciones indispensables para su existencia: llámense estos derechos *naturales*, *primitivos* o *absolutos*. Hay otros que no nacen inmediatamente de la naturaleza del hombre, sino de un hecho de su parte, de su actividad, y se llaman *hipotéticos*, *contingentes* o *eventuales*, porque no se adquieren sino en ciertas circunstancias.

3. MANIFESTACION DEL DERECHO

El derecho considerado como condición del desarrollo, dependiente de la voluntad, se manifiesta de dos maneras: por la costumbre y por la ley. La costumbre es la manifestación instintiva y espontánea de las necesidades individuales y sociales, que se satisfacen por sí mismas y sin obstáculo porque el hábito la ha hecho obligatoria: por esto se llama también *derecho no escrito*. Cuando esta manifestación tácita del derecho es comprendida por la razón pública, determinada y formulada expresa y positivamente por un poder social constituido, entonces toma la denominación de *ley*. La ley es, pues, la expresión de la razón pública, formulada en declaración solemne y jurídica por el poder competente, con el fin de que sirva de regla socialmente obligatoria sobre objetos de régimen interior y de interés común.

La costumbre y la ley se asemejan en que tienen el mismo origen, porque una y otra son la manifestación de la necesidad; en que ambas son la expresión del derecho; en que las dos tienen el carácter de obligatorias forzosamente, y en que el objeto y el resultado inmediato son los mismos e idénticos. Pero se diferencian: 1o.— en que la costumbre es la consecuencia espontánea de una necesidad, mientras que la ley es el resultado producido por la meditación y por un convenio expreso; 2o.— en que la costumbre es menos precisa y menos positiva que la ley; 3o.— en que la costumbre es menos imperativa, menos coercitiva, menos moralizadora y menos instructiva que la ley.

Determinados así los puntos de contacto y las diferencias entre las dos manifestaciones del derecho, expondremos separadamente los caracteres particulares de cada una de ellas.

A. LA COSTUMBRE

a.— Origen de la costumbre.— La costumbre nace del uso y del tiempo. El uso no es más que la práctica de ciertos hechos, admitida tácitamente por un pueblo. Cuando el uso ha durado un tiempo más o menos largo se llama ya costumbre. El espacio de tiempo que ha de dar un uso, para convertirse en costumbre, depende enteramente de las circunstancias. Según las leyes españolas, se requería el tiempo de la prescripción, es decir, diez o veinte años (l. 5, tit. 2, P. 1a.); debiendo advertirse, según lo observa Gregorio López, que los veinte años se exigían equivocadamente, puesto que, asimilándose la costumbre a la prescripción, no hay lugar al término designado para los ausentes, por cuanto el pueblo en que se esta-

blece la costumbre siempre está presente. Además de esto, el uso debía tener otros dos requisitos: 1o.— que fuese consentido por el soberano; 2o.— que se hubiesen dado dos sentencias con arreglo a él. De esta manera, el uso se convertía en costumbre, y la costumbre tenía fuerza de ley.

b.— Fuerza obligatoria de la costumbre.— En los países en que se ha admitido la costumbre, no solamente tenía ésta el carácter de ley, sino que podía derogar las leyes anteriores e interpretar las dudosas. Por eso se decía que había costumbre fuera de la ley, contra la ley y según la ley. La primera era la que decidía los casos que no habían sido reglados por la ley; la segunda, la que derogaba la ley por actos contrarios a ella; y la tercera, la que interpretaba la ley, fijando el sentido en que ésta debía entenderse.

La costumbre poderosa en tiempos anteriores, sobre todo durante la edad media, ha perdido insensiblemente su valor a medida que las naciones se han esforzado en introducir la unidad en sus respectivas legislaciones, dando a éstas un carácter positivo, uniforme y permanente; de suerte que mientras la costumbre se ha debilitado la ley ha adquirido más vigor. Actualmente, la costumbre casi no existe en los países de derecho escrito, pues se ha tenido y se tiene aún cuidado de consignar en las leyes las relaciones de los individuos que pertenecen a una misma asociación. Por consiguiente, si existe todavía alguna costumbre fuera de la ley, para casos que ésta no ha tomado en consideración, no se admite la costumbre contra la ley, ni según la ley; es decir, que una ley no puede ser derogada ni interpretada por la costumbre. Así lo ha dispuesto también nuestra legislación patria, estableciendo que las leyes no se derogan por la costumbre. (VI pr. tít. prelim. C.) Y la razón es obvia; la ley es la expresión formal y solemne de la voluntad social, que es superior a la voluntad de los particulares; una vez manifestada aquélla de un modo competente, éstas deben someterse a ella mientras la voluntad social no disponga lo contrario. Nadie puede eximirse del cumplimiento de la ley sin violarla e infringirla, y la infracción de la ley es un acto atentatorio contra la soberanía de la sociedad. Ahora bien, para que una costumbre pudiese derogar una ley sería necesario una sucesión de actos contrarios a ella, es decir, una constante violación de la ley, y si la ley permitiera esto suministraría ella misma los medios de eludir sus prescripciones, lo que es contrario y opuesto a la naturaleza de la ley, cuyo carácter debe ser de permanencia y perpetuidad. Por razones análogas, tampoco puede admitirse la interpretación de la ley por la costumbre porque esto sería quitar al autor de la ley, único juez competente de la interpretación, el derecho de atribuirle el verdadero sentido que quiso darle, dejando este cuidado al capricho de

cualquier individuo que, dando a la ley el sentido que más se acomodase a sus intereses sentaría el precedente de una práctica viciosa que desvirtuaría enteramente la ley.

Según el principio establecido en nuestra legislación, los derechos de los particulares deben decidirse únicamente por la ley y no por la costumbre (VI, VIII, IX, tít. preliminar. C.) Sin embargo, la misma ley determina ciertos casos especiales y en muy corto número, en los cuales debe decidirse por la costumbre; casos de poca entidad, es cierto, en los cuales la costumbre entra como medio supletorio de un convenio, y que ha sido preciso admitir en razón de que la diversidad de lugares y objetos a que puede aplicarse hace muy difícil la uniformidad. En el contrato de locación es en el que se presentan esos casos que pueden decidirse por la costumbre: son cinco: 1o.— la entrega de la cosa arrendada, siempre que no se haya convenido en el tiempo en que ha de verificarse se hará inmediatamente, a no ser que por costumbre deba hacerse en otra época (1585 C.); 2o.— el locador está obligado a hacer en la cosa arrendada los reparos necesarios que, por pacto o costumbre, no sean de cuenta del arrendatario (1587, 5o. C.) 3.— el conductor, por su parte, está obligado a hacer los reparos que determina la costumbre si no hay pacto en contrario (1595, 6o. C.) 4o.— las cuestiones que se susciten, tanto sobre el derecho a la rebaja de la renta como sobre lo que corresponda al daño causado por heladas, superabundancia de lluvia, falta de agua, o por otra calamidad que menoscabe la cosecha, en la tercera parte o más, se resolverán por la costumbre del lugar, a falta de convenio anterior de las partes (1569 C.) 5o.— la tasación de las mejoras hechas en la cosa arrendada se arreglará a la costumbre si no ha habido convenio de las partes (1623, 1o., 2o., C.) También, en materia de servidumbres, puede aplicarse a las costumbres: 1o.— para el establecimiento de alguna servidumbre legal o convencional, siempre que no sea contraria a disposiciones terminantes de la ley (1131, 1157 C.) 2o.— para el uso de las aguas que atraviesan heredades, a falta de reglamento (1135 C.) Ultimamente, se puede atender a la costumbre para la remisión a un juez extranjero de las providencias de un juez peruano, y para el cumplimiento de las que aquél dirija a éste (942 E.); bien que este punto es bastante delicado y será materia de un detenido examen en su oportunidad.

B. LA LEY

a.— *Formación de la ley.*— La ley, según lo hemos indicado, debe ser formulada por un poder social constituido, al que, por esta razón, se da el nombre de *poder legislativo*. El derecho de legislar pertenece, en el

fondo, a la sociedad entera, a la nación; pero, siendo imposible la reunión de todos sus miembros, se ha convenido en delegar ese poder a un corto número de individuos, nombrados por cada una de las partes de que la nación se compone y designados con los nombres de *representantes* o *diputados*. Aún para mayor garantía de madurez y reflexión en la formación de la ley, se ha convenido en que la Representación Nacional se componga de dos cuerpos que deben discutir y aprobar sucesivamente la ley. Esos cuerpos se designan con las denominaciones de *Cámara de Diputados* y *Cámara de Senadores*. Al poder legislativo corresponde, pues, la formación de la ley; su ejecución, al poder ejecutivo; y su aplicación, a lo que se llama poder judicial, que está ya admitido casi generalmente, al menos en la teoría, como distinto y en rango casi igual a los otros dos.

b. — Formas externas de la ley. — Para que la voluntad nacional pueda convertirse en ley y obligar a todos los asociados, es necesario: 1o. — que sea adoptada por el cuerpo legislativo; 2o. — que sea promulgada; 3o. — que sea publicada.

La adopción de la ley consiste en el asentimiento de las dos ramas del poder legislativo, en el modo y forma determinados por la ley constitucional y por los reglamentos de las Cámaras. La adopción de la ley por éstas es la manifestación del voto público sobre la medida que se trata de presentar como regla obligatoria para la sociedad.

En los países regidos por el sistema monárquico constitucional, no solamente debe de ser la ley adoptada por las Cámaras, sino también revestida de la *sanción* real, que no es otra cosa que el asentimiento dado a la ley por el monarca, en su cualidad de miembro del poder legislativo. Esta sanción se designa también con el nombre de *veto absoluto*, que se confiere al Jefe del poder ejecutivo para rechazar una ley, cuya ejecución traería consigo graves inconvenientes o encontraría obstáculos insuperables que él puede apreciar mejor y más atinadamente que el cuerpo legislativo, por su contacto inmediato con la sociedad y por la experiencia que naturalmente debe darle el manejo cotidiano y constante de los negocios. En los países republicanos, si no tiene lugar la sanción tampoco se ha querido admitir el veto absoluto, sin embargo de que, por la amovilidad del Jefe del poder ejecutivo, no produciría las consecuencias que de él se temen sin razón, y únicamente se ha establecido el *veto suspensivo*, es decir, el derecho que el Jefe del poder ejecutivo tiene de hacer observaciones a una ley, en un plazo determinado y fatal que, a veces, como en el Perú, no excede de diez días. Pero, esas observaciones no embarazan para que el cuerpo legislativo, volviendo a discutir someramente su ley,

y aun alentado del deseo de vencer la oposición a su voluntad, declare, nuevamente en el acto, que ha permanecido inflexible y que la ley debe ejecutarse.

La adopción por las Cámaras basta para formar la ley; pero no es suficiente para su ejecución; para ésta es necesaria la *promulgación*, que es la declaración solemne de la existencia de la ley hecha por el Jefe del poder ejecutivo, o bien el acto por el cual el jefe del poder ejecutivo ordena que la ley sea ejecutada. La promulgación es, por consiguiente, indispensable, porque ella da a la ley el carácter de ejecutiva; es decir, que por medio de la promulgación la ley produce todos sus efectos con respecto a los miembros de la sociedad.

Mas, para que los ciudadanos estén obligados al cumplimiento de la ley es preciso que tengan conocimiento de ella, y el modo de que esto se verifique es por medio de la publicación. La publicación es, pues, el acto en virtud del cual el Jefe del poder ejecutivo pone la ley al alcance de todos los miembros de la sociedad de manera que puedan instruirse de su contenido. La publicación es la que da a la ley el carácter de obligatoria; de suerte que después de publicada nadie puede excusarse de obedecerla.

La promulgación y la publicación han sido confundidas con mucha frecuencia, haciendo a la una equivalente o sinónima de la otra. Hoy mismo, muchas legislaciones emplean la palabra promulgación en el sentido de publicación de la ley; pero entre una y otra existe una notable diferencia: la promulgación es un acto de la autoridad que da a la ley fuerza ejecutiva, mientras que la publicación es un hecho de la misma autoridad que reviste a la ley de su carácter obligatorio para todos los miembros de la sociedad. La promulgación es anterior a la publicación, y ésta es una consecuencia de aquélla; algo más, la promulgación contiene siempre la orden de hacer publicar la ley. Así es que no se concibe una ley publicada antes de su promulgación; mientras que es fácil concebir la existencia de la promulgación antes de la publicación.

Entre nosotros, la ley sale del cuerpo legislativo adoptada y sancionada, y el ejecutivo le da una nueva forma, agregándole ciertas cláusulas antes y después de ella; esta es la promulgación; en seguida, se transcribe a las autoridades subalternas y se la hace conocer por medio del periódico oficial: esta es la publicación.

Según estos principios, no puede dejar de reconocerse la propiedad

y el acierto con que están redactados los artículos de la Constitución de 1856, relativos a esta materia. "El Congreso" dice uno de ellos, (art. 71) en la redacción de las leyes usará de la siguiente fórmula: —El Congreso de la República Peruana ha dado la ley siguiente (aquí el texto). Comuníquese al Poder Ejecutivo para que disponga lo necesario a su cumplimiento. Llamamos la atención sobre la palabra *redacción*, empleada en este artículo, porque es la única que ha podido usarse con propiedad, puesto que si al Congreso, como poder legislativo, compete la adopción y la sanción de la ley, no son de su incumbencia la promulgación y la publicación, que pertenecen al poder ejecutivo. El Congreso tiene, pues, que limitarse a redactar su ley, dejando al cuidado del Jefe del poder ejecutivo promulgarla y publicarla. La promulgación y la publicación son requisitos indispensables para que la ley sea cumplida, y por esto es que, en su última parte, se contiene el precepto en que el poder legislativo ordena al poder ejecutivo que disponga lo necesario para su cumplimiento. En consecuencia, "el Ejecutivo" según otro de los artículos constitucionales (art. 72), "promulgará la ley bajo esta fórmula: —El Presidente de la República— Por cuanto — El Congreso ha dado la ley siguiente (aquí el texto). — Por tanto, mando se imprima, publique y circule y se le dé el debido cumplimiento"

Aquí se hallan, como se ve, perfectamente marcadas, la promulgación y la publicación, entre las que todavía podemos establecer otra distinción, y es, que la promulgación debe ser hecha por el Jefe del poder ejecutivo y sólo por él, interviniendo su propia personalidad, puesto que debe ir revestida de su firma; mientras que para la publicación no es necesaria la intervención de la persona del Jefe de ese poder, sino que puede valerse, como en efecto se vale, de agentes secundarios, limitándose a ordenar la publicación en el acto mismo y en la fórmula de la promulgación. De allí nace que frecuentemente el poder legislativo ordena al ejecutivo promulgar la ley y hacerla publicar, sin que jamás sea permitido ordenarle que la haga promulgar; y, por su parte, el Jefe del poder ejecutivo puede ordenar la publicación, pero nunca la promulgación, pues si le es posible dejar de hacer la primera por sí mismo, nunca puede dejar de verificar la segunda¹.

1 A pesar de estas nociones tan claras, en la parte final de la Constitución de 1856, se expresa así el Poder Ejecutivo; "Por tanto mando se imprima, *promulgue* y se le dé el debido cumplimiento". *Mando se promulgue*, es decir, mando que se haga lo mismo que estoy actualmente haciendo, y lo que nadie sino yo puede hacer. Observaremos, de paso, que la promulgación y aun la impresión no bastan para la publicación. Una ley promulgada y aun impresa ya, puede quedar oculta por mucho tiempo. La promulgación, la impresión y la publicación son tres actos enteramente distintos.

La publicación de la ley es, por decirlo así, la base y el fundamento del precepto social en ella contenido, porque sólo ella puede hacer real y jurídica la obediencia de los asociados. Para que la ley sea obedecida, es necesario que se la conozca y nada sería más tiránico ni más cruel, según la observación de un jurisconsulto moderno, que castigar a un hombre por haber desobedecido una ley que no conoce ni ha podido conocer. Sí, pues, la publicación es la que reviste a la ley del carácter de obligatoria, se hace preciso emplear todos los medios conducentes para dar a la ley el mayor grado de publicidad.

Algunos han pretendido que la publicación se hiciese notificando a cada individuo el contenido de la ley; pero, prescindiendo de las invencibles dificultades, o, por mejor decir, de la imposibilidad absoluta de poner en práctica semejante sistema, resultaría, desde luego, el inconveniente de que habría muchos que, por mala voluntad, por espíritu de insubordinación, por ignorancia o por cualquier otro motivo, resistiesen a la notificación y que en la falta de ésta encontrasen la razón o el pretexto para sustraerse a su obediencia. Y es indudable que, admitido que fuese semejante sistema, no se podría exigir el cumplimiento de la ley a aquéllos a quienes no hubiese sido notificada, y, desde entonces, la ley dejaba de ser una regla general para todos obligatoria. La publicación de la ley, en expresión de un autor contemporáneo, según la naturaleza de las cosas y el buen sentido, no es más que la facultad ilimitada que a cada individuo se concede de adquirir el conocimiento de la ley; pero jamás puede consistir en la obligación de iniciar individualmente a cada uno en este conocimiento.

Aceptando por base este último principio, debe así mismo desecharse la publicación por bando, al son de clarines y tambores, puesto que, siendo fugitiva y pasajera, no es susceptible de suministrar un conocimiento perfecto y una cabal inteligencia de la ley. Fuera de esto, se presentaría la cuestión de saber si esta publicación haría obligatoria la ley para todos los ciudadanos en general, o solamente para aquéllos que hubiesen estado presentes en el bando, y aún entre estos habría que distinguir aquéllos que se han encontrado bastante cerca para oír la lectura, de los que, no habiendo podido aproximarse, por alguna causa, no se han enterado del contenido de la ley. Aún hay más, si se supusiera, lo que es ya inverosímil, que todos los habitantes del departamento, de la provincia o del distrito se hallasen presentes y oyeran distintamente la publicación de la ley, siempre restaría examinar si ésta era obligatoria para ellos solos, o también para las generaciones futuras; esto es, para los individuos que se hallan en la infancia y para los que nazcan después; cuestión que se convertiría

en la de saber si la ley tenía un carácter perpetuo, es decir, obligatorio para todos los individuos de la generación presente y de las generaciones venideras. Si se reconoce, como es natural y forzoso reconocer en la ley, este último carácter, la publicación por bando no llena su objeto; pero si malamente se atribuyera a la ley el carácter de temporal, entonces sería necesario repetir la publicación por bando en determinadas épocas, para que adquiriesen conocimiento de ella aquellos individuos que o no habían presenciado la primera, o no se hallaban aún en estado de comprenderla. Esto quiere decir que, siendo tan numerosas las leyes y tan rápido el movimiento de la población, no pasaría día y quizás hora sin que se emplease en la publicación de las leyes.

La publicación por carteles, por sí sola o como complemento del bando, tampoco es susceptible de producir los efectos a que está destinada. Desde luego, se toca con el inconveniente físico de poderla verificar en todos los puntos del territorio, aun en las localidades más pequeñas, y, en seguida, viene otro inconveniente que puede llamarse moral, la ignorancia de un gran número de habitantes que, no sabiendo leer, se hallan incapacitados de hacerse cargo de la ley.

En el estado actual de civilización, se ha admitido generalmente un medio de publicación que se considera como obligatorio para el Estado; tal es la publicación por medio de la prensa; y, con este objeto, existe en cada país, por lo menos un periódico, órgano oficial del Gobierno, en el que se insertan las leyes y las demás disposiciones generales de la autoridad. Este medio presenta una ventaja, cual es de dar a la ley la más extensa publicidad, sin más trabajo que aumentar indefinidamente y hasta donde sea necesario el número de ejemplares del periódico; pero presenta un inconveniente, lo mismo que la publicación por carteles, la imposibilidad en que los individuos que no saben leer se encuentran de adquirir por sí el conocimiento de la ley. En la dificultad casi insuperable de encontrar otro medio mejor de publicación, aparece evidente el deber en que el Estado se encuentra de ilustrar a los asociados, poniendo a su alcance siquiera los principales elementos de la instrucción, a fin de que puedan llegar, por sí y sin ayuda de otros, al conocimiento de los derechos que les confiere la ley y de las obligaciones que les impone. Actualmente, principia ya a comprenderse que es necesario, al menos, saber leer y escribir para ejercer los derechos políticos, y tiempo vendrá, no hay que dudar, en que se exija también ese requisito para el ejercicio de los derechos civiles; y esto sucederá cuando el Estado teniendo conciencia de su verdadera misión, coloque a todos los asociados en aptitud de recibir la instrucción primaria, la única que, de un modo estricto, está obligado

a dar gratuitamente; de manera que la culpa de no recibirla recaiga sobre los individuos, quienes encontrarán la pena de esta culpable omisión en la privación del ejercicio de sus derechos.

De lo que acabamos de decir, resulta que, si bien la publicación por medio de la prensa satisface la necesidad de hacer general el conocimiento de la ley, este principio encuentra un obstáculo en la ignorancia de los individuos que no saben leer. ¿Cómo salvar este inconveniente? ¿Dejará de ser la ley obligatoria para ellos? Esto no puede ser porque se opone al carácter y a la naturaleza de la ley. ¿Se completará la publicación por medio de la prensa con la publicación por bando? Este segundo medio, cuyos defectos hemos ya expuesto, no añadiría nada a la eficacia o ineficacia del primero. Además, hay, entre nosotros, otro obstáculo, común a la publicación por carteles. El idioma oficial del Perú es el español, pero el español no es la lengua de la generalidad de los peruanos: quizá el mayor número no lo entiende. ¿Deberá hacerse la publicación en cada uno de los dialectos usados en las diferentes partes del territorio? ²

Pero, además de que este sería un procedimiento sin límites, se tropezaría siempre con el inconveniente de la imposibilidad en que muchos se encontrarían de hacerse cargo de la ley por falta de instrucción. Obviar todas estas dificultades sería ciertamente lo mejor; pero, mientras subsisten, la ley no puede quedar enervada; es necesario que impere con toda su fuerza ejecutiva y obligatoria. A este fin, se ha admitido, como presunción, que sea considerada como bastante y suficiente la publicación por medio de la prensa.

Según la legislación española, que confundía la promulgación con la publicación, debía ésta verificarse por pragmática, cédula, provisión, orden, edicto, pregón o bando de las justicias o de los magistrados públicos; debiendo denunciarse al que, sin preceder alguna de estas circunstancias o requisitos, se arrogase la facultad de poner en ejecución alguna ley (1. 12, tit. 2, lib. 3 Nov. Rec.) Por donde se ve que las leyes no

² Un decreto del Gobierno provisorio de Bélgica, de 16 de Noviembre de 1830, y la ley posterior de 19 de Setiembre de 1831, disponen que el *Boletín Oficial* sea traducido en el flamenco y en alemán, para las provincias en que se hablan estas lenguas; pero considerándose siempre, sola y únicamente el texto francés como oficial. Semejante disposición puede reputarse como un privilegio en favor de los idiomas, que antes eran oficiales en las provincias en que se usan; y esto es tan cierto, que hay otras provincias en que la lengua común es la *walona*, sin que, por esto, se prescriba la traducción de las leyes en walon. Lo mismo se puede decir respecto de los diferentes dialectos que subsisten todavía en muchas provincias de Francia, España y Alemania, y respecto del escocés y del irlandés, en la Gran Bretaña.

estaban sujetas a un solo modo de publicación, sino a cualquiera de los aquí expresados.

En Francia, por la ordenanza de 27 de Noviembre de 1816, y en Bélgica, por la ley de 16 de Setiembre de 1831, se dispone que las leyes sean publicadas en el *Boletín Oficial*.

Entre nosotros, no existe ley alguna que determine la manera de publicar las leyes, y esta materia tan importante ha sido dejada a la voluntad y al capricho de los gobiernos, que frecuentemente no se han ocupado sino en variar las denominaciones del periódico oficial.

c.— *¿Cuándo se hace obligatoria la ley?*— Del examen que hemos hecho de la promulgación de la ley, se puede ya deducir inmediatamente una consecuencia, y es que la ley se hace obligatoria desde el instante de su publicación, porque desde entonces es que los individuos tienen o están en aptitud de tener conocimiento de ella. Pero, aún entonces la ley debe estar sujeta a las circunstancias de la distancia porque, publicada en un lugar en aquél en que reside el Gobierno, la publicación puede no ser notoria en todos los demás puntos del territorio, separados a veces por grandes distancias del sitio en que se ha hecho la publicación. Para salvar este obstáculo, se han admitido dos sistemas: o bien la ley se hace obligatoria sucesivamente, a medida que se reputa conocida su publicidad en determinadas distancias; o bien, para dar a la ley un carácter de uniformidad en cuanto a su fuerza obligatoria, se deja trascurrir un espacio de tiempo suficiente para que se suponga conocida su publicación en todo el territorio, principiando, al expirar ese término, a surtir sus efectos en toda la nación. El primer sistema ha sido adoptado por el Código civil francés, el cual dispone que la promulgación hecha por el monarca se reputará conocida, en el departamento de la residencia imperial, un día después de la promulgación, y en cada uno de los demás departamentos, después de que haya trascurrido el mismo plazo, aumentado de tantos días cuantas decenas de miriámetros haya entre el lugar en que se ha hecho la promulgación y la capital del departamento. Y, para hacer más expedita la inteligencia de esta disposición, se ha fijado por un reglamento de administración pública, la distancia de París a cada capital de departamento. El segundo sistema rige en Bélgica. Según la ley ya citada de 19 de Setiembre de 1831, deberán insertarse las leyes en el *Boletín Oficial*, inmediatamente después de su promulgación, y serán obligatorias, en todo el reino, el undécimo día después de su promulgación.

Debemos observar que, tanto la ley francesa como la ley belga, atri-

buyen a la promulgación el efecto de la publicación. Esto se concibe en cuanto al Código civil francés, que parece confundir la promulgación con la publicación, pero no en cuanto a la ley belga que las distingue perfectamente; puesto que, además de contener la fórmula de la promulgación, ordena que las leyes, inmediatamente después de su promulgación, sean insertadas en el Boletín Oficial³. Ni basta a disculpar esta extraña e indisculpable confusión, la simultaneidad que, en concepto de la ley, deben tener la promulgación y la publicación, pues no por ser simultáneos dejan de ser dos actos distintos.

El Código civil peruano no adopta ninguno de los dos sistemas enumerados, sino que introduce otro que si bien tiene el mérito de laconismo, presenta, por otro lado, una desesperante oscuridad y da lugar a graves e insuperables inconvenientes. Las leyes, dice, obligan en todo el territorio de la República después de su promulgación (I. tit. preliminar. C.) Desde luego, no se sabe si la palabra promulgación está tomada en su sentido propio, o como sinónima de publicación. Si es en el sentido propio, es decir, en el sentido en que la emplea la constitución de 1856, la disposición del Código es falsa y anti-lógica, porque la promulgación no da a conocer la ley a la sociedad. Si en el sentido de publicación falta indicar el modo de como debe hacerse esta. ¿Será por medio del periódico oficial, o por bando, o por ambos a un mismo tiempo? ¿Bastará la publicación en el periódico oficial de la capital de la República o será necesario que se reproduzcan en los periódicos semi-oficiales de los departamentos? Nada de esto dice el Código, debiendo decir algo. Además, ¿qué extensión o qué limitación dar a la palabra *después*? ¿Será la ley obligatoria en todo el territorio de la República, en el acto mismo, o una hora, doce horas, un día, treinta, cuarenta o cincuenta días después de su publicación? Tampoco lo dice el Código. De su tenor y del sentido propio y genuino de la palabra *después*, se colige que la ley es obligatoria, para toda la nación, inmediatamente que ha sido publicada en la capital de la República; pero esto es absurdo, porque los habitantes de los demás departamentos y provincias no pueden tener conocimiento de la ley al mismo tiempo que los de la capital de la República, ni los que viven en las fronteras y en el interior al mismo tiempo que aquéllos que residen hacia el centro.

3 El artículo I de esta ley dice así: —“La sanción y la *promulgación* de las leyes se hacen de la manera siguiente: —Leopoldo rey de los belgas, a todos los presentes y futuros, salud.— Nos, de común acuerdo con las cámaras, hemos decretado y ordenado lo que sigue (texto de la ley). — Mandamos y ordenamos que las presentes, revestidas del sello del Estado, se *inserten en el Boletín Oficial*, sean dirigidas a las cortes, tribunales y autoridades administrativas, para que las observen y las hagan observar como ley del reino”.

Tal cual se presenta la disposición del Código civil, debemos aceptarla como es en sí, por absurda e irracional que parezca, mientras no se modifique consultando las prescripciones del buen sentido, de la lógica y de la justicia. Según ella, las leyes son obligatorias en todo el territorio de la República después de su promulgación, es decir, después que han sido publicadas por el Gobierno en la capital de la República, sin que haya necesidad de nueva publicación en las demás partes del territorio: entendiéndose que la fuerza obligatoria de la ley subsiste para todos los peruanos, desde el instante mismo en que se verifica la publicación o promulgación en la Capital ⁴.

Citaremos un ejemplo para hacer resaltar más la incongruencia de la disposición que examinamos. El Código civil permite al testador, que tiene descendientes legítimos, disponer libremente de la quinta parte de sus bienes (696 C.) El 1o. de Noviembre muere un individuo en la ciudad de Maynas, después de haber dispuesto en su testamento de esta quinta parte, en favor de un extraño. Pero el 24 de Octubre se ha promulgado o publicado en Lima una nueva ley, que solo será conocida en Maynas a fines de Diciembre, por la cual la libre disposición del quinto ha sido reducida al décimo. ¿Será válida la disposición testamentaria? Según los principios generales del derecho y de la sana razón, deberá resolverse afirmativamente, puesto que el testador se ha conformado con una ley que conocía, sin que estuviese en sus facultades adivinar la existencia de otra ley distinta que no había llegado aún a su conocimiento; mas, según el tenor literal del artículo del Código civil, la disposición testamentaria deberá anularse porque ha sido posterior a la promulgación de la nueva ley, y porque ésta es obligatoria, en todo el territorio de la República, aun cuando no se conozca desde el instante en que ha sido promulgada.

d. — *Fuerza obligatoria de la ley.* — La publicación, hecha en la forma acostumbrada en cada país, da a la ley el carácter de obligatoria, hace efectivos y legítimos los preceptos en ella contenidos e impone forzosamente la obediencia. Publicada la ley, nadie puede eximirse de darle cumplimiento, ni escusarse con el pretexto de que se ha ignorado lo que ella dispone: *ignorantia juris non prodest, et leges est idem scire aut debuisse, aut potuisse.* Así que, el único hecho que puede controvertirse

4 Al menos, sería de desear que el Gobierno adoptase el útil, y por otra parte, indispensable sistema de remitir el periódico oficial, por conducto de los Ministerios, a todas las autoridades políticas, civiles y judiciales, desde el Prefecto hasta el teniente gobernador, desde el Presidente de la Corte Suprema hasta el juez de paz. Este es un punto en que hay, no solo deplorable descuido, sino hasta culpable indiferencia.

y decidirse ante todo, es el de la publicación o no publicación de la ley; y, una vez resuelto afirmativamente, la aplicación de ésta será inevitable. Por las leyes españolas, podían alegar la ignorancia de la ley los menores, los aldeanos o labradores sencillos y las mujeres que morasen en las aldeas o lugares despoblados; pero nuestra legislación patria no admite estas excepciones⁵.

c. — Distinción de las leyes.— Como las leyes emanan de la misma fuente, no cabe distinción entre ellas en cuanto a su origen; pero puede establecerse en cuanto al tiempo de su duración y a los objetos a que son destinadas.

Con respecto al tiempo, se dividen las leyes en permanentes, temporales y transitorias. Permanentes son las que están destinadas a regir hasta que sean revocadas. También se les llama perpetuas, por esta misma razón, sin que esta palabra encierre las ideas de eternidad e inmutabilidad. Entre los romanos, el edicto anual del pretor se designaba con el nombre de *edictum perpetuum*. Temporales son las leyes que sólo duran por un espacio de tiempo fijado por ellas mismas. Transitorias son las leyes destinadas a reglar el paso de una legislación a otra: de modo que sólo tienen fuerza mientras se opera la transición.

En cuanto al objeto, las divisiones son numerosísimas, según las diferentes categorías de hechos a que se aplica la ley: así, las leyes políticas, administrativas, civiles, penales, comerciales, canónicas, etc. Pero, tomando como objeto la intención de las leyes, pueden distinguirse estas en imperativas, prohibitivas y facultativas. Las primeras son aquéllas que prescriben la ejecución de un hecho o de una acción; tal es la ley que ordena al padre educar y alimentar a sus hijos. Las segundas son aquéllas que prohíben un hecho o una acción; por ejemplo, la ley que impide contraer segundo matrimonio, subsistiendo el primero. Cuando la prohibición recae sobre hechos que atacan la moral pública y el orden social, las leyes prohibitivas toman el nombre de leyes criminales o penales, porque siempre van acompañadas de una pena, que es la sanción de estas leyes. En fin, leyes facultativas son aquéllas que sin mandar ni prohibir establecen un derecho de que cada individuo puede hacer o no hacer

5 El artículo 620 inciso 8 del Código de Enjuiciamientos establece, como excepción perentoria, la de *ignorancia o error*: pero la palabra ignorancia no debe tomarse aquí en el sentido de ignorancia de la ley o del derecho, sino en el de ignorancia en un hecho, y por eso es que la disyuntiva o hace, en ese artículo, a la ignorancia sinónima o equivalente de error. Así, en un juicio, será excepción perentoria la ignorancia de haber sido ya satisfecha la deuda que se cobra.

uso, según sea su voluntad; como la ley que autoriza el matrimonio sin hacerlo obligatorio.

De todas estas leyes, las prohibitivas son las que pueden considerarse como una verdadera restricción de la libertad ilimitada del hombre con el objeto de que no dañe la libertad y el ejercicio de los derechos de los demás. Por eso es que, para considerar una acción como dañosa, es menester que la ley la prohíba expresamente, pues, de lo contrario, nadie está obligado a abstenerse de hechos que la ley no reprueba; y es un principio de rigurosa justicia, sancionado por algunas legislaciones positivas que sólo se reconozcan las obligaciones impuestas por las leyes, y que a nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley (art. 15 Const., III tit., prelim. C.)

Con relación al objeto, las leyes también se dividen en personales, que reglan el estado, la capacidad y las acciones individuales de las personas; y reales, que reglan el estado y la calidad de los bienes o cosas (*res*). Las leyes personales se subdividen en leyes de policía y seguridad, y leyes que conciernen especialmente al estado y la capacidad de las personas.

Las leyes de policía y de seguridad tienen por objeto mantener el orden público y la seguridad del Estado o de los ciudadanos: tales son las leyes penales y los reglamentos de policía propiamente dicha. Estas leyes obligan a todos los que habitan en el territorio, ya sean nacionales o extranjeros (IV tit. prelim. C.) Por lo que hace a los nacionales, no puede haber ningún género de duda a este respecto; y, por lo que toca a los extranjeros, el precepto se funda en que, hallándose el extranjero protegido en su persona y sus bienes por las leyes del Estado, debe en recompensa de esa protección someterse a las leyes que le prestan tales garantías y cumplir con las obligaciones que ellas le imponen; así que el extranjero que cometa un delito en el Perú será juzgado por los jueces y tribunales peruanos y con arreglo a la ley peruana.

Las leyes personales, llamadas también estatutos personales porque se adhieren a la persona, obligan a todos los que, por el nacimiento o por la naturalización, son miembros de la nación en que rigen cualquiera que sea el lugar en que se encuentren. Así, las leyes civiles peruanas que reglan el estado y la capacidad civil de los peruanos son obligatorias para ellos, ya residan en el Perú, ya se hallen en el extranjero. Por ejemplo: la ley peruana confiere la mayoría a los veintiún años; ningún peruano será, pues, reputado mayor hasta esa edad, aun cuando esté en un país cuyas leyes establecen la mayoría a los diez y ocho años. Y, por el contrario,

si estuviese en un país en que la mayoría sólo se alcanza a los veinticinco años, le bastará haber cumplido veintiuno para ser mayor. Esto, en cuanto a la capacidad personal propiamente dicha; pero, en cuanto a los actos, es decir, a los hechos de la libertad humana destinados, en virtud de ciertas formas, a producir un efecto jurídico y obligatorio, debe seguirse la ley del país en que se verifican, según el principio *locus regit actum*, admitido por la jurisprudencia y por la legislación internacional; entendiéndose esto, no obstante, por lo que respecta a las formalidades externas, mas no con relación a la fuerza intrínseca del acto, que dependerá de la capacidad de los contrayentes según el estatuto personal a que estén sujetos. Así, la ley peruana declara válido el matrimonio celebrado fuera de la república, con arreglo a las leyes del país en que se celebró; pero exige naturalmente la condición de que ese matrimonio no sea contraído por personas que la misma ley declara incapaces o inhábiles para casarse (159 C.)

Por lo que hace a las leyes reales, que estatuyen sobre los bienes, es menester considerar éstos en sus dos clases: muebles e inmuebles. Los muebles, por su naturaleza, siguen a la persona a quien pertenecen, y la ley que se les aplica es la del lugar en que se encuentran. Pero no sucede así con los inmuebles que hacen parte del territorio y forman uno de los elementos de la soberanía nacional, sin que sea posible su traslación de un lugar a otro. Las leyes a que están sujetos son las del Estado en que se encuentran, cualesquiera que sea la naturaleza y la condición del poseedor (V tit. preliminar. C.) Así, los bienes muebles que haya adquirido un peruano en Inglaterra serán regidos por la ley inglesa; y, del mismo modo, los que adquiriera un inglés en el Perú serán regidos por la ley peruana. Y, en efecto, si la propiedad pertenece a los particulares, el imperio toca al soberano, a la nación, y este imperio se ejerce sobre todo el territorio, compuesto de las porciones que cada individuo posee. Ninguna parte del territorio puede sustraerse a la administración del soberano, como ninguna persona que habite en el territorio puede sustraerse a su vigilancia ni a su autoridad; pues la soberanía dejaría de ser indivisible si las diferentes porciones de un territorio fuesen regidas por leyes que no emanasen del mismo soberano.

f. — Interpretación de la ley. — Además de las diferentes clases de leyes que hemos mencionado, existen otras, especiales en cuanto a su objeto, y son las leyes interpretativas.

Interpretar una ley es darle el sentido exacto que quiso darle el legislador o, lo que es lo mismo, comprender la intención de éste y el verdadero espíritu de la ley. La interpretación es necesaria por la imper-

fección inherente a todas las producciones del hombre; por la imperfección así mismo y por la deficiencia del lenguaje, y por las alteraciones que éste sufre constantemente; por la generalidad con que están expresadas las disposiciones legislativas, y por la variedad infinita de casos a que debe aplicarse la ley.

Hay dos especies de interpretación: la auténtica y la doctrinal: la primera es la que hace el mismo autor de la ley; la segunda, la hecha por aquéllos que tienen el encargo de aplicar la ley, o que se toman el trabajo de exponerla. La interpretación doctrinal se distinguía en usual, judicial y doctrinal propiamente dicha o científica. Llamábase interpretación usual la que emanaba de la costumbre, según el aforismo romano: *optima legum interpretis consuetudo*; pero ya, al hablar de la costumbre, hemos manifestado que no debe admitirse semejante medio de interpretación. La interpretación judicial es la aplicación que el juez hace de la ley a los casos particulares, ya sea tomando su verdadero sentido cuando es clara, ya investigando la intención del legislador cuando es oscura o dudosa, ya supliendo a ella cuando guarda silencio sobre el caso en cuestión. En fin, la interpretación doctrinal propiamente dicha o científica es la investigación metódica, racional y concienzuda del verdadero espíritu de la ley hecha por los jurisconsultos, es decir, por los hombres que se dedican al estudio y a la exposición del derecho. Generalmente, la interpretación científica es la más importante de todas, pues casi siempre se funda en ella la interpretación auténtica⁶.

Es evidente que la única interpretación que debería admitirse es la auténtica porque sólo el autor de la ley se halla en aptitud de darle su sentido verdadero, manifestando claramente cuál haya sido su intención al formarla: *ejus est legem interpretari, cujus est legem condere*. Pero los casos dudosos que se presentan cotidianamente y que exigen una resolución, por decirlo así, instantánea, no pueden postergarse hasta aguardar la interpretación del legislador. La naturaleza misma de las cosas exige, según esto, que se deje, en cierto modo, la puerta abierta a la interpretación judicial; y ésta, por su parte, jamás tendrá la suficiente autoridad si no se apoya en la interpretación científica.

⁶ La doctrina ha admitido tal principio y la jurisprudencia lo ha consagrado. Son expresiones frecuentemente usadas en el lenguaje forense, y se refieren, la primera, a la interpretación y la segunda, a la interpretación judicial.

Por consiguiente, cuando la ley constitucional confiere al Congreso la atribución de interpretar las leyes (art. 55, 1.º Const.) debe entenderse que habla únicamente de la interpretación auténtica o por vía de autoridad; pues, si comprendiera también la doctrinal y la judicial, de un lado mataría de un solo golpe la ciencia del derecho, que, no pudiendo ya examinar e interpretar la ley, desaparecería completamente; y, de otro lado, o suspendería, en muchos casos, el curso de la justicia, u obligaría a los jueces a aplicar la ley sin tino ni discernimiento. Por esto es que, si en la ley civil se impone a los jueces la obligación de aplicar siempre la ley sin poder dejar de hacerlo jamás, ni juzgar tampoco sino por lo dispuesto en ella, y se les prohíbe rigurosamente suspender o denegar la administración de justicia; también se toman en consideración los casos en que haya falta, oscuridad o insuficiencia de la ley; y, para entonces, se les indican los medios de interpretación a que deben recurrir, tales como el espíritu de la ley, la analogía de las disposiciones y los principios generales del derecho (interpretación doctrinal). Llenada la necesidad presente, que es la administración de la justicia a todo trance y sin retardo, queda aún al juez el recurso de elevar la respectiva consulta, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran (VIII, IX tit. prelim. C.) El cuidado de dar esta regla cierta pertenece a la interpretación auténtica, a cuyo efecto las consultas deberán ser elevadas al Cuerpo Legislativo por la Corte Suprema, con el correspondiente informe (X tit. prelim. C.)

El principio de la interpretación judicial sólo es aplicable a los negocios civiles; pero, en materia criminal, para que el juez pueda condenar, es necesario que el hecho sea expresamente calificado de delito por la ley; si ésta nada dice, debe absolverse al acusado; si es oscura o dudosa, el juez debe inclinarse al lado más favorable a la lenidad.

g. — Caracteres de la ley.— La ley, de cualquier clase que sea, debe tener tres caracteres esenciales; en primer lugar, debe ser justa; en segundo, debe ser general; y en tercero, debe disponer solamente para lo futuro.

Decir que la ley debe ser justa, es indicar que la ley sea lo que debe ser, la expresión del derecho o de la justicia. El derecho no es más que una relación de coexistencia entre los hombres, y su manifestación, que es la ley, debe ser conforme con esa relación, y en esta conformidad es en lo que consiste la justicia.

La ley debe ser también general, es decir que sus disposiciones deben comprender a todos los miembros de la sociedad, sin excepción alguna, y

sin establecer diferencias entre ellos. La ley, en efecto, no es más que la expresión del derecho, y el derecho, como originado en la naturaleza humana, que es indivisible, es uno para todos los hombres, aunque sean distintas las formas como se manifiesta. La ley, pues, por su carácter general, es obligatoria para todos los asociados, con igual fuerza y en igual grado, y nadie puede eximirse de su cumplimiento, ya sea resistiendo a ella, ya estipulando pactos con ese objeto (VII pr. tit. prelim. C.) Sin embargo, como, a veces las leyes conceden derechos facultativos, de los que se puede hacer o no hacer uso a voluntad, es lícito renunciar a ellos siempre que sean puramente privados y que no interesen al orden público ni a las buenas costumbres (ibid. f.) Así, las leyes conceden al fiador el derecho de pedir que se ejecute al deudor antes que a él, y este derecho se llama beneficio de orden y excusión; pero, como éste es un derecho facultativo, meramente privado, y en el que no están interesados el orden público ni las buenas costumbres, el fiador es libre para renunciarlo.

Hay también otra excepción al principio de la generalidad de la ley, fundada en motivos de conveniencia y utilidad para la asociación, y es aquélla en cuya virtud se establecen leyes para determinados objetos, como, por ejemplo, las leyes que conceden un privilegio exclusivo a los introductores de algún procedimiento o de alguna industria extraños al país. La última Constitución peruana sanciona estos principios, cuando dice (art. 31). "Las leyes protegen y obligan igualmente a todos: podrán establecerse leyes especiales, porque lo requiera la naturaleza de los objetos, pero no por sólo la diferencia de las personas". No se oponen a la generalidad de la ley los beneficios o derechos especiales, llamados también privilegios, que se conceden a cierta clase de personas, como a los menores, a las mujeres y a los incapaces, porque estos beneficios, además de no establecer distinciones ni categorías sociales, se fundan en la justicia, por cuanto nacen de la naturaleza.

Peró el carácter más importante de la ley es el que da a sus disposiciones fuerza obligatoria únicamente para lo futuro. La ley, pues, no dispone sino para lo venidero; es decir, que no tiene efecto retroactivo (art. 15 f. Const. II tit. prelim. C.) Aunque el principio de la no retroacción de la ley es más bien de aplicación y no de formación, no por eso deja de ser uno de sus más esenciales caracteres. La irretroacción de la ley se funda en el axioma de que a nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley, y se considera como permitido por ella todo lo que no está vedado; y es en la práctica común de esta regla que consiste la libertad civil. Además, así como el efecto no puede ser anterior a la causa, sino que la causa debe preceder al efecto, así también la estricta

justicia quiere que la libertad humana sólo pueda ser limitada legalmente en virtud del conocimiento previo de la ley que la limita. Una ley nueva no podrá jamás hacer que no exista, de hecho y de derecho, o que se considere como no practicada, la acción ejecutada antes de haber sido sancionada la ley. Esta, como hemos visto, no tiene fuerza obligatoria, sino desde el instante de su publicación, esto es, desde el instante en que se presume que sus disposiciones son ya conocidas de todos aquéllos a quienes deben regir. Hasta entonces, las acciones que prohíba la ley nuevamente publicada están fuera de su alcance, pues que, no habiendo sido prohibidas, los hombres se han hallado en completa libertad para practicarlas: *leges et constitutiones certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari.*

Es evidente que el principio general de la retroactividad es una garantía que asegura la tranquilidad, la paz y el orden de los ciudadanos y de la sociedad, por cuanto pone a ésta y a aquéllos al abrigo del capricho del legislador, quien, hallándose ligado por esa máxima del derecho natural y de sana razón, no podrá imponer castigo por hechos que la ley no prohíba, ni atentar a los derechos ya adquiridos. De aquí nace la razón de la necesidad que hay de consignar ese principio no solamente en las leyes ordinarias, sino también en la ley fundamental, en la ley constitutiva del Estado, a la que deben sujetarse y con la que deben conformarse siempre todas las demás. Y, por esto también, debe reputarse como errónea y falsa la doctrina de algunos autores, que establecen, como excepción del principio, el caso en que el legislador atribuya expresamente a una ley efecto retroactivo. Es verdad que hay algunas excepciones del principio, como veremos luego; pero nacen de la naturaleza misma de las cosas, y si ha habido, algunas veces, leyes retroactivas, como, por ejemplo, las que han abolido ciertos privilegios en algunas naciones, han emanado de una razón superior de interés público, a la que todos han suscrito, considerándola como un elemento indispensable para la reforma, el progreso y el bienestar de la sociedad.

Dos condiciones son necesarias para que la ley sea considerada como productora de efecto retroactivo: 1a.- que vuelva sobre lo pasado y lo cambie; 2a.- que el cambio se verifique en perjuicio de las personas que son el objeto de las disposiciones de la ley. Se verifica la primera condición, cuando la ley se ocupa de hechos anteriores a ella y los somete a sus prescripciones; y la segunda, cuando, en virtud de la sumisión de los hechos anteriores a la nueva ley, destruye, menoscaba, altera o pone en duda, de cualquier modo, los derechos adquiridos. Y entiéndese por derechos adquiridos aquéllos que han entrado en nuestro patrimonio,

que hacen parte de él, y de que no puede ya privarnos la persona de quien los hemos obtenido; como los derechos que nacen de un contrato celebrado en debida forma, los que confiere un testamento y los que se tienen en una sucesión abierta bajo el imperio de una ley determinada. No entran en la categoría de los derechos adquiridos, los derechos meramente facultativos, a no ser que hayan sido ya ejercidos, y que, en virtud de ese ejercicio, se haya adquirido el dominio de las cosas de que son el objeto. El derecho facultativo es, en efecto, un verdadero permiso del legislador, quien es libre para retirarlo en todo tiempo sin que haya motivo de queja de parte de aquéllos que no han hecho uso de él. Tampoco se comprende, en la clase de derechos adquiridos, la esperanza o la expectativa que se funda en las disposiciones de una ley. Por ejemplo: mientras no se abre una sucesión, bajo de cierta ley que confiere a un individuo el derecho a ella, puede una ley nueva llamar a otras personas, y, en tal caso, queda excluido ese individuo, cuyo derecho a la sucesión era una mera esperanza fundada en la ley actualmente en vigor. Pero, es necesario que la expectativa nazca de la ley, pues si emana de una condición o de un contrato ya no tiene cabida la restricción, pues la adquisición del derecho dependerá exclusivamente del cumplimiento de la condición o de los términos del contrato. Así, una herencia, dejada por el testador bajo cierta condición, pertenecerá al heredero, desde que la condición se cumpla, aunque sobrevenga una ley que modifique o altere las disposiciones legales relativas a los testamentos. Así también, las estipulaciones hechas en un contrato, con arreglo a la ley existente, deberán cumplirse en el tiempo fijado, aunque sobrevenga una ley que mude la esencia y la forma de los contratos.

Hemos dicho, sin embargo, que el principio de la irretroacción de la ley es susceptible de algunas excepciones, fuera de las que tienen su origen en un gran interés social; y para que se conozcan cuáles sean ellas es necesario examinar, particularmente, las diferentes materias en que puede tener efecto la aplicación del principio. Consideraremos, pues, separadamente las materias del derecho público, las de derecho penal y las de derecho privado.

En derecho público, el principio de la no retroacción subsiste en toda su fuerza, pues, ejerciendo una influencia directa sobre la suerte de los ciudadanos, la retroacción de las leyes producirá la incertidumbre y la confusión. Pero, si se presentase el caso en que el efecto retroactivo de una ley fuese provechoso a los intereses públicos, sin perjudicar los intereses particulares, podrá dársele sin inconveniente, y la ley misma aparecería, no sólo como útil, sino también como justa. Por lo que hace a la

seguridad del Estado y al orden público, no se reconocen jamás derechos adquiridos; así que una ley sobre estas materias destruye los efectos de las leyes anteriores que sean contrarias a ella. Hay, además, un caso en que la retroacción de las leyes de derecho público surte todo su efecto, y es aquél que se refiere al ejercicio de los derechos políticos. El estado es siempre dueño de fijar la capacidad política de los ciudadanos ya extendiéndola, ya restringiéndola, porque la capacidad o el estado de las personas es una convención puramente social, pudiendo considerarse como una condescendencia o un favor del Estado hacia el individuo. Por otra parte, sometida la capacidad política al interés público, puede la ley variarla cuando así lo exijan el interés y las circunstancias de la sociedad sin que por esto se crea que viola derechos adquiridos. Si se da, pues, una ley, que fije a los veintiún años la capacidad política para ser elector, todos los que hayan cumplido esa edad tendrán derecho para ejercer las funciones electorales, aun cuando anteriormente existiese otra ley que requiriera para ellas mayor número de años. Por el contrario, si la ley, que fija la edad de veintiún años para ser elector, es suplantada por otra que exige la edad de veinticinco años, todos aquéllos que, al tiempo de su publicación, no tengan esa edad, quedarán, de hecho, comprendidos en la incapacidad, aun cuando por la ley anterior hubiesen sido capaces, y aun cuando hubiesen ya ejercido los derechos que ella les confería. Pero, a lo que no alcanzará la retroacción es a declarar nulos los hechos emanados en ese ejercicio puesto que se ejecutaron en virtud de la capacidad que confería la ley existente entonces.

En materia de derecho penal, es preciso distinguir las leyes que determinan los delitos y establecen las penas, y las que se refieren al procedimiento, es decir, a la forma que debe emplearse para la aplicación de la pena. Para el primer caso, rige siempre el principio de aplicar al delincuente la pena menos rigurosa; de modo que deberá tenerse cuenta de la retroacción, en favor de acusado, pero jamás contra él, y esto se funda en que la retroacción, en semejante caso, no perjudica los derechos adquiridos por terceras personas. Si, al tiempo de cometerse un delito, existía una ley que lo castigaba con la pena de muerte, y después ha sobrevenido otra ley que impone a ese mismo delito la pena de presidio, ésta es la que deberá aplicarse. Evidentemente, el Estado no tiene ningún interés en aplicar la primera pena, puesto que ha creído justo y racional suavizarla. Si, cuando se cometió el delito, era castigado con la pena de presidio y después una nueva ley lo castiga con la de muerte, deberá aplicarse siempre la pena de presidio. La nueva ley ha podido establecer una pena más severa para hacer más eficaz la represión de los delitos; pero éste será un efecto que produzca en lo futuro, sin que su acción alcance a los delitos cometidos

antes de ella. Además, el delincuente ha adquirido, si es lícito expresarse así, un derecho a la pena establecida por la ley que infringió, cuando cometió el delito, y ella es la que se le debe aplicar. Si, cuando se cometió el delito, era castigado con la pena de muerte, y sobrevino después otra ley, que imponía sólo la de presidio, pero antes de pronunciada la sentencia, aparece una tercera ley o se vuelve a poner en vigor la antigua, castigando nuevamente el delito con la pena de muerte, ¿Cuál pena deberá aplicarse? Sin duda alguna, la de presidio, tanto en virtud del principio que hemos sentado, cuanto porque las consideraciones, que dieron lugar a la adopción de la segunda ley, han conferido al acusado el derecho a la pena más suave. Es claro, además, que se desvanecería completamente el juicio que se siguiese contra un individuo por una acción calificada de delito si sobreviniera una ley que declaraba que semejante acción ya no era delito.

Todo lo que llevamos expuesto se refiere al caso en que aparezca una ley nueva, en el intervalo que media entre la perpetración del delito y la sentencia; pero, si la ley se publicara después de pronunciada esta, ya no tendría efecto; para la aplicación de la pena más suave que ella estableciese, por haber pasado ya el hecho en autoridad de cosa juzgada.

En cuanto a los procedimientos en materia criminal, debe seguirse la nueva ley que los cambia; sin que, por eso, se entienda anulado lo hecho en virtud de la ley anterior. Fúndase esto, en la imposibilidad de hacer revivir las formas abolidas, por el interés de un solo individuo, en la naturaleza de los procedimientos, que tienen por objeto descubrir la verdad, siendo la sociedad el único juez competente para establecer los medios que le parezcan más conducentes a ese descubrimiento; y en las ventajas que el mismo acusado reportara de ser sometido a nuevas formas por lo común menos duras que las precedentes.

En materia de derecho civil o privado, es menester distinguir también los derechos personales, los derechos particulares o reales, los actos jurídicos y los procedimientos civiles.

Los derechos personales, o, lo que es lo mismo, la capacidad civil de las personas, dependen, como los derechos políticos, enteramente de la ley, que puede variarlos por medio de ampliaciones o restricciones, según lo requieran el estado, los intereses y las circunstancias de la sociedad, a la que siempre se hallan sujetos. Las leyes que alteran la capacidad civil de las personas tienen, pues, efecto retroactivo, en cuanto a la misma capacidad, aunque no en cuanto a los actos practicados anteriormente a

ella. Si, según las leyes españolas, el hombre podía casarse a los catorce años y la mujer a los doce, y según el Código civil peruano, sólo es permitido el matrimonio al varón que ha cumplido diez y ocho años y a la mujer que ha cumplido diez y seis; resultará que, en la época de la publicación del Código, los varones de catorce años y las mujeres de doce quedaban incapacitados para casarse hasta llegar a la edad exigida por la nueva ley; pero los matrimonios celebrados, antes de la publicación, por varones de catorce años y por mujeres de doce, subsistían en toda su validez y surtían todos sus efectos, aunque entonces no tuviesen los primeros diez y ocho años, ni las segundas diez y seis.

La doctrina de los derechos adquiridos recibe toda su fuerza, tratándose de los derechos reales, respecto de los cuales las disposiciones de la ley anterior, cuando hayan sido ejecutadas y se hayan convertido en hechos, constituirán derechos adquiridos, puesto que la adjudicación de un derecho real es un hecho evidente, que trae consigo consecuencias materiales que es imposible hacer ya desaparecer. Concedido una vez un derecho de esta clase, no podría ser quitado sin injusticia notoria. En esta materia es, pues, general el principio de no retroacción. Así, en materia de sucesiones legales o intestadas, se reglarán éstas por la ley vigente en la época en que se abren. Si, antes de la muerte del intestado sobreviene una ley que cambia el orden de sucesión, los llamados por la ley anterior quedarán privados de ella; pero no podrán ser despojados de la sucesión, si la ley que cambie el orden es posterior a la muerte del intestado. En el primer caso, no tienen derechos adquiridos sino una mera expectativa; los tienen ya en el segundo. En cuanto a la prescripción, como ésta, mientras no está cumplida, no es más que una esperanza para el tiempo futuro, puede la ley cambiarla, sin volver sobre lo pasado y sin quitar derechos adquiridos, es decir, sin que tenga efecto retroactivo. Sin embargo, el Código civil peruano, siguiendo el sistema del Código francés, ha establecido que las prescripciones, pendientes al tiempo de su publicación, sean regidas por las leyes antiguas, aunque con las siguientes restricciones, con respecto a aquéllas cuyo término, según las leyes antiguas, sea mayor que el introducido por el Código: 1a. que si el término se halla vencido, con arreglo al Código, y faltan más de cuatro años según la legislación antigua, el tiempo que falte quede reducido a cuatro años; 2a. que si el tiempo que falta es de más de cuatro años, según el Código, se observe éste; 3a. se rija la legislación antigua, si el tiempo que falta, para prescribir según ella, es de cuatro años o de menos (569, 570 C.)

Respecto de los actos jurídicos, es decir de aquellos actos revestidos

de ciertas formas, que les dan un carácter legal, hay algunos que por su naturaleza son irrevocables y otros que pueden anularse. Para los primeros, subsiste, en todo su rigor el principio de irretroacción de la ley y son regidos por aquélla bajo cuyo imperio se han hecho; mas, para los segundos, la ley posterior produce efecto retroactivo.

A la primera especie pertenecen todos los contratos que se consideran perfectos y acabados desde el instante en que se han celebrado, haciendo nacer derechos y obligaciones entre las partes, sin que nadie, ni la misma ley, pueda privar de aquéllos ni eximir de éstas; así que, para establecer la validez o nulidad de un contrato debe examinarse si se halla o no conforme con la ley vigente cuando se celebró. Una ley posterior que mudase la esencia de los contratos, ya no lo invalidaría si en él se hubiesen observado todas las prescripciones de la ley anterior; así como no se haría válido si, faltándole una condición, indispensable según la ley vigente, una ley posterior declarase innecesaria semejante condición. Conforme con este principio es la disposición de la ley de 23 de Diciembre de 1851, que previene que las decisiones de los juicios sobre contratos anteriores a la promulgación del Código civil, se arreglen a las leyes que regían en la época en que se celebraron dichos contratos.

A la segunda especie pertenecen los testamentos. El testamento no tiene fuerza sino después de la muerte del testador; por consiguiente, si en el espacio de tiempo que media entre su otorgamiento y la muerte sobreviene una ley que cambia la capacidad del otorgante o de los que han sido instituidos herederos y legatorios, o restringe la facultad del testador para disponer de sus bienes; deberá aplicarse la nueva ley; pues entonces, ni se estatuye sobre lo pasado por cuanto el testador vive, ni se atacan derechos adquiridos, porque no puede darse este nombre a la esperanza que del testamento nacía para los herederos. Pero si la nueva ley sólo varía las formas del testamento, es opinión de algunos autores que sea válido el hecho según las formas establecidas por la nueva ley, por considerarse como cosa consumada en cuanto a la forma, y pertenecer, por tanto, a lo pasado. Parécenos, sin embargo, que esta opinión es equivocada, porque si la nueva ley exige otras formalidades es, sin duda, por creerlas necesarias, y no hay razón para eximir de ellas que todavía se hallan en aptitud de llenarlas⁷.

7 Puede suceder, sin embargo, que declarándose nulo un testamento por haber sido hecho bajo el imperio de una legislación distinta de la que existía a la muerte del testador, sean válidas algunas de sus disposiciones. El caso se ha presentado ya. Un individuo hizo testamento, cuando regían las leyes españolas; y en él reconocía un hijo natural, a quien sólo asignaba un pequeño (. . .)

En materia de procedimientos, como se componen de una serie de hechos, pertenecen a lo pasado y a lo venidero. Una nueva ley no puede modificar ni anular los anteriores a ella, pero puede introducir otros distintos, que deberán seguirse desde que la ley se publique. Con arreglo a este principio, dispuso la citada ley de 23 de Diciembre de 1851 que, desde el día en que los Códigos fuesen obligatorios, se observasen las formas prescritas por el de Enjuiciamientos, no sólo en los juicios que se promovieren, sino aun en los pendientes (cf. 1821, 1823, 1824 E.)

Por lo que hace a las sentencias, es necesario distinguir el efecto propio de ellas, del que sobre ellas producen las leyes posteriores. El efecto propio de las sentencias es esencialmente retroactivo; disponen sobre lo pasado porque aplican la ley, no atendiendo al tiempo en que se pronuncian sino a aquel en que se verificó el hecho que ha dado motivo a la controversia. Pero, no sucede lo mismo con una ley posterior a una sentencia: si ésta se halla revestida de todos los requisitos que exigía la ley vigente al tiempo de pronunciarse, ya no podrá nada sobre ella ni contra ella una ley posterior que los alterase; y la razón es que, cuando dos o más personas entran en un litigio ante un tribunal, se entiende que se someten a su decisión, y, aunque se reservan todas las vías de derecho que la ley les concede para atacarla, siempre se llega a un fallo final, al que es forzoso conformarse. Mas, ¿cómo deberá resolverse el caso en que una ley suprime alguno o algunos de los recursos o instancias que antes existían contra las sentencias como, por ejemplo, si una ley nueva suprime la tercera instancia, o el recurso llamado de súplica? Algunos creen que la nueva ley no puede impedir que las sentencias anteriores queden sujetas a la instancia que concedía a la parte condenada la ley del tiempo en que se pronunciaron; pero es evidente que aquí se incurre en un error, puesto que la instancia suprimida no es más que un proce-

(...) legado. El individuo murió cuando ya se hallaban vigentes los actuales códigos sin hacer nueva disposición. El hijo reclama la herencia, apoyándose en el artículo 892 del Código civil; pero se le objeta que su reconocimiento sólo consta del testamento, y como éste es nulo, el reconocimiento no produce ningún efecto. Este es un error: el testamento puede ser nulo y el reconocimiento válido. El testamento era un reconocimiento perfecto en el instante en que se hizo y en él se consignaban dos clases de derechos: unos presentes y otros futuros. Era derecho presente el reconocimiento del hijo, quien desde entonces, se hallaba respecto del padre, en la posición legal del hijo reconocido, aun cuando él lo ignorase. Eran derechos futuros los que se conferían a los herederos instituidos, respecto de la herencia; derechos de que sólo podían hacer uso a la muerte del testador. Por consiguiente, el hijo entró, *ipso jure*, en posesión de su estado desde que se consignó el reconocimiento en el testamento, aun cuando éste hubiese sido cerrado y aunque sólo el testador hubiese tenido noticia del reconocimiento. La nulidad del documento, declarada en la actualidad, ya no puede invalidar ese reconocimiento, y si lo invalidase habría una verdadera retroacción, porque se volvería sobre lo pasado y se privaría al hijo de un estado que adquirió con todas las formalidades que exigía la ley vigente al tiempo de otorgarse el testamento.

dimiento, y que, como hemos visto, la ley es libre, en todo tiempo, para variar los procedimientos. Y el error es tanto menos disculpable cuanto que incurren en él los mismos que sientan, como principio el poder facultativo de la ley para cambiar los procedimientos.

Hay, además, una especie particular de leyes que siempre tienen efecto retroactivo, y son las leyes interpretativas. El objeto de una ley interpretativa no es otro que dar claridad a la ley interpretada y explicar más la verdadera intención del legislador. Ambas leyes se identifican completamente, de manera que se presume que la ley interpretada ha tenido siempre y constantemente el sentido que le da la ley interpretativa. Atribuir a la primera, desde su origen, ese sentido, no es, propiamente hablando, dar efecto retroactivo a la segunda; a lo que sí se da, en realidad, efecto retroactivo es a la interpretación misma. Pero el principio no se extiende, sin embargo, hasta anular las sentencias pronunciadas y las transacciones hechas bajo el imperio de una ley oscura o dudosa y antes de que se haya hecho la interpretación; porque las sentencias han pasado ya en autoridad de la cosa juzgada, y *res judicata pro veritate habetur*; las transacciones se han convertido en hechos consumados e irrevocables; unas y otras, en fin, han dado origen a derechos que han pasado definitivamente a la categoría de los adquiridos.

h. — Aplicación de la ley. — Hecha la ley, con los requisitos y caracteres correspondientes, es necesario proceder a su ejecución, y esto corresponde al Poder ejecutivo. Pero hay leyes cuya ejecución puede ser inmediata, como las leyes administrativas, que, en general, ordenan que se haga tal o cual cosa, o se observe tal o cual procedimiento para el buen servicio y el mejor régimen del Estado; y otras que, estableciendo derechos para los ciudadanos o reglando su conducta, sólo pueden ejecutarse en virtud de la aplicación que se haga del principio que ellas contienen, a un caso particular. Las primeras, por ejemplo, establecen el derecho de propiedad, y las segundas prohíben y castigan el homicidio; mientras no se ponga en duda el derecho de propiedad que un individuo tenga a una cosa, y mientras un hombre no de muerte a otro, las disposiciones de las leyes subsistirán sólo como principios generales; pero, cuando esos casos se presenten, entonces se hace ya necesaria la aplicación a ellos del principio contenido en la ley. Para esta aplicación de la ley, se ha creado una autoridad separada, dependiente antes del Poder ejecutivo, pero de la que ya se ha hecho un poder distinto, independiente de aquél, y que, por eso, se denomina poder judicial. Para justificar esta distinción, se ha echado mano de las divisiones del método; se ha dicho que el Poder legislativo es esencialmente sintético, y el Ejecutivo esencialmente analítico; que el poder

judicial es el intermediario entre la síntesis y el análisis y tiene por misión combinarlas; aplicación que puede muy bien ser ingeniosa, pero que no resistiría al más ligero examen de la naturaleza y del objeto de los poderes⁸.

De cualquier modo que esto se entienda, quede establecido, para nosotros, que la aplicación de las leyes civiles y penales corresponde a la autoridad judicial, y esto es lo que también se llama administración de justicia, que corresponde a los tribunales y juzgados (art. 124 Const.) Expondremos el número de éstos, su organización y su modo de proceder, cuando tratemos particularmente de los juicios. Por ahora, nos limitaremos a exponer las reglas generales a que deben sujetarse los jueces en la aplicación de la ley.

La primera regla que deben observar los jueces es que no pueden ni deben proceder a administrar justicia sobre el caso especial, si no son legalmente requeridos por los interesados; pues, como su misión es aplicar la ley a un caso dudoso, es menester que la duda sea sometida a su decisión. Así, el juez deberá aceptar las controversias que ante él se entablen pero no estar a caza de ellas para decidir las forzosamente; pues, además de que esto sería una usurpación de ajenas atribuciones, le haría perder mucho de su dignidad, que él, más que nadie, debe conservar a todo trance. Por eso la ley veda formalmente a los jueces promover de oficio los pleitos sobre intereses privados, o estimular a las partes a que los sigan (43, 3. E.)

La segunda regla es que los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas (VIII tit. preliminar. C.) Colocados especialmente para realizar la aplicación de las leyes, faltarían a su deber y no llenarían el objeto de su institución, no sólo dejando de apli-

8 Falta todavía mucho para que quede establecido, como principio incuestionable, que la autoridad judicial constituye un poder distinto del Ejecutivo, y que, como poder, es absolutamente independiente de él. Las ideas de los más avanzados demócratas de nuestros tiempos no deben ser aún muy precisas a este respecto, puesto que vemos, en las constituciones hechas por ellas o bajo su inmediata influencia, que el poder ejecutivo tiene una parte directa y muy extensa en el nombramiento de los miembros del poder judicial (véase art. 127 de la Constitución de 1856, producción flamante de la más avanzada democracia). Una de las objeciones más serias que pueden hacerse a la doctrina que da el carácter de *poder* a la autoridad del poder judicial es la falta absoluta de unidad de ésta, tanto en el personal y en la organización, como en las atribuciones y en el modo de proceder. Es imposible concebir un *poder* (palabra que encierra la idea de unidad) tan dividido en el ejercicio de funciones idénticas a la esencia. Ahora, los que no conciben la dependencia en que, por la naturaleza de las cosas, se ha hallado siempre la autoridad judicial del poder ejecutivo y creen inconciliable con esa dependencia la independencia que debe ser el carácter distintivo de la magistratura, no alcanzarán tampoco a concebir la dependencia en que un juez de primera instancia se halla de la Corte Superior, y esta de la Suprema, ni a conciliar semejante dependencia en el modo de proceder y de fallar de un juez o de un tribunal.

carlas a los casos dudosos que se someten a su resolución, sino también desentendiéndose de las disposiciones de la ley y fallando por lo que les sugiriese el capricho o la pasión. A esto debe agregarse que las únicas leyes que los jueces pueden aplicar son las de la nación de que son jueces (43, 1o. f. E.); pues que, siendo especiales las leyes de cada país, se introduciría una inextricable confusión y se menoscabarían la independencia y la dignidad nacional, si los jueces hubiesen de recurrir, para sus fallos, a las leyes extranjeras. Hay, sin embargo, una excepción a esta regla, y es cuando se trata de obligaciones contraídas en país extranjero; porque entonces se aplica el principio *locus regit actum*; pero es necesario que la obligación verse sobre objetos que no están prohibidos por la ley del país (38, 40 C.)

Mas, ya que el juez está forzosamente obligado a aplicar la ley, ¿deberá reputar como tal cualquiera decisión que se le presente, o deberá examinar si esa decisión tiene todos los caracteres de una ley? En una palabra, ¿podrá promoverse ante un juez la cuestión de *legalidad de la ley*, y podrá el juez admitirla y resolverla? Basta sentar la proposición, para decidir afirmativamente, si se trata, sobre todo, de países en que rige el sistema representativo, y en donde, por consiguiente, existe una completa separación y una absoluta independencia de los poderes. La misión del juez es aplicar la ley y nada más que la ley; luego es incuestionable que debe ser ley lo que ha de aplicar. Mas ¿cómo conocerá que es ley si no examina la disposición cuya aplicación se le pide, para ver si tiene todos los requisitos y se halla revestida de todas las formalidades que le dan el carácter y la fuerza de ley? Si no lo hace, el juez no será más que un funcionario servil, que prostituirá su alta dignidad y sus sagradas funciones ante el primero que quiera o pueda imponerle su voluntad. En semejante situación, lejos de ser los jueces los guardianes y custodios de los derechos del ciudadano, no serían más que los degradados e impasibles instrumentos de un caprichoso despotismo y de una salvaje tiranía.

Dos son las especies de legalidad que deben examinar los jueces en una ley: la una interna y la otra externa. La legalidad interna consiste en la conformidad de la ley con la Constitución del Estado, que es la ley suprema a la que deben sujetarse todas las demás, y por eso se ha sancionado, como principio fundamental, que es nula y sin efecto cualquiera ley, en cuanto se oponga a la Constitución (art. 10 pr. Const.) La legalidad externa consiste en el conjunto de las formalidades que la misma Constitución prescribe para formación de las leyes. De ella se origina la investigación acerca de la autoridad de quien emana o se supo-

ne emanada la ley, y esa autoridad sólo puede ser el poder legislativo (art. 55, 1o. Const.) y el examen de las formas de que debe hallarse revestido un acto de este poder, para que sea considerado como ley (art. 64, 65, 66, 67, 70, 71, 72, Const.)

La tercera regla a que están sujetos los jueces, y que no es más que una consecuencia de la precedente, es que no pueden suspender ni denegar la administración de justicia, por falta de insuficiencia u oscuridad de las leyes (IX pr. tit. preliminar. C. 40, 1o. E.) Las leyes no hacen ni pueden hacer más que sentar una regla general, en la que sería imposible comprender todos los casos particulares que pudieran acontecer, con sus infinitos accidentes y variedades. Al juez compete, siguiendo los preceptos de la recta razón y del buen sentido, aplicar a estos casos el principio general. Si para cada caso dudoso fuese necesario recurrir al legislador, serían incalculables los perjuicios que tan absurda práctica irrogase a los litigantes; y además, la santidad y la dignidad de las leyes se verían altamente comprometidas; cada día sería necesario hacer nuevas leyes; la jurisprudencia o la ciencia del Derecho sería inútil, y el legislador, ocupándose siempre de los detalles y de los incidentes, se convertiría en juez. Pero las leyes no alcanzan a preverlo todo: ¿cómo procederá el juez, cuando la ley guarde silencio sobre un caso especial, o cuando sea oscura, dudosa o deficiente? Para entonces, deberá apelar a los medios que ella misma le franquea; o bien recurrirá a la interpretación, atendiendo al espíritu de la ley y a los principios generales del Derecho, o bien echará mano de la aplicación por analogía (IX pr. tit. preliminar. C.) La aplicación por analogía no es otra cosa que la aplicación de la ley a un caso para el que no ha sido hecha, pero que el juez, por un motivo de interés social, extiende a ese caso no previsto. La analogía es de dos especies: de *hecho*, cuando existe una gran semejanza entre un hecho previsto y otro no previsto por la ley; de *derecho*, cuando militan los mismos motivos para una disposición legal y para un caso no previsto por la ley. La primera tiene el carácter de una comparación material; la segunda, el de una comparación jurídica. La analogía de derecho se asemeja a la interpretación; pero se diferencia en que la analogía sólo busca la identidad o semejanza de motivos, mientras que la interpretación investiga tanto esos motivos, cuanto la voluntad y la intención del legislador.

La cuarta regla es que los jueces no deben juzgar por ejemplo (43, 1o. pr. E.) Llámense ejemplos o precedentes los casos, más o menos frecuentes que hayan ocurrido para la decisión de alguno o algunos negocios. El hombre está expuesto a errar y los jueces, como hombres, pueden muy bien haber incurrido en error al decidir cualquier asunto, y de allí el peligro de aplicar una resolución, que puede ser equivocada, a otro caso,

aunque sea parecido. Además, un ejemplo no es sino un hecho, y los jueces no deben juzgar por hechos, sino por la ley, o por razones deducidas de ella, de su espíritu, o, en último caso, de la equidad natural: *rationibus non exemplis est iudicandum*. De esto se deduce que, en la resolución de los litigios, ninguna fuerza debe tener lo que se ha llamado *jurisprudencia de los tribunales*, que no es otra cosa que las doctrinas admitidas por los tribunales de justicia, para decidir ciertos casos. Antes de su publicación del Código civil francés, estaba muy en boga esta jurisprudencia en Francia, sin duda por la deficiencia, oscuridad, confusión y hasta variedad de la legislación civil, y siempre se recurriría a ella, para aplicarla a casos análogos o parecidos. Pero, como existiesen muchos tribunales, teniendo cada uno su modo peculiar de juzgar, había una gran variedad en la jurisprudencia; cada parte invocaba los fallos que le eran favorables, y frecuentemente se decidían los pleitos, no pensando, sino contando las resoluciones anteriores, a imitación de lo que, respecto de los jurisconsultos Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino, establecieron los emperadores Teodosio el joven y Valentiniano, ordenando que sólo las obras de los cinco fuesen citadas en las controversias civiles y que se decidiesen las causas por el mayor número, debiendo, en caso de empate, prevalecer la opinión de Papiniano. Sin embargo de esto, no puede negarse que, si la jurisprudencia de los tribunales no tiene valor para la resolución de los litigios, lo tendrá bastante para el estudio del derecho, por contenerse en ella las opiniones de hombres distinguidos y versados en la ciencia y en la aplicación de las leyes; pero aún ese estudio debe hacerse con precaución, a fin de que la razón conserve siempre todo su imperio y no sea arrastrada por el ascendiente de la autoridad. En una palabra, el estudio de la jurisprudencia de los tribunales puede servir de complemento, jamás de base fundamental, porque, en este caso, lejos de ser provechoso, sería perjudicialísimo, pues haría fluctuar incesantemente el espíritu con las decisiones opuestas, no sólo de distintos jueces y tribunales, sino, a veces, de un mismo juez y de un mismo tribunal.

Como los jueces, por razón de su oficio, manejan cotidianamente las leyes y las aplican a los casos que se les presentan, nadie se halla en situación más aparente que ellos para descubrir y notar los defectos y los vacíos de la legislación; y, por tanto, es muy acertada la obligación que nuestro Código civil les impone de dar cuenta al Congreso, en cada legislatura, de los defectos que advirtieren en las leyes⁹, debiendo hacer-

9 Sin duda son muy perfectas nuestras leyes, cuando no han provocado, en el espacio de siete años más que una consulta, hecha por la Corte Suprema sobre un punto de cuestionable importancia.

lo la Corte Suprema directamente y los jueces y tribunales superiores por conducto de ella (XI, XII tit. preliminar. C.)

i. — Abrogación de la ley.— Ya hemos dicho antes que uno de los caracteres de las leyes, en general, es el de ser perpetuas, o, lo que es lo mismo, que subsisten y son obligatorias, hasta que sean abrogadas. Llámase *abrogación*, la anulación, extinción o abolición de la ley. La abrogación se distingue de la *derogación*, en que aquélla es la anulación *total* de la ley, y ésta la anulación *parcial*, esto es, de sólo algunas de sus disposiciones: *abrogatur legi, cum prorsus tollitur; derogatur legi, cum pars detrahatur*. Pero hoy, tanto en el lenguaje vulgar como en el legal, se han hecho ya sinónimas ambas expresiones.

La abrogación es de dos especies: expresa y tácita. Es expresa, cuando una ley nueva anula formalmente la anterior. Es tácita, en dos casos: 1.º cuando una ley posterior, sin pronunciar la abolición formal de la precedente, la contiene implícitamente, por ser contraria y opuesta a ella; entendiéndose que si la segunda es contraria únicamente a algunas de las disposiciones de la primera, sólo éstas son derogadas, quedando subsistentes las demás: *lex posterior derogat priori, sed derogatorio non præsumitur, nam posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint*; 2.º cuando la ley ha caído en desuso.

La abrogación o derogación expresa y la tácita del primer caso corresponden exclusivamente al autor de la ley, y a nadie más que a él; es decir, al legislador; y por esto, entre las atribuciones del poder legislativo se comprende siempre la de abrogar o derogar las leyes empleándose para ello los mismos trámites que para su formación (art. 55, lo. 7.º Const.)

En cuanto al desuso, como medio de abrogación de la ley, evidentemente sale de la esfera de los poderes encargados de formar, aplicar o ejecutar las leyes. El desuso no es un acto, ni un hecho, sino la carencia o la ausencia absoluta de hechos y de actos; no es, por consiguiente, una afirmación sino una negación; pero no una negación expresa, sino tácita. El desuso tiene su origen y su fundamento en la opinión pública, en las ideas, en la ilustración, en las costumbres, en los hábitos y en las demás circunstancias de un pueblo. Negar que todos estos elementos constituyen una fuerza poderosa e irresistible, capaz de aniquilar la ley, sería negar el poderoso imperio que ejerce y debe naturalmente ejercer el pensamiento común de una nación ilustrada; sería negar el dominio de la razón, que protesta en silencio, porque no puede hablar alto, contra los

errores y las aberraciones de un caprichoso y apasionado legislador; sería, por último, poner en duda y aun destruir el dogma de la soberanía nacional. La soberanía reside en la nación, dice, a imitación de muchos otros, nuestro Código constitucional (art. 3 pr. Const.) y ¿qué derecho más precioso de esta soberanía que el de abrogar por el desuso, que equivale a una silenciosa desaprobación, leyes viciosas y opuestas a las necesidades, al bienestar, al progreso y a la libre expansión de la sociedad? El desuso es ciertamente el mejor preservativo contra las crisis políticas, que frecuentemente han estallado, por haberse pretendido renovar y poner en vigencia leyes que la nación había relegado al olvido. Importaría, además, muy poco que el legislador prescribiese que las leyes no se derogaban por el desuso; no por eso dejaría éste de producir todos sus efectos; su fuerza y su poder son tan eficaces que no admiten trabas ni disposiciones en contrario: *rectissime etiam, illud receptum est, ut leges, non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*. Así, pues, si nuestros legisladores han dicho, en una parte, que las leyes no se derogan por el desuso (VI tit. preliminar. C.) y, en otra, obligan a los jueces a no excusarse de aplicar una ley que no esté derogada expresamente (40, 110. E.), se debe concluir que han sancionado un principio vano, que está fuera de su alcance, y que han impuesto una obligación imposible de ejecutar. Y, para hacer esto más patente, bástenos citar dos ejemplos. Hay una ley española (l. 1, tit. 25, lib. 12 Nov. Rec.) que califica y castiga como injurias graves las palabras de *gafo*, *herege*, etc. Esta ley no ha sido derogada y está vigente entre nosotros; pero, en la actualidad, ¿quién será aquél que se queje de haber sido llamado *gafo*? y ¿Cuál será el juez, que califique tal palabra de injuria y le aplique la pena de la ley? Y, sin embargo, repetimos, la ley no ha sido derogada; pero es evidente que el desuso, más poderoso que ella, la ha privado ya de una parte de su eficacia, quitando a la palabra *gafo* el sentido injurioso que antes tenía, por referirse, sin duda, a circunstancias que ahora no existen. El siguiente ejemplo nos parece aún más concluyente: el Congreso de 1851 sancionó una ley, conocida con el nombre de *ley de represión*: esta ley tampoco ha sido derogada. ¿Habría hoy un fiscal, bastante temerario, que pidiese su aplicación, y un juez que la aplicase, sin incurrir, de hecho, en la animadversión pública y en el menosprecio de todo hombre sensato? Y ¿qué es lo que daría origen a esto? Evidentemente, el desuso en que esa ley ha caído, desde el instante de su publicación.

Es preciso no confundir el desuso con la costumbre, pues son enteramente contrarios. La costumbre es la práctica constante de ciertos hechos; el desuso, la ausencia de todo lo hecho. La costumbre no puede ni debe admitirse como medio de abrogación de la ley porque consiste en actos

opuestos a la ley y que tienen por objeto contrariarla de un modo expreso, para sustituirla con una nueva ley consensual. El desuso, si no cumple la ley, no se opone abierta y forzosamente a ella, ni la contraría ostensiblemente, y, sobre todo, no tiende a poner otra en su lugar sino solamente a desvirtuarla, haciéndole perder, sin ruido y de una manera insensible, la fuerza de que se halla revestida. Por esto es que, si no es admisible la derogación por la costumbre, no puede dejar de serlo por el desuso.

Mas, para que el desuso sea susceptible de abrogar la ley son necesarias tres condiciones, por las cuales se conoce el consentimiento de la nación y el carácter general y absoluto de ese consentimiento: 1a.- que sea general el desuso de la ley; 2a.- que sea pública y completa la inejecución de la ley, en presencia de casos que habrían requerido su aplicación; 3a.- que haya trascurrido un tiempo suficiente que, a falta de leyes positivas, debe computar el prudente arbitrio del juez.

4. CIENCIA DEL DERECHO

La ciencia que trata de los derechos del hombre y de las leyes, como manifestación de ellos, se llama *jurisprudencia (prudentia juris)*, o simplemente *Derecho*, y se divide en diferentes ramos según las diversas situaciones en que el hombre se encuentra colocado. El examen de esos derechos, en general, corresponde al derecho natural; el de los derechos del hombre, como miembro de una asociación política, al derecho público, del que es una parte el derecho penal o criminal; el de aquéllos que le corresponden como individuo de una sociedad religiosa, al derecho canónico; y, en fin, el de los derechos que le competen como miembro de la sociedad civil, al derecho civil, que puede definirse diciendo que es el conjunto de las condiciones, dependientes de la voluntad, necesarias para el desarrollo del hombre, en sus relaciones privadas o particulares con los demás hombres que con él forman una asociación.

Este derecho, que va a ser el objeto especial de nuestras investigaciones, se denomina también *privado*, tanto porque regla las relaciones particulares y privadas de los habitantes de un mismo Estado, cuanto porque es especial y peculiar a éste, y diferente casi siempre del que rige en otros Estados: *quodquisque populus ipse sibi jus constituit, id justus proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium, ipsius civitatis*.

El Derecho civil tiene, pues, por objeto determinar las relaciones personales y particulares de los individuos entre sí, en todas las circunstan-

rias de la vida. Tomando al hombre en su nacimiento, le imprime una personalidad jurídica y le determina el modo de hacer uso de sus derechos individuales. Después lo sigue en sus diferentes situaciones; ya como miembro subordinado de una familia; ya formando, al impulso de la necesidad natural de asociarse, una familia separada, por medio del matrimonio; ya entrando en sociedad con otros, para emplear y dirigir en común su actividad. Por último, se presenta en el instante en que cesa la vida, para determinar todos los efectos que debe producir semejante acontecimiento. Y no solamente se ocupa de las personas, sino también de las cosas, que son otras tantas condiciones de desarrollo y perfección para el hombre; determina el modo de adquirirlas, poseerlas y transmitir las, a fin de encerrar la actividad individual en los límites de lo justo y poner en freno a la injusticia y a la usurpación de ajenos derechos. Además de esto, colocado el hombre en presencia de otros, entrará con ellos en frecuentes y casi cotidianas relaciones, contrayendo obligaciones recíprocas. El Derecho civil, lejos de prohibirlas, las autoriza, con tal que no violen la moral ni la justicia, y, a este fin interviene en ellas, para normarlas, regularizarlas y hacerlas reales y positivos sus efectos.

En nuestra exposición, seguiremos la división que se desprende de lo que acabamos de decir, que es la que generalmente se ha adoptado y la admitida también por nuestra legislación civil. Consideraremos al Derecho civil en su relación con las personas, reglando su estado, su capacidad y sus derechos; en su relación con las cosas, determinando su condición, sus diferencias y los medios de adquirirlas, conservarlas y desprenderse de ellas; y, en fin, en su relación con las obligaciones contraídas por los individuos, manifestando sus caracteres, las condiciones de que deben hallarse revestidas, para ser consideradas como jurídicas, y el modo de cumplirlas y de anularlas.

Esto quiere decir que nuestro curso se divide en tres tratados: 1o.- *de las personas*; 2o.- *de las cosas*; 3o.- *de las obligaciones*. Entre estas últimas hay algunas que sin dejar de ser esencialmente civiles, pertenecen a un orden especial, porque son contraídas por una clase de personas que se emplean en una industria particular; obligaciones que por su naturaleza, por los requisitos que la ley exige en aquéllos que las contraen y por varias otras circunstancias, se han hecho el objeto de una legislación civil separada y distinta de la común. Tales son las obligaciones que nacen de la industria mercantil o comercial, y que son contraídas entre comerciantes; y la parte del Derecho civil que a ella se refiere se llama *Derecho comercial*. Por consiguiente, el Derecho comercial viene a ser como un agregado o un complemento de Derecho civil.