

# × Derecho de Pandectas

× por el Dr. C. M. Tobar y Borgoño

## INTRODUCCION

En nuestras Universidades se estudia, por lo general, el Derecho Romano de la época de Justiniano, las Institutas, refiriéndose muy raras veces a los otros códigos, a las novelas o al derecho anterior. Si éste queda así olvidado, también pasa desconocido el Derecho Romano de la época de su restauración en Europa, época que se ha denominado del Renacimiento del derecho Romano.

Error profundo habría en suponer que este Derecho resucitado es idéntico al justiniano; la restauración si tuvo lugar en todo el Occidente civilizado, se efectuó más intensamente en Alemania, por razones históricas fáciles de comprender: el Imperio romano, sin Roma, pretendía subsistir en el Santo Imperio y natural era que tratase éste de recoger y conservar herencia tan magnífica como la de los códigos de Justiniano.

Pero las cosas no eran las mismas; los pueblos eran diversos, con otras costumbres y otras instituciones; el Derecho, por lo mismo, debía transformarse y de ahí que el Derecho Romano del Imperio alemán, no pudiese ser idénticamente el mismo que el Derecho del Imperio de Roma; el Derecho canónico, ya formado, el Derecho federal lombardo, las antiguas costumbres de los pueblos bárbaros, habían influenciado, alterado, el Derecho Romano, que seguía, no obstante, llamándose romano.

Es a este Derecho, que no sé si pueda exactamente llamarse romano, a lo que se ha denominado derecho de Pandectas y que podría definirse como el derecho privado común alemán de origen romano.

El derecho común era el relativo a todo el territorio del Imperio; el particular (*Landrecht*) el formado por las reglas vigentes en las diversas partes o en los diversos Estados; el derecho común cede el paso al derecho particular, es decir que el Derecho Romano no fue aceptado sino como subsidiario del derecho particular.

Ciencia de Pandectas, se llama en Alemania, a la exposición científica del derecho común de origen romano.

La palabra fue conocida aún en los tiempos antiguos (*πᾶν* todo, y *δέχομαι*, recojo): Justiniano indicó con ella la segunda parte de sus compilaciones, *Pandectarum seu Digesta*. En lenguaje moderno se la aplica a la colección de principios de derecho sacados de las varias fuentes y debidamente ordenados.

El estudio actual de las Pandectas, tal cual más arriba las he definido, contiene por un lado más que el texto de Justiniano y por otro lado menos. Comprende menos, en cuanto se refiere exclusivamente al derecho civil sustantivo; comprende más una vez que expone también las reglas de derecho contenidas en las otras partes del *corpus juris*, particularmente en el Codex y en las Novelas.

No se restauró el derecho anterior a Justiniano, por ejemplo las Institutas de Gayo; en cambio el derecho posterior a ese Emperador, si no puede decirse que fue aceptado, si influyó grandemente en las modificaciones, que vinieron, a la postre, a constituir el Derecho Romano de Pandectas: los glosadores y post-glosadores, las escuelas italianas, francesas, alemanas y españolas hubieron de influir asimismo en dicha modificación.

Existe, por otra parte, en las leyes justinianas una multitud de normas, que no fueron recibidas, tales son aquellas reglas inaplicables en la época de la recepción, a causa del cambio de costumbres y de las relaciones políticas y sociales, como las leyes de la esclavitud; tales son las reglas suplantadas por las costumbres medioevales, así el principio aquel de *nudum pactum non parit obligationem sed exceptionem*, es reemplazado por el Derecho Canónico, que quiere que *pacta sunt servanda*; tales son, por último, las reglas no glosadas por los juristas de la Edad media, en virtud de aquello, generalmente repetido, de *quidquid non agnoscit glossa non agnoscit curia*; es por esta razón que las novelas griegas se ignoran en el Derecho de Pandectas.

No me ocuparé del desarrollo histórico de éste. Solo haré notar que es un hecho único en la historia, ese de un pueblo triunfador, que abandona espontáneamente su derecho nacional para adoptar leyes extranjeras, escritas en otra lengua y creadas por otro Estado de organización diversa; para ello debieron obrar muy poderosos motivos, que se hace menester conocer, a fin de explicarse fenómeno tan extraño.

Puede sentarse como primero la pretensión del Imperio romano alemán, de ser el sucesor del romano de Roma, pretensión que nada fundaba, pero que se fijó en la creencia de los pueblos basándose en motivos ficticios. Los emperadores alemanes, a fuerza de repetirlo, llegaron a ser considerados como los legítimos sucesores de los emperadores romanos; por consiguiente, era lógico que las reglas de derecho promulgadas por éstos, y que no hubiesen sido derogadas, continuasen en vigor. La idea, por lo demás, se originó en el hecho de que Carlomagno, el restaurador del Imperio, había sido consagrado en Roma y coronado como tal Emperador romano por León III, en 799, y que después Otón I (962) y sus sucesores llevaron el título y la corona de emperadores romanos, gobernando, además, una parte de Italia.

En las luchas contra el papa, Barbaroja y Federico II, apoyándose en el *corpus juris*, se oponían a las decretales pontificias, atribuyéndose los privilegios y poder de emperadores de Roma.

El renacimiento del Derecho romano en las escuelas y su estudio paralelo al canónico, puede también tenerse como causa de la resurrección. La Universidad de Boloña, en especial, contribuyó eficazmente a dicho objeto, y sobre todo para extender por toda Europa el conocimiento del Derecho romano, frecuentada como se hallaba por estudiantes de toda nacionalidad.

Interesante es, pues, el estudio de las Pandectas, y desconocido, o poco menos, como se halla aquí, he creído hacer obra útil, formando un resumen, en cortas frases, de las reglas que lo constituyen, resumen que ha de servir, lo espero, a los estudiantes de Derecho para adquirir ideas generales acerca de esa faz, por decirlo así histórica, del Derecho. (1)

---

[1] FUENTES: Savigny.—*Sistema de Derecho Romano actual*, trad. de Guenoux y Mesia y Poley [1878—79].—Savigny, *Histoire du Droit Romain au moyen âge*, trad. de Guenoux [1839].—Winds-

## FUENTES DEL DERECHO DE PANDECTAS

1°. *Fuentes del Derecho romano*: La fuente es el *Corpus juris civilis* o sea la compilación de las reglas jurídicas contenidas en los escritos de los juristas y en las leyes de los Emperadores romanos en sus diversas constituciones (leges)

El *Corpus juris* se compone: a) de las *Institutas*, tratado elemental y sumario de los principios del Derecho privado; b) del *Digesto*, exposición sistemática y completa del derecho contenido en los escritos de los jurisconsultos romanos; c) del *Codex*, o colección de leyes y constituciones promulgadas por los emperadores y aún en vigor en tiempo de Justiniano; y d) de las *Novelas*, o constituciones promulgadas por Justiniano, después de la compilación citada.

2°. *Fuentes de Derecho canónico*: El Derecho canónico se basa sobre el *corpus juris canonici*, que se distribuye en *corpus juris clausum* y *corpus juris non clausum*.

El *corpus juris clausum* se compone: a) del *Decretum Gratiani*, obra del monje Graciano, de Bolonia, en 1151, que trató de sponer de acuerdo las disposiciones canónicas, y que por eso se denominó "*Concordantia discordantium canonis*"; se compone de los canones propiamente tales, o leyes de la Iglesia, y de las explicaciones del autor (*dicta gratianae*); b) de las *Decretales de Gregorio IX* (1234), compilación en cinco libros de las reglas eclesiásticas omitidas por Graciano; es por este motivo que se llama *Decretales extravagantes*; c) del *Liber sextus scilicet decretatum*, suplemento a las *Decretales de Gregorio IX*, aumentadas por Bonifacio VIII (1298), y d) las *Clementinas scilicet constitutiones*, promulgadas por Juan XXII (1317), compilación de las constituciones de Clemente V y de los decretos del concilio de Viena.

El *corpus juris non clausum* compónese de las *Extravagantes de Juan XXII* y de las *extravagantes comu-*

cheid. *Lehrbuch des Pandektenrechts* [1891].—Dernburg, *Pandekten* [1894].—Ihering, *Esprit du Droit Romain*, trad. de Meulenaere (1888).—*Histoire du développement du Droit Romain*, trad. de Meulenaere [1900].—Leclerc, *Le Droit Romain dans ses rapports avec le Droit français* [1810].—Staedtler, *Cours de Droit Romain*.—Wetter, *Pandectes* (1909—11).—Esmein, *Mélanges d'histoire de droit et de critique*.—López, *Las Siete Partidas glossadas* (1767).—Rodríguez de Fonseca.—*Digesto teórico y práctico* [1774].

nes; se llama, así porque no han sido encerradas en el cuerpo del derecho, que por eso mismo se llama *clausum*.

3°. *Fuentes del derecho consuetudinario y de la jurisprudencia.* La costumbre y la jurisprudencia han tenido también parte principal, como ya se ha dicho, en la transformación del Derecho Romano hasta convertirlo en lo que fue en la Edad Media.

## DOCTRINAS GENERALES

### I.—NOCION Y DIVISION DEL DERECHO

Los jurisconsultos romanos no se preocuparon sino de crear y de desarrollar las normas jurídicas, de manera clara y precisa, y de aplicarlas a casos concretos; fue éste el único fin a que tendían sin que prestaran mucha atención a las abstracciones teóricas.

No hallamos, por esto, en sus escritos una definición adecuada del derecho en abstracto; encontrando sólo sentencias, que si bien de carácter general, no designan de manera exclusiva la naturaleza del derecho, sino que comprenden también la moral y aún la religión.

El jurisconsulto Celso (siglo 1°,) dice que *jus est ars boni et aequi* (1) lo que, como se ve, indica más bien el objeto del derecho. Ulpiano dice que *juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (2), definición que comprueba lo que acabo de expresar acerca de la confusión que hacen los jurisconsultos romanos entre el derecho, la moral y la religión. Análogos defectos tienen las explicaciones, más bien que definiciones, del capítulo I, libro I del Digesto, [3]

Bajo dos aspectos podemos definir el Derecho, el uno objetivo y el otro subjetivo.

Objetivamente puede decirse que es el conjunto de reglas impuestas por una coacción exterior y que regulan las relaciones sociales.

Subjetivamente sería el conjunto de facultades que se desprenden del derecho objetivo para la sociedad o sus individuos.

En el primer sentido hablamos del derecho ecuator-

[1] *Digesto*, Lib. I, I, 1.

[2] *Digesto*, Lib. I, I, 10.

[3] Bonsante, Fadda, Ferrini, Riccobono y Scialoja.—*Digesta Instiniani Augusti* [Milán, 1908].

riano, romano, francés, etc.; en el segundo, del derecho de propiedad, de posesión, etc.

## JUSTICIA Y MORAL

*La justicia es la base del derecho.* Las reglas destinadas a fijar las relaciones entre los hombres deben corresponder a lo que es justo. El legislador está obligado a realizar, por sus disposiciones, el ideal de la justicia y todo Estado debe tener en mira el precepto ineludible según el cual *fundamentum regnorum est justitia*.

Ulpiano define la justicia como la *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*. (1)

La justicia no se opone a la *equidad*, abrazando más bien a esta última. La equidad exige que el juez tome en cuenta las particularidades de cada caso concreto, para que pueda acomodar la regla general y abstracta a las necesidades de la vida práctica, empleando, al respecto, una interpretación humana y racional. Cuando el legislador o el juez se apartan de la equidad; se verifica la paradoja de Cicerón: *summum jus, summa in-curia*.

El derecho y la *moral* reglan, uno y otra, las relaciones sociales, pero no son términos idénticos. Se distinguen, en especial:

a) *en su objeto*; el objeto del derecho es el de establecer y mantener el orden social; el de la moral es el de mejorar y perfeccionar el individuo y por ese medio, solo indirectamente, también la sociedad.

Las reglas de derecho se aplican, por consiguiente, a aquellos hechos y actos que tienen manifestaciones exteriores; no dicen relación a la voluntad y a los sentimientos individuales, sino en cuanto se reflejen de manera sensible. Con todo, cuando se trata de una violación de la ley, se toma generalmente en cuenta la intención; así, por ejemplo, cuando se causa un daño a otro, es interesante saber si el acto se cometió de propósito, por negligencia, por imprudencia o por casualidad. Pero, como quiera, siempre hay un acto externo y sensible, lo que es esencial.

Los preceptos morales, por el contrario, se dirigen en primer término y ante todo a la voluntad y a la intención; la acción exterior aparece en segundo lugar. La beneficencia, por ejemplo, acto socialmente siempre

[1] *Digesto*, I, I, 10.

recomendable, podrá ser moral o inmoral, según que proceda de un sentimiento de piedad o según obedezca a cálculos de conveniencia y de egoísmo.

b) *En la manera de realizar su objeto.* El derecho se halla provisto de sanciones exteriores, impuestas por una fuerza coercitiva; es el Estado quien vela por la observancia de la ley y que castiga su violación. Las leyes de la moral, por el contrario, deben respetarse sin que se impongan mediante coacción exterior o represión del mismo género.

*Relaciones entre la moral y el derecho.* El derecho y la moral no pueden, pues, confundirse; pero tampoco se excluyen por entero: coinciden y se tocan bajo más de un punto de vista. Muchos de los preceptos morales lo son al mismo tiempo de derecho. Además, constituye un deber moral el observar las prescripciones del derecho.

#### A.—DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

El *derecho privado* reglamenta las relaciones de los individuos entre sí. Pero el derecho regula, además, las relaciones de los particulares con la comunidad y sus órganos y las relaciones entre las comunidades organizadas, unas con otras; este es el *derecho público*.

Según la doctrina romana, el derecho público es aquel que concierne o toca al interés del Estado, y el derecho privado el que concierne o toca al interés de los particulares: *publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat: privatum jus est quod ad singulorum utilitatem pertinet*. Pero estas definiciones son muy generales, puesto que muchas reglas de derecho privado tienen importancia para el Estado.

A menudo se llama el derecho privado *derecho civil*; mas, no es posible confundir este derecho civil con la expresión homónima de los romanos.

El *jus civile* romano no fue sino una parte del derecho privado; no contiene sino las reglas jurídicas aplicables a sólo los ciudadanos romanos. A él se opone el *jus gentium*, que regía las relaciones entre los romanos y los bárbaros; el *jus gentium* era así, también, un derecho privado. *Jus civile, dice Gayo. est jus proprium civitatis; jus gentium, quo omnes gentes utuntur.*

En una concepción moderna, relativamente a la época romana, el derecho público se subdivide en dere-

cho público propiamente tal, derecho de gentes y derecho eclesiástico. El *derecho público* propiamente dicho concierne a las relaciones de los individuos o de los órganos del Estado con el Estado; el *derecho de gentes* a las relaciones de los Estados entre sí; y el *derecho eclesiástico* a las relaciones de los fieles con la Iglesia.

B.—DERECHO ABSOLUTO (*jus cogens*) Y DERECHO  
DISPOSITIVO (*jus dispositivum*)

No es siempre con idéntico vigor que las reglas jurídicas deben ser observadas.

Hay reglas que han de aplicarse siempre y de manera absoluta; no hay como eludirlas desde que un caso previsto por ellas se presenta; no toleran excepción alguna, aún cuando las partes lo quisiesen. Todas las reglas de esta naturaleza forman el *jus cogens* o *derecho absoluto*. El derecho público es un derecho absoluto y por esto se confunden a menudo las dos expresiones: *jus publicum, privatorum pactis mutari non potest*, según la expresión de Papiniano.

Las reglas de ese género son inmutables puesto que en ellas predomina, por lo general, el interés común al cual se hace menester sacrificar el del individuo; son reglas todas que dicen relación al interés público, a la moral tenida por inmutable o a la naturaleza misma de la institución jurídica. El matrimonio, por ejemplo, no es posible si los cónyuges no consienten en vivir juntos.

En cambio hay otras reglas de derecho que no exigen una aplicación absoluta, sin ninguna excepción; son leyes que pueden tener valor subsidiariamente, a falta de ley contractual o de expresión de la voluntad individual, leyes que suplen a ésta. Llenan los vacíos dejados por las partes y procuran interpretar la voluntad presunta de los interesados; en ocasiones disponen lo que mejor corresponde al interés general y a la razón. Las reglas de esta naturaleza constituyen el *derecho dispositivo*.

El *derecho dispositivo* es, por consiguiente, aquel que no es aplicable sino cuando no existe de parte de los interesados la voluntad expresa, a la cual suple en casos concretos. La reglamentación de la sucesión intestada, es un ejemplo de derecho dispositivo.

La mayor parte del derecho privado es dispositivo.



### C.—JUS COMMUNE Y JUS SINGULARE

En principio las reglas de derecho han de aplicarse a todas las personas y a todos los casos. Sin embargo hay excepciones, que se han establecido por motivos de equidad o por razones de orden público, excepciones que pueden constituirse a favor o a cargo de los interesados.

Según el derecho justiniano el testamento debía hallarse revestido de solemnidades; no obstante los militares en campaña tenían el derecho de hacer su testamento sin sujetarse a esas formalidades. El ciudadano romano, se hallaba, pues, en esta materia, sometido al derecho común, en tanto que el militar en campaña a un derecho singular.

*Jus commune*, en este sentido, es así aplicable de manera general, a todas las personas y a todos los casos; el *derecho singular* es un derecho excepcional, propio sólo de ciertas personas o vigente en ciertos casos.

La diferencia entre *derecho común* y *derecho singular* no tiene relación con aquella otra entre el derecho común y el derecho particular, de que ya he hablado. El derecho particular es el que no tiene vigor sino en cierta parte del territorio; el común, cuando se opone al particular, es el derecho aplicable en todo el Estado. El derecho singular es aquel que no se refiere sino a ciertas personas, prescindencia hecha de la extensión territorial de la regla; el derecho común, comparándolo con el singular, es el que tiene vigor para todos.

Derecho singular, en las legislaciones modernas, es, por ejemplo, el de la prescripción comercial, que sólo se aplica a los comerciantes.

Cuando el *jus singulare* se constituye a favor de cierta clase de personas se le suele llamar privilegio (*beneficium juris, privilegium*); sin embargo no es esa la significación jurídico técnica del término privilegio, como luego lo veremos.

### D.—DERECHO GENERAL Y DERECHO INDIVIDUAL.— DERECHO ESPECIAL

Ordinariamente la regla jurídica tiene valor respecto de todos los casos concretos semejantes que ella prevé de modo general.

La ley, por lo común, se halla redactada de manera abstracta, a fin de que pueda aplicarse a todas las situa-

ciones jurídicas análogas. La regla jurídica es así, por norma, general.

Esto no significa que no existan excepciones. No hay nada que impida, en efecto, al Estado promulgar disposiciones de derecho, que no conciernen más que a un solo caso concreto o a cierto número de casos determinados. Esas leyes son *leyes individuales*.

Una ley que modifica el objeto de una fundación; una que declare mayor a un príncipe real, es *latu sensu* ley, aunque estrictamente no lo sea, como luego lo veremos.

Las disposiciones de tal género son verdaderas leyes aunque se les asigne otro nombre, puesto que para derogar la ley general tienen que tener naturaleza de ley.

La ley singular puede contemplar la excepción de cierto grupo de casos de la regla general; casos que forman entre sí una especie, con comunes caracteres; la ley que eso hace es una *ley especial*.

La posición creada por la ley singular dentro de la norma común, es lo que de manera propia y adecuada se llama *privilegio*.

Los *privilegios* son así el resultado de la posición especial creada por la ley singular. Esos privilegios constituyen, por lo general, un favor; pero hay privilegios que originan perjuicio.

Si se constituyen en favor o en perjuicio de las personas, son personales; si, de las cosas, son reales; y si de ciertas relaciones jurídicas son causales (*privilegia causae*).

Si los privilegios provienen de la misma fuente del derecho general, ley o costumbre, serán legislativos; si provienen de otro poder, serán ejecutivos, judiciales, etc., según el órgano de que procedan.

## II.—LA LEY.—ESTATUTO

El término ley tiene varios significados acerca de los cuales hay muy poco acuerdo, como ocurre generalmente con las definiciones jurídicas abstractas.

En un sentido lato, jurídico, es la ley la regla de derecho objetivo establecida por autoridad legítima.

En una acepción más limitada es una norma de derecho objetivo, dictada y promulgada por el poder público legislativo.

En el sentido estricto la ley no deriva sino del Estado; tomada en la otra acepción puede provenir de autoridad diferente a condición de que sea capaz de legislar.

Las leyes que no derivan del Estado se llaman *estatutos*.

En su concepto jurídico la ley ha de versar sobre materias de interés público: es por esto que la ley puede definirse como el derecho positivo expresado en forma externa y revestido de autoridad absoluta (Savigny).

Considerada así la ley, en este sentido estricto, no puede aplicarse a los casos particulares de derecho singular. No son, por consiguiente, leyes los *decretos* que disponen sobre intereses particulares ni las *resoluciones*, en que se declaran derechos ya preconstituidos por la ley.

### 1º.—DIVISIONES DE LA LEY

*Ley absoluta* es la declaración del derecho absoluto, *ley supletoria* es la que declara el derecho dispositivo.

*Ley imperativa* es la que manda hacer; *prohibitiva* la que ordena no hacer; y *permisiva* la que consiente que se haga.

Como se ha notado, con sobra de razón, esta no es una división que se funda en un concepto esencial, sino sólo en la forma usada por el legislador. En cuanto a las leyes permisivas presuponen una prohibición anterior, que queda derogada o restringida.

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

### 2º.—EL JUEZ Y LA LEY

El juez está obligado a aplicar la ley en sus decisiones, ¿pero está en el caso de conocer la ley y de aplicarla por sí, o necesita que las partes le prueben su existencia?

En principio la cuestión quedó resuelta por el aforismo *jura novit curia*, que significa que el juez ha de conocer la ley o que, si no la conoce en el momento de la demanda, ha de procurar llegar a su conocimiento por sí, de oficio. Sin embargo, hay no pocas excepciones a esa regla: el juez no está obligado a conocer las leyes extranjeras ni los estatutos aunque estos se hallen vigentes en el territorio; a quien invoca dichas leyes o estatutos corresponde la prueba de su existencia y han de probarlos en forma tan cabal como deben probar los hechos en que apoyan su pretensión.

Cabe averiguar, además, si es al juez a quien toca examinar la validez de la ley. Dos sistemas hay al respecto:

a) nó, dice el primero: el juez no se halla sobre la ley y por lo mismo no puede discutirla;

b) sí, puesto que el juez no se coloca sobre la ley por el hecho de discutir la validez de una regla que se pretende vigente sin quizá serlo. Por consiguiente, el juez tiene el derecho de examinar si la ley posee todas las condiciones de tal.

### III.—COSTUMBRE

El derecho consuetudinario se halla compuesto de reglas de derecho establecidas por un uso constante y repetido desde larga fecha atrás, y ejercido con el sentimiento de ser obligatorio.

Según Juliano, la fuerza obligatoria del derecho consuetudinario deriva de la voluntad tácita del pueblo; la ley proviene de la voluntad del soberano expresada o consentida; la primera origina el derecho legislativo, la segunda el consuetudinario.

En Roma antigua el pueblo soberano expresaba su voluntad por votación en los comicios y así nació la ley; expresaba su voluntad por hechos y así nació el derecho consuetudinario (*tacitus consensu populi*).

En el siglo XVIII los partidarios del Derecho Natural, establecieron que la fuerza de la costumbre proviene de la misma ley: la costumbre no obliga que en tanto que la ley la admite, la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella, dicese; pero, es menester observar que se olvida con esto que la costumbre precede en general a la ley y que es en los pueblos primitivos, que carecen de legislación promulgada, en donde la costumbre tiene más grande fuerza. Las expresiones transcritas no deben tomarse como originadoras en principio del valor coercitivo de la costumbre, sino como la simple expresión de la necesidad en que el legislador se ha visto de preveer para ciertos casos su insuficiencia previsorá.

Según la escuela histórica, la fuente del derecho no es otra que el espíritu jurídico de la nación; la ley, como la costumbre, no son sino manifestaciones; la costumbre merece la preferencia, puesto que es la más pura expresión y la más adecuada, la más fiel y la más directa de dicho espíritu nacional.

No pocos jurisconsultos optan por el camino más cómodo, cual es el de economizarse de estudiar este problema; alegan, para ello, que el punto es más bien

filosófico que jurídico y que, por lo mismo, no corresponde al jurisconsulto el dilucidarlo.

A.— *Condiciones necesarias para la formación del derecho consuetudinario*

Son elementos necesarios para que se constituya un derecho consuetudinario, los siguientes:

a) *una costumbre*, es decir una acción u omisión, repetida a menudo, de manera concordante, durante un tiempo prolongado. Las fuentes hablan de *inveterata consuetudo*, *diuturna consuetudo*, *antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo*.

El plazo necesario para crear la costumbre no pudo nunca, ni puede jamás, ser fijo. Se determina por casos concretos, en cada caso concreto. El derecho canónico, no obstante, había fijado un plazo fijo tratándose de usos derogatorios de la ley; debían durar el plazo necesario para la prescripción de un derecho real.

En todo caso, las acciones que forman la costumbre, deben ejecutarse de modo conforme y constante; algunas excepciones no dañan sin embargo, basta que la regla sea proporcionalmente más aplicada que la contraria, que, por esto, viene a ser la excepción.

b) *opinio necessitatis*, esto es el sentimiento popular de hallarse sometido y obligado a la regla introducida por la costumbre.

El pueblo ha de tenerla por necesaria, como teniendo fuerza obligatoria y no sólo como una exigencia del buen sentido, de la amistad, de la piedad o de la etiqueta.

Esta condición, de la *opinio necessitatis*, falta, por lo general, en los usos comerciales, que por lo mismo, jurídicamente, no pueden criar derechos objetivos; pero que tienen importancia en cuanto sirven para interpretar la voluntad de las partes.

La *opinio necessitatis* deriva, a menudo, de una falsa interpretación de la ley. Hay autores que en este caso no le atribuyen fuerza a la costumbre, tal es, por ejemplo, el parecer de Windscheid; pero la mayoría de los tratadistas creen lo contrario.

c) *Racionalidad*: el derecho canónico y muchos romanistas exigen que la costumbre sea racional. Otros, por el contrario, opinan que sólo basta que no sea contraria a las buenas costumbres y al orden público.

### B.—Obligación de conocer el derecho consuetudinario

El derecho consuetudinario es menos fácil de conocer y probar que el legislativo; por esto los glosadores no exigían del juez el conocimiento del derecho de la costumbre, incumbiendo a la parte el exponerlo y probarlo.

La escuela histórica, y en especial Puchta, han pretendido, no obstante, que el juez debe conocer el derecho consuetudinario, en los mismos términos que el legislativo.

El procedimiento ulterior ha optado por un sistema medio: el juez ha de aplicar de oficio el derecho consuetudinario, cuando él es notorio; en otro caso ha de hacer indagaciones oficiales, pudiendo solicitar la cooperación de las partes.

Como medios de llegar a conocer el derecho consuetudinario se señalan, los testigos, los juzgamientos precedentes, los proverbios o aforismos jurídicos, los escritos de los jurisconsultos.

### C.—Fuerza del derecho consuetudinario

Según Juliano, la costumbre equivale a la ley, la que aún puede ser derogada por ella: *quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

Otro punto que necesita dilucidarse, es el de saber si la ley puede excluir, de modo expreso, la fuerza abrogante de una costumbre futura. Según unos tal facultad no pertenece al legislador; pues que éste sería incompetente para legislar sobre un futuro y un futuro tal, en que los hechos contrariarían su opinión; otros, en cambio, piensan que una prescripción semejante sería válida; pero que una vez que la costumbre puede derogar la ley, ella misma sería derogada por la costumbre que a ella se opusiere.

### D.—Observancias

En las corporaciones que poseen estatutos, se constituye a veces un derecho consuetudinario. Las reglas que tal origen tienen, se denominan *observancias*. Las *observancias* son así las reglas de derecho consuetudinario de la Iglesia, las municipalidades, sociedades, corporaciones, etc.

## IV.—JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

### A.—*Jurisprudencia*

¿Cuál es la influencia que en la formación y desarrollo del Derecho tienen las decisiones de los tribunales? En principio las sentencias, aunque sean de un tribunal supremo, no pueden poseer fuerza obligatoria general; el valor de esas decisiones obedece, así como su sentido, a las razones que las motivaron en cada caso particular. Sin embargo, si todos los tribunales de un país aplican uniformemente, en muchos casos, una regla de derecho de la misma manera, es indudable que se ha formado una *opinio necessitatis* al respecto, es decir que todo el mundo termina por estimar la norma adoptada como obligatoria. En este supuesto la jurisprudencia ha logrado introducir una regla jurídica, y por esto, puede considerársele como fuente de derecho.

No es, como se comprenderá por lo dicho, esencialmente distinta de la costumbre, es una especie de costumbre, es una costumbre de los tribunales. Es por esto que la jurisprudencia debe también reunir las condiciones del uso para que éste sea aceptado en derecho: que sea constante e inveterada, *rationabilis* y que cuente con la *opinio necessitatis*. La diferencia entre la costumbre y la jurisprudencia, no se halla sino en el hecho de que aquella se ejerce por el pueblo mismo, por las partes, en tanto que tratándose de la segunda sólo son los tribunales los que la crean y conservan.

### B. *Doctrina*

Las opiniones de los jurisconsultos, expuestas sea en sus enseñanzas y en sus libros, sea en sus escritos judiciales, alegatos, memoriales, etc., no constituyen fuentes de derecho.

El juez no está, pues, obligado, aún cuando las opiniones de los jurisconsultos sobre el mismo punto se hallen conformes, a seguir ese acuerdo; él debe buscar el valor científico, la justicia de ese criterio y aplicarlo sólo cuando se halle convencido de ello.

Otra cosa ocurría en Roma, en época de la jurisprudencia clásica, las *responsa prudentium*, es decir las opiniones de los jurisconsultos que poseían el *jus respondendi*, el derecho de contestar a nombre del Emperador, ligaban al juez, constituyendo, por consiguiente,

esas respuestas una fuente de derecho. Posteriormente, a partir del siglo IV, se atribuyó fuerza legal no sólo a las respuestas, sino también a los escritos de los principales jurisconsultos de la época clásica,

En derecho posterior se ha aceptado la doctrina verdadera en esta materia: las opiniones doctrinales no han tenido valor legal, no obstante lo cual ejercen un gran influjo en la aplicación del derecho y en su desarrollo y constituyen el fundamento y punto de partida de su progreso: preparan y crían las leyes y sugieren al legislador lo justo y lo conveniente.

## V.—FIN DEL DERECHO

Las reglas de derecho pueden ser modificadas, reemplazadas o derogadas.

El legislador puede volver difícil la modificación o derogación; por ejemplo, cuando no sólo exige el voto de la mayoría del cuerpo legislativo, sino el querer de los dos tercios; pero no tiene derecho para excluir por completo la posibilidad de cambiar o de abolir una ley: sería una contradicción absurda con el objeto del derecho, la voluntad inmutable de mantener las reglas jurídicas aunque no concuerden con las condiciones externas y sociales modificadas.

Una ley se modifica, cuando se la altera en algo que no le es esencial; de modo que la nueva ley deja subsistente, en principio, la antigua.

Se reemplaza una ley cuando se dicta una nueva sobre la misma materia, completa y entera, de modo que la anterior queda sin objeto y contradicha por la posterior.

Hay derogación cuando se deja sin reemplazar una ley que se declara insubsistente.

Una regla legal puede ser abolida:

a) *por un motivo intrínseco*, es decir que se desprenda de la misma ley. Esto ocurre, 1°. cuando la regla jurídica no ha sido dictada sino por tiempo determinado; la ley no lo es, por decirlo así por propio querer, sino durante cierto plazo. Esta clase de leyes, transitorias, son promulgadas para circunstancias excepcionales; 2°. puede imaginarse que las condiciones de hecho para las cuales la regla fue dictada desaparezcan completamente, sea objetiva, sea subjetivamente, en el sentido que los hombres adquieran con el tiempo la convicción de la imposibilidad de tales condiciones, para las cuales la



ley fue dada: tal es el caso de las leyes de esclavitud, caso objetivo, y de las leyes relativas a la hechicería, caso subjetivo. Las leyes concluyen naturalmente, de suyo; se dice *cessante ratione legis, cessant lex ipsa*

Hay, con todo, que prevenirse contra un error: a menudo no son las condiciones de hecho, ni la base misma de aplicación de la ley que han desaparecido, sino solo las causas que la motivaron. Las condiciones de hecho pueden continuar y subsistir, son los motivos de la ley los que no existen; durante una revuelta se dicta una regla de excepción para castigar a los sediciosos; la revolución termina, ¿podrá decirse que la ley excepcional queda también abolida? No, porque la aplicación de la ley no es completamente imposible; aún después de la desaparición de la causa inmediata, puede haber revoltosos a los que la regla se aplique. Si por *ratio*, no comprendemos las condiciones de hecho, sino las causas de la creación de la ley, será menester decir: *cessante ratione legis, lex ipsa non cessit*.

b) *por un motivo extrínseco*, es decir por la promulgación de una ley contraria. *Lex posterior derogat priori*. 1º. Con frecuencia la nueva ley abroga expresa y completamente las reglas de derecho que quiere dejar insubsistentes. Este proceder es el más sencillo y el más práctico, pero ocurre que el legislador no puede preveer y determinar todas y cada una de las disposiciones legales que no concuerdan con la nueva ley. Por esta causa deja ordinariamente a la jurisprudencia y a la doctrina el trabajo de resolver la cuestión de la aplicación de las diferentes leyes sucesivas.

El principio fundamental para solucionar este punto es el de que quedan abolidas todas las disposiciones de la antigua ley, que se hallaren en oposición con la nueva, y que permanecen en vigor aquellas que pueden conciliarse.

2º.) Este principio no es aplicable a cierto derecho especial (*jus singulare* y codificaciones): a) el *jus singulare* necesita condiciones singulares para ser abrogado; una ley común general no lo cambia ni lo suprime, si el legislador no tiene cuidado de expresar que tal es su voluntad. En caso de duda habrá que decir que el *jus singulare* anterior subsiste: *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*; B) la codificación es un conjunto de leyes que de una manera completa regla todo un grupo o una parte del sistema jurídico, derecho civil, penal, de procedimiento, etc. Un código deroga

todas las disposiciones legales anteriores sobre la misma materia jurídica, sin que haya que averiguar el punto de si se hallan o no de acuerdo o de si son o no opuestas.

## VI.—APLICACION DEL DERECHO OBJETIVO.— INTERPRETACION

### A. *Noción de la interpretación*

Las reglas jurídicas, por lo común, tienen un carácter general y arbitrario; no resuelven directamente los casos prácticos, no contienen sino los principios que han de aplicarse para resolverlos. Resulta de esto que el juez ha de hacer tres cosas: a) ha de tratar de conocer el hecho que debe resolver por la regla jurídica, la prueba de él incumbe a las partes; b) debe conocer la regla aplicable al hecho, ese conocimiento ha de adquirirlo de oficio, salvo casos excepcionales ya anotados; c) debe subordinar el hecho a la regla jurídica por un método de lógica, por un silogismo; ese método lógico se llama la *construcción jurídica*.

Una sentencia justa no puede dictarse sino sobre la base del verdadero conocimiento del hecho y de la ley, y de la lógica aplicación de esta a aquel. En esta justa aplicación se efectúa la interpretación.

Para la justa interpretación el conocimiento de la doctrina no basta, se requiere también la práctica; es así la interpretación no solo una ciencia sino que también es un arte.

La doctrina que nos enseña la ciencia y el arte de interpretar la ley, se llama *ermeneutica jurídica*.

La interpretación puede definirse como la determinación del sentido y del alcance de una regla de derecho.

Bajo este aspecto los juristas en sus libros y estudios interpretan también la ley.

### B.—*Fuentes de interpretación*

La doctrina es, en general, la fuente de interpretación [*interpretación doctrinaria*]; pero ocurre a veces que es el mismo factor que ha creado la ley, el que determina su sentido; la interpretación, en este caso, deriva de una fuente de derecho (*interpretación auténtica*).

Desde luego, puede el legislador en un caso especial, resolver cómo la ley ha de entenderse (*interpretación legal*).

Puede por otra parte ocurrir que el uso inveterado hubiese fijado el sentido de la regla [*interpretación usual*].

Mas, es menester hacer notar que en estos dos últimos casos no hay verdadera interpretación, sino la creación de una nueva regla.

### C.—*Interpretación gramatical, interpretación lógica*

Antes de aplicar una ley, es menester cerciorarse de la autenticidad del texto.

La determinación del sentido literal de una regla jurídica se llama *interpretación gramatical*.

Si los términos son ambiguos u oscuros, o si no permiten comprender el pensamiento del legislador, hay que recurrir a la *interpretación lógica*.

Es, pues, menester: 1º establecer las relaciones que la regla en cuestión tiene con las otras reglas contenidas en la misma ley, con las similares y con el sistema jurídico entero; 2º establecer el objeto y las causas de la ley; lo que ella quería conseguir; la *ratio legis*, que no es de confundir con la *ocasio legis*; 3º establecer las bases históricas.

### D.—*Interpretación declarativa, extensiva, restrictiva— Analogía*

Hay leyes defectuosas, en las que no aparece el pensamiento del legislador o en que él asoma pero en expresión incompleta o ambigua. Una ley de este género se hace menester interpretarla, esto es fijar su sentido y alcance.

Si la interpretación señala el sentido de una expresión oscura o ambigüosa, pero sin extender ni restringir la ley, habrá una *interpretación declarativa*.

Si se trata de rectificar una expresión legal que dice menos de lo que debiera, hay una interpretación *extensiva*.

Y si se quiere corregir una ley que dice más de lo que debiera, habrá una interpretación *restrictiva*.

Se llama interpretación por *analogía* la aplicación de una regla de derecho criada para ciertas relaciones jurídicas, a otra relación no prevista, pero que concuerda con aquellas en sus condiciones esenciales.

La diferencia que existe entre la analogía y la interpretación extensiva, es que ésta tiene por objeto rea-

lizar el sentido de la ley ensanchando, por decirlo así, el tenor, pero sin depasar la significación de la regla. La analogía amplía no solo el texto sino también el sentido; no interpreta la voluntad del legislador contenida en la ley, suple esa voluntad buscando la solución que el legislador le habría dado si hubiese pensado en ese caso por él imprevisto. La analogía no es así una interpretación, sino una extensión verdadera de la ley, es la creación de una nueva ley sobre una base preexistente.

Tiene la analogía dos puntos de partida: a) o se basa sobre una sola regla y la extiende a los casos semejantes, *analogia legis*; o b) se basa sobre un conjunto de reglas aplicándolas todas para regir concordantemente una misma materia, *analogia juris*.



(Continuará)

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

# NOTAS

---

Hemos recibido la siguiente invitación que la Asociación Española para el Progreso de las Ciencias, se ha dignado remitirnos. Seguramente que por la fecha en que la hemos recibido, no será posible que el Profesorado Universitario, pueda tomar parte alguna en el Congreso Científico de Sevilla; empero, como quiera que las labores de la Institución española tienen un carácter permanente y como por otra parte, sus reuniones son periódicas, tanto que llegan a 6 los Congresos que cada vez con mayor éxito ha patrocinado, no creemos inoportuno publicarla, a fin de que nuestros intelectuales puedan aprovechar de la invitación, colaborando en los trabajos de la Sociedad nombrada.

“La Asociación española para el progreso de las ciencias invita cordialmente a los estudiosos y entidades culturales de los países de habla española, a honrar las sesiones de su sexto congreso, que se celebrará en Sevilla (España) del 2 al 7 de mayo próximo.

El rey D. Alfonso XIII es presidente honorario de la Asociación, que ha sido regida por su fundador, el eminente estadista D. Segismundo Moret, y por el laureado matemático y dramaturgo D. José Echegaray hasta su muerte; y hoy es dirigida por un Comité, que preside el ilustre sociólogo y expresidente del Consejo de Ministros D. Eduardo Dato y en el que figuran los nombres mas prestigiosos de la intelectualidad española, tales como los de los Srs. R. Carracido, Simarro Azcarate, Maura Gamazo, Ramón y Cajal, Salillas, Posada, Hinojosa, Alvarez Buylla, Bonilla, Ortega y Gasset, Cervera, Recasens, Torres Quevedo y otros muchos.

Periodicamente la Asociación se reúne en Congreso y publica las memorias y discursos que en ellos se dan. Su crédito científico aumenta hasta el extremo de que notables personalidades extranjeras no sólo se han inscrito como miembros sino también han solicitado el honor de albergar un Congreso en su respectiva nación, y en este sentido se han recibido requerimientos de Portugal y Francia.

La Asociación vería con singular complacencia que los profesores, Universidades, Academias e intelectuales americanos quisieran colaborar en las tareas del Congreso de Sevilla, colaboración que, en todo caso, ha de ser absolutamente libre de gastos.

De dar los detalles necesarios y de recibir comunicaciones y memorias está encargado el Secretario del Comité de Sevilla, D. Federico Castejón, Catedrático de Derecho penal, Universidad, Laraña, 3, Sevilla”.