

sistema de la Iglesia, expresados y difundidos con los métodos y lenguaje del derecho. De este modo el derecho, aunque dedicado á expresar los pensamientos, tuvo necesariamente que dar á éstos su carácter. Por eso se distingue tanto en los primeros escritos de moral del mundo moderno, el sello de los conceptos jurídicos: y, á mi juicio, es evidente que el derecho de contratos, fundado en la reciprocidad y en la correspondencia indestructible de deberes y derechos, ha servido saludablemente á algunos escritores que, á falta de esa guía, hubiesen visto la obligación moral como el deber público del ciudadano en la ciudad de Dios.

El uso del derecho romano en la teología moral disminuyó al pasar ésta por los grandes moralistas españoles. Explicada por el método jurídico de los comentarios, adquirió lenguaje propio; y las razones y palabras de Aristóteles, originadas en gran parte por las discusiones de moral de las academias, reemplazaron al modo de pensar y hablar común á todos los familiarizados con el derecho. A haber subsistido el crédito de la escuela de moral de los españoles, la influencia del derecho hubiera sido escasa; pero aquel crédito se destruyó casi del todo con las conclusiones obtenidas por la generación siguiente de escritores católicos. Degenerada en casuística, la teología moral perdió interés para los grandes pensadores europeos; la nueva filosofía moral, en manos de los protestantes totalmente, se separó del camino de los teólogos morales, y la influencia del derecho romano sobre esos estudios aumentó.

«Poco después de la Reforma (1) se hallan dos grandes escuelas, dividiéndose estos estudios. La más influyente fué primero la de los casuistas, católicos todos y monjes casi todos. Al otro lado estaban los escritores unidos por descender intelectualmente todos del gran autor de *De jure belli et pacis*, Hugo Grocio. Casi todos eran protestantes, y aunque no en abierta y formal contradicción con los casuistas, el origen y fin de sus sistemas diferían esencialmente. Esta diferencia es atendible, porque de ella depende la influencia del derecho romano sobre la ciencia de las dos escuelas.»

(1) Fragmento de un artículo de S. Maine, publicado en 1856.

«El libro de Grocio, relativo todo él á moral pura, y origen directo é indirecto de muchas obras de moral, no es, sin embargo, un tratado en forma de este asunto, sino sólo un intento de definición del derecho natural. Ahora bien: sea ó no este derecho creación exclusiva de los romanos, puede afirmarse, de acuerdo con Grocio mismo, que los principios romanos, en la parte de derecho positivo considerada de naturaleza, si no son infalibles, merecen profundo respeto, al menos. Así, el sistema de Grocio está lleno de derecho romano hasta en su base, y de esto, y quizá también de la educación jurídica del autor, deriva el continuo empleo de un lenguaje y unos modos de razonar, definir y explicar que confunden el sentido de la argumentación y la debilitan para los que desconocen su origen.»

«Por su parte, los casuistas tomaron poco del derecho romano, y miraron la moral distintamente que Grocio. Toda la filosofía, bien ó mal afamada, que se llamó casuística, está en la diferencia del pecado mortal y del venial. El natural deseo de huir de las terribles consecuencias de declarar pecado mortal un acto, y el también natural de ayudar á la Iglesia católica contra la protestante, fueron las causas porque inventaron los autores de la casuística un sistema artificial de reglas de conducta, para librar, en el mayor número posible de casos, á las acciones inmorales de la categoría del pecado mortal.»

«Sabido es por la historia el resultado de esto. Como las distinciones casuísticas permitían á los sacerdotes apropiarse á todos los caracteres la dirección espiritual, adquirieron sobre los reyes, los políticos y los generales una influencia no conocida en los siglos anteriores, y contribuyeron mucho á la gran reacción que tuvo los primeros éxitos del protestantismo. Pero los casuistas, que empezaron por eludir sin establecer, y por huir de un postulado sin sentar un principio, no estudiando la naturaleza del bien y del mal, sino lo que es un mal en casos particulares, refinaron su habilidad hasta debilitar la moralidad de los actos y contradecir los instintos morales, hasta que la conciencia humana se rebeló de pronto y dió en tierra con el sistema y sus doctores.»

«El golpe, mucho tiempo suspendido, lo dió por fin Pas-

cal en sus *Cartas provinciales*, después de las que ningún moralista de importancia y crédito ha seguido á los casuistas. Entonces el campo de la ciencia moral quedó por los partidarios de Grocio y aún existen en ella señales de la mezcla de moral y derecho que unos censuran como defecto y otros consideran mérito principal de la teoría de Grocio. Después de éste, muchos han modificado sus principios, y otros, con el nacimiento de la filosofía crítica, los han abandonado totalmente; pero aun los que más se separan de sus principios fundamentales, toman mucho de él en método de exposición y modo de pensar y explicar, siquiera esto signifique poco ó nada para los que ignoran el derecho romano.»

Ya he dicho que después de las ciencias físicas, la metafísica es la menos influida por el derecho romano. Consiste en que las discusiones metafísicas se han tenido siempre en griego; primero en griego puro, y después en un latín hecho para expresar ideas griegas. Las lenguas modernas, para apropiarse las investigaciones metafísicas, han tenido que adoptar ese latín ó imitar la forma con que se produjo. El lenguaje modernamente empleado para las discusiones metafísicas es el de las traducciones latinas de Aristóteles: y en éstas, directas ó sobre versión árabe, no se aplicaban las palabras del latín análogas á las de la filosofía; sino que se hacían frases nuevas, con raíz latina, para expresar las ideas filosóficas; de este modo la influencia del derecho romano tuvo que ser pequeña; sólo entraron en el lenguaje metafísico algunas voces latinas transformadas.

Conviene notar ahora que, si no el lenguaje, el pensamiento de los problemas metafísicos que más ha estudiado Europa occidental es de origen jurídico. De lo más notable en la historia de las especulaciones, es que ningún pueblo de idioma griego ha tratado seriamente la gran cuestión del libre arbitrio y de la necesidad. No pretendo explicarlo, pero es un hecho que ni los griegos ni pueblo alguno que hablara y pensara en griego ha sido capaz de producir una filosofía del derecho. La ciencia del derecho es de creación romana, y cuando la cuestión del libre arbitrio se examina metafísicamente, toma un aspecto jurídico. No sé cómo nació la cuestión de si una consecuencia invariable es igual

que una relación de necesidad; lo que sé es que la tendencia del derecho romano, más marcado cuanto más adelantado, era considerar las causas y los efectos legales como unidos por inexorable necesidad, tendencia bien demostrada en la definición de obligación: *quo neccessitate...*

Pero el problema del libre arbitrio estaba en la teología antes que en la filosofía, y de eso nace que la jurisprudencia haya influido sus términos con ideas de derecho. Interesa aclarar esta cuestión, que nunca fué bien estudiada: determinar si el derecho ha sido un intermediario de los principios teológicos, y si dando á éstos idioma, modos de razonar y soluciones especiales para muchos problemas de la vida, ha abierto un nuevo camino á la marcha del estudio teológico.

En esta cuestión hay que referirse á lo ya aceptado por los mejores escritores sobre la savia intelectual que se asimiló primero la teología. Todos convenimos en que el griego fué el primer idioma de la Iglesia cristiana, y que los problemas por ésta suscitados los preparó la filosofía griega de los últimos tiempos. Sólo la literatura metafísica griega tenía ideas y palabras acerca de las personas, la sustancia y las naturalezas divinas. El latín y la pobre filosofía latina no podían darlas, y así las provincias occidentales ó latinas del imperio aceptaron las conclusiones de Oriente sin discusión ni examen. «La cristiandad latina, dice Mr. Milman, aceptó la creencia de que su vocabulario estrecho y estéril le impedía expresarse en términos apropiados. Sin embargo, la adhesión de Roma y Occidente, más bien era aquiescencia pasiva al sistema dogmático de la más profunda teología oriental que examen riguroso y original de sus misterios. La Iglesia latina era á la vez alumno y partidario fiel de Atanasio.»

Pero cuando la separación de Oriente y Occidente se marcó más, y las provincias latinas de éste comenzaron á tener vida intelectual propia, empezó la discusión de muchas cuestiones enteramente extrañas á la especulación oriental. «Mientras la teología griega seguía definiendo sutilmente Dios y la naturaleza de Cristo; mientras la interminable controversia se prolongaba aún, echando secta tras de secta de la ortodoxia debilitada, la Iglesia de Occi-

dente se lanzaba con ardor á disputas de otra especie, que han conservado hasta nuestros días todas las familias comprendidas en la comunión latina. La naturaleza del pecado y su transmisión hereditaria, el pago por un hombre de la deuda de otro, la necesidad y suficiencia de la reparación, y, sobre todo, el aparente antagonismo entre la predestinación y el libre arbitrio, fueron los puntos por que se apasionó Occidente tanto como Oriente por sus creencias.

¿En qué consistía que á ambos lados de la línea de separación de las provincias griegas y latinas hubiera dos clases de problemas teológicos tan visiblemente distintos? Los historiadores de la Iglesia apuntan la solución al decir que los nuevos problemas eran más prácticos, menos especulativos; pero no dan la solución completa. Es indudable que la diferencia de ambos sistemas está en el hecho de que, al pasar de Oriente á Occidente la especulación teológica, iba de un clima de metafísica griega á otro de derecho romano.

En los siglos transcurridos hasta que tuvieron importancia dominante estas controversias, toda la actividad intelectual de los romanos de Occidente se aplicó al derecho. Trataban de sujetar á una serie de principios todas las combinaciones de circunstancias de la vida; y ni aficiones ni trabajos extraños les distraían de su ocupación absorbente; para la que tenían rico y preciso vocabulario, severo método de razonamiento, un conjunto de proposiciones generales, más ó menos experimentadas, sobre la conducta de la vida, y una rígida filosofía moral. Era, pues, imposible que de las cuestiones suscitadas por la historia del cristianismo no eligieran las más afines á sus estudios habituales, y no las trataran con sus costumbres forenses.

Quienes puedan apreciar el sistema penal de aquel derecho, su teoría de la obligación nacida por contrato ó delito, su idea del nacimiento, extinción y transmisión de las deudas y su noción de la continuación de la vida en la sucesión universal, no ignoran el origen de la forma de pensamiento que hizo tan atractivos los problemas de la teología occidental, ni el del lenguaje con que se presentaron y formas con que se discutieron. Bien que el derecho que penetró el pensamiento de Occidente no era el de la antigua ciudad romana, ni el estropeado de los emperadores bizantinos, y

menos aún el conjunto de reglas, casi cubierto por los estudios especulativos modernos, que se llama derecho civil ahora, sino aquella filosofía del derecho del tiempo de los Antoninos, reproducida en parte en las Pandectas, cuyo único defecto es el de haber pretendido una elegancia, una certeza y una precisión casi imposibles para leyes humanas y sobre asuntos humanos.

Varios escritores ingleses, con una ignorancia del derecho romano que aquí espontáneamente se confiesa, á veces con vanidad, han escrito las más insostenibles paradojas sobre la condición intelectual de Roma. Se ha afirmado constantemente, sin vacilación, que desde el fin del siglo de Augusto hasta que interesaron los artículos de la fe cristiana, estuvo paralizada la energía mental del mundo culto. Ahora bien: las dos ramas de estudio, fuera de las ciencias físicas, que exigen toda la capacidad mental humana son la metafísica, que no tiene más límite que el de la misma inteligencia y el derecho, que es tan extenso, como los intereses humanos. En el período indicado, precisamente, los griegos se ocupaban en una y los romanos en otra de ambas ramas, y prescindiendo de los resultados del estudio en Alejandría y Oriente, puede afirmarse que en Roma y Occidente hubo ocupación bastante para compensar la ausencia de los demás estudios, y con resultados no indignos del incesante trabajo empleado.

Quizá solo el jurisconsulto de profesión comprende la fuerza intelectual que exige el estudio del derecho; pero aun el no jurisconsulto comprenderá fácilmente por qué en Roma se prestaba al derecho tan extraordinaria atención. Los progresos de una sociedad en el derecho dependen á la larga de las mismas causas que en otros estudios, principalmente de la proporción de inteligencia nacional aplicada á ellos y de la duración de esta ocupación. En Roma todo el conjunto de causas directas é indirectas que dan avance y perfección á las ciencias, obraron sobre el derecho desde las XII Tablas hasta la separación de los imperios; y no con intervalos, sino con fuerza continua y mayor número de pensadores cada vez.

El primer trabajo intelectual de una nación joven es el estudio de sus leyes. En cuanto el entendimiento llega á

generalizar conscientemente, se procura sujetar á reglas generales y comprensivas los intereses de la vida diaria. Este estudio, que ocupa al principio, sin límites, la energía de un pueblo joven, cesa más adelante. El derecho deja de ser la ocupación intelectual exclusiva. La turba que concurría á la audiencia matinal del gran jurisconsulto romano disminuye. Los estudiantes van en centenas, no á millares, á las escuelas de derecho inglesas. Las artes, la literatura, la ciencia, la política, reclaman su porción de inteligencia nacional, y la práctica del derecho se reduce á una profesión, no limitada ni pequeña, pero en que el afán de lucro mueve tanto como el interés científico.

Estos cambios sucesivos fueron más fuertes en Roma que en Inglaterra. A fines de la República, la única actividad de una inteligencia culta era el derecho y la milicia. En el siglo de Augusto hubo un cambio en el progreso intelectual, como en Inglaterra en tiempos de Isabel. Sabemos los genios que florecieron en verso y en prosa; y no sólo la literatura prosperó, sino que empezaron á desarrollarse otras aptitudes, para las ciencias físicas. Sin embargo, en este punto la historia del entendimiento humano en Roma dejó de seguir la marcha que ha seguido después. El corto desarrollo del arte literario romano se detuvo de pronto por muchas causas, que se conocen en parte, pero no son de este lugar. Entonces la inteligencia volvió á sus antiguas ocupaciones, y el derecho fué de nuevo el estudio más distinguido, como cuando se consideraba juegos de niños la filosofía y la poesía. Se comprenden las circunstancias exteriores que en la época imperial inclinaban al estudio del derecho, con sólo considerar las profesiones elegibles. Los hombres de valor podían ser profesores de retórica, comandantes de un puesto fronterizo y redactores de panegíricos: fuera de esto no quedaba más que la práctica de la jurisprudencia, único medio por que se llegaba á la fortuna, á la reputación, á los puestos, al consejo imperial y hasta al trono.

Tan enormes eran estas ventajas, que había escuelas de derecho en todas las partes del imperio; aun en las que pertenecían á la metafísica. Pero aunque el paso del imperio de Bizancio dió visible impulso en Oriente al derecho,

éste no destruyó los demás estudios que allí le hacían competencia. Su lenguaje, el latín, era extranjero en Oriente. Sólo en Occidente el derecho sirvió de alimento á los hombres ambiciosos, á los de elevadas aspiraciones y á toda la actividad intelectual.

La filosofía griega nunca fué más que afición pasajera y de moda para los hombres cultos de Roma; y al dividirse el imperio y crearse una capital nueva, las provincias de Occidente abandonaron los estudios griegos y se dedicaron al derecho sólo. En cuanto abandonaron las enseñanzas griegas y empezaron á tener teología propia, la llenaron de ideas y de fórmulas jurídicas. Indudablemente este fondo jurídico de la teoría occidental es muy profundo. Nuevas teorías griegas, la filosofía de Aristóteles, entraron más tarde en Occidente, casi envolviendo las doctrinas indígenas: pero al librar la Reforma al Occidente de esa influencia, el derecho romano recobró su puesto. No se sabe qué sistema religioso, el calvinista ó el arminiano, tiene más señalado carácter jurídico.

La gran influencia del contrato romano en el derecho moderno respectivo pertenece, más que á este libro, á una historia del derecho perfeccionado. No se notó hasta que la escuela de Bolonia fundó la ciencia del derecho moderno; pero la importancia de la idea desarrollada del contrato fué anterior. El feudalismo queda dicho que era una mezcla de costumbres primitivas y derecho romano: sólo así se le explica. Sus primeras formas sociales difieren poco de las que se hallan por doquiera en las asociaciones primitivas. El feudo era una corporación de asociados, con una mezcla incomprensible de los derechos personales y de propiedad; algo como la comunidad de villa india y el clan de las montañas. Pero presentaba otros fenómenos que no tienen las asociaciones espontáneas de los novicios de la cultura.

Las verdaderas comunidades primitivas no se sostienen por reglas, sino por sentimiento, ó más bien por instinto: los agregados á la asociación participan de este instinto, pretendiendo erróneamente participar del parentesco de sangre que le origina. Pero las primeras comunidades feudales no dependían del sentimiento ni de la ficción; el lazo

que las unía era un contrato, y por contrato entraban los nuevos asociados. La relación del señor y los vasallos se determinaba en su origen por un pacto expreso, y el que entraba por recomendación ó infeudación sabía expresamente en qué condiciones le admitían.

La diferencia del feudalismo y de las instituciones primitivas estriba, por tanto, en el contrato. El señor tenía analogías con el patriarca, pero estaba sujeto á multitud de costumbres, originadas de las condiciones del convenio en que la infeudación se hizo. De aquí proceden sus principales diferencias con las comunidades primitivas. El feudalismo es más variado y más duradero; más duradero, porque las reglas formales duran más que las costumbres instintivas: más variado, porque los contratos originales se regulaban detalladamente, según la situación y los deseos de quienes daban ó abandonaban las tierras.

Esto obliga á rectificar las opiniones vulgares sobre el origen de la sociedad moderna. Se dice que los aspectos variados é irregulares de nuestra civilización se deben al genio exuberante y fantástico de los germanos, contrario á la tosca rutina del imperio romano. Pero lo cierto es que éste ha legado á la sociedad moderna la idea jurídica á que se deben esas irregularidades, porque si algún carácter seguro tienen las costumbres é instituciones bárbaras, es la excesiva uniformidad.

## CAPITULO X

### HISTORIA PRIMITIVA DE LOS DELITOS Y LOS CRÍMENES

Los Códigos teutónicos, incluso los de nuestros antepasados anglosajones, son los únicos cuerpos del derecho primitivo de cuyas dimensiones podemos formar idea exacta. Aunque de los fragmentos de Códigos romanos y helénicos que tenemos se deduce su carácter general, no son tan importantes que nos aseguren de su extensión ni de la proporción de sus partes. Pero, en suma, todas las colecciones conocidas de leyes antiguas se distinguen claramente de los sistemas perfeccionados de derecho en la desproporción de las leyes civiles y criminales. En los Códigos germanos las disposiciones de derecho civil son insignificantes al lado de las de derecho criminal. Las tradiciones sobre las atroces penas del Código de Dracón parecen indicar el mismo carácter. Sólo en las XII Tablas, producidas por la sociedad de mayor genio jurídico y de más dulces costumbres primitivas, las disposiciones del derecho civil ocupan más lugar, como en los Códigos modernos; de todos modos, fué grande, aunque no enorme el espacio de las disposiciones penales.

Cabe afirmar que cuanto más antiguo es un Código más número y minuciosidad tienen sus preceptos penales. Algunos explican este fenómeno, con cierta exactitud, por la violencia que existía en las sociedades al empezar á escribir sus leyes; el legislador, dicen, dividió su obra conforme á la frecuencia de los accidentes de la vida bárbara. Sin embar-