

COLECCION
JURISTAS PERENNES

2

Dirigen esta colección
los profesores
MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA
y
AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI

En esta misma colección:

1. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, por Friedrich Karl von Savigny. 1978.
3. *Teoría tridimensional del Derecho*, por Miguel Reale. (En prensa).

JEAN-ETIENNE-MARIE PORTALIS

DISCURSO PRELIMINAR
DEL PROYECTO DE
CODIGO CIVIL
FRANCES

5198



UNIVERSIDAD DE CHILE



3560 10040597 17

Hay que decir, además, que tampoco en su lengua vernácula resulta fácil encontrar hoy el Discurso preliminar de Portalis. Con todo, y por todo, es una de esas obras que se citan más que se leen y que suelen conocerse fragmentariamente. Esto denota, a la vez que su valor y su importancia objetiva, un proceder impropio del estudioso y aun en cualquier persona con exigencias y sentido de la responsabilidad intelectual. Pensamos, por ende, que es prestar un servicio a unos y a otros ponerla de nuevo al alcance de todos.

M. DE RIVACOBA

Viña del Mar (Chile), 12 de junio de 1978.

DISCURSO PRELIMINAR
SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL
PRESENTADO EL 1º DE PLUVIOSO DEL
AÑO IX ¹
POR LA COMISIÓN
NOMBRADA POR EL GOBIERNO
CONSULAR ²

¹ 20 de enero de 1801. ■

² Estaba compuesta por Tronchet, Bigot de Préameneu, Portalis y Maleville, pero encargado de la redacción de este discurso fue solamente Portalis, como lo indica el orden de las firmas colocadas al pie del mismo, donde su nombre figura en primer lugar. (Nota de la edición de París, Joubert, 1844, citada en el Prólogo).

Un acuerdo de los cónsules, del 24 de termidor último ³, ha encargado al Ministro de Justicia que nos reuniéramos con él "para comparar el orden seguido en la redacción de los proyectos de Código civil publicados hasta la fecha, determinar el plan cuya adopción nos pareciera más conveniente, y discutir seguidamente las bases principales de la legislación en materia civil".

Este acuerdo se conforma con los deseos manifestados por todas nuestras asambleas nacionales y legislativas.

Nuestras reuniones han terminado.

Somos responsables ante la patria y el gobierno por la idea que nos hemos formado de nuestra importante misión y la manera como hemos creído que se debe cumplir.

Francia, así como los otros grandes estados de Europa, se ha ido engrandeciendo a lo largo del tiempo sea por la conquista, sea por la libre incorporación de diferentes pueblos.

Los pueblos conquistados y los que se han incorporado libremente han estipulado siempre, en sus respectivas capitulaciones y tratados, el man-

³ 13 de agosto de 1800.

tenimiento de su legislación civil propia. La experiencia prueba que los hombres cambian más fácilmente de dominación que de leyes.

De ahí esta prodigiosa diversidad de costumbres que se encuentra en el mismo imperio. Se hubiera dicho que la Francia no era sino una sociedad de sociedades. La patria era común, mas los estados, particulares y distintos; el territorio era uno, mas las naciones, diversas.

Más de una vez, magistrados dignos de alta estima concibieron el proyecto de establecer una legislación uniforme. La uniformidad es un género de perfección que, según las palabras de un autor célebre, suele captar a los espíritus grandes y golpea infaliblemente a los pequeños.

Pero, ¿cómo dar las mismas leyes a hombres que, aunque sometidos al mismo gobierno, no vivían bajo el mismo clima y tenían hábitos tan diferentes? ¿Cómo extirpar costumbres a las que se habían aferrado como a privilegios y que miraban como barreras que les protegían contra la voluntad cambiante de un poder arbitrario? Se temió debilitar, o incluso destruir, con medidas violentas, los lazos comunes de la autoridad y la obediencia.

De pronto, una gran revolución sobreviene. Se ataca todos los abusos; se cuestiona todas las instituciones. A la sola voz de un orador, los edificios en apariencia más firmes se desploman; no tenían raíz en las costumbres ni en la opinión. Estos éxitos envalentonan, y en seguida la

prudencia, que toleraba todo, hace lugar al afán de destruirlo todo.

Se vuelve entonces a las ideas de uniformidad en la legislación, porque se entrevé la posibilidad de realizarlas.

Pero, ¿podía nacer un buen Código civil en medio de las crisis políticas que agitaban a Francia?

Toda revolución es una conquista. ¿Se hacen leyes durante el paso del antiguo gobierno al nuevo? Por la sola fuerza de las cosas, tales leyes son necesariamente belicosas, parciales, eversivas. Arrebata la necesidad de romper todos los hábitos, de debilitar todos los lazos, de hacer desaparecer cuanto enoja. No preocupan las relaciones privadas de los hombres entre sí; no se ve más que los asuntos políticos y generales; se busca aliados más bien que ciudadanos. Todo se convierte en Derecho público.

Si se fija la atención sobre las leyes civiles, es menos para hacerlas más sabias o más justas que para hacerlas más favorables a aquellos a quienes interesa atraerse al régimen que se trata de establecer. Se derriba el poder de los padres, porque los hijos se prestan más a las novedades. No se respeta la autoridad marital, porque dando mayor libertad a las mujeres se consigue introducir nuevas normas y un nuevo tono en la vida de relación. Es preciso trastornar todo el sistema sucesorio, porque es un expediente para preparar un nuevo orden de ciu-

dadanos por medio de un nuevo orden de propietarios. A cada instante los cambios nacen de los cambios, y las circunstancias, de las circunstancias. Las instituciones se suceden con rapidez, sin que ninguna pueda adquirir fijeza, y en todas late el espíritu revolucionario. Llamamos espíritu revolucionario al afán exaltado de sacrificar violentamente todos los derechos a un fin político, y de no admitir otra consideración que la de un misterioso y variable interés de Estado.

No es en un momento tal cuando se puede prometer reglar las cosas y los hombres con la sabiduría que preside las instituciones duraderas y con arreglo a los principios de esa equidad natural de la que los legisladores humanos no deben ser más que respetuosos intérpretes.

Hoy Francia respira; y la Constitución que garantiza su reposo, le permite pensar en su prosperidad.

Las buenas leyes civiles son el mayor bien que los hombres puedan dar y recibir; ellas son la fuente de las costumbres, el *palladium* de la prosperidad y la garantía de toda paz pública y privada; si no fundan el gobierno, lo mantienen; moderan el poder y contribuyen a hacerlo respetar, como si fuese la justicia misma. Alcanzan a cada individuo, se mezclan en las principales acciones de la vida, le siguen por doquier; frecuentemente, son la única moral del pueblo, y siempre forman parte de su libertad;

en fin, consuelan a cada ciudadano de los sacrificios que para con la sociedad le demanda la ley política, protegiéndole en su persona y en sus bienes, cuando lo precisa, como si él solo fuese la sociedad entera. La redacción del Código civil ha evidenciado también, en primer término, la solicitud del héroe al que la nación ha designado su primer magistrado ⁴, quien todo lo anima por su genio y que siempre se creará obligado a trabajar por su gloria, en tanto le reste algo que hacer por nuestra felicidad.

Pero, ¡qué tarea la de redactar una legislación civil para un gran pueblo! La obra superaría las fuerzas humanas, si se tratase de dar a este pueblo instituciones absolutamente nuevas, y si, olvidando que ocupa el primer rango entre las naciones civilizadas, se desdeñase el aprovechamiento de la experiencia del pasado y de esa tradición de buen sentido, de reglas y de máximas que ha llegado hasta nosotros y que forma el espíritu de los siglos.

Las leyes no son meros actos de poder; son actos de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio. No debe perder de vista que las leyes se hacen para los hombres y no los hombres para las leyes; que éstas deben adaptarse al carácter,

⁴ Napoleón, a la sazón, primer cónsul.

a los usos, a la situación del pueblo para el cual se dan; que es preciso ser sobrio en cuanto a novedades en materia de legislación, porque, si, ante una institución nueva, es posible calcular las ventajas que la teoría nos ofrece, no lo es conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir; que hay que mantener lo bueno, si lo mejor es dudoso; que, al corregir un abuso, deben tomarse también en cuenta los peligros de la propia corrección; que sería absurdo entregarse a ideas de perfección absoluta en cosas que no son susceptibles sino de una bondad relativa; que, en lugar de cambiar las leyes, es casi siempre más útil brindar a los ciudadanos nuevos motivos para que las amen; que la historia apenas nos ofrece la promulgación de dos o tres leyes buenas en el transcurso de muchos siglos; que, por último, el proponer cambios no corresponde más que a aquellos que han nacido predestinados a penetrar, de un golpe de genio y por una suerte de iluminación repentina, toda la constitución de un estado.

El cónsul Cambacérés publicó, hace algunos años, un proyecto de código en el que las materias se hallan clasificadas con tanta precisión como método. Nada nos hubiera dejado por hacer este magistrado tan prudente cuanto ilustrado, si hubiese podido dar libre vuelo a sus luces y a sus principios y si circunstancias imperiosas y pasajeras no hubiesen erigido en máximas de Derecho errores que él no compartía.

Después del 18 de brumario ⁵, se ha constituido una comisión, integrada por hombres a quienes la voluntad nacional ha llevado al ejercicio de diversos cargos de gobierno, para concluir una obra con demasiada frecuencia ya emprendida y abandonada. Sus útiles trabajos han orientado y abreviado los nuestros.

Al comienzo de nuestras reuniones, nos hemos tropezado con la opinión, tan generalmente extendida, de que, en la redacción de un Código civil, pueden bastar algunos textos bien precisos sobre cada materia, y que el gran arte consiste en simplificar todo, previéndolo todo.

Simplificar todo es una operación sobre la cual es necesario entenderse. Preverlo todo es un objetivo imposible de alcanzar.

No deben dictarse leyes inútiles; debilitan las necesarias y comprometen la certeza y la majestad de la legislación. Pero un gran estado como Francia, que a la vez es agrícola y mercantil, que encierra gran cantidad de profesiones diferentes y que ofrece tal diversidad de industrias; no podría sufrir leyes tan simples como las de una sociedad pobre o más reducida.

Sin cesar se propone como modelo las leyes

⁵ Del año VIII, o sea, el 9 de noviembre de 1799. Alude al golpe de Estado de ese día, que dio fin al Directorio de la República Francesa y lo reemplazó por el Consulado, con Sieyès y Roger-Ducos como cónsules y Napoleón como primer cónsul.

de las doce tablas; pero, ¿se puede comparar las instituciones de un pueblo naciente con las de uno que ha llegado al grado más alto de riqueza y de civilización? Roma, nacida para la grandeza y destinada, por así decirlo, a ser la Ciudad eterna, ¿tardó en reconocer la insuficiencia de sus primeras leyes? Los cambios sobrevenidos insensiblemente en sus costumbres, ¿no los produjeron también en su legislación? ¿No comenzó bien pronto a distinguir el Derecho escrito del no escrito? ¿No se vio nacer sucesivamente los senadoconsultos, los plebiscitos, los edictos de los pretores, las ordenanzas de los cónsules, los reglamentos de los ediles, las respuestas o las decisiones de los juriconsultos, las pragmáticas sanciones, los rescriptos, los edictos, las novelas de los emperadores? La historia de la legislación de Roma es, con pocas diferencias, la de la legislación de todos los pueblos.

En los estados despóticos, donde el príncipe es propietario de todo el territorio, donde todo el comercio se hace a su nombre y beneficio, donde los particulares no tienen ni libertad ni voluntad ni propiedad, hay más jueces y verdugos que leyes; pero, doquiera los ciudadanos tienen bienes que conservar y defender, en todas partes donde gozan de derechos políticos y civiles, allí donde para cualquier cosa se tiene en cuenta el honor, es imprescindible la existencia de un cierto número de leyes para hacer frente a todo. Las diversas especies de bienes, los diversos géneros de industrias, las diversas situaciones de la vida humana,

demandan reglas diferentes. La solicitud del legislador está obligada a proporcionarse a la multiplicidad y la importancia de las materias sobre las cuales ha de legislar. Por ello, la previsión escrupulosa, en los códigos de las naciones civilizadas, que multiplica los casos particulares y parece hacer un arte de la razón misma.

Nosotros no nos hemos creído en el deber de simplificar las leyes hasta el punto de dejar a los ciudadanos sin reglas y sin garantía respecto a sus mayores intereses.

Igualmente, nos hemos guardado de la peligrosa ambición de querer regularlo y preverlo todo. ¿Quién podría pensar que aquellos a quienes un código parece siempre demasiado voluminoso son los mismos que osan prescribir imperiosamente al legislador la terrible tarea de no abandonar nada a la decisión del juez?

Como quiera que sea, las leyes positivas jamás podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los quehaceres de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación entre los hombres, tan activa, sus intereses, tan múltiples, y sus relaciones, tan extendidas, que resulta imposible para el legislador proveer a todo.

Incluso en las materias que atraen particularmente su atención, se le escapa infinidad de detalles, o bien son demasiado discutidos y fluctuantes para poder convertirse en objeto de un texto legal.

Por otra parte, ¿cómo encadenar la acción del tiempo? ¿Cómo oponerse al curso de los acontecimientos o a la declinación de las costumbres? ¿Cómo conocer y calcular de antemano lo que sólo la experiencia nos puede revelar? ¿Puede extenderse la previsión a objetos que el pensamiento no puede alcanzar?

Por completo que pueda parecer un código, no bien queda concluido, mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado. Pues las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas; los hombres, al contrario, no reposan jamás; viven en constante actividad, y ese movimiento que nunca se detiene, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce alguna combinación nueva, algún nuevo hecho, algún resultado nuevo.

Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, el arbitrio de los jueces.

La misión de la ley es fijar a grandes rasgos las máximas generales del Derecho, establecer principios fecundos en consecuencias, y no descender al detalle de las cuestiones que pueden surgir en cada materia.

Es al magistrado y al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, a quienes toca dirigir su aplicación.

De ahí, que, en todas las naciones civilizadas,

se vea formarse siempre, cabe al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de aforismos, de decisiones y de doctrinas que diariamente se depura por la práctica y el choque de los debates judiciales, que se acrecienta sin cesar por obra de todos los conocimientos adquiridos, y que en todo momento ha sido considerado como el verdadero suplemento de la legislación.

A quienes profesan la Jurisprudencia se hace el reproche de haber multiplicado las sutilezas, las compilaciones y los comentarios. Este reproche puede ser fundado. Pero, ¿en qué arte, en qué ciencia no se está expuesto a merecerlo? ¿Debe acusarse a una clase particular de hombres, de lo que no es más que una enfermedad general del espíritu? Hay tiempos en que se está condenado a la ignorancia por la falta de libros, y otros en que resulta difícil instruirse porque abundan demasiado.

Si en algún ámbito puede perdonarse la intemperancia de comentar, de discutir y de escribir, es, sobre todo, en la Jurisprudencia. No se vacilará en creerlo, si se reflexiona sobre los innumerables hilos que ligan a los ciudadanos, sobre el desarrollo y la progresión sucesiva de las materias de que el magistrado y el jurisconsulto están obligados a ocuparse, sobre el curso de los acontecimientos y las circunstancias que de tantas maneras modifican las relaciones sociales, sobre la acción y la reacción continua, en fin, de todas las

pasiones y de todos los diversos intereses. Quien vitupera las sutilezas y los comentarios, se convierte, en una causa propia, en el comentador más sutil y fastidioso.

Sin duda, sería deseable que todas las materias pudieran ser reguladas por las leyes. Pero, a falta de textos precisos sobre cada una, una costumbre antigua, constante y firmemente asentada, una no interrumpida sucesión de sentencias semejantes, una opinión o una máxima admitida, hacen las veces de la ley. Y, cuando no se cuenta con nada establecido o conocido, cuando se trata de un hecho absolutamente nuevo, hay que remontarse a los principios del Derecho natural, pues, si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita y late en cuanto puede interesar a los hombres.

Todo esto supone compilaciones, colecciones, tratados, numerosos volúmenes, en fin, de investigaciones y disertaciones.

En este dédalo, el pueblo —se dice— no puede distinguir lo que debe hacer de lo que debe evitar para lograr la seguridad de sus bienes y de sus derechos.

Pero, incluso el código más sencillo, ¿estaría al alcance de todos los sectores sociales? ¿No estarían perpetuamente ocupadas las pasiones en deformar su verdadero sentido? ¿No se precisa cierta experiencia para aplicar sabiamente las leyes? ¿Cuál es, por lo demás, la nación a la que

hayan bastado durante largo tiempo leyes simples y poco numerosas?

Sería un error, pues, pensar en la existencia de un cuerpo de leyes que hubiera proveído por anticipado a todos los casos posibles y que, sin embargo, estuviese al alcance del vulgo.

En el estado de nuestras sociedades, harta fortuna es que la Jurisprudencia constituya una ciencia que pueda atraer al talento, lisonjear el amor propio y despertar la emulación. Por todo ello, una clase entera de hombres se dedica a tal ciencia, y esta clase, consagrada al estudio de las leyes, ofrece consejos y defensores a los ciudadanos que no pueden dirigirse y defenderse por sí mismos, y se convierte en algo así como el seminario de la magistratura.

Harta fortuna es que haya compilaciones y una continuada tradición de usos, de máximas y de reglas, porque es, en cierto modo, necesario juzgar hoy como se ha juzgado ayer, y que no haya otras variaciones, en los juicios públicos, sino las que aportan el progreso de las luces y la fuerza de las circunstancias.

Harta fortuna es que la necesidad en que se halla el juez de instruirse, de investigar, de profundizar las cuestiones que se le someten, no le permita olvidar jamás que, si bien existen cosas libradas al arbitrio de su razón, no existe ninguna que lo esté a su mero capricho o voluntad.

En Turquía, donde la Jurisprudencia en modo

alguno es un arte, donde el bajá puede pronunciarse como quiera, en tanto que no le vinculen órdenes superiores, se ve a los justiciables no demandar ni recibir justicia más que con miedo. ¿Por qué no se experimentan las mismas inquietudes ante nuestros jueces? Porque son diestros en los asuntos, porque tienen inteligencia y conocimientos, y porque se creen sin cesar obligados a consultar los unos con los otros. Nunca se llegará a comprender cuánto suavizan y regulan el porvenir estos hábitos de ciencia y de razón.

Para combatir la potestad que reconocemos a los jueces, de resolver sobre cosas que no están determinadas por las leyes, se invoca el derecho que todo ciudadano tiene de no ser juzgado sino conforme a una ley anterior y constante.

Este derecho no puede ser desconocido. Pero, para su aplicación, hay que distinguir las materias criminales y las civiles.

Las materias criminales, que no tratan más que de determinadas acciones, son circunscritas; las civiles, no. Abarcan indefinidamente todas las acciones y todos los intereses complicados y variables que pueden constituirse en objeto de litigio entre los hombres que viven en sociedad. Consecuentemente, las materias criminales pueden ser objeto de una precisión de que no son susceptibles las civiles.

En segundo lugar, en las materias civiles la controversia se traba siempre entre dos o varios ciudadanos. Una cuestión de propiedad, o cual-

quier otra semejante, no puede quedar indecisa entre ellos. Se está forzado a un pronunciamiento; de cualquier manera que sea, es preciso terminar el litigio. Si las partes no pueden ponerse, ellas mismas, de acuerdo, ¿qué hace entonces el Estado? En la imposibilidad de darles leyes sobre todas las cosas, les ofrece, en el magistrado público, un árbitro esclarecido e imparcial, cuya decisión les impide llegar a las manos y les resulta ciertamente más ventajosa que una contienda prolongada cuyas consecuencias y cuyo término no podrían prever. El arbitrio aparente de la equidad vale en todo caso más que el tumulto de las pasiones.

Pero en las materias criminales la controversia se plantea entre el ciudadano y la sociedad, cuya voluntad no puede estar representada más que por la de la ley. El ciudadano cuyas acciones no violan la ley, no podrá, pues, ser inquietado ni acusado en nombre de la sociedad. En tal supuesto, hay algo más que una obligación de no juzgar; ni siquiera existe materia de enjuiciamiento.

La ley que sirve de título a la acusación debe ser anterior a la acción por la cual se acusa ⁶. El legislador no debe, en absoluto, golpear sin advertir: si de otro modo fuera, la ley, contrariando su finalidad esencial, no se propondría hacer mejores a los hombres, sino solamente más

⁶ El principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*).

desgraciados, lo que sería contrario a la esencia misma de las cosas ⁷.

Así, en materia criminal, donde sólo un texto formal y preexistente puede fundar la acción del juez, son menester leyes precisas, y no cabe, de ninguna manera, la jurisprudencia. De otro modo es en materia civil: en ella se requiere la jurisprudencia, porque es imposible reglar todos los problemas civiles por medio de las leyes y es necesario dar término a las disputas entre los particulares, que no podrían dejarse indecisas sin forzar con ello a cada ciudadano a convertirse en juez de su propia causa y sin olvidar que la justicia es la primera deuda de la soberanía.

Fundándose en la máxima de que los jueces deben obedecer a las leyes y que les está prohibido interpretarlas, los tribunales, en estos últimos años, reenviaban a los justiciables, mediante *référé*, al poder legislativo, cada vez que carecían de leyes o que la ley existente les parecía oscura. El tribunal de casación ha reprimido constantemente este abuso como un delito contra la justicia ⁸.

Existen dos clases de interpretación: la una, por vía de doctrina, y la otra, por vía de autoridad ⁹.

⁷ Cfr. infra, notas 10 y 23.

⁸ De denegación de justicia.

⁹ Doctrinal y auténtica.

La interpretación doctrinal consiste en captar el verdadero sentido de las leyes, aplicarlas inteligentemente y suplirlas en los casos no regulados por ellas. Sin esta especie de interpretación, ¿podría concebirse la posibilidad de cumplir la función judicial?

La interpretación auténtica consiste en resolver los problemas y las dudas por la vía de reglamentos o de disposiciones generales. Este modo de interpretar es el único que está prohibido al juez.

Cuando la ley es clara, precisa seguirla; cuando es oscura, precisa profundizar en sus disposiciones. A falta de ley, hay que recurrir a la costumbre o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural, ante el silencio, la contradicción o la obscuridad de las leyes positivas.

Forzar al magistrado a recurrir al legislador, sería admitir el más funesto de los principios; sería poner de nuevo en vigencia entre nosotros la desastrosa legislación de los rescriptos; pues, cuando interviene el legislador para pronunciarse en los asuntos nacidos y vivamente agitados entre particulares, no está más al abrigo de rebatos que los tribunales. Se debe temer menos el arbitraje reglado, tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado y está sometido a la acción por prevaricación, que el arbitraje absoluto de un poder independiente que no responde ante nadie.

Las partes que tratan entre sí de una materia que la ley positiva no ha definido, se someten a las costumbres recibidas o, en su defecto, a la equidad universal. Así, pues, comprobar algo referente a una costumbre y aplicarla a una disputa privada, es realizar un acto judicial y no un acto legislativo. La aplicación misma de esta equidad o de esta justicia distributiva, que acompaña y que debe acompañar, en cada caso particular, todos los hilos por los cuales una de las partes litigantes obliga a la otra, no puede pertenecer jamás al legislador, ministro únicamente de esta justicia o de esta equidad general que, sin hacer acepción de ninguna circunstancia particular, abraza la universalidad de las cosas y de las personas. Las leyes que intervinieran en los asuntos privados serían sospechosas, a menudo, de parcialidad, y serían siempre retroactivas e injustas para aquellos cuyo litigio hubiera precedido a dicha intervención.

Además, el recurrir al legislador entrañaría prolongaciones fatales para el justiciable, y, lo que es peor, comprometería la sabiduría y la santidad de las leyes.

En efecto, la ley estatuye para todos; considera a los hombres en su generalidad, jamás como individuos singulares; no debe mezclarse nunca en los hechos individuales ni en los pleitos que dividen a los ciudadanos. Si fuese de otro modo, habría que hacer diariamente nuevas leyes; su multitud sofocaría su dignidad y perjudicaría su

observancia. El jurisconsulto quedaría sin funciones, y el legislador, arrastrado por los detalles, presto no sería más que un jurisconsulto. Los intereses particulares asediarian la potestad legislativa, desviándola a cada instante del interés general de la sociedad.

Hay una ciencia para los legisladores, como hay otra para los magistrados; y la una no se parece a la otra. La sabiduría del legislador consiste en encontrar, en cada materia, los principios más favorables al bien común: la del magistrado es poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis particulares; estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata, y no exponerse a ser una y otra vez esclavo y rebelde, desobediéndola por espíritu de servidumbre.

Es preciso que el legislador vigile la jurisprudencia: puede ser iluminado por ella y puede, por su parte, corregirla, pero es necesario que haya una. En esta inmensidad de cuestiones diversas, que componen las materias civiles y cuyo juzgamiento, en la mayoría de los casos, requiere menos la aplicación de un texto preciso, que la combinación de varios textos que conducen a la decisión, aunque ninguno de ellos por separado la contenga, no se puede prescindir de la jurisprudencia ni de las leyes. Así, abandonamos a la jurisprudencia los casos raros y extraordinarios que no cabrían en el plan de una legislación razonable, los detalles demasiado variables y demasiado contenciosos que no deben, en absoluto,

ocupar al legislador, y todos los problemas que inútilmente se esforzaría en prever o que una previsión precipitada no podría definir sin peligro. A la experiencia incumbe ir colmando los vacíos que dejamos. Los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo, mas, hablando con propiedad, no acaban de hacerse jamás.

Nos ha parecido útil comenzar nuestros trabajos por un libro preliminar: *Del Derecho y de las leyes en general*.

El Derecho es la razón universal, la suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas ¹⁰. Las leyes son o no deben ser sino el Derecho reducido a reglas positivas, a preceptos singulares.

El Derecho es moralmente obligatorio, pero, por sí mismo, no importa coerción alguna; él dirige, las leyes ordenan; él sirve de brújula, y las leyes, de compás.

Los diversos pueblos, en sus recíprocas relaciones, viven bajo el solo imperio del Derecho; los miembros de cada pueblo son regidos, en cuanto hombres, por el Derecho, y en cuanto ciudadanos, por las leyes.

El Derecho natural y el Derecho de gentes no difieren en nada por lo que hace a su substancia, sino solamente en su aplicación. La razón, en tanto gobierna ilimitadamente a todos los hom-

¹⁰ Cfr. supra, nota 7, e infra, nota 23.

bres, se llama Derecho natural, y en las relaciones de pueblo a pueblo se llama Derecho de gentes.

Si suele hablarse de un Derecho de gentes natural y de un Derecho de gentes positivo, es para distinguir los principios eternos de justicia, que los pueblos no se han dado y a los cuales están sometidos tanto las diversas ligas nacionales como las menores naciones individualmente consideradas, de las capitulaciones, los tratados y las costumbres, que son obra de los pueblos.

Echando una mirada a las definiciones que la mayoría de los jurisconsultos ha dado de la ley, advertimos cuántas de ellas son defectuosas. No proporcionan ningún criterio para apreciar la diferencia que existe entre un principio moral y una ley del Estado.

En cada comunidad, la ley es una declaración solemne de la voluntad del soberano sobre un objeto de interés común.

Todas las leyes se refieren a las personas o a los bienes de utilidad para las personas.

Aun tratando únicamente de las materias civiles, importa también dar una noción general de las diversas clases de leyes que rigen a un pueblo, pues todas las leyes, de cualquier orden que sean, guardan entre sí relaciones necesarias. No hay ninguna cuestión de carácter privado en la que no entre alguna mira de la administración pública, como no hay ninguna materia de naturaleza pública que no tenga más o menos contacto