

dores, y por haber convertido de esta manera en una ciudad lo que ántes era el mundo entero (1). Sin embargo, no nos formemos ilusiones acerca de los resultados de la Constitucion Antonina. Aunque el muro de separacion que dividia á los pueblos en otro tiempo enemigos fué derribado y abolida la distincion de los vencedores y de los vencidos, subsistia la diferencia entre la condicion de romano y la de extranjero. No habian sido destruidas las preocupaciones contra los Bárbaros; únicamente habian cambiado de objeto; el círculo de la ciudad se habia ensanchado inmensamente, pero los que se encontraban fuera de esta ciudad eran siempre enemigos, como en tiempos de las Doce Tablas.

### § II.—El derecho civil.

#### N.º 1.—El derecho estricto y el derecho de gentes.

El derecho civil es la expresion más perfecta del genio romano. Roma fué iniciada en la filosofía y en la poesía por la Grecia, pero esta importacion extranjera conserva siempre su carácter de copia; los Romanos son originales solamente en la jurisprudencia (2). Los jurisconsultos del Imperio son para la ciencia del derecho lo que los poemas de Homero y los diálogos de Platon son para la poesía y la filosofía. ¡Cosa admirable! Nuestros sentimientos no son ya los de los poetas de la antigüedad; nuestros sistemas filosóficos difieren de los de la Academia y del Pórtico; mientras que el derecho romano gobierna todavía al mundo, y aún ha extendido su imperio y rige á los pueblos germánicos que las legiones no habian podido subyugar. Prueba evidente del espíritu de universalidad que constituye el rasgo característico de la dominacion romana.

(1) ITINER., I, 65 y sig.—C. CLAUDIAN., *Stil.* III, 150 y sig., y otros autores citados por SPANHEIM (II, 6).

(2) LEIBNITZ dice de los jurisconsultos romanos: «*Ego semper admiratus sum scripta veterum jurisconsultorum romanorum.... Romani in omni genere doctrinæ Græcis cedunt.... In una jurisprudentia regnant, eaque in re una omnes populos, quod constat, vicerunt*» (*Oper.*, ed. Dutens, t. IV, 3.ª parte, p. 267).

Lo mismo en el derecho civil que en las relaciones internacionales, el punto de partida de Roma es el espíritu más exclusivo. La familia no se funda en el afecto ni en los vínculos de la sangre; quien domina en ella es la fuerza representada por el hombre, marido y padre. Nuestras leyes hablan del *poder* del marido; entre los Romanos el padre de familia es una *majestad* (1). La mujer sujeta al poder es considerada como la hija de su esposo; él es el señor absoluto de su persona y de sus bienes; es su juez, aún cuando no esté bajo su potestad; puede, en un tribunal doméstico, condenarla á muerte.

«La patria potestad, dice el jurisconsulto *Gayo*, es propia del pueblo romano; no hay padres que tengan sobre sus hijos un poder tan amplio como el nuestro.» En efecto, el padre tiene el derecho de vida y muerte sobre sus hijos; puede abandonarlos, puede venderlos. Este poder terrible ha sido ejercido más de una vez con una severidad tal que hoy nos parece atroz.

En cuanto á los derechos sobre las cosas, las ideas romanas son tan mezquinas, tan exclusivas como su ciudad. En el origen, el territorio de la ciudad de Roma era el único susceptible de una verdadera propiedad (2). El suelo italiano participó bien pronto de este privilegio. Pero la propiedad organizada segun el derecho civil se encerraba en los límites de la Italia. Una ficcion suponía que el suelo provincial pertenecía al pueblo romano, mientras que los ocupantes no tenían más que la posesion. Esta posesion es, á la verdad, perpétua; es una especie de propiedad, pero no es la propiedad romana (3).

Tal vez donde irrita más el espíritu formalista del antiguo derecho es en las obligaciones. En el seno de una civilizacion poco adelantada, se concibe en rigor el reinado de la fuerza bruta pesando sobre los seres débiles, las mujeres y los niños; pero se inclina uno á creer que en aquellas remotas edades presidia la buena fe más absoluta á las relaciones de los individuos. ¿Qué hemos de decir, pues, de aquel derecho, segun el cual no es la

(1) LIV., XXXIV, 2: «*ius et majestas viri.*»

(2) GIRAUD, *Investigaciones acerca del derecho de propiedad entre los Romanos*, t. I, p. 278.

(3) GAJ., II, 7, 40, 27, 46.—ULPIAN., XIX, 4.

conciencia ni la justicia las que obligan al hombre, sino la letra de una fórmula? Todo lo que no está contenido en las palabras de la fórmula sacramental se considera como no prometido. El disimulo llevado hasta el fraude no vicia el contrato (1).

Tal era la organizacion de la familia y de la propiedad segun el derecho estricto. Los filósofos la han combatido rudamente. *Hegel* dice que en Roma las relaciones de familia no eran las del sentimiento y del afecto; que dominaban en ellas la fuerza, la dureza y la dependencia. El filósofo alemán censura, como contraria al derecho y á la moral, la patria potestad, que degrada á los hijos hasta el punto de convertirlos en cosas; esta esclavitud es á sus ojos una de las mayores manchas de la legislacion romana (2). Un sucesor de los Gayos y de los Ulpianos, *Savigny*, ha tomado la defensa de aquel antiguo derecho, en cuyos misterios ha penetrado con tanta sagacidad: «No debemos juzgar, dice, de las relaciones de familia segun las leyes solamente, sino que debemos tener también en consideracion las costumbres, que son como un suplemento del derecho. Es cierto que en los tiempos antiguos el poder del padre diferia poco del derecho de propiedad; pero en la realidad ningun pueblo de la antigüedad ha rodeado á la mujer de tanto respeto como los Romanos; y en una organizacion republicana, que admitia á los hijos de familia al ejercicio de los derechos políticos, es difícil creer que la patria potestad haya degenerado en tiranía» (3).

¿Quién tiene razon, los filósofos ó los jurisconsultos? El jefe de la escuela histórica olvida que el derecho, sobre todo el antiguo derecho romano, es la expresion de las costumbres: ¿cómo, pues, las costumbres habian de ser superiores al derecho? Puede presentarse otra objecion á los filósofos, y es que juzgan el derecho de Roma bajo un punto de vista absoluto, segun las ideas modernas. Si lo hubiesen comparado con el derecho de los pueblos que precedieron á los Romanos, hubieran hallado en él un progreso. Entre los Griegos, el matrimonio no tiene más que un fin políti-

(1) CICERO, *De Orat.*, I, 57; *De Offic.*, III, 16.

(2) HEGEL, *Philosophie der Geschichte*, p. 349; *Naturrecht*, § 43, 175.

(3) SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, t. I, § 54, 55.

co, el de proporcionar al Estado ciudadanos vigorosos; de aquí las irritantes prescripciones de la legislacion lacedemonia que admira hallar en la República de Platon. Entre los Romanos, el matrimonio es la comunión de la vida (1). Si en lo interior de la familia desaparece la mujer ante la omnipotencia del marido, fuera de la casa conyugal la matrona es rodeada de consideracion y respeto. Al reconocer en la familia romana la superioridad sobre la familia griega, creemos hacerle la justicia debida; pero debemos decir con los filósofos que la fuerza y un formalismo estrecho caracterizan el derecho estricto de la antigua Roma.

¿Cómo un derecho exclusivo, bárbaro, se ha desarrollado y modificado hasta el punto de haber merecido ser llamado la razon escrita? Es menester buscar la causa principal de esta revolucion en las extensas relaciones que la guerra estableció entre Roma y los demas pueblos. El contacto de los hombres ensanchó sus ideas. A medida que las legiones alcanzaron sus conquistas, se formaron entre los Romanos y los extranjeros relaciones de interes; aumentando el número de los extranjeros, fué preciso establecer un magistrado especial para juzgar sus asuntos. Los Romanos adquirieron así el conocimiento de las leyes que regian á los pueblos, cada día más numerosos, con quienes sus victorias les ponian en comunicacion. Notaron que entre estas leyes y las de Roma habia un elemento comun; lo calificaron de *derecho de gentes*, porque se encontraba en todas las naciones (2). Habiéndose desarrollado este derecho de una manera uniforme entre pueblos que no tenian relacion alguna entre sí, debia tener su origen en las nociones de lo justo y de lo injusto, innatas en el hombre (3). Es, en otros términos, el derecho natural ó filosófico (4). Era imposible que

(1) *Viri et mulieris conjunctio, individuum vitæ consuetudinem continens; ó omnis vitæ consortium; ó divini et humani juris communicatio* (GELL., I, 6; IV, 3.—DION. CASS., LVI, 8.—LIV., I, 9).

(2) *Omnes homines, omnes gentes, gentes humanæ* (GAJ., I, 1.—L. 9, L. 1, § 4, D. I, 1).—SAVIGNY, *System.*, § 22.

(3) Esto es lo que llaman los jurisconsultos *naturalis ratio* (GAJ., I, 1, 189; II, 66, 69, 79.—L. 9, D. I, 1.—C. L. 1, pr. D. XLI, 1): «*Antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est.*»

(4) Los jurisconsultos romanos confundían algunas veces el *jus gentium* y el *jus naturale* (SAVIGNY, § 22, t. I, p. 113).

coexistiesen el derecho de las naciones y el derecho de Roma sin que el derecho estricto sufriese la influencia del derecho general de la humanidad. Los elementos extranjeros se mezclaron á las ideas romanas; lo que habia de estrecho en la jurisprudencia nacional, fué modificado por la accion lenta del tiempo y de las costumbres. Los pretores, armados de una especie de poder legislativo (1), fueron los que combinaron las ideas nuevas con las costumbres antiguas.

Así, pues, debemos atribuir los progresos del derecho al contacto de los Romanos con los pueblos extranjeros. De las conquistas de Roma nació ese espíritu universal, cosmopolita, impreso en el derecho romano y que ha hecho de él como el código de la humanidad. Pero la equidad no triunfó sin combate. Los patricios se habian opuesto con terquedad á la concesion de la ciudadanía á los plebeyos y á los Italianos. El antiguo derecho opuso una resistencia más tenaz todavía á las invasiones del derecho de gentes. Los partidarios de la equidad se vieron obligados á emplear rodeos. De aquí aquellas creaciones del derecho pretorio que tan singulares nos parecen; introducía restricciones en el derecho civil por medio de *excepciones*; declaraba nulos actos por otra parte validos, concediendo *restituciones*; suponía ciertas circunstancias imaginarias, *ficciones*, para salvar el rigor del antiguo derecho. Los pretores tuvieron cuidado de no tocar á la familia, á la propiedad, á las obligaciones tales como las habia organizado el derecho estricto. Pero al lado del matrimonio civil crearon un matrimonio válido, segun el derecho de gentes; al lado del parentesco romano, un parentesco natural; al lado de la propiedad *quiritaria*, el dominio *bonitario*; al lado de las formas severas de la estipulacion, formas libres y accesibles á los extranjeros (2).

La equidad halló un poderoso auxiliar en la filosofía griega. Había una secta cuyas tendencias arrogantes, pero un poco rígidas, se acomodaban admirablemente al genio romano; los estóicos tuvieron numerosos partidarios en Roma. Alimentados con las

(1) El derecho pretorio era más bien derecho de costumbre que ley (SAVIGNY, t. I, p. 118).

(2) SAVIGNY, *System.*, t. I, p. 112.

doctrinas cosmopolitas del Pórtico, no vieron los jurisconsultos en los rigores del derecho estricto más que iniquidades (1); hicieron prevalecer las reglas eternas de justicia, que eran el fondo del derecho de gentes. Compárense las ideas de *Ciceron* sobre el derecho, con la ley de las Doce Tablas, y se verá qué inmensa revolucion se habia verificado: «No es en las Doce Tablas, dice, ni aún en el edicto del pretor donde debemos buscar la ciencia del derecho, sino en las profundidades de la filosofía. Para encontrar la fuente de las leyes y del derecho, debemos investigar el fin para que hemos nacido, cuál es la relacion de los hombres entre sí y cuál la sociedad natural. Así descubriremos una ley suprema, propia para todos los siglos, ántes que hubiese ninguna ley escrita, ántes que hubiese sido fundada toda ciudad. Este derecho universal tiene su fundamento en la naturaleza del hombre; el derecho particular, que llamamos derecho civil, no es más que una parte de aquél» (2).

En tiempos del Imperio, los jurisconsultos se sentaron en los consejos de los príncipes. ¿Qué cambios provocaron en la condicion legal de las mujeres, de los hijos, de los extranjeros, de los esclavos? Los padres conservaban siempre el derecho de vida y muerte, pero las costumbres rechazaban estos restos de una horrible antigüedad (3). No se sabe la época precisa en que fueron despojados de su terrible poder; es probable que hubiese caído en desuso, cuando el emperador Alejandro Severo redujo el derecho de correccion á castigos moderados (4). Lo mismo sucedió con el poder que tenía el padre de vender sus hijos. El emperador Adriano califica una venta parecida de accion contraria á la ley y á la moral (5). Diocleciano habla de la abolicion de este derecho como de una cosa corriente (6). Sin embargo, quedaron vestigos hasta los últimos tiempos del Imperio; se admitía que un padre, agobiado por una extremada pobreza, podía vender á su hijo recién

(1) *Juris iniquitates* (GAJ., III, 25).

(2) CICER., *De Legg.*, I, 5, 6.

(3) *Horrida antiquitas* (TACIT., *Ann.*, IV, 16.—SENEC., *De Clement.*, I, 14).

(4) L. 3, C. VIII, 47.—HEINECC., *Antiq. Rom.*, lib. I, tit. IX, § 8.

(5) L. I, C. VII, 16. C. L. 39, § 3, D. XXI, 2; L. 5, D. XX, 3.

(6) L. I, C. IV, 43.—HEINECC., *Antiq.*, L. I, t. IX, § 9.

nacido (1). Este derecho fué ejercido aún en tiempo de los emperadores cristianos. El abandono de los hijos fué todavía más difícil de extirpar, porque encontraba una excusa en la miseria que iba creciendo. Trajano mandó que el hijo expósito fuese libre (2). El jurisconsulto Paulo asimiló á un asesino á aquel que confiaba su hijo á una misericordia que él mismo no tenía (3). Estaba reservado al cristianismo el abolir esta bárbarie pagana, último resto de la antigua patria potestad.

El emperador Claudio era el protector de todos los seres débiles. Él defendió la causa de los extranjeros en el Senado; él dulcificó la suerte de los esclavos; él comenzó también la emancipación de las mujeres, librándolas de la tutela de los agnados (4). Las mujeres quedaron sometidas á la tutela que el derecho civil les imponía en razón de la debilidad de su sexo; pero los jurisconsultos confesaban que no podía darse razón alguna en pro de esta institución (5). No se encuentra vestigio de una ley que haya quitado al marido el derecho de vida y muerte: estando la esposa bajo su poder asimilada á la hija, es probable que el poder del marido se suavizase á la par que el del padre.

La emancipación de los hijos y de las mujeres no es más que una de las fases de la revolución que tuvo lugar bajo el Imperio en favor de todos los seres oprimidos por el antiguo derecho. Hemos visto el círculo de la ciudad extendiéndose y recibiendo á los súbditos provincianos. La unidad romana se ha realizado, pero los Bárbaros y los esclavos quedaron excluidos. ¿Cuál era la condición de aquellas razas proscritas?

#### N.º 2. — *El derecho de los extranjeros.*

La ley de las Doce Tablas declaraba al extranjero sin derecho. Las relaciones que se establecieron entre Roma y los pueblos con-

(1) PAUL., *Sent.*, v, I, 1.

(2) STOB., *Floril.*, LXXV, 15; LXXXIV, 21.—PLIN., *Epist.*, x, 72.

(3) L. 4. D. XXV, 3.

(4) GAJ., I, 157, 117.

(5) IBID., I, 190.

quistados mitigaron el rigor de esta exclusión sin destruirlo. Cuando no había algún tratado de hospitalidad ó de amistad, las personas y los bienes no gozaban de garantía alguna: «Las cosas pertenecientes á los Romanos, dice un jurisconsulto, que caen en poder de los extranjeros, se hacen de su propiedad, y los hombres libres que cogen se convierten en esclavos. Lo mismo sucede con los bienes y las personas de que se apoderan los Romanos» (1). Verdad es que se hace mención de extranjeros á quienes alcanza la protección de las leyes, pero éstos eran los ciudadanos de los estados aliados, y ántes del edicto de Caracalla, los habitantes de casi todas las provincias; en este número se encontraban también los Romanos que habían perdido la ciudadanía como consecuencia de una pena, y cierta clase de libertos (2). En cuanto á los extranjeros propiamente dichos, los Bárbaros, no se ocupa de ellos el legislador; lo que vamos á decir del derecho de los extranjeros no se aplica más que á los primeros.

Los Romanos expresan con las palabras *commercium*, y *connubium* el conjunto de los derechos civiles de que gozan los ciudadanos. Aquel que no tiene el *commercium* no puede adquirir la propiedad romana, ni contraer obligaciones que tengan su origen en el derecho civil de Roma; no puede testar, ni recibir una herencia ó un legado. El *connubium* es el derecho de contraer matrimonio con todos los efectos que le concede el derecho civil. Estos efectos son considerables; el justo matrimonio es una condición esencial para el ejercicio de la patria potestad; de ella depende la agnación y solamente los agnados son llamados á la sucesión. Los extranjeros no tenían ni el *connubium* ni el *commercium* (3).

Tal era el rigor del derecho estricto. El derecho de gentes introdujo, en favor de los extranjeros, una de esas transacciones tan frecuentes en Roma entre el derecho civil y la equidad ó las necesidades de la vida práctica (4). Fueron admitidos á contraer matrimonio; el pretor creó una propiedad á la cual podían aspirar. En las obligaciones, la fuerza de las cosas triunfó sobre la

(1) L. 5, § 2, D. XLIX, 15.

(2) SAVIGNY, *System.*, § 66.—SPANHEM, *Orig., Rom.*, II, 22.

(3) IBID., *System.*, § 64.—ULP., XIX, 5.—GAJ., II, 40; III, 93, 94.

(4) IBID., *System.*, t. II, p. 40 y sig.