

ION

AHRENA

BY RECHY

ROMAN

K239

A4

011548

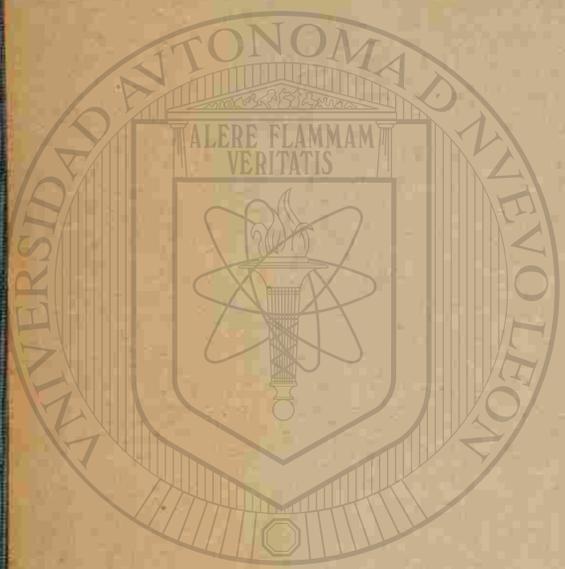


1080018509

ALERE FLAMMAM
EX LIBRIS

HEMETHERII VALVERDE TELLEZ

Episcopi Leonensis



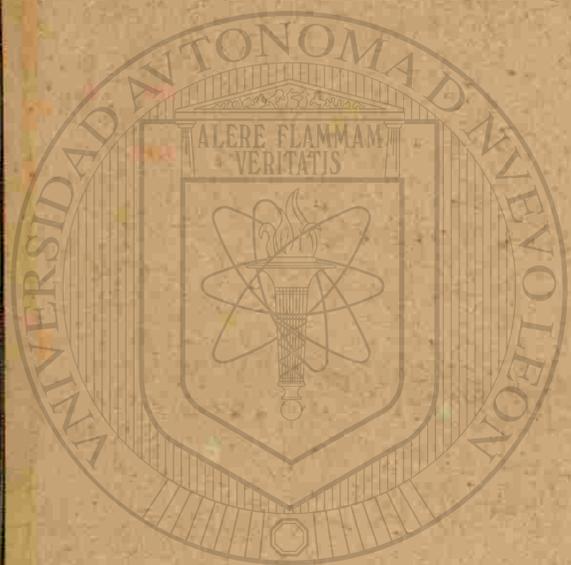
U A N L

PROCOPIO LUCAS
PUESTO DE LIBROS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





COMPENDIO

DE LA

HISTORIA DEL DERECHO ROMANO.

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



Capilla Alfonsina
Biblioteca Universitaria

ENRIQUE AHRENS.

COMPENDIO
DE LA
HISTORIA DEL DERECHO ROMANO.

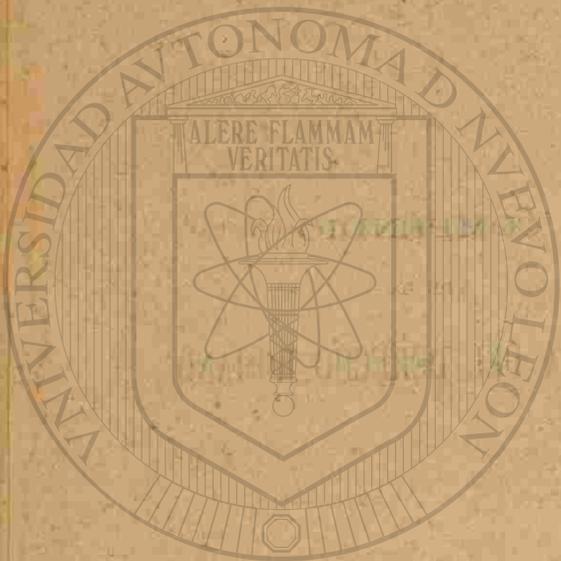
VERSION DIRECTA DEL ALEMAN,

CON NOTAS CRÍTICAS

POR

F. GINER, G. DE AZCÁRATE Y A. G. DE LINARES,

PROFESORES EN LA INSTITUCION LIBRE DE ENSEÑANZA.



DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

Biblioteca General



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FONDO EMERGENCIAS
VALVERDE Y TELLES

MADRID:
LIBRERÍA DE VICTORIANO SUÁREZ, JACOMETREZO, 72.

1879.

47659

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEON
Biblioteca Verde y Tellez

K239

A4



FONDO EMETERIO
VALVERDE Y TELLEZ

IMP. DE J. M. PEREZ, CORREDERA BAJA, NÚM. 41.

ADVERTENCIA DEL EDITOR.

El siguiente COMPENDIO forma parte del tomo II de la *Enciclopedia jurídica* de Ahrens, cuya publicación con tanto éxito ha comenzado en España. Como el lector verá, abraza al par la historia interna y externa del Derecho romano; y tanto por su indudable importancia, cuanto por sus proporciones, el Editor cree haber prestado un servicio con su publicación independiente, ya á la cultura jurídica en general, ya con especialidad á nuestra enseñanza, falta hoy de un resúmen de esta asignatura, conforme al estado actual de la ciencia.

La traducción de este libro, como la de toda la *Enciclopedia*, ha sido hecha directamente del alemán por los Sres. D. Francisco Giner y don Augusto G. de Linares. Las notas señaladas (N. T.) pertenecen al primero; las que llevan la indicación (A.) son debidas á D. Gumersindo de Azcárate: unas y otras tienden á completar la obra del autor, según lo exigen los últimos y más recientes progresos.

011549



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

PRELIMINAR.

DIFERENCIA ENTRE LA CONCEPCION BIOLÓGICA
Y JURÍDICA DE LOS GRIEGOS Y LA DE LOS ROMANOS (1).

Los griegos y los romanos, razas ambas arias (indo-europeas), inmigradas á Europa en tiempos prehistóricos, muestran en muchos respectos tan grande afinidad, que todavía investigadores reputados de los últimos tiempos llegan á suponer se derivan de un tronco comun, los antiguos pelasgos. Esta hipótesis es innecesaria (2). Pero las dos familias han cumplido en la historia la mision comun de abrir camino al libre desarrollo del espíritu humano, desatando los lazos que lo encadenaban en Oriente. Como las tribus emigrantes, en general, abandonan muchas ideas é instituciones de su primera pátria, tuvieron éstas por necesidad que perder y modificar gran número de cosas durante aquella larga peregrinación, favo-

(1) Comp. sobre este punto á HEGEL, *Filosofía de la Historia* (en aleman); GANS, *Derecho de sucesion* (al.); STAHL, *Filosofía del Derecho* (al.), t. I, p. 33, y t. II, p. 393; UNGER, *El matrimonio en su desarrollo histórico* (al.), p. 92, etc.

(2) Véase capítulo I, §. 1.

table á la libertad; y así los griegos y los romanos, hasta donde cabe seguir sus huellas en la historia, entran en escena con otra concepcion del mundo y de la vida.

En comparacion con el Oriente, aparece esta concepcion como su antítesis. Mientras que allí, la vida presente con sus límites, sólo se comprende por su relacion á lo divino y la vida ulterior (1), aquí se invierte el punto de vista, se coloca el centro en esta vida, sustantiva, que se basta á sí propia, bella, grata, radiante, y por respecto á la cual aparece la otra como un reino de sombras, triste y oscuro; y se emprende su desenvolvimiento con ánimo y vigor, luchando con energía y bravura. En este desenvolvimiento, vá penetrando más cada vez en la conciencia y en la aplicacion el principio de la personalidad, de la libertad, del derecho del hombre. Quedan, es verdad, todavía en la religion ciertas ideas fundamentales, comunes á las tribus arias; pero así como éstas, probablemente en su emigracion, se escinden y dispersan, así tambien el politeismo se enlaza preponderante é íntimamente á la vida política; el Uno y Eterno, que existe sobre toda pluralidad y la domina, se concibe tan

(1) El autor mismo (*Enciclop. jur.*, t. I, p. 263. Ed. española) niega que la concepcion de todos los pueblos orientales tenga este carácter predominantemente religioso. De sus propias palabras (*id.*, p. 309), seria difícil colegir que el pueblo chino, por ejemplo, concibiese la vida en esta subordinacion á lo divino.—(G.)

sólo como destino, hado, igualmente superior á los dioses particulares.

La distincion entre los griegos y los romanos, en punto á su concepcion biológica y jurídica, nace del diverso modo de pensar y sentir de ambas razas, en las que aparecen fuerzas intelectuales innatas, enteramente distintas. El espíritu griego comprende la vida, merced á la fuerza unitaria de la razon y de la fantasia plástica, en íntimo enlace del todo con las partes: aquel, como lo superior y éstas en subordinacion, pero con relativa sustantividad y derecho. Cuanto contempla en el mundo de la Naturaleza, en el cual no ve ya la señal de otra esfera superior, mas tan solo su propia belleza, en cuyo seno respira libremente, otro tanto pretende representar en el mundo intelectual y moral, bajo el carácter de la libertad. El Cosmos (1) viene á ser el principio director de la vida. De aquí resulta tambien el sentido artístico, estético y especialmente plástico de los griegos, con el cual se enlaza tambien—cosa frecuente en el espíritu artista—una gran volubili-

(1) Sobre el Κοσμος de los Estados dorios, V. MÜLLER, *Los dorios* (al.), 2, 5, 6.—UNGER, obra citada p. 55, señala el pasaje de Tucídides (2, 11), en que el rey Arquidamo exclama: "lo más bello y duradero es que la pluralidad se muestre sirviendo á un cosmos"; y hace observar que "los espartanos celebraban tanto á Licurgo por haber ordenado de este modo el cosmos (HEROD. 1, 65); y llamaron, por honor, á su hijo Eucosmos." (PAUS., 3, 16.)

dad; y se concibe que Aristóteles haya podido definir en general la poesía como la libre imitación de la Naturaleza. Este carácter explica por qué en Grecia había de llegar á desenvolverse el Estado, la vida política; y no, como en Roma, el derecho privado. No es que el espíritu heleno desconozca en verdad el derecho subjetivo de cada ciudadano; sino porque en primer término contempla el todo, en el cual, y por el cual el individuo y su derecho subsisten: el Estado, bello orden, formado sobre el modelo de la Naturaleza, y cuyas partes, los individuos, se enlazan íntimamente, pero que es también determinado á su vez por ellos: de suerte que constituye una comunidad libre, perfecta, y que se basta á sí misma como una obra de arte (1). De aquí que el derecho civil concerniente sólo á la propia determinación de los individuos, á distinción del todo, y no á su mútua acción y reacción con éste, no pudiese llegar en Grecia (2) á un conveniente grado de desarrollo (3).

(1) V. ARISTÓTELES, *Polít.* III, 4, 7: ἡ δὲ πόλις κοινωνία τῶν ἐλευθέρων; y VII, 4, 7: ἡ δὲ πόλις αὐταρξής.

(2) WACHSMUTH, *Antigüedades helénicas* (al.) t. II, p. 201, busca diversas causas para explicar el hecho de que los griegos permanecieran inferiores á los romanos en la elaboración del Derecho; pero la razón principal (que el mismo Wachsmuth reconoce se halla en la diversidad del carácter nacional) no ha sido bien comprendida.

(3) Nada más exacto que la observación del autor

Muy otra cosa acontece al espíritu romano, en el cual dominan el entendimiento y la voluntad. Ese espíritu, de ninguna manera divorcia el todo y las partes, pero establece entre ellos una rigurosa distinción, merced al entendimiento analítico, que lo caracteriza. El primero aparece á sus ojos tan sólo como el vínculo general que dá cohesión á los individuos y acrecienta sus fuerzas. Mientras que, según la concepción del Estado griego, que se refleja en la doctrina de Platon y Aristó-

respecto á cómo predominan, en Grecia, el llamado derecho público, y en Roma el privado. Pero todavía pudo bien añadir que, así como el derecho civil de los romanos ha venido preponderando y prepondera hasta en los pueblos modernos, el derecho político de la patria de Solon gobierna en la actualidad á todos los Estados, aun los más originales (v. gr., Inglaterra) y los más nuevos (v. gr., los Estados-Unidos de la América del Norte): cuando ménos, en los principios directores de esta esfera de su vida. En efecto, las constituciones más ó ménos recientes, las diversas organizaciones y formas por que nos regimos, descienden de Grecia en línea recta. Así, los más renombrados políticos tributan á Solon (cuya sabiduría se ha hecho proverbial) una admiración más que histórica: no teniéndolo por el más sábio legislador de su tiempo, sino como un tipo del cual puede y debe imitarse mucho en los presentes. Por esto, se comprende que Aristóteles sea hoy todavía la primera autoridad en materias políticas, la fuente en que se han inspirado, desde Santo Tomás y Montesquieu, hasta Röder, Bluntschli, Proudhon, Passy y Stuart-Mill. Y como la política de aquel filósofo, más que un libro de principios, viene

teles, se desenvuelve orgánicamente de la familia y la union de familias, en Roma aparece el Estado, desde fuera de la casa, como cosa exterior, artificialmente compuesta, hasta con auxilio de la fuerza, y en el cual la voluntad es el poder decisivo; así como la suerte del Estado siempre allí se resuelve por el cambio de las relaciones de poder entre los diferentes partidos. No abraza el espíritu romano al Estado, en y por si mismo, como obra de propio y digno valor, sino segun el concepto

á ser una exposicion histórica del sentido y de las instituciones de los pueblos helénicos, es, en realidad, el derecho positivo de esos pueblos, lo que ha influido mediante Aristóteles, que podria bien llamarse su intérprete ideal. De suerte que, aun prescindiendo de otros caminos directos, por los cuales las formas del Estado griego se han trasmitido y perpetuado hasta nuestros días, la accion de Aristóteles, tan importante, ha obrado en el mismo sentido.

Por más evidente que esta afirmacion sea ¡cuán diverso es el modo usual de considerar á Roma como "el pueblo jurídico por excelencia", no atribuyendo á la elaboracion jurídica de las ciudades griegas la trascendencia que le corresponde! Obsérvese que, si nuestro derecho civil es todavía en gran parte derecho romano, más es aún lo que á Grecia debe nuestro derecho político. Los accidentes exteriores han cambiado (ménos, sin embargo, de lo que muchos creen): las convulsiones, las revoluciones, las conquistas, las emigraciones y cruzamientos entre las más diversas razas, han sacudido y renovado la sociedad; y con todo esto, el ciudadano de Londres, de Berlin, de Paris, de Nueva-York, tan distinto

intelectual de la *utilitas*, en el cual se tiene á la vista sin duda la generalidad, pero prevaleciendo el interés del individuo. La lucha de las dos clases sociales en Roma debe considerarse también desde el punto de vista de que los patricios (sin duda que ante todo por su propio interés) procuraban conservar la organizacion y costumbres políticas, y los plebeyos, por el contrario, convertir más y más al Estado en una institucion

del ciudadano antiguo, cuya condicion tal vez desdeña, no sin ligereza, desde la cúspide de los progresos actuales, vive todavía el derecho de aquellas exiguas repúblicas. Y considérese que esto acontece precisamente en el orden político: es decir, donde mayor quizá parece ser la distancia entre aquella civilizacion y la presente. Pero hoy, aun en medio de la imprenta, de la locomotora y del telégrafo, podria Herodoto decirnos lo que él oyó al sacerdote de Memfis: "¡qué niños sois!" La historia apenas comenzó ayer; estamos principiando á vivir, y el progreso es mucho más lento en el fondo que en la superficie.—Cuando los revolucionarios franceses, cediendo al empuje de aquella reaccion clásica—que tan satisfecho dejaba al *Rey-Sol*, en la (al parecer) inofensiva pluma de Racine y los literatos cortesanos, y que poco despues habia de aterrar á sus descendientes,—volvieron los ojos hácia el mundo antiguo, no tuvieron que retroceder tanto como parece; sobre que esto habria sido imposible, si no se hubiesen educado en aquel espíritu y en aquellos principios. Rousseau y Montesquieu forman la más perfecta antitesis en la ciencia política del siglo XVIII; pero ambos, como Licurgo y Solon, son igualmente hijos de Grecia.—(G.)

para su utilidad. En Grecia y Roma, tiene lugar una lucha por la posesion de los poderes públicos; pero allí, más bien en interés del poder mismo; aquí, para la satisfaccion de otros fines (liberacion de cargas, distribucion del *ager*, etcétera). Allí, la demagogia arruina la vida política; aquí, sucumbe por la completa victoria de uno de sus elementos, los plebeyos, y sólo se contiene exteriormente por el despotismo imperial, que de esto necesariamente se sigue.

En Grecia, jamás el derecho ni la ley se han divorciado por completo del espíritu ético. Así como la vida en general no se desenvuelve allí por el lado formal del Derecho, sino que alcanza un profundo contenido en la Filosofía y en el Arte, así tampoco permanece el Estado indiferente á la Religion (segun lo muestra una de las principales acusaciones contra Sócrates en su injusto proceso), concibiéndose además por otra parte el Derecho y la política, en la vida como en las doctrinas, especialmente de Platon y Aristóteles, como una rama de la Ética. Ya los antiguos legisladores motivaban sus leyes en razones éticas también. Por el contrario, el espíritu romano considera en el Estado únicamente una forma general, un molde que basta con que exista, siendo indiferente su contenido: contenido que hace nacer del libre movimiento, voluntad y albedrío de los ciudadanos. Si ninguna resistencia opone á recibir los dioses extranjeros en su seno, convirtiéndose al Estado en una especie de *pandaemonium*,

tampoco se aisló, ni rechazó el derecho de los demás pueblos; antes bien, reformó por él el suyo, recibiendo en sí el *jus gentium* y llegando á hacer del Estado un Estado internacional.

Tal concepcion de este y de la vida debia producir necesariamente en Roma el desarrollo preponderante del derecho *privado*. Los individuos, que se reconocian en su independencia y su derecho frente á frente de la comunidad política, debian aspirar lógicamente á obtener formas jurídicas correspondientes, que asegurasen y expresasen esta independencia. Semejantes formas no fueron, sin embargo, otra cosa que moldes, que habia de llenar la voluntad sustantiva y mudable, conforme á la idea individual de las relaciones determinada por su interés: de suerte que, en el derecho romano, prepondera también el elemento del simple derecho como facultad (1), sin consideracion, ni á las relaciones generales, ni aun á la reciprocidad de los servicios (2). Conciéronse estas formas jurídicas en sí mismas, prescindiendo casi enteramente de su contenido

(1) "*Das Moment der bloße Berechtigung*," dice el texto; "*momento della riabilitazione della personalità*," traduce la version italiana. Pero el sentido es el de la mera facultad ó autorizacion del sujeto (entre nosotros, ha solido llamarse "derecho en sentido subjetivo"), que es el concepto de la *facultas agendi*: ya CICERON definia en este respecto el Derecho *potestas vivendi ut velis*.—(G.)

(2) STAHL ha hecho resaltar esta idea romana: *o. c.*, t. II, p. 393.

posible; y el Derecho, que siempre es cosa relativa (1), se tomó como enteramente sustantivo y absoluto en sí propio, por no haber llegado á conocer el espíritu romano el principio ético como el verdaderamente absoluto; y, parte, á causa del incremento de la vida y el tráfico, parte, por el aguijon del egoismo, tan desenvuelto bajo el Imperio, lo convirtió su sagacidad en esclavo de los intereses subjetivos. Merced á esta tendencia hácia lo puramente exterior y hácia el derecho formal, se desenvolvió la vida romana tan vacía de todo moral contenido, que cayó mucho más que la griega en una corrupcion universalmente destructora.

Grecia y Roma han hecho resaltar como esfera y principio independiente en la vida humana la importancia del Estado y del Derecho; probando, sin embargo, ambos pueblos, históricamente, que no es lícito tomar motivo é impulso para la vida, de ella misma, si no ha de perecer en su limitacion; y que se necesita un principio trascendente, infinito, divino, como el que trajo el Cristianismo, para que pueda asegurar su verdadero vuelo, su interior firmeza y su progreso incesante.

(1) Sobre la impropiedad de esta frase, impropiedad nacida de la vaguedad con que el autor concibe el Derecho, véase su *Encicl. jur.*, t. I, p. 26 nota (1).—(G.)

HISTORIA DEL DERECHO ROMANO.

CAPÍTULO PRIMERO (1).

LOS ROMANOS EN GENERAL.

§. 1.—Elementos de la nacionalidad romana.

Roma, en la antigüedad, suministra la prueba

(1) La principal obra sobre la historia de Roma, es todavía la de NIEBUHR, que ha hecho época: *Historia romana* (en alemán), cuya última edición es de 1853 (a). En tiempos más recientes, se ha emprendido la refundición de esta historia en varias obras de mérito: el de GERLACH y BACHOFEN, *Historia de los romanos* (al.), t. I, 1851, en reaccion, hasta cierto punto, contra Niebuhr, volviendo á atribuir gran valor á la tradicion relativa á la antigua historia romana, pero á menudo sin crítica: SCHWEGLER, t. I, 1853, ensayo extenso, que en general se atiene al punto de vista de Niebuhr; PETER, *Historia de Roma* (al.), t. I y II, 1853 y 1854, exposicion imparcial, siguiendo á Niebuhr, y que tiene en cuenta las nuevas indagaciones; Teodoro MOMMSEN, (a) Trad. fr. por M. Golbéry, en 7 vol., 1830-40.—(N. T.)

posible; y el Derecho, que siempre es cosa relativa (1), se tomó como enteramente sustantivo y absoluto en sí propio, por no haber llegado á conocer el espíritu romano el principio ético como el verdaderamente absoluto; y, parte, á causa del incremento de la vida y el tráfico, parte, por el aguijon del egoismo, tan desenvuelto bajo el Imperio, lo convirtió su sagacidad en esclavo de los intereses subjetivos. Merced á esta tendencia hácia lo puramente exterior y hácia el derecho formal, se desenvolvió la vida romana tan vacía de todo moral contenido, que cayó mucho más que la griega en una corrupcion universalmente destructora.

Grecia y Roma han hecho resaltar como esfera y principio independiente en la vida humana la importancia del Estado y del Derecho; probando, sin embargo, ambos pueblos, históricamente, que no es lícito tomar motivo é impulso para la vida, de ella misma, si no ha de perecer en su limitacion; y que se necesita un principio trascendente, infinito, divino, como el que trajo el Cristianismo, para que pueda asegurar su verdadero vuelo, su interior firmeza y su progreso incesante.

(1) Sobre la impropiedad de esta frase, impropiedad nacida de la vaguedad con que el autor concibe el Derecho, véase su *Encicl. jur.*, t. I, p. 26 nota (1).—(G.)

HISTORIA DEL DERECHO ROMANO.

CAPÍTULO PRIMERO (1).

LOS ROMANOS EN GENERAL.

§. 1.—Elementos de la nacionalidad romana.

Roma, en la antigüedad, suministra la prueba

(1) La principal obra sobre la historia de Roma, es todavía la de NIEBUHR, que ha hecho época: *Historia romana* (en alemán), cuya última edicion es de 1853 (a). En tiempos más recientes, se ha emprendido la refundicion de esta historia en varias obras de mérito: el de GERLACH y BACHOFEN, *Historia de los romanos* (al.), t. I, 1851, en reaccion, hasta cierto punto, contra Niebuhr, volviendo á atribuir gran valor á la tradicion relativa á la antigua historia romana, pero á menudo sin crítica: SCHWEGLER, t. I, 1853, ensayo extenso, que en general se atiene al punto de vista de Niebuhr; PETER, *Historia de Roma* (al.), t. I y II, 1853 y 1854, exposicion imparcial, siguiendo á Niebuhr, y que tiene en cuenta las nuevas indagaciones; Teodoro MOMMSEN, (a) Trad. fr. por M. Golbéry, en 7 vol., 1830-40.—(N. T.)

de que la mezcla de diversas razas puede engendrar un poderoso Estado (1).

Historia romana (al.), t. I, 1854 (b), ofrece un cuadro pintoresco que, con razon, extiende la historia de Roma á historia de toda Italia, presentando muchos puntos nuevos de vista, aunque tambien á veces atrevidas suposiciones.—Sobre la historia especial jurídica y política de este pueblo, véanse: ZIMMERN, *Historia del Derecho romano hasta Justiniano* (al.), 1 vol., 1826; HUGO, *Hist. del Derecho romano* (en alemán), 1832; WALTER, *Historia del Derecho romano* (al.), 2.^a ed., 1845; PUCHTA, en el tomo I de su *Curso de Instituciones* (al.), 4.^a ed. 1853; ERXLBEN, *Tratado de Derecho romano* (al.), t. I, que contiene la *Historia*, 1854; IHERING, *Espíritu del Derecho romano* (al.), 1 t., 1852 (c).

(b) Se concluyó de publicar en 1860, y ha sido trad. al fr. por M. Alexandre y al español por D. A. García Moreno y dada á luz en 8 vol., de 1874 á 1877.—(N. T.)

(c) Trad. al fr. por M. de Meulenaere: van publicados 3 vol. 1877-78.—(N. T.)

(1) Pueden consultarse además: el tomo tercero de los *Estudios sobre la Historia de la Humanidad*, de Laurent; la *Historia universal*, de Weber; el *Galo ó Escenas romanas del tiempo de Augusto*, de Becker, traducido del alemán al inglés por Metcalfe; *Roma en tiempo de Augusto* ó viaje de un galo á Roma, de Ch. Dézobry; la memoria de Troplong sobre la *Influencia del Cristianismo en el Derecho romano*, y la de Laferrière sobre la *Influencia del estoicismo* en el mismo; las obras antes citadas de Sumner Maine, de Fustel de Coulanges y de Colquhoun; el *Análisis del Derecho romano*, de Halifax (ing.); la *Historia del Derecho bizantino* (fr.), de Montreuil; el primer tomo de la *Historia del Derecho*

En la antigua Italia, segun las indagaciones de la filología comparada, únicas que cabe aquí tener en cuenta, deben distinguirse tres grupos etnográficos primitivos: el *yapigico* (llamado tambien *mesápico*), en la antigua Calabria, Apulia, Lucania, Brucio y Sicilia, reinando la mayor oscuridad sobre su procedencia y lenguaje, aunque parece haber tenido poca importancia para la ci-

francés, de Laferrière; las obras conocidas de Cujas, Donneau, Domat, Pothier, Savigny, Vinio, Heinccio, Mackeldey, Mühlenbruch, Ortolan, Warnkoenig, Fresquet, Ducarroy, Marezoll, Maynz, Rivière, etc.; los *Estudios de Derecho romano*, comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés, de Mackenzie, traducido, anotado y comparado con el español por S. Innerarity y G. de Azcárate; *El Derecho de familia en principios y en la historia del pueblo romano*, en los *Estudios jurídicos* del malogrado prof. de la Univ. de Madrid, Sr. Maranges; el *Tratado de las acciones*, de Bonjean (fr.); los tratados sobre la *propiedad* y sobre la *gentilidad*, de Giraud (fr.); el *Foro romano desde su origen hasta Justiniano*, de Grellet-Dumazeau (fr.); el *Ensayo sobre las leyes criminales de los romanos relativas á la responsabilidad de los magistrados*, de Laboulaye (fr.); el *Tratado de las acciones*, de Zimmern, traducido del alemán al francés por Etienne; el *Bosquejo de los ensayos hechos para restaurar el texto de las Doce Tablas*, de Dirksen (ing.); las *Institutionum et regularum juris romani syntagma*, de Guérin; las *Institutiones juris romani literariae*, de Haubold; las *Jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt*, de Hnschke; las *Vaticanae juris romani fragmenta*, de Angel Mai, etc.—(A.)

vilización; el *etrusco*, cuya lengua y cultura son todavía un misterio también (1), pero que ha tenido una cultura influyente y de trascendencia para Roma, cultura que supone largo tiempo para su desarrollo y que se hallaba ya en decadencia en la época de la civilización de aquella; por último, el grupo *itálico*, el más extendido, compuesto de los umbros, sabinos, oscos y latinos, que indudablemente forma un miembro de la gran raza indo-europea, inmigrado á Italia (2) y extendido por toda la mitad meridional de la Península, excepción hecha de Calabria y de las colonias griegas. Esta raza muestra en sus ideas é instituciones fundamentales cierta afinidad con otros pueblos indo-europeos, para explicar la cual

(1) Según WACHSMUTH, *Historia univ. de la civilización*, I, p. 290, esta raza debía ser mezcla de otras dos: una, extendida probablemente desde los Alpes réticos al valle del Pó y á la Toscana actual; y otra que, según la antigua y verosímil leyenda, emigró más tarde del Asia Menor (Lidia) y llegó á ser preponderante. Según el autor de la *Etnología* citada en la pág. 207, t. I, los Etruscos y los Etiopes eran próximos afines. Es también muy inverosímil que la lengua etrusca deba contarse entre las de la familia indo-europea: Véase SCHWEGLER, *o. c.*, I, p. 171.—Comp., p. 16, nota (1).

(2) El orden en que estos pueblos vinieron á Europa se aparta algo del que hemos indicado en la *Enciclopedia jurídica* t. I, p. 259 etc. Según POTT, *Tronco de las lenguas indo-germánicas* (al.), este orden sería: 1.º, Iberos (? incierto); 2.º, Ilirios y Tracios; 3.º Griegos é Itálicos; 4.º, Celtas; 5.º, Germanos y Eslavos.

se ha apelado á la hipótesis, aceptada también por Niebuhr (1), de una raza primitiva madre, la de los pelasgos, comun para los helenos y para estas tribus itálicas. Esta suposición, sin embargo, no es legítima ni necesaria (2). Las lenguas de las tribus itálicas, no son sino dialectos de una misma lengua madre, que no se distinguen más entre sí de lo que se diferencian los dialectos germánicos ó helénicos, pero entre los cuales el latín (que no es producto de otras lenguas, sino un dialecto original), habiendo prevalecido en la compleja nacionalidad romana, fué poco á poco anulando á los restantes.

Estas tribus itálicas, así como los etruscos, habían vivido ya, desde mucho antes de la fundación de la ciudad en confederaciones particu-

(1) NIEBUHR, *Hist. rom.*, I: especialmente, 32, etc. y 63.

(2) La hipótesis de los pelasgos, si es que se entiende bajo este nombre la estirpe comun de la ulterior bifurcación en helenos é itálicos, carece, como NIEBUHR y O. MÜLLER reconocen de consuno, de una sólida base histórica; pero los nuevos y más profundos trabajos de la filología comparada, en punto á las lenguas indo-europeas, la han hecho innecesaria, mostrando que las lenguas itálicas, y por tanto el latín, no son más afines al griego que á las germánicas, y por consiguiente, lo mismo se necesitaria para ellas el lazo de unión que se quiere representar en los pelasgos, que con los otros miembros de esta gran familia étnica. Qué es lo que en realidad fuesen los antiguos pelasgos, es difícil de determinar.

lares, entre las cuales, la más extensa, poderosa y floreciente, fué la de los segundos.

La nacionalidad romana se formó de tres elementos: los latinos y los sabinos, afines entre sí, y los etruscos posteriormente venidos, si es que no existían ya desde un principio (1). La base de

(1) Los más de los escritores modernos aceptan ciertamente la entrada posterior de los etruscos (indicada por los romanos como gobierno del primer Tarquino, y por los etruscos, como establecimiento de los celianos), de suerte que consideran el influjo de su cultura en Roma, como venido ya del exterior. Mas, á pesar de la autoridad de este modo de ver, expresado por NIEBUHR, (I, 427), y aunque estoy muy distante de pretender "decidir de una manera segura en las tinieblas," no puedo, sin embargo, por respetos á la justicia histórica y para explicar hechos importantes, desechar la opinion de que el elemento etrusco sea importante ó predominante—ya desde un principio, ya poco despues—en los patricios, que han contribuido, como todos, á la historia romana: el mismo Niebuhr se declara, I, 441 y 443—en favor de la probabilidad de que las familias patricias rápidamente extinguidas, por el empeño de no casarse sino entre sí, fueron reemplazadas por Tarquino Prisco, del cual data el influjo etrusco. No acierto á explicarme el carácter severo, religioso, sacerdotal, sombrío y duro hasta la crueldad del patriciado por el de los sabinos, tan inmediatos afines á los latinos. Lo que en el texto digo, pues, de los patricios, por no apartarme de la opinion comun, debe atribuirse á mi parecer, por lo ménos, en parte, al influjo del elemento etrusco. En apoyo de esta opinion, expresada ya por PASTORET (*Hist. de la*

la antigua Roma, la forman, en parte, latinos que habitaban el monte Palatino; en parte sabinos, que poseían el Capitolino; la tercera colina, el monte Celio, fué donde despues se establecieron los etruscos. Segun unos, latinos y sabinos estaban reunidos entre sí en un estado federativo, constituido por medio de tratados; mientras que, segun otros, los latinos fueron sometidos por los sabinos, ó al contrario, pero llevando igualmente unos y otros el nombre comun de *populus romanus (et) quirites*, y mostrando en su carácter ciertas cualidades opuestas, que vinieron á concertarse de un modo muy afortunado en el carácter total del pueblo romano.

Los sabinos, pueblo principalmente montañés

(*léglsl. XI, 307*), V. recientemente tambien á MOREAU DE JONNÉS en *L'Institut*, núms. 177 y 178. La cuestion que aquí se plantea es independiente de la del origen de los etruscos; la opinion de MOMMSEN (I, 82) de que ha sido tratada segun aquel principio de los arqueólogos, de investigar lo que ni puede saberse ni vale la pena, no detendrá, en verdad, á nadie que sienta la exigencia de una ulterior investigacion. Que sea posible ó no saberlo, es cuestion; que merece intentarse, está fuera de duda. V. tambien sobre esto el artículo de J. AMPÈRE en la *Revue des deux Mondes* de 15 Feb. 1855, el cual, por lo que concierne al juicio de los monumentos artísticos que él mismo ha visto, es juez competente, y que vuelve á indicar tanta semejanza entre los etruscos y los egipcios, con los cuales mantuvieron aquellos anteriormente comercio marítimo.—V. tambien sobre los etruscos la época 1.^a de la hist. rom.

y dotado de las cualidades generales que á este modo de vida corresponden, se distinguían por su piedad, severidad de costumbres, santidad del matrimonio y el juramento, adhesión á los antiguos usos y una cierta dureza y rigor (*durities*) que se expresaba en su constitucion doméstica, especialmente en el poder del padre sobre la mujer y los hijos. Reflejábase también este carácter en la constitucion más patriarcal que investía al cabeza de familia, sacerdote, rey, juez de su casa juntamente, de grande autoridad sobre todos los miembros de aquella, manteniendo en su seno el espíritu de subordinacion, así como el de igualdad en sus relaciones con las otras familias y la preferencia de las formas federativas en la constitucion comun á todas. Los latinos, por el contrario, habitantes, sobre todo de llanuras y costas, mostraban un espíritu más flexible, y en especial una tendencia predominante hácia los fines inmediatamente prácticos, una concepcion precisa y clara y suma facilidad para valerse de las circunstancias, junto con la prudencia y astucia que de estas cualidades dependen; pero á la vez, gran frialdad de sentimiento y un impasible egoismo, que prescinde de las relaciones internas y morales y sólo se consagra á lo exterior. Así como los pueblos más movedizos, llevados como de cierta interior necesidad de contrapeso, se inclinan á una concentracion más rígida del poder, así los latinos también (por oposicion á los sabinos, más dados á la confederacion) preferían

el poder unitario. Del carácter de estas dos razas se formó el espíritu general romano de tal modo, que el sabino se expresó más en los patricios, y el latino en la *plebs*. Dificil es determinar con certeza si el origen de los patricios y plebeyos en Roma debe concebirse como si la plebe la constituyesen los descendientes de una tribu vencida ó recibida en la comunidad; ó si, desde un principio, existía en cada una de estas tribus, en la sabina y en la latina, como en la etrusca, la distincion entre patricios y plebeyos, y por una atraccion natural, los patricios sabinos se unieron con los latinos (1), y la plebe de los primeros se asoció con la numerosísima de los segundos; pero en todo caso, la plebe se aumentó mucho por las emancipaciones, la admision de los vencidos y las inmigraciones. El predominio del carácter sabino en los patricios se explica por serles más propio un sentido aristocrático.

A estas dos razas, se unió posteriormente la etrusca, con una civilizacion más adelantada, cuyo influjo sobre el carácter y vida política de Roma, si es difícil de determinar, por lo ménos ha sido muy importante, y, en muchos puntos,

(1) WASCHMUTH (*Hist. de la civ.*, I, p. 308), dice resueltamente: de la oscuridad de la historia primitiva de Roma, resulta, sin embargo, indudable que el espíritu de clase condujo muy pronto á la inteligencia entre el patriciado de las tres tribus, sustituyendo á esta triplicidad, determinada en un principio por la Naturaleza, la dualidad del derecho de clase.

de interés: como en los auspicios, en la doctrina del *templum*, especialmente en la construcción de éste, en la fundación de ciudades, en la agromensura y en la organización de los campamentos, en la participación de los etruscos en todas las empresas técnicas, en las edificaciones y obras de la antigua Roma, y probablemente también en la constitución política y el arte del gobierno, ya más desarrollados.—Los tres citados tipos recibieron los nombres de tribus de los ramneses, ticios y luceres, esto es, latinos, sabinos y etruscos: triple división, que perdió, sin embargo, muy pronto su sentido, ante otra oposición más importante: la de las clases.

Con estos elementos étnicos, cooperó el influjo de Grecia en varios aspectos. Una tradición infundada hace á Numa (sabino) discípulo de Pitágoras; pero Niebuhr (1) ha visto en ella con razón el amistoso comercio que desde los antiguos tiempos existía entre los sabelios (sabinos ó samnitas) y los griegos. Pero muchas ideas é instituciones no deben explicarse por un influjo directo de Grecia, sino por el espíritu y las tradiciones comunes á los pueblos indo-europeos. Posteriormente se ha hecho notar en la Ley de las XII tablas el influjo helénico, que no puede señalarse con toda precisión; y todavía la vida romana, al destruirse, halló un punto de apoyo

(1) Véanse sus *Lecciones sobre la Historia antigua* (al.); III, p. 221.

en la filosofía estoica, que tuvo indudable influjo en el progreso del derecho romano: influjo que en otros tiempos se ha exagerado, pero que hoy se desestima demasiado también.

§. 2.—Desarrollo de la vida y del Estado romano en general.

La misión histórico-universal del pueblo romano se halla como impresa en su carácter. Un pueblo, que desde el principio posee un germen robusto de vida en la sencillez de costumbres de sus individuos y en el respeto á los lazos de familia, al par con un claro entendimiento y un sentido de orden y subordinación formal, pero al que, por falta de impresionabilidad respecto de los bienes absolutos y superiores de la vida, la religión, la ciencia y el arte, llevaba su voluntad sólo á los fines exteriores prácticos, debía necesariamente aspirar, en la conciencia de sus fuerzas íntimas, tanto á una organización adecuada de las relaciones sociales en su Estado, como á un imperio en lo exterior que gradualmente sometiera á todas las naciones. Lo que caracteriza á la vida romana y la distingue, no ya de la oriental, sino también de la griega, consiste, por una parte, en la creciente separación de esa vida por respecto á su fondo ético, y en la tendencia que de aquí resulta hácia lo exterior y formal, especialmente en la vida jurídica y política; y por otra parte, en la aparición del *yo* (subjetivo), de la

conciencia de sí mismo y de su propia voluntad, en la *personalidad* exteriormente activa. Y si en el primer aspecto, la vida romana dió un paso más—y aun el último paso puede decirse en la antigüedad antecristiana—en el camino del divorcio entre la vida y su contenido objetivo moral, así como en el subjetivismo y el egoísmo exterior, por otra parte hay relativo progreso en el desenvolvimiento de este *yo* subjetivo en la esfera de sus relaciones, en la concepcion de la personalidad y libertad civiles: todo lo cual constituye el elemento positivo, mediante que el pueblo romano ha conquistado su importancia en la historia universal y ejercido poderoso influjo hasta los últimos tiempos. Pero este elemento tenia que ser tambien el que produjera su interior decadencia, por su divorcio de aquellos principios superiores, una vez cumplida la organizacion formal de los fines externos y la extension de su soberanía.

CAPÍTULO II.

OJEADA Á LA HISTORIA JURÍDICA Y POLÍTICA DE ROMA,
HASTA JUSTINIANO.

§. 1.—Épocas principales.

Las principales épocas del desarrollo de este derecho, que no coinciden rigurosamente en el público y en el privado, se determinan aquí por respecto á este último, como el predominante. La historia del derecho político de Roma no es, sin embargo, ménos instructiva: porque, si no con tanta variedad como en Grecia, ofrece, en el ciclo que recorren aquí todas las formas esenciales del Estado, desde la monarquía, la república aristocrática y la democrática, hasta el despotismo del imperio, el desenvolvimiento natural de un mismo principio, que muestra cómo el espíritu formalista, exterior y cada vez más divorciado de los elementos éticos y objetivamente jurídicos, conduce gradualmente á la mayoría de las masas democráticas y á la disolucion del orden político, que si el imperio todavia contiene por algun tiempo, es sólo para ofrecer un molde externo al nue-

conciencia de sí mismo y de su propia voluntad, en la *personalidad* exteriormente activa. Y si en el primer aspecto, la vida romana dió un paso más—y aun el último paso puede decirse en la antigüedad antecristiana—en el camino del divorcio entre la vida y su contenido objetivo moral, así como en el subjetivismo y el egoísmo exterior, por otra parte hay relativo progreso en el desenvolvimiento de este yo subjetivo en la esfera de sus relaciones, en la concepcion de la personalidad y libertad civiles: todo lo cual constituye el elemento positivo, mediante que el pueblo romano ha conquistado su importancia en la historia universal y ejercido poderoso influjo hasta los últimos tiempos. Pero este elemento tenia que ser tambien el que produjera su interior decadencia, por su divorcio de aquellos principios superiores, una vez cumplida la organizacion formal de los fines externos y la extension de su soberanía.

CAPÍTULO II.

OJEADA Á LA HISTORIA JURÍDICA Y POLÍTICA DE ROMA,
HASTA JUSTINIANO.

§. 1.—Épocas principales.

Las principales épocas del desarrollo de este derecho, que no coinciden rigurosamente en el público y en el privado, se determinan aquí por respecto á este último, como el predominante. La historia del derecho político de Roma no es, sin embargo, ménos instructiva: porque, si no con tanta variedad como en Grecia, ofrece, en el ciclo que recorren aquí todas las formas esenciales del Estado, desde la monarquía, la república aristocrática y la democrática, hasta el despotismo del imperio, el desenvolvimiento natural de un mismo principio, que muestra cómo el espíritu formalista, exterior y cada vez más divorciado de los elementos éticos y objetivamente jurídicos, conduce gradualmente á la mayoría de las masas democráticas y á la disolucion del orden político, que si el imperio todavia contiene por algun tiempo, es sólo para ofrecer un molde externo al nue-

vo principio cristiano, que trae consigo un fondo superior y nuevo también á la vida.

Atendiendo, pues, principalmente al derecho privado, puede dividirse la historia jurídica de Roma en cuatro épocas, que no cabe, sin embargo, distinguir con límites rigurosos, sino por el espíritu que predomina en cada una. La primera es, sobre todo, *religiosa* (pero no teocrática, ni sacerdotal); y en ella la *unidad* de la vida y de todas las instituciones se afirma por respecto á la religion: se extiende desde la fundacion de Roma hasta la Ley de las XII tablas. La segunda comienza con ésta, en la cual se inicia también la separacion entre la religion y el derecho y, en éste, entre el privado y el público, llegando hasta el fin de la república: esta es la época, como ya antes se ha notado, de las *oposiciones*, que al cabo se resuelven en la generalidad y poder democráticos. La tercera alcanza desde Augusto á Constantino (segun Gibbon y Hugo, hasta Alejandro Severo + 235); y ofrece la decadencia de la vida *pública*, aunque á la vez la convergencia de las fuerzas espirituales que todavia restan sanas á la elaboracion científica del derecho *privado*, mediante los jurisconsultos. La cuarta época principia en Constantino, que lleva el centro de gravedad del imperio á Constantinopla, y acaba en Justiniano; apareciendo en ella, bajo la presion de las tribus germánicas invasoras, que producen la caida del imperio, la aspiracion á fijar y cerrar todo el desenvolvimiento anterior del derecho

por medio de *compilaciones* y de una legislacion ordenada (1).

La historia jurídica, por último, no debe tratarse como meramente *externa* ó de las fuentes (2), sino también como *interna* ó de las doctrinas, á la vez que en constante relacion con los

(1) Ortolan divide la historia del Derecho romano en tres épocas: Monarquía, República é Imperio, y para justificarla, «basta considerar, dice el Sr. Maranges en la obra citada más arriba, que el desarrollo del Derecho en tan distintas esferas es siempre armónico, y que los cambios en el político responden á cambios realizados en el Derecho todo, mucho más en Roma, donde el Derecho político prepondera;» Gibbon y Hugo distinguen cuatro épocas: infancia, juventud, virilidad y vejez, division que siguen Mackeldey, Warnkönig y Giraud. Marezoll también admite cuatro, aunque con diversos límites. Tomando como base la division de Ortolan y completando la que hace Laferrière, puede hacerse la siguiente:

1) Derecho primitivo (Monarquía); 2) Derecho civil de Roma (República): a) Derecho de las XII tablas; b) Derecho pretorio; 3) Derecho romano (Imperio): a) bajo el influjo del estoicismo (hasta Constantino); b) bajo el influjo del Cristianismo (hasta Justiniano).—(A.)

(2) Hé aquí la enumeracion que hace Eschbach de las fuentes del Derecho romano: *Jus civile Papirianum, Lex duodecim Tabularum; Jus Flavianum; Jus Aelianum; leges; plebiscita; senatus-consulta; mores majorum; jus honorarium; auctoritas prudentium; Constitutiones Principum (rescripta, decreta, edicta, mandata)*, contenido de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano; *Justinianeus Codex, Pandectæ seu Digesta; Institutiones; Codex repetitæ prelectionis; Novellæ.*—(A.)

elementos éticos de la vida entera, por más que sólo haya de ofrecerse aquí en breve resúmen.

§. 2.—Primera época.

Desde la fundacion de la ciudad, hasta la Ley de las XII tablas.

(1 á 304 u. c.—753 á 450 a. d. C.)

I.—El comienzo de la historia romana se halla sumergido en una oscuridad, que todavía no han logrado disipar suficientemente las investigaciones históricas. Al entrar en la historia, hallamos ya el pueblo romano, *Populus Romanus Quiritium*, dividido en tres tribus, que aluden á la triple descendencia de los latinos, sabinos y etruscos, á saber: las de los ramneses, ticios y luceres. Cada una de las tres se subdividía en 10 curias, y cada curia en 10 decurias, que, según Niebuhr, no son otra cosa que las *gentes*: había, pues, 30 curias y 300 decurias ó *gentes*. Cada una de las primeras tenía su nombre, su jefe (*curio*), su lugar propio para reunirse (*curia*) y un voto en la Asamblea pública, que, organizada por curias y familias en *comitia curiata*, representa al Estado entero. Y así como los Comicios se formaban por los cabezas de familia, *patres familiarum*, se formó también una asamblea general, el Senado, por los *patres gentium*. Ambos, el Senado y los Comicios, elegían un *rex* vitalicio, propuesto por el primero y

aceptado por los segundos, y el cual, en virtud de su *imperium*, era el supremo director de los asuntos comunes, capitán y juez supremo; su poder, sin embargo, se hallaba esencialmente limitado por la autoridad, constitucionalmente coordinada á él, del Senado, que sin duda era el órgano más importante del Estado, y que, convocado y presidido por el rey ó su representante, ejercía derechos de suma trascendencia y tenía que discutir y resolver lo que debía someterse á la votación del pueblo. Cuando se trataba de dar una ley nueva, nombrar autoridades y decidir sobre la paz y la guerra, estaba el rey obligado á asistir á la decisión de la Asamblea popular, convocada por él.

Al lado de este primitivo *Populus Romanus*, que en estricto sentido sólo comprendía á los patricios, había una *plebs* procedente de los países limítrofes, y cuya admisión se atribuye á Anco Marcio ó á Numa. Tenía los derechos generales de la ciudadanía romana, y especialmente la *communio juris civilis*, que se manifestaba en la capacidad del tráfico de bienes (*jus commercii*), en el *jus testamenti factionis*, en el de contraer matrimonio válido, en el de perseguir judicialmente sus derechos (*jus agendi*), según los preceptos del civil romano; pero puede señalarse, con todo, como distinciones especiales entre patricios y plebeyos, que las antiguas costumbres no autorizaban entre ambas clases matrimonio legítimo, y que los primeros poseían ciertas pre-

rogativas: eran los únicos á quienes correspondían los cargos públicos y las dignidades sacerdotales y que podían ser nombrados senadores; constituían exclusivamente, hasta los tiempos del penúltimo rey, la Asamblea nacional con voto, y gozaban el derecho exclusivo de pastoreo sobre el *ager publicus*, derecho que, abusivamente y en parte, se convirtió en una ocupación de éste.

Diversa de la *plebs* eran los protegidos (*clientes*, de *cluere*, como *κλυειν* (1), oír), que, según Niebuhr, en un principio, y antes todavía de la plebe, se hallaban en una relación de protección con los patricios, cuyo origen no es hoy fácil explicar; de suerte que ha habido un tiempo en que sólo existían patricios y clientes, distinguiéndose siempre éstos de la plebe libre.

Creciendo luego mucho el número de los ple-

(1) Las opiniones sobre esta relación y su origen son todavía muy diversas. Pero se debe reconocer con PUCHTA (*Curso*, I, p. 158) como un gran mérito de NIEBUHR el haber puesto fuera de duda la diferencia frecuentemente desconocida entre clientes y plebe, por la cual aparece inmediatamente la libertad de ésta. V. NIEBUHR, I, 359, etcétera, que compara los clientes con los vasallos griegos, *metecos* (V. *Encic. jur.*, t. II, p. 32); comparación que sin embargo no se justifica del todo, si la clientela constituye una relación primitiva. Por lo demás, no hay certidumbre completa sobre el carácter de lo que en Roma fué primitivo ó ulterior. Queda sólo como un resultado importante el haberse probado la diferencia entre la plebe y los clientes.

beyos, especialmente con la conquista de los territorios latinos inmediatos, fué necesario hacer también partícipes á los plebeyos de la ciudadanía romana, aun en los asuntos políticos. A esta necesidad proveyó la organización establecida por Servio Tulio (1), semejante á la constitución de Solón (2) y hábilmente calculada, no sólo en verdad para los fines de la guerra y del impuesto, sino también para los políticos; por ella desapareció esencialmente la antigua constitución por familias y quedó todo el pueblo romano dividido con arreglo á la fortuna y al territorio del Estado, subsistiendo la diferencia de condición entre patricios y plebeyos, pero enlazándose más íntimamente éstos con el Estado. Para lo cual, el pueblo todo de Roma y de los campos se distribuyó en varias tribus locales, 4 en la primera y 26 en los segundos, correspondientes á otros tantos distritos municipales, cada uno de ellos gobernado por un tribuno.

Esta nueva organización fué establecida por Servio sobre la base de un censo, que se hacía cada cinco años, y en el que, atendiendo á la nobleza del nacimiento, bienes de fortuna, edad

(1) MOMMSEN, I, p. 73, hace notar, al poner de manifiesto esta semejanza, donde reconoce el influjo griego, que la palabra más importante en esta constitución reformada, *classis*, procede de una voz griega.

(2) V. sobre esto la obra verdaderamente fundamental de HUSCHKE: *La Constitución de Servio Tulio* etcétera, (al.), 1839.

y á las obligaciones determinadas por estas circunstancias para el servicio de la guerra y los impuestos, se distinguían 5 clases y 193 centurias (1), entre las cuales había una para los *proletarii* y *capite censi* que tuviesen fortuna inferior á los de la quinta clase, ó no tuvieran nada; estableciéndose así una nueva asamblea popular (los *comitia centuriata*), que se reunía y votaba por centurias y á la cual pasaron los derechos otorgados hasta entonces á los *comitia curiata*, reservándose á éstos solamente la confirmación de los acuerdos tomados por los primeros y de las elecciones verificadas por ellos, y siguiendo anejo al patriciado el desempeño de los cargos públicos y dignidades sacerdotales.

A esta constitución, que no llegó á realizarse en la práctica en tiempo de los reyes, se opusieron, sin embargo, los patricios, perjudicados en su influjo; y trasmitiendo á las otras clases su hostilidad contra la monarquía misma, utilizaron para abolirlo (243 *v. c.*—510 a. de C.) el despotismo ejercido en todos sentidos por Tarquino el Soberbio.

Confirióse el poder á dos cónsules (llamados

(1) Por esta constitución de Servio (que según la tradición fué un emigrado de Etruria, donde se llamaba Mastarna), la primera clase, que incluyendo á las 18 centurias de los caballeros, comprendía un total de 98, ejercía, cuando todas éstas iban acordes, una decisiva preponderancia sobre todas las demás.

praetores en un principio), que se elegían cada año por los comicios centuriados, y que pertenecían (1), uno, al orden de los patricios y otro al de los plebeyos: y asumieron estos magistrados las primitivas facultades de los reyes, si bien con algunas limitaciones. Entraron también muchos plebeyos en el Senado, compuesto desde entonces de *patres et conscripti*. Suprimióse la servidumbre por deudas. Los patricios se captaron con estas medidas la simpatía del pueblo, al inaugurar-se el nuevo orden político, y llevaron á la práctica la constitución de Servio Tulio. Pero, á poco, la plebe, que había perdido con los reyes sus naturales protectores, se vió tan oprimida, que por un lado cargó sobre ella todo el peso de los impuestos, pues los patricios, sin propiedad imponible, se reservaron exclusivamente la posesión y usufructo del *ager publicus*; y por otra parte, los plebeyos, obligados al servicio militar, no pudieron por la frecuencia de las guerras cultivar sus campos, necesitando contraer grandes deudas y recibir de los patricios dinero á censo con grande usura: todo lo cual trajo la revolución que hizo el pueblo, retirándose al *mons sacer* (259 *v. c.*—494 a. de C.) y obligó á los patricios a medrantes, á concesiones, la mayor de las cuales consistió en la institución de dos (luego 5 y des-

(1) NIEBUHR, I, 476. Sin embargo, el derecho sólo se estableció permanentemente para los plebeyos, más tarde (388 *v. c.*), por la primera ley Licinia.

pues 10) *tribuni plebis*, inviolables y elegibles sólo por los plebeyos; estos magistrados, juntos con otros dos encargados de la policía urbana, *aediles plebis*, debían cuidar de los intereses y derechos de la plebe, protegiéndolos por su intercesión, especialmente contra los desmanes de las autoridades.

Pero no tardaron los tribunos en aprovechar su posición para dar mayor amplitud á los derechos de la plebe, á la cual dejaron reunirse en comicios especiales, *comitia tributa*, y adoptar en ellos acuerdos independientes, *plebiscita*, sobre los asuntos públicos; y aun llegaron á elevar su poder intercesor á la condición de un *veto* absoluto, contra todo acto de la autoridad, que perjudicara ó desagradara á la plebe. Desde entonces surgió una lucha, proseguida sin interrupción entre patricios y plebeyos, que vino á concretarse sobre todo en tres puntos: *a)* la *distribución* de una parte del *ager publicus* entre los plebeyos, que habían ayudado á ensancharlo mediante la conquista; *b)* la *elección* de las autoridades plebeyas en los comicios tributos, donde se resolvía por mayoría de votos, sin necesidad de auspicios ni confirmación ulterior por las curias (1); *c)* finalmente, la fija-

(1) Y además la admisión de los plebeyos á todas las magistraturas, cosa que fueron consiguiendo sucesivamente y en fechas cuya serie muestra la tenacidad y perseverancia de aquellos en esta memorable lucha; pudie-

ción del derecho en leyes *escritas* (1).

Resistieron los patricios con la mayor tenacidad á la primera exigencia, que no llegó á tener satisfacción alguna. Más afortunados fueron los plebeyos en las otras dos: pues la primera de ellas se alcanzó á propuesta del tribuno Publilio Volero (282 *u. c.*—471 a. de C.); y la segunda llegó á lograrse del propio modo, no sin una prolongada resistencia de los patricios, con la elección de 10 de éstos para consignar el derecho en leyes.

La misión que se confió (302 *u. c.*—451 a. de C.) á estos *decemviri legibus scribundis* pareció de

ron ser cuestores en el año 333; cónsules, en el 387; ediles curules, en el 388; dictadores, en el 397; censores, en el 402; Senadores, en el mismo año; pretores, en el 416; Pontífices, en el 453; gran Pontífice, en el 502. El tribuno siempre fué plebeyo.—(A.)

(1) Sumner Maine dice que en todas partes leyes grabadas en tablas y expuestas al público sustituyen á las costumbres depositadas y recogidas por una oligarquía privilegiada; y que la escritura y el espíritu democrático hacen aparecer los Códigos. Fustel de Coulanges dice que los plebeyos pidieron un Código y pretendieron hacerlo, pero que, por estar excluidos de la religión lo resistieron los patricios, conviniéndose al fin en que éstos lo formaran, y el pueblo lo aprobara en los comicios centuriales, esto es, en las asambleas en que los dos órdenes estaban confundidos. La ley pierde su carácter religioso, se hace reformable, y su índole popular se revela bien en esta frase de las Doce tablas: "lo que los sufragios del pueblo han ordenado en definitiva, eso es la ley."—(A.)

tal modo poner en cuestion toda la anterior organizacion política, que la hizo dejar á veces en suspenso, entregándose el poder á los decemvros, encargados entonces, así de gobernar al Estado, como de redactar las leyes. A fines del primer año de su ejercicio (450 a. de C.), publicaron éstos 10 tablas de leyes, que fueron aprobadas por el Senado y confirmadas por el pueblo en los comicios. Al año siguiente, los nuevos decemvros, entre los cuales habia cinco plebeyos, publicaron, por vía de apéndice otras 2 tablas más, con lo cual acabó su mision; y como quisieran todavía proseguir gobernando, vino á destituirlos un movimiento popular, traído por la tiranía del decemviro Apio Cláudio; restableciéndose de este modo la antigua constitucion, salvas las variaciones introducidas por las XII tablas.

En la historia de éstas, hay muchos puntos oscuros, en lo que se refiere, así á su redaccion, como á su contenido. Lo que se cuenta de haberse enviado primero á Grecia (1) personas que se impusieron en el derecho griego, y especialmente en las leyes de Solon, es dudoso; si bien no lo es que el derecho de aquel pueblo influyó en la re-

(1) Amari dice que más crédito debe darse á Dionisio de Halicarnaso, Tito Livio, Strabon, Plinio, Tácito y Ciceron, que afirman este hecho, que á los que lo niegan al cabo de dos mil años; y añade que los romanos hubieron de imitar, si no las leyes de Licurgo y de Solon, las de la Gran Grecia y otras regiones de Italia.—(A.)

daccion de las XII tablas, la cual parece que se hizo, sobre todo, con la cooperacion de Hermodoro, un refugiado griego procedente de Efeso. Pero es indisputable que sirvió de base el antiguo derecho de Roma, muchos principios del cual quedaron todavía en vigor, pues siguió apelándose tambien á las leyes de la monarquía (1).

II.—Por lo que concierne al derecho mismo y ante todo á sus *fuentes*, en esta época, importa notar que era aquel derecho consuetudinario, y diferente á la verdad segun las razas; pero así como éstas se fundieron en la nacionalidad romana, así se convirtió tambien el derecho en romano, desenvolviéndose segun el carácter nacional. Subsistió, sin embargo, durante largo tiempo, la diferencia de clase entre patricios y plebe-

(1) Es claro que, lejos de reflejar las XII tablas el derecho primitivo de Roma, como suele creerse, es una transicion entre aquel y el derecho pretorio, una enunciacion de las costumbres existentes resultado del inflajo ejercido por los plebeyos. Así, como hace notar Fustel de Coulanges, al propio tiempo que conserva el derecho antiguo en lo relativo á patria potestad, sucesiones, emancipacion y adopcion, establece uno nuevo en cuanto á la division del patrimonio entre los hermanos y á la venta del hijo por el padre, introduce el testamento mancipatorio, que pudieron celebrar los plebeyos, establece la *coemptio*, para que éstos tuvieran la patria potestad, autoriza el matrimonio *libre*, el cual no lleva consigo la *manus*, continuando así la mujer en la familia del padre, etc.—(A.)

vos: pues si ambos órdenes quedaron unidos por los vínculos de ciertas prescripciones jurídicas comunes, siguió con todo el derecho dividido como en dos esferas: una patricia, plebeya otra, viviendo cada una de estas clases con arreglo á normas peculiares (1).

Si bien el derecho era en su mayor parte consuetudinario, con todo hubo ya bajo los reyes

(1) Sobre la importancia política de las leyes de las XII tablas, V. NIEBUHR, *Historia de Roma* (al.), II, p. 312 y siguientes; PUCHTA, *Instituciones* (al.), I, §§. 54, 55.—Sabido es que las originales desaparecieron en el incendio de Roma por los galos (365 a. de C.) Es seguro que fueron restauradas luego, pues muchos las aprendieron de memoria; y no cabe duda tampoco de que los romanos poseyeron copias de ellas en todas las épocas (de otro modo, los jurisperitos posteriores no habrían podido escribir comentario alguno sobre las XII tablas); sólo que no se ha conservado ninguna de ellas. No conocemos más que fragmentos de estas leyes, que nos han hecho conocer diferentes autores, ya en su redacción primitiva, ya refiriendo su contenido. Se ha tratado varias veces de reconstituir dicho texto primitivo. El ensayo más antiguo y de mayor importancia es el de JACOBO GODOFREDO, primero en 1616, que renovó después en sus *Quatuor fontes juris civilis, Genevae*, 1653-4.

Muy superior á todos los trabajos que le preceden es el de DIRKSEN: *Resúmen de los ensayos hechos hasta hoy para la crítica y el restablecimiento del texto de los fragmentos de las XII tablas* (en alemán), Leipzig, 1824.

verdaderas *leges*, que, á propuesta de aquellos y con aprobación del Senado, fueron recibidas en los comicios por cúrias. En tiempo de Tarquino el Soberbio, hubo de coleccionarlas y publicarlas (*jus papirianum*) un pontífice llamado Papirio.

III.—Si consideramos ahora la *vida jurídica y política* de Roma en lo que tiene de esencial, se advierte que, ante todo, guardan íntima relación con el concepto general que de la vida tenía aquel pueblo, cuyo carácter intelectual abstracto, como ya se indicó en otra ocasión, aparece en todas las esferas de la vida, y en la jurídica se muestra como predominio de una voluntad enérgica, que aspira siempre á la dominación.

1.—La idea romana de la vida, á diferencia de la griega, se expresa sobre todo en la *religion*, por la concepción abstracta de las divinidades (1). Conceptos abstractos, no sólo de todas las relaciones esenciales de la vida, como el Estado, la *gens*, la familia, sino de todas las profesiones, especialmente de la agricultura, aparecen elevadas por hipóstasis al rango de divinidades, las cuales, sin embargo, ni tienen como en Grecia su historia, ni reciben tampoco información artística. El espíritu romano repugnaba también en esto la verdadera individualización; no veía, lo mismo que en el derecho, lo general en lo individual,

(1) WACHSMUTH, I, 326; MOMMSEN, I, 121.

sino lo individual en el concepto abstracto; no gustaba por esto primitivamente, antes de que el influjo griego se hiciera sensible, de representar á los dioses en imágenes, y sólo ulteriormente les erigió templos, sin que pudiesen penetrar nunca en el culto sombrío de los etruscos, que se desenvolvía en una aritmética mística y despertaba sólo terror y espanto. Llana y sencilla, clara y sóbria, animosa y llena de confianza: tal fué aquella primitiva concepción, la cual, si bien profundamente influida ya por el politeísmo, revela, sin embargo, todavía el carácter fundamental de las razas indo-europeas.

Aparece también como rasgo común fundamental el íntimo enlace entre el sacerdote y el jefe de familia; y, en la familia nacional, entre el pontífice y el jefe del Estado. Así como, dentro del hogar, el padre es á la vez sacerdote, que dá culto á la Divinidad, cuida con la familia de la conservación de los *sacra privata* y enciende en el hogar el fuego de Vesta, así es el curión el sacerdote de la curia, así también el rey es el sumo sacerdote, y así finalmente en el común hogar del Estado, el culto de Vesta es y se tiene por el más sagrado (y también es el último que sucumbe luego ante el Cristianismo). Verdad es que se instituyen, para atender á necesidades permanentes del culto y en honor de determinados dioses, ciertas dignidades sacerdotales peculiares, que también influyen en relaciones importantes de la vida; pero jamás llegan á alcanzar un lugar pre-

eminente en la jerarquía del Estado (1). Al lado de este género de sacerdocios, subsisten, por el contrario, determinadas corporaciones religiosas, formadas para guardar la tradición en lo concerniente al servicio divino, convirtiéndose así en depositarias del cultivo de las artes y de las ciencias. A ellas pertenecen, ante todo, las tres corporaciones más importantes de los *arúspices*, *augures* y *pontífices*. Especialmente los últimos, encargados primitivamente de los puentes del Tíber, poseedores del secreto de las proporciones y de los números, formaban también el calendario del Estado y tenían que cuidar de que todos los actos religiosos y judiciales se ejecutaran en los días en que era debido, alcanzando así una inspección suprema sobre todo el servicio divino, al que iban unidos íntimamente todos los demás actos importantes de la vida. En el seno de esta corporación nacieron, por tanto, los anales, así de la historia, como del derecho de Roma; esto último, porque según la constitución de los tribunales romanos, no podía formarse en ellos tradición del derecho y de las formas procesales, lo cual sólo pudo conservarse en aquel colegio. De modo que el derecho fué derecho pontifical, que, consistiendo en fórmulas principalmente, pero que hay que distinguir en muchos aspectos del

(1) Sobre este grado, que nunca formó parte esencial é independiente en la jerarquía del Estado, V. MOMMSEN, I, 116.

derecho sacro, probablemente más antiguo.

2.—Tocante al *Derecho* mismo, aparece asociado á esta concepcion clara, abstracta é intelectual, la idea de la *soberanía*, ejercida por la *voluntad* enérgica, la cual tiende á expresarse tambien en formas concretas y precisas. Pero la voluntad, como propia determinacion de aquel que es dueño de sí mismo, *sui juris*, es ilimitada de por sí. Así es tambien ilimitada esta soberanía en las diversas formas que reviste en el derecho civil como *potestas*, *manus*, *mancipium*, como en el *imperium* reconocido á todo funcionario: tanto, que aun allí donde funcionan juntos varios de éstos, los cónsules, por ejemplo, cada uno de ellos tiene de por sí todo el poder anejo al cargo (1). Ahora bien; el imperio ejercido por la voluntad es, como en general esta misma, una forma indiferente en sí, que según la moralidad del sujeto puede recibir una direccion moral ó inmoral, un fondo bueno ó malo. Esta forma, que el Derecho tomó entre los romanos, no es en realidad buena ni mala; y aunque tiene ya algo de pe-

(1) MOMMSEN, I, 159, hace notar que esta "rara institucion, que confiaba el supremo poder, no á los dos magistrados juntos, sino á cada uno de ellos, se mantuvo totalmente en la práctica y los romanos la conservaron luego en todas las magistraturas, casi sin excepcion." Dicha institucion era tambien una consecuencia del carácter uno é indivisible de la voluntad, que no puede limitarse por sí propia y sí sólo por principios objetivos, que el romano no tuvo presentes.

trificado, que fácilmente propende á cierta rigidez y dureza, y no asegura proteccion de ningun género contra las irregularidades, la inmoralidad y la injusticia material, con todo, no se deben tener por completamente ásperas y desprovistas de todo amor relaciones importantes de la vida romana, concernientes á lo más íntimo de ésta, como la del matrimonio, y las del padre con los hijos, por más que aparezcan dominadas por una cierta frialdad. El carácter general de este pueblo y algunos rasgos tambien de su historia (Coriolano, por ejemplo) prueban lo contrario, por lo que toca á los antiguos tiempos: de suerte que ha de reconocerse en él un buen germen bajo una ruda corteza. En lo tocante á los bienes, las relaciones jurídicas correspondientes, la de las deudas, por ejemplo, se muestran, sin embargo, dominadas desde el principio por una extremada dureza y egoismo, que sólo cambiaron de forma. Cuando despues, por muchas causas, fué disipándose más y más cada vez aquel buen fondo moral de la vida, no pudo este concepto formalista del derecho, ya de suyo estrecho y vacío, oponer dique alguno que resistiera á la disolucion; antes la fomentó, y la idea de dominio, que revisió todas las formas del egoismo y la codicia más calculadores, debió, por ley de consecuencia, acabar en el despotismo arbitrario de los emperadores.

3.—Si atendemos ahora á la primitiva *vida jurídica*, hallamos, por una parte, íntimos lazos

todavía entre el derecho privado y el público; y por otra, entre el derecho todo y la religión y el culto. A esta primordial relación religiosa, alude claramente la expresión *fas* (1), sentencia de los dioses, en oposición á *jus* (2), el vínculo que está formado más bien por la voluntad del hombre.

El primitivo derecho difería, ante todo, por la *diversidad de clase* entre patricios y plebeyos; el derecho patricio se revela especialmente en las relaciones de gentilidad, en el matrimonio solemne por *confarreatio*, en el divorcio, la sucesión, la prohibición del *connubium* con los plebeyos; pero el *commercium*—esto es, las relaciones jurídicas de los bienes—subsistió entre ambas clases. Los *esclavos*, que son en un principio los prisioneros de guerra y sus descendientes, podían llegar á tener algo suyo, á formar su *peculium*, y una vez emancipados, pasaban á ser ciudadanos, con tal que á la vez entraran en la clientela de su señor, cuya potestad sobre ellos era, no obstante, ilimitada, constituyéndoles en una situación más dura que en Grecia.

Era el *matrimonio* monógamo y estaba prohibido entre parientes consanguíneos próximos. La forma con que se contraía entre los patricios era la *confarreatio* (torta de harina con sal) inter-

(1) V. IHERING, p. 258.

(2) Sobre la verdadera procedencia de la palabra *jus*, V. la *Enciclopedia*, t. 1, p. 49, nota.

viniendo el sacerdote. A este matrimonio religioso, se enlazó probablemente después (1) la relación propiamente jurídica de la *manus* del varón sobre la mujer, en cuya virtud pasaba ésta por completo á la familia de su marido, era en ella considerada *quasi sua, filiae loco*, y entraba el marido en posesión de todos sus bienes y derechos absolutamente. Con dificultad se disolvía (por *diffarreatio*) un matrimonio contraído por *confarreatio*, á lo cual alude sin duda la tradición de que el primer matrimonio disuelto lo fué en 232 a. de C. La antigua ley de Rómulo, *jus divortendi ne esto*, autorizó el divorcio sólo en caso de adulterio, provocación de aborto, ó abandono del hogar. Cualquier otro divorcio se castigaba con la pérdida de los bienes del marido. Contrastaba con esto el matrimonio laxo de los plebeyos, pues la mujer no adquiría derecho alguno en la familia y sucesión del marido, y sus bienes permanecían completamente separados. No mediaba tampoco solemnidad alguna en su celebración; sólo ulteriormente, á lo que parece, intervinieron en él los arúspices; aplicábase en él el principio *consensus facit nuptias*, y el sólo *dissensus* bastaba para disolverlo. Después, llegaron los plebeyos por las XII tablas á tener un matrimonio riguroso, semejante al de los patricios, mediante

(1) Esta presunción de LENZ, o. c., pág. 144, me parece fundada en el desenvolvimiento natural de la historia romana.

el *usus*, que, como se ha observado con razon (1) presupone ya el primitivo matrimonio libre, y nacia por el hecho de la permanencia de la mujer al lado del marido durante un año entero, sin abandonarlo un *trinoctium*. Luego se instituyó una tercera forma: la *coemptio*, cuando se introdujo el *connubium* entre patricios y plebeyos, cuyos matrimonios respectivos llegaron con esto á confundirse (2).

La mujer era considerada y honrada. Las inscripciones *Univirae et castissimae; Domum servavit, lanam fecit*, muestran en qué se hacian consistir las virtudes femeninas.

La *patria potestas* era rigurosa y amplia. Todavía una ley de las XII tablas autorizaba al padre para matar á su hijo deforme; y los hijos podian ser vendidos por aquel, cayendo en servidumbre (pero no en esclavitud).

Tocante al *derecho real*, importa notar, ante todo, que primitivamente tenia el concepto de *cosa* una extension muy amplia, comprendiéndose en él todo aquello que, por oposicion á los diversos modos del poder (*potestas, manus, mancipium*), era *objeto* del mismo. Por esto dicen las leyes de las XII tablas: *uti legassit super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto*; incluyendo, por tanto, á los hijos en el número de las cosas. El concepto de cosa, en sentido estricto,

(1) UNGER, o. c., pág. 73.

(2) UNGER, o. c., pág. 77.

nació sólo despues, por oposicion al de persona. No hubo en el primitivo derecho, en punto á las cosas propiamente tales, ninguna diferencia esencial entre las muebles y las inmuebles (tan característica desde un principio en el derecho germánico). La propiedad del suelo procedia del Estado y se constituia por la distribucion (*assignatio*) y por la venta (1) de porciones del *ager publicus*. El *populus*, que en un principio comprendia sólo á los patricios, tenia la propiedad de este *ager* y cada uno de aquellos sólo la posesion y el goce, pagando por ellos al Estado un impuesto muy reducido. Pero ya Rómulo, segun se cuenta, asignó á cada ciudadano dos yugadas como propiedad transmisible por herencia (2), espacio que apenas bastaba para casa y huerto. Pero, además, gozaba cada patricio el aprovechamiento de los nuevos territorios, que se adquirian sucesivamente por la guerra. Cuando la plebe, ya formada, entró á servir en los ejércitos del Estado, organizó Servio Tulio para los plebeyos suertes de terrenos, cuya extension llegaba á siete yugadas (3), trasmisibles y enajenables segun el derecho estricto, y libres del impuesto sobre la renta; pero inscritas en el censo y sujetas por tanto á todas las cargas que jamás pesaron sobre lo poseido en el suelo comun.

(1) NIEBUHR, II, 182.

(2) NIEBUHR, II, 177.

(3) NIEBUHR, II, 189.

La relacion puramente jurídica del señor ó dueño sobre todo objeto de derecho, concebida en su más amplio sentido, parece haberse expresado en la idea de la *manus* (1) por cuanto el co-

(1) En aleman puede decirse *Handrecht* (derecho de mano), segun traducen acertadamente GÖTTLING, *Historia de la constitucion social romana* (en aleman), 1840, página 51—el cual juzga que están representadas en la *manus* todas las relaciones jurídicas privadas, y en el *caput* las públicas—y LENZ, *o. c.*, 154, etc. Relativamente á los etruscos, sobre los cuales debo insistir todavia, consignaré la conjetura de este último, conforme tambien con la mia (pág. 45). Dice LENZ, p. 290: "segun GÖTTLING (cuya obra es tambien de grandísimo interés para el estudio de las relaciones jurídicas), no seria sospecha desautorizada la de que los etruscos pertenecian á la familia semítica.—Como entre los judios, se muestra tambien entre los antiguos etruscos y de un modo más acentuado que en los otros pueblos, un cierto derecho de primogenitura, por el cual alcanzan los primogénitos la condicion de *lucumones*, mientras los hijos menores reciben probablemente el nombre de *egerios* (GÖTTLING, página 32); la tierra estaba, como entre los judios, consagrada á Dios y declarada propiedad suya (GÖTTLING, *ibid*); su escritura iba tambien de derecha á izquierda (p. 36); estaban en relaciones de alianza con los cartagineses mucho tiempo antes de su confederacion con los romanos; y aun Anibal consultó al Nekiomanteion en el lago Averno (p. 39).—Supongo desde luego que no pueden haber sido judios, y sí sólo una raza semítica, como los fenicios y cartagineses. Hace tambien pensar en una lengua semítica la

ger con la mano (*manu capere, mancipare, mancipium*) es la señal visible de la voluntad, que constituye la fuente del Derecho. El principal modo de adquirir la propiedad, era la conquista: *maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent*. Existe ya entonces, segun esto, una diferencia muy significativa entre las *res Mancipi* y las *res nec Mancipi*: aquellas, relativas probablemente todas á la agricultura, y en las cuales se comprendian, por ejemplo, los inmuebles itálicos, campos y casas, los esclavos, bueyes, caballos y asnos (1), sólo podian ser adquiridas por

multitud de etimologías hebraicas, que tienen los nombres en las inmediaciones de la antigua *fossa philistina*, en el Pó como, segun O. MÜLLER (*Los Etruscos*,—en aleman—1, 228), ha probado MAZOCCHI en una disertacion. La opinion de RÖTH de que la cultura etrusca tan original, era egipcia en el fondo, y transmitida por medio de los Pelasgos fenicios, y que éstos eran precisamente los Pelaschi ó Pelischti fenicios y afines á su vez de los antiguos filisteos (V. el t. I, nota 25, de la o. c. en la *Enciclopedia*, t. I, p. 309, nota), hallaria quizás un nuevo punto de apoyo en la *fossa philistina* (que segun Müller es un nombre toscano, y no latino.)

Cuán importante seria, para explicar de un modo satisfactorio los elementos esenciales romanos é itálicos, el hecho, probable en sí, de que en Italia (como luego tambien en Grecia) se mezclase un factor semítico con otro indo-europeo, no podrá desconocerlo nadie que sepa estimar en los influjos de la raza (y los de su cultura, por tanto), el carácter de permanencia que les es peculiar.

(1) ULPIANO, XIX, 1; GAYO, I, 120; II, 16; 17, 29.

mancipatio publica; en las segundas, por el contrario, bastaba transmitir la mera posesion. En ambas especies de cosas, sin embargo, podia constituirse propiedad estricta *ex jure quiritium*, la cual tenia la garantía del Estado y se hacia valer contra cualquiera por la *rei vindicatio*. Esta propiedad estricta se adquiria en las *res mancipi publicamente*, ya por un solo acto, que era las más veces una venta figurada ante el pueblo, ó testigos que representaban á sus cinco clases (*mancipium, mancipatio, nexu alienatio*, esto es, *per aes et libram*), ya tambien por la larga posesion continuada (*usus, usucapio*) (1). En punto á servidumbres, pocas eran las constituidas por entonces.

El derecho de *obligaciones* aún estaba poco desarrollado. Los pactos, donde sólo mediaba una señal de la mútua conformidad de las partes, no engendraban obligaciones, cuyo cumplimiento pudiera reclamarse: tal pasaba con las obligaciones verbales por estipulacion y las literales. El lazo de union no lo formaba todavia la voluntad abstracta como tal; sino que, ó consistia en una superior relacion, el juramento, *sacramentum*, por la cual el que se obligaba, caso de no cumplir,

MAINZ, *Éléments de droit romain*, Bruselas, 1845, I, p. 432. Comp. GÖTTLING, o. c., p. 124, nota 10. Por esto eran los cerdos y ovejas *res nec mancipi*.

(1) HUGO, *Enciclopedia*, 8.^a ed., p. 96.—V. tambien GÖTTLING, o. c., p. 125.

se conformaba á ser *sacer*; ó en la *mostracion inmediata de la cosa*, ya entregándose ésta, ya dándose otra en su lugar, de donde la *obligatio re contrahitur*. Las compras y permutas se realizaban, dándose en el acto los objetos respectivos, sin que la compra á crédito autorizara á reclamacion alguna, ni transmitiese tampoco el dominio. Desde que el cobre reemplazó á las ovejas y á las vacas como regulador de los valores, consistió la compra en pesar el comprador ante el vendedor y testigos la moneda convenida, y poner el vendedor en manos del comprador (*mancipare*) el objeto vendido. El préstamo se efectuaba tambien pesando ante testigos la moneda y contrayendo la obligacion (*nexus*) de devolverla, obligacion que se extinguia con iguales formas; el deudor se obligaba por el capital é interés, que ascendia de ordinario cada año á la duodécima parte del capital (*uncia*, $8\frac{1}{3}$ por 100) (1).

Así como el *nexum* correspondia al comercio interior, así el *mutuum* (cambio, de *mutare*), consistente sólo en la entrega del dinero de una mano á otra, se referia al comercio con extranjeros, constituyendo, por tanto, un núcleo para la formacion del *jus gentium*. El crédito personal estaba garantizado del modo más duro y hasta bárbaro: pues el acreedor podia retener como *mancipium* al deudor insolvente; y caso de ser los acreedores muchos, despedazarlo y llevarse cada

(1) MOMMSEN, I, 105.

cual su parte (1). La hipoteca era desconocida en aquel pueblo; el acreedor se hacia inmediatamente dueño de la cosa afecta al pago de la deuda, con la obligacion de devolverla al deudor, satisfecho que fuese el crédito. El derecho privado internacional, *jus gentium*, se habia ido abriendo camino, merced á los contratos sobre pagos de los comerciantes con Cartago, y probablemente tambien con la etrusca Cares.

El derecho de *sucesion* (2) se muestra bajo las dos formas: intestada, peculiar esencialmente al orden patricio, y testamentaria, en la que domina el principio plebeyo, más libre. De los dos modos

(1) MOMMSEN, I, 105. El derecho de despedazar al deudor, consignado aún en las XII tablas (*partes secando*) y de cuya existencia han dudado sin motivo algunos escritores, fué una terrible verdad. MOMMSEN llega hasta opinar (109) "que el exceso en el uso de este derecho estaba previsto en las cláusulas con más cuidado del que tuvo el judío Shylok." GÖTTLING, o. c., p. 323, es de otra opinion.

(2) GANS, *Derecho de sucesion (Erbrecht)*, II, p. 36, distingue acertadamente tres períodos; el *primero*, durante el cual aún es latente la oposicion entre la sucesion intestada y la testamentaria; el *segundo*, en que aparece dicho antagonismo entre ambas y principia con el precepto *uti legassit super familia pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*, extendiéndose hasta la adopcion del testamento pretorio; con ella empieza el *tercer* período, que es el de la compenetracion de ambas formas de suceder en el derecho de los herederos necesarios, y concluye al publicarse la Novela 115.

de testar, ante el pueblo (*testamentum comitiis calatis*, esto es, *curiatis*), y en el ejército, (*in procinctu*), el primero es, como Gans ha probado, una mera adopcion testamentaria (1), parecida á la del derecho ateniense (2).

En el derecho *penal*, la esfera propia del Estado y la del ciudadano estaban separadas más distintamente que en los otros pueblos antiguos. El Estado, por lo regular, no intervenia por sí mismo, sino cuando peligraba el orden público, en los casos, por ejemplo, de traicion á la patria (*proditio*), y de resistencia violenta á las autoridades (*perduellio*), y aun tambien tratándose de asesinos atroces (*parricida*), incendiarios, testigos falsos, y los que segaban de noche los campos confiados al amparo de los dioses y del pueblo. Estos crímenes llevaban consigo pena de muerte. Los demás delitos ordinarios contra los ciudadanos y extranjeros residentes en Roma se reparaban por la composicion y la multa, ó la satisfaccion al ofendido, jamás con la muerte, y á lo sumo con la pérdida de la libertad.

El *procedimiento civil* era sencillo. Se entablaba la accion real en forma de una *sponsio*, en que cada uno de los litigantes consignaba, para el caso de perder, una suma, que pasaba á manos del sacerdote, empleándola éste en oblaciones públicas á los dioses. Al que era condenado y deja-

(1) GANS, II, p. 54.

(2) V. la *Enciclopedia*, t. II, p. 33.

ba trascurrir treinta días sin cumplir la sentencia, se le aplicaba el procedimiento ejecutivo por la *manus injectio*, entregándolo el tribunal al acreedor (si no se presentaba un fiador—*vindeus*—que respondiera por él con su persona) para que éste lo tuviera como esclavo, autorizándole además al cabo de sesenta días y después de sacarlo tres veces al mercado sin que nadie se compadeciera de él, para matarlo, cobrarse en su cadáver ó venderlo como esclavo á los extranjeros con sus hijos y bienes (1).

En estos rasgos del antiguo derecho, se refleja ya el carácter abstracto, preciso, claro y duro que siempre conservó; pero á la vez, comparando este comienzo con la elaboración á que llegó después, resalta el señalado progreso que fué alcanzando en las épocas posteriores.

§. 3.—Segunda época.

Desde las leyes de las XII tablas, hasta el advenimiento del Imperio, bajo Augusto.

(305-723 u. c.—449-31 a. de C.)

Las leyes de las XII tablas, que llama Livio *fons publici privatique juris*, y Tácito *finis aequi*

(1) V. antes la p. 50.

juris, fueron la base de todo el derecho ulterior, si bien los preceptos consignados en ellas tocante á las relaciones de derecho público, perdieron muy en breve su oportunidad y vigor, constituyendo hasta Justiniano el punto de enlace (1) para todas las modificaciones ulteriores realizadas por los magistrados y jurisconsultos, al intento de satisfacer las nuevas exigencias de los tiempos. Las XII tablas y el Código justiniano representan, pues, el punto de partida y el término entre que se mueve principalmente la elaboración del derecho por el pueblo mismo ó sus órganos.

Lo que en primer término caracteriza al código de las XII tablas, no es tanto el haber establecido un derecho nuevo, cuanto, sobre todo, haber fijado el antiguo, determinándolo con la claridad y exactitud que eran ya necesarias, é introduciendo aquellas variaciones, así en lo religioso como en lo político y en lo privado, exigidas para el fin de dar un paso más en la igualdad de patricios y plebeyos. Semejante *exaequatio juris* la iniciaron de hecho las XII tablas, y se realizó completamente en este segundo período. Cesó además con dichas leyes, por una parte, el influjo sacerdotal en el derecho y su declaración, y em-

(1) PUCHTA, I, p. 192, observa con razón que "su carácter, como el de toda conclusión de un período, no está principalmente en que con él finaliza una época, sino en ser el principio de otra."

pezó, por otra parte, á distinguirse más exactamente el derecho privado del público, con que estaba fundido hasta entonces, comenzando, por tanto, la formación independiente de aquel.

En el desarrollo que en la esfera política y civil promovieron las XII tablas, y á que dieron vigoroso impulso, proseguido luego en los periodos ulteriores, importa señalar, además del carácter de *progreso* sucesivo con que vá mostrándose el principio de la equiparación jurídica entre patricios y plebeyos y de la resolución gradual de ambos órdenes en la unidad del pueblo todo, otro elemento de no menor trascendencia, y es el *respeto* que ostensiblemente alcanza el derecho *formal* constituido, así político como civil, mostrándose, el pueblo y sus órganos propios, penetrados de este sentimiento: donde tiene su verdadera raíz y explicación la dilatada subsistencia de la forma de gobierno republicana, á pesar de las violentas luchas entre patricios y plebeyos. Este rasgo característico de un pueblo, llamado en la historia con vocación especial á la elaboración del derecho, se refleja, de un lado, en la esfera pública, en la tenacidad persistente con que el pueblo y sus órganos, cuando fracasaban sus tentativas para ampliar su derecho, las renovaban siempre por caminos legales hasta conseguir que fuesen aceptadas; y así de grado en grado llegaban á realizar su propósito. Por otra parte, se revela también en el orden privado, en el modo de proceder en la formación del derecho los ma-

gistrados y jurisconsultos, los cuales consideraban al derecho civil estricto, según se hallaba consignado en las XII tablas, como la base fundamental y permanente; y cuando el aumento de las relaciones de la vida y del comercio exigían innovaciones, no las introducían aquellos directamente, esto es, fallando contra el precepto legal, derogándolo ó modificándolo; sino al contrario, de un modo indirecto, apelando casi siempre á ficciones jurídicas, con lo cual se aseguraba el enlace inmediato del nuevo derecho con el antiguo.

En lo que toca á la *política*, dos fases capitales son las que presenta en el decurso de este periodo: una, la de la *república aristocrática*; otra, la de la *democrática*, que empieza con la *lex Hortensia* en 467, *u. c.*—A partir de la publicación de las XII tablas, los plebeyos fueron arrancando á los patricios un privilegio tras otro, á vueltas de una larga serie de esfuerzos. Ante todo, consiguieron por el tribuno Canuleyo (309 *u. c.*) el *connubium* con los patricios, que las XII tablas no autorizaban todavía; después (310 *u. c.*), obtuvieron que fuesen elegidas para una parte de las funciones consulares *tribuni militum consulari potestate*, con lo cual se abría también á los plebeyos el acceso á la dignidad consular; finalmente, el tribuno C. Licinio Stolon (387 *u. c.*, 366 a. d. C.), cuyo cargo duró diez años, alcanzó la aprobación del último de sus tres proyectos de ley, relativos al injusto repartimiento

del *ager publicus* (1), al procedimiento bárbaro con los deudores y al acceso de los plebeyos al consulado; de suerte que quedó abolido el tribunal militar, al cual rara vez habian llegado los plebeyos; y en cambio, habia de elegirse de entre ellos desde entonces, uno de los cónsules. Al consulado iban unidas primitivamente la censura y la pretura; los patricios, sin embargo, previendo quizás que al fin tendrían que ceder en punto al primero, habian separado ya desde la *lex Canuleja*, en 311, la censura, y ulteriormente la pretura, en 387; con lo cual los plebeyos, obtenido el consulado, tuvieron que luchar nuevamente para llegar á estas dos dignidades. La última que consiguieron, fué la del *Pontifex maximus*; aunque, en realidad, hasta el año 502 no la obtuvie-

(1) PUCHTA, *Curso de Instituciones* (aleman), t. I, §. 57, sostiene con HUSCHKE la antigua opinion de que la *lex Licinia de modo agri* no se referia á las posesiones del *ager publicus*, sino á la verdadera propiedad territorial. Nosotros tenemos por exacta la opinion de NIEBUHR, III, 14, etc. La tendencia capital de la ley agraria era la de impedir que nadie poseyera del campo comun, en edificios y plantíos, más de 500 yugadas, ni tuviera en los pastos comunes más de 100 cabezas de ganado mayor y 500 del menor. Si alguno poseía en el territorio comun más porción que la señalada, debía repartirse el exceso en propiedad á todos los plebeyos, en lotes de 7 yugadas. Sobre la legitimidad y equidad de esta pretension, renovada luego por T. Graco, V. NIEBUHR, III, 425, etc.

ron los plebeyos, el primero de los cuales fué Coruncanio.

El Senado siguió conservando el poder supremo, trasformándose, sin embargo, gradualmente, merced al ingreso que en él iban teniendo los magistrados, los plebeyos, por tanto, al cesar en su cargo respectivo. Así se comprende que este cuerpo, aun contra las curias, apoyase la mocion propuesta por el dictador plebeyo A. Publilio Filon (415, u. c., 338 a. d. C.): *ut plebiscita omnes Quirites tenerent*, y *ut legum, quae comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium patres auctores fierent*; por la primera parte de esta peticion, los plebiscitos (que nacian de los comicios tributos) pasaron á ser leyes, sin necesitar la aprobacion de los comicios centuriados; por la segunda, si se entiende con NIEBUHR (1) por *patres* los comicios curiados, se privó á éstos del veto contra las resoluciones tomadas por los centuriados; y aun el derecho que les asistia de sancionar ó confirmar sus acuerdos, ya que era

(1) NIEBUHR, III, 170. PUCHTA I, 59, estima, por el contrario, que los *patres* representan al Senado, pues supone que la segunda ley ninguna novedad introdujo; que, por el contrario, afirmó sólo el antiguo derecho del Senado de dar antes su autorizacion previa en todas las rogaciones de leyes á los comicios centuriados, contrariamente á la innovacion introducida por la primera ley Publilia. Pero la opinion de NIEBUHR es la única que explica por qué estas leyes fueron llamadas tan precisamente por LIVIO *Leges secundissimae plebei*.

necesario que les diesen antes su asentimiento, vino á quedar reducido á pura fórmula.

El predominio que con esto adquirieron los plebeyos, lo concentró por fin en la plebe la *lex Hortensia* (467, u. c., 286 a. d. C.), pues admitido el principio *ut eo jure, quod plebs statuit, et omnes Quirites tenerentur*, quedó abolida la confirmación de los plebiscitos por el Senado. Por esto dice Gayo con razon: *eo modo plebiscita legibus exaequata sunt*, llegando entonces la plebe á representar la unidad del pueblo todo, unidad *democrática*, que llegó á realizarse, á la vez que alcanzó el pueblo por completo el poder de darse leyes. Subsistió, sin embargo, una limitación de mucha trascendencia en el Estado romano, á saber: la de que el pueblo, en la paz ó la guerra, resolvía tan sólo á propuesta del Senado, pues éste siguió conservando la dirección de los asuntos exteriores.

Alcanzada de esta suerte la igualdad y unidad *políticas*, los tribunos del pueblo, que ya lo representaban por entero, no tan sólo á la plebe como antes, y cuyo poder fué engrandeciéndose, empezaron con mayor energía á proponer medidas conducentes á la mejora de la posición social de aquel, reducido cada vez á mayor pobreza por las guerras continuas y la usura de los ricos. Realizada felizmente esta evolución política, se inició un movimiento de carácter principalmente *social*, que sin embargo, al intentar la curación por medios exteriores de llagas morales que ha-

bia muy hondas en la sociedad romana, lo que hizo sólo fué despertar las pasiones del pueblo y acelerar la disolución de la república. Por de pronto, se efectuó un cambio en la actitud de los partidos. Todos los ricos, patricios ó plebeyos, que se sintieron amenazados, se unieron entre sí íntimamente para retardar, ya que no impedir por completo, la realización de las mejoras sociales. La ley agraria Licinia, renovada por los Gracos en 621 y 631, y en virtud de cuyas disposiciones, encaminadas á mitigar el estado de los pobres, se autorizaba á cada padre de familia para poseer, además de las 500 yugadas permitidas por la *lex Licinia*, 250 más, cuando tuviese hijos, no llegó á cumplirse y costó la vida á los Gracos. Sólo con frecuentes colonizaciones pudieron los pobres salir de la miseria, pues recibía el colono el dominio entero del lote que le tocaba; hasta que también la tierra conquistada en las continuas guerras cayó en manos de los poderosos y ricos. Con la extensión extraordinaria del imperio romano y el continuo saqueo de las provincias, se perdieron las antiguas virtudes. La desmedida riqueza, el lujo, la servidumbre de todos los goces sensuales, por un lado; la presión de la miseria, la inconsistencia y no menor ruina de la moralidad, por otra parte, habían separado á los ciudadanos en dos clases, con diversos matices, que se destruían recíprocamente en aspiraciones tan sólo materiales y exteriores, para venir á parar al cabo, como una consecuencia natural, en el po-

der absoluto del imperio, que concentraba el egoísmo romano en una expresión personal.

II. Las fuentes del derecho en esta segunda época son: 1.º Las *leges*, en su triple forma de *leges populi*, *plebiscita* y *senatus-consulta*; 2.º Los *edicta magistratum*, los *responsa prudentium*; 3.º El derecho consuetudinario, admitido por los romanos, y nacido ya inmediatamente de las costumbres, *mores majorum*, ya de la jurisprudencia de los tribunales, *rerum perpetuo similiter*, *judicatarum auctoritas*, *disputatio fori* (1). Consideremos estas fuentes con algún mayor detenimiento, en sí mismas y en su desarrollo:

1. Las *leges* se presentan en la triple forma mencionada, por existir tres autoridades investidas de poder legislativo: los comicios centuriados, los tributos y el Senado. Pero en su sentido original y estricto, sólo se llamaban *leges* las propuestas aceptadas por el *populus* (la totalidad de los ciudadanos romanos, patricios y plebeyos)

(1) El derecho consuetudinario era concebido por los romanos en sentido más estricto que por los romanistas actuales. También su división del derecho en *jus scriptum* y *jus non scriptum*, tiene otra significación que la correspondiente en el moderno tecnicismo alemán. Así dice, por ejemplo, el §. 3.º *Inst.*, 1, 2: *Constat autem jus nostrum aut ex scripto aut ex non scripto: scriptum autem jus est lex, plebiscita, senatus consulta, principium placita, edicta, responsa prudentium.*—§. 10. *Ex non scripto jus venit quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur.*

en los comicios centuriados, previo consentimiento del Senado; y de los plebiscitos y senado-consultos, se decía únicamente que tenían *legis vicem*, *legis vigorem*. Los *populiscita* fueron los únicos durante mucho tiempo que poseían fuerza general obligatoria, pero las *leges Publiliae*, y de un modo más perfecto la *lex Hortensia*, igualaron á los *plebiscita* (primeramente dados en los comicios tributos, organizados tan sólo entonces para los negocios comunes de la *plebs* y cuyas resoluciones no necesitaban el asentimiento del Senado) con los *populiscita*. Los senado-consultos recibieron carácter de ley en las materias jurídico privadas, hácia los últimos tiempos de la república ó en los comienzos del imperio. Las más de las leyes dictadas en esta tercera época por respecto á esta clase de materias, fueron plebiscitos, como la *lex Cincia* sobre donaciones, la *lex Furia* y la *Voconia* sobre sucesiones y legados, la *lex Aquilia* para indemnizaciones y la *Aebutia*, que introdujo un nuevo derecho procesal.

2. *Edicta magistratum*. Los magistrados, generalmente nombrados por un año, ejercían, como órganos del pueblo soberano en los límites del cargo que les estaba confiado, una absoluta plenitud de poder (*imperium*), de cuyo uso eran responsables al cesar en su cargo, debiendo dar cuenta al Senado ó al pueblo. Los magistrados que ejercieron mayor influjo en la formación del derecho civil, fueron especialmente los pretores, el *praetor urbanus* y el *peregrinus*, y los ediles, á

quienes pertenecía la policía. Ambas clases de funcionarios, pretores y ediles, publicaban, al entrar en el ejercicio de su cargo edictos (*edicta magistratum*), en que establecían los principios, según los cuales decidirían los casos que se les presentasen durante sus funciones. Por lo que concierne en particular al edicto de los pretores, tan importante para el desarrollo jurídico, se distinguen en él dos elementos. Considerado en sí mismo, era en realidad *edictum perpetuum*, ya que contenía en general una regla de carácter permanente; pero no obligando á los sucesores, si bien, como era natural, éstos mantenían siempre aquellas disposiciones que se habían mostrado convenientes y sólo cambiaban las contrarias, se llamaron *trasilitia edicta* estas reglas conservadas, por oposicion á las nuevamente establecidas, *nova edicta*, por el pretor entrante. La autoridad del edicto pretorio que, merced á su publicacion escrita, se contaba en el *jus scriptum*, no era la de la ley, ni la del derecho consuetudinario; y á consecuencia de una idea jurídica romana, que antes ya se ha indicado, radicaba en la voluntad independiente (*imperium*) del pretor, órgano en su esfera de la ilimitada voluntad del pueblo.

En el influjo del edicto pretorio sobre el desenvolvimiento del derecho privado, hay que distinguir esencialmente dos períodos: 1.º Desde la primera institucion de un pretor encargado de la administracion de justicia, hasta la del *praetor*

peregrinus (387 á 508).—2.º La consideracion y elaboracion del llamado *jus gentium*, iniciada por este último, su reaccion sobre el edicto del *praetor urbanus* y el verdadero progreso del derecho romano, que con esto comienza.

En el primero, el influjo del pretor sobre el derecho procesal material, y aun sobre el formal, era muy pequeño. Ciertamente que no era él quien tenía que decidir por sí mismo las cuestiones jurídicas, sino el *judex*, elegido por las partes ó nombrado por el pretor; pero podía ejercer una accion importante sobre el derecho material, merced á los medios procesales. Y sin embargo, en todo este tiempo, esa accion sobre el procedimiento fué insignificante, pues en su silla curul, tenía que sujetarse á las fórmulas judiciales, *legis actiones*, exactamente atenedas á las palabras de la ley, alegadas por las partes y redactadas por los jurisconsultos (*prudentes*); dando, en ciertas palabras solemnes, la fórmula correspondiente, en la cual tenía sólo que determinar algunos puntos relativos á la parte externa del procedimiento: por ejemplo, excluir á ciertas personas de la judicatura, cuando podían las partes elegir jueces, á más de los ordinarios, admitir ó no una fianza, etc. Sólo cuando al lado de las *legis actiones* (que á lo ménos en parte, subsistian aún) introdujo un nuevo procedimiento la *lex Aebutia* (según Heffter, hácia 605 y según la opinion de Puchta, mucho ménos fundada, hácia 550 *u. c.*), recibiendo el pretor la autorizacion de dar accio-

nes que no estaban fundadas en el derecho estricto, de invalidar las de éste por medio de excepciones, etc., alcanzó aquel magistrado una importancia decisiva sobre la elaboración del derecho. Pero esta *lex Aebutia* debe considerarse como una reacción del *jus gentium*, aplicado por el *praetor peregrinus*, sobre el procedimiento del *praetor urbanus*.

El segundo período, se caracteriza, en primer término, por la esfera de acción más extensa y libre que adquiere el *praetor peregrinus* (instituido en 508, *u. c.*), investido de la *jurisdictio*, tanto en las controversias entre los extranjeros, como entre éstos y los ciudadanos romanos. Pues no siendo aplicables, ni el derecho civil estricto, ni las *legis actiones* en aquella clase de litigios, tenía el magistrado que guiarse por otras reglas jurídicas.

El trato de los romanos con otros pueblos, especialmente de Italia, largo tiempo hacia extendido, había ya abierto una fuente para esta información en el llamado *jus gentium*. Los romanos ilustrados habían conocido en aquel trato ciertas ideas é instituciones jurídicas que, prescindiendo de tales ó cuales formalidades, conformaban con las de su pueblo, deduciendo además su claro sentido jurídico de la naturaleza de aquellas relaciones mútuas, y para facilitarlas, formas dotadas de mayor flexibilidad y más fáciles. Estas formas, hijas al par de la razón natural y de aquel comercio con el extranjero, constituyeron

lo que se llamó el *jus gentium* (1): derecho privado internacional y de relaciones, tomado como norma por el *praetor peregrinus* en su edicto; reconociendo, así en el derecho real como en el de obligaciones, nuevos modos de adquirir y nuevas formas de comercio social.

Este proceder más libre del pretor peregrino, no podía por ménos de producir una reacción sobre la jurisdicción de su colega el *praetor urbanus*, que funcionaba en la misma ciudad, con tanta más razón, cuanto que la necesidad de simplificar las formas era cada vez más apremiante para los mismos ciudadanos romanos, merced al incremento de las relaciones sociales. El primer fruto maduro (aunque á lo ménos tardó medio siglo) de este procedimiento, que provenía de la acción del tribunal peregrino sobre la opinión nacional, y fué aceptado por ésta, fué la *lex Aebutia*, en virtud de la cual el pretor urbano perdió aquel carácter pasivo que le estaba atribuido en la letanía (*carmen*, como dice irónicamente Ci-

(1) Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque *jus gentium* quasi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium jure utitur. Pr. et §. 1 *Inst.*, 1, 2 *de jur. nat.*

eron) de las *legis actiones* y autorizado para un procedimiento más independiente, pudiendo conceder ahora *actiones utiles* para los casos análogos.

Mas, por importante que fuesen estas nuevas formas procesales para una informacion más libre del derecho material, no lograron satisfacer la necesidad de modificar y completar éste. Pero el pretor urbano (á diferencia del peregrino) no podía ya aquí establecer nuevas reglas, sino que tenia que apelar á medios indirectos, por no serle lícito alterar el derecho vigente, mientras se conservaba válido y en forma. Esos medios consistian, parte, en destruir la eficacia de las acciones que nacian del derecho civil estricto, por *exceptiones*, considerando especialmente como fundamento para conceder una *exceptio* y hasta una *actio*, ciertas circunstancias morales codeterminantes de las relaciones jurídicas, como el error, el engaño, el temor y la violencia (*exceptio doli, metus, vis*) que el derecho estricto para nada tenia en cuenta, por aspirar sólo á mantener determinadas formas exteriores. Y en parte eran esos medios precauciones (*cautiones*); concesiones de posesion (*missiones in possessionem*); *interdicta* contra ciertos hechos arbitrarios y de propia, pero ilícita defensa; el restablécimiento á su anterior estado de un derecho perdido sin culpa (*in integrum restitutio*); por último, *fictiones* para nuevas relaciones y casos, en que indicaba al juez resolviere segun una fórmula del derecho estricto,

to, que producía plena eficacia, como si el caso dado, aunque por analogía no pudiese subsumirse en ella, hubiese sido previsto. Pusieron tambien los pretores las bases para un nuevo sistema de sucesiones, facilitando á ciertas personas el ejercicio de su derecho, al permitirles la posesion de la herencia (*bonorum possessio*).

Pero no pudiendo preverse en el edicto todos los casos necesitados de proteccion jurídica, fueron constituyéndose nuevos medios para los casos nuevos tambien, segun el principio de la analogía. Así nacieron las *actiones* y *exceptiones utiles*, etc. El principio superior de que el pretor se guiaba, era en general la utilidad comun (*utilitas* (1) *publica*) y en lo particular, la *aequitas*, por la cual los romanos no entendian un proceder determinado segun ideas subjetivas, sino nacido de la consideracion de elementos esenciales codeterminantes y adecuados á las relaciones concretas y que atendia más al fondo que á la forma: procedimiento mediante el cual alcanzaba su derecho (2) todo aquel que lo merecia (*pro digni-*

(1) *Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam*; fr. 7 et §. 1 D. 1, 1. — Así, por ejemplo, en el edicto, la importante *negotiorum gestio* se funda en la *utilitas*; fr., l. 1, D. 3, 4.

(2) CICERON; *pro Murena* 12, denomina así la justicia diciendo: *Justiti est aequitas, jus uni cuique tribuens pro dignitate cujusque*. — V. sobre la equidad, la p. 140, t. 1, *Enciclop.* — Lo propiamente individual jamás, sin

tate). El edicto pretorio fué así el núcleo del derecho privado y el reverso de las XII tablas.

De este modo recibió el derecho romano, en la segunda época que nos ocupa, una forma doble: la del derecho estricto y la del pretorio. Así como la *urbs* misma se dilató transformándose en *orbis*, así también fué tendiendo el contenido del derecho á contenerse en el *jus gentium*, dejando á un lado las antiguas formas del puro y simple (*nudum*) *jus quiritorium*, como un molde antiguo y roto. Pero este progreso, conviene advertir para que se comprenda bien lo precedente, que sólo se consumó en la época inmediata; cuando Caracalla igualó á todos los súbditos del imperio, en cuanto al derecho privado: con lo cual, si es que no ya antes, cesó la verdadera función especial del pretor peregrino, y todos los edictos emanados de los pretores, así peregrinos, como urbanos, fueron considerados como un todo jurídico (*jus honorarium*), seguido como tal por los jurisconsultos y reunido formalmente por Salvio Juliano (131 d. C.) por orden de Adriano, emperador. Y si en la tercera época desapareció por tanto la distinción entre ambos edictos, todavía quedó reservado á Justiniano, á fines del IV, suprimir la que existía aún entre el *jus honorarium*, contenido en el edicto, y el antiguo derecho civil, que había descendido á la categoría de embargo, ha sido comprendido en el concepto romano de la equidad, pues que según ya antes se notó aun en lo individual veían siempre lo abstracto.

mera fuente subsidiaria, reuniéndolos con las demás fuentes en una superior unidad; por más que ciertos rasgos del antiguo dualismo sean todavía visibles en la codificación justiniana.

3. Otra fuente de derecho constituyen los *responsa prudentium*. Los patricios fueron, durante mucho tiempo, los únicos jurisconsultos, no sólo porque eran exclusivamente los encargados de conservar el *jus sacrum*, todavía en práctica bajo muchos respectos, sino también porque, aun después de las XII tablas, se reservaron misteriosamente el conocimiento de las fórmulas procesales, tan importantes en aquel pueblo, y de los tiempos y días, *dies fasti*, hábiles para los actos judiciales. Sólo cuando Cn. Flavio, escribiente del jurisconsulto patricio Apio Cláudio, hizo públicas en 499 u. c. las fórmulas jurídicas coleccionadas por éste (servicio que el pueblo agradecido recompensó, nombrándolo edil), progresó rápidamente entre los plebeyos la cultura del derecho. La función de los jurisconsultos se desplegó entonces en dos direcciones: a) una científica, la *interpretatio juris civilis*, la cual no ha de entenderse que estaba reducida á la mera interpretación de las XII tablas, sino que se extendía á todo el desarrollo del derecho consecuente con su espíritu, viniendo por esto los jurisconsultos á colocarse respecto del derecho civil en una relación análoga á la de los pretores con el *jus gentium*; b) la otra función práctica, que ejercían emitiendo sus opiniones sobre los puntos que les eran

consultados (*respondere*), dirigiendo advertencias y consejos á los que emprendian litigios (*cavere*), redactando contratos, testamentos y demandas judiciales (*scribere*). Entre todas estas funciones, importa especialmente señalar la redacción de formularios para los negocios judiciales, que tuvo sin duda un influjo capital, contribuyendo á la mejor clasificación de los asuntos y á que se arraigaran pronto, constituyendo tradición, aquellas disposiciones en los contratos (*lex contractus*), cuya utilidad habia demostrado la experiencia. De estos formularios, se hicieron muchas colecciones (p. ej., *jus Aelianum*), que prestaron gran servicio, así á la ciencia como á la práctica. Por fin, los jurisconsultos se hicieron maestros del derecho, desde que Tiberio Coruncanio tomó la iniciativa. Entre los que intentaron una construcción científica del derecho, figuran Q. Mucio Scevola, Elio Caton, Servio Sulpicio Rufo y A. Ofilio. Sin embargo, la ciencia jurídica, cuando florece, es en la época siguiente.

III. Después de considerar las fuentes, veamos ahora cuáles eran las relaciones jurídicas en sí mismas, y ante todo, cómo venían traídas ó condicionadas por las relaciones éticas.

Moralmente hablando, la primera parte de esta época es la del florecimiento de la república romana. Los plebeyos, que habían alcanzado ya la igualdad política con los patricios, llevaron á todas partes la vitalidad enérgica de sus fuerzas, mostrando en los capitanes y grandes hom-

bres de Estado nacidos de su seno, que eran dignos de participar en el gobierno de los negocios públicos. La fé religiosa era firme todavía; las costumbres poco corrompidas; la gran libertad engendrada por el concepto que del derecho y de la soberanía tenían los romanos, aparecía templada por el influjo de buenos hábitos morales; la *censura* (1), cuya amplia esfera abrazaba todas las relaciones éticas de la vida, castigando con frecuencia la inmoralidad, la disipación y el mal empleo de los medios económicos, llegó á ser un verdadero órgano de la conciencia moral pública. En la agricultura, la propiedad territorial media conservó su predominio, imprimiendo á las asambleas populares el mejor sentido práctico y á los ejércitos el valor y probidad romanos.

Pero los gérmenes de mal, latentes ya en el fondo de la constitución social y política de Roma, se desarrollaron luego con suma rapidez y grandes proporciones, al ofrecerse circunstancias favorables. Las creencias politeístas del pueblo comenzaron á vacilar, á consecuencia de las inquietudes causadas por los primeros años de la guerra con Anibal. Empezó á creerse que los dioses no eran bastante poderosos, convirtiéndose el pueblo á cultos nuevos y extranjeros. Por otra parte, no fueron menos corruptores los triunfos obtenidos sobre los otros pueblos. Mientras el griego halla-

(1) Véase sobre esta cuestión el libro de JARKE, *Ensayo de una exposición del derecho penal censorio* (al.), 1824.

ba satisfaccion á las necesidades de su espíritu en la informacion artística de sus dioses y de los grandes hechos de su historia, el romano, más apegado á lo exterior, al ensancharse su horizonte y revelarse á la vez su insuficiencia, necesitó compensar con la pluralidad de divinidades el vacío que habia en el fondo de su vida. Con la misma facilidad con que se asimilaba en el Derecho las ideas de otros pueblos, recibió, en un vano sincretismo, á más de la magia de los etruscos, que se difundió por entonces, diversos cultos de Asia y Egipto (Isis, Serapis), desde que entabló relaciones con el Oriente. La intervencion del senado (541 *n. c.*) no tuvo éxito; entre las clases superiores, se perdió la fé, y la supersticion y ciega fé en los milagros penetró en el pueblo. La magia, la astrología, hasta las predicciones deducidas de la inspeccion de las entrañas de hombres sacrificados por la noche disfrutaban mayor confianza que el sacerdocio oficial. A esta disolucion moral y religiosa contribuyó esencialmente el conocimiento del helenismo, ya degenerado. Así como el arte en general, cuando sucumbe el núcleo ético de la vida, sólo produce la decoracion exuberante de un fondo corrompido, así el arte griego, que habia llegado á modificar al etrusco, vino á producir en Roma el refinamiento de la sensualidad. De la filosofia helénica, el epicureismo fué el sistema que alcanzó más favor.

De un modo más inmediato aún contribuyó á la modificacion del Derecho y del Estado el con-

siderable incremento de las relaciones económicas, que por esta causa debemos examinar con algun mayor detenimiento (1).

Descansaba el poder de Roma en una sólida clase agricultora, aun cuando la fundacion de la ciudad á orillas del Tiber indica tambien cierta vida mercantil; pero la codicia de los patricios habia ya reducido á esa clase, en los siglos III y IV, á un estado de grande penuria, por sus deudas. Al extenderse la dominacion romana, recibieron algun auxilio por las frecuentes asignaciones de terrenos y por la colonizacion; los agricultores se habian aumentado y, con el incremento de la poblacion de la ciudad, la disminucion del valor del dinero y la elevacion del precio de los cereales, llegaron por algun tiempo á una situacion floreciente; mas la injusticia cometida en la explotacion de los países conquistados, y lo duro y extendido de la esclavitud, reobraron de un modo cada vez más funesto para los opresores.

Ante todo, la verdadera clase labradora se vió arruinada. Las grandes remesas de cereales, que las provincias tenian que enviar al Estado, se daban en tiempo de paz á la poblacion de la ciudad á muy bajo precio; y desde la segunda guerra macedónica, proveia el Estado al ejército con el trigo de las provincias. Así no podia sub-

(1) Estas importantes relaciones han sido muy bien expuestas por MOMMSEN, en las diversas épocas, *o. c. I.*, 171 etc., 291 etc., 616 etc.

sistir la agricultura del país, que cada vez vino á mayor decadencia, sustituyéndola las grandes propiedades territoriales cultivadas entonces segun el sistema cartaginés, por los esclavos, cuyo número aumentó desmesuradamente. El cultivo de los cereales no era ya en general lucrativo. Sólo la ganadería, merced á su difícil trasporte por el mar, proporcionaba todavia ganancia, pero reclamaba territorios extensos. Ahora bien, estos vinieron á manos de las personas pudientes, de una parte, por cuanto el sistema de ocupacion, segun el cual, los bienes del Estado no se entregaban en propiedad, ni en arrendamiento, sino en usufructo gratuito y revocable, se extendió cada vez más y más; y las *possessiones*, á pesar de tantas protestas, se fueron haciendo en realidad hereditarias. Por otra parte, contribuyó á aquel fin la incomprensible ley *Claudiana*, ocasionada por Gayo Flamínio (536 *a. u.*), que prohibió á los senadores ocuparse en los negocios mercantiles, como indignos de su jerarquía, obligando así á las familias ricas á emplear sus capitales en tierras. Produjo esto la decadencia y aun desaparicion de la agricultura pequeña y media y el desmesurado aumento de la ganadería. El número de esclavos especialmente dedicados á ésta, creció hasta un grado peligroso. La ley posterior, que prescribía á los propietarios territoriales emplear en sus trabajos un cierto número de hombres libres, fracasó en la práctica.

En la medida en que decayó la agricultura, se

elevaron rápidamente el comercio y el tráfico del dinero. Ninguna rama fué tan activamente cultivada por los romanos, como la industria del préstamo, que llegaron á convertir casi en un monopolio en las provincias: tendencia favorecida todavia por el sistema de arrendar las contribuciones, usual en el Estado, el de ejecutar (cosa útil, sin embargo) las obras públicas por hombres de la clase media, y por lo comun, cuando no por mandato de la ley, por medio de sociedades, merced á la mayor seguridad que de este modo se obtenia: de suerte que apenas habia un romano acomodado que no se hallase interesado en aquellos arrendamientos. Así decayó el trabajo propiamente dicho en la agricultura y en la industria manufacturera. La pereza, la especulacion ociosa y sin riesgo alguno, pero fructífera, y la codicia y sed de goces consiguientes doquiera, corrompieron todas las relaciones y trajeron al cabo, por medio de las crueles guerras intestinas entre los partidos, la disolucion de la ya manchada república.

Consideremos ahora las modificaciones de las *relaciones* jurídicas:

1.º Una nueva clase de miembros del Estado, desconocida en los tiempos antiguos y contraria al espíritu de las instituciones romanas, nació con los *subditos* de las provincias, legado de la administración provincial cartaginesa, de la cual se tomó la máxima de que las posesiones exteriores estaban destinadas á enriquecer al conquista-

dor. Juntamente con esto, se desenvolvió un sistema de privilegios de los ciudadanos romanos, respecto de sus compatriotas itálicos, y de éstos frente á los extranjeros (1).

2.º La *vida de familia* se relajó, y declinó la

(1) Como el hombre tenía derecho en Roma, no en tanto que tal, sino en cuanto era ciudadano, el derecho de personalidad lo constituía el *jus civitatis*, cuyo contenido total consistía en los derechos civiles: *jus libertatis*, *jus gentilitatis*, *jus connubii*, *patria potestas*, *dominium quiritarium*, *testamentifactio*, *usucapio*, y los derechos políticos: *jus census*, *jus militiae*, *jus tributorum et vectigalium*, *jus suffragium*, *jus honorum*, *jus sacrorum*. Para disfrutar y ejercitar todos estos derechos, era menester reunir los tres *status libertatis*, *civitatis* et *familiae*, que daban lugar á la division de las personas en libres y esclavos, ciudadanos y extranjeros, *sui juris* y *alieni juris*. Ahora bien, en esta época el extranjero deja de ser enemigo (*hostis*), trasformándose en peregrino, y Roma no le aplica ni concede su derecho, pero sí el *jus gentium*, comenzando así aquella lenta y constante penetracion de este en el estricto de Roma; y de otro lado, á la naturalizacion colectiva é individual, á las concesiones parciales de la ciudadanía de las leyes *Apuleia de colonis* (653), *Julia de civitate* (663), *Plautia Papiria* (664) y *Gelia Cornelia* (681), únese la capacidad jurídica fragmentaria que significan el *jus latii* y el *jus italicum*, que conferían una participacion mayor ó menor en el *jus civitatis*, determinando así una variedad de condiciones que vino á cesar con la célebre Constitucion de Caracalla, quien declaró ciudadanos á todos los súbditos del imperio.—(A.)

antigua severidad de costumbres. Cometiéronse grandes delitos en familias principales; el matrimonio perdió su rigor jurídico, recayendo la mujer raras veces *in manu mariti*. Degeneraron tambien las relaciones entre los sexos; y la disolucion de la antigua disciplina dió lugar á las terribles sociedades secretas de las bacanales: el *S. C. Marcianum* las habia suprimido (556 u. c.); pero su espíritu se conservó. La inclinacion al celibato fué su natural consecuencia, como lo fueron, de la corrupcion de costumbres, el aumento de la esterilidad y la frecuencia de la adopcion. La tutela de los parientes se eludia por medio de matrimonios fingidos. Las mujeres adquirieron mayor independencia en lo concerniente á su fortuna; pero no la usaron frecuentemente, sino para el lujo.—La *lex Oppia*, que intentó corregirlo, fué suprimida cuando las mujeres mismas aparecieron en el foro (546). En vano pretendió la *lex Voconia* limitar su libertad por respecto á sus bienes; los divorcios se hicieron más frecuentes. Al fin de esta época, la defensa de Clodio acusado de adulterio, descubrió ante sus jueces la profunda degradacion de la vida conyugal (1). La patria potestad se suavizó: el hijo pudo llegar á ser *sui juris* en vida de su padre y sin caer en el poder de otra persona (2).

(1) CICERON, *ad Att.* I, 16. SÉNECA, *Epist.* 97. *Clodius inter judices adulteria divisit*.—V. además UNGER o. c. p. 80.

(2) En esta época se autoriza por la ley *Cornelia* (309)

3.º En el *derecho real*, al lado de la propiedad rigurosa, se constituyó la llamada bonitaria (*in bonis esse*), protegida por la *Publiciana in rem actio*, en vez de la *rei vindicatio*, limitada á la primera, y que nació como una *usucapio* merced á una ficción. Aumentáronse las servidumbres en la propiedad rústica y en la urbana; y el *usus fructus* fué dejado frecuentemente por testamento. Por último, junto al derecho de propiedad, se

el matrimonio entre patricios y plebeyos; se autoriza el concubinato; se generaliza el *matrimonio libre*, y por consecuencia se relaja la autoridad marital; se distinguen en el poder del jefe el que tiene sobre la mujer (*manus*), el que tiene sobre el hijo y el esclavo (*potestas*), sobre el hombre libre emancipado (*mancipium*), y sobre el cliente (*patronatus*); la patria potestad se limita primero por las costumbres, y despues por la ley, como lo muestra la querrela de inoficioso testamento; se hace frecuente el divorcio; se extiende la condicion de *heredero suyo* al hijo emancipado; se asimila la cognacion á la agnacion; se borra la gentilidad; el matrimonio, la adopcion y la arrogacion revisten un carácter privado; en una palabra, la familia, que tiene al principio el carácter religioso, político y enérgico que alcanza en los primeros tiempos en todos los pueblos, pero que Roma supo, como ninguno, mantener y desarrollar, se transforma dejando de ser reflejo de la ciudad, cuyo poder se revelaba en el absolutismo del *pater familias*, para adquirir un carácter privado; y separándose de la organización que se derivaba de la *patria potestas*, para acercarse á la que atiende á los vínculos de la sangre.—(A.)

estableció tambien el derecho de posesion (1).

4.º Gran elaboracion experimentó el derecho de *obligaciones*. Merced á la ya citada tendencia al tráfico y al comercio, muchas veces codiciosa, convirtiéronse en rigurosamente obligatorios los contratos no sólo como en la época anterior, cuando se celebraban *re*, sino cuando tenian lugar por medio de palabras solemnes, *stipulatio* ó *litteris*: en este último caso, especialmente, mediante *transscriptitia nomina*, esto es, en virtud de la anotación ó inscripcion en el libro de gastos é ingresos que llevaba en Roma todo padre de familia acomodado; y concluyó por ser bastante el *consensus* para establecer una accion rigurosa,

(1) En esta época se desarrollan paralelamente la propiedad de derecho civil (dominio quiritarario) y la de derecho de gentes (*in bonis*). La primera requería que fuera romano el propietario, parte del *ager romanus* la cosa, y romano el modo de adquirirla: la mancipacion, la usucapion, etc., y de aquí que no pudiera alcanzar á los territorios que iba conquistando Roma, así como los alcanzó cuando el *ager* se fué extendiendo mediante la naturalizacion y la concesion de la ciudadanía. Así nace en frente la propiedad *in bonis*, que era la que tenían los romanos ó peregrinos en el *ager privatus* de las provincias, con sus modos propios de adquirir, de derecho de gentes, como, por ejemplo, la tradicion y la prescripcion, que correspondian á la mancipacion y á la usucapion de derecho civil; oposicion que tiende á desaparecer mediante la fusion de una y otra propiedad, de unos y otros modos de adquirir, pero cuyos últimos vestigios llegan á Justiniano que los borra.—(A.)

en ciertos contratos de tráfico (compra-venta, arrendamiento, alquiler, sociedad). Sobre el préstamo á interés se dieron varias leyes desde las XII tablas, que ya habian establecido preceptos sobre la usura. El interés máximo se redujo desde el 12 (398 *a. u.*) al 6 por 100 (408); y aun, en 413, se aprobó un plebiscito del tribuno Genucio sobre la abolición del interés, si bien como era natural no pudo sostenerse. Las querellas penales contra usureros notarios fueron llevadas con frecuencia ante el pueblo, hallando favorable acogida. En 408, se decretó un término legal para los pagos. Pero la ley principal fué la *lex Poetelia* (429, ó algo despues), por la cual, en parte, el deudor podia salvar su libertad personal, cediendo sus bienes, y en parte se suprimió el procedimiento ejecutivo, hasta entonces sumario, en las deudas procedentes de préstamo. El derecho de prenda se desenvolvió tambien en forma de hipoteca. Sobre las obligaciones por daños injustos, se dieron tambien varias leyes y especialmente la *lex Aquilia* (1).

(1) Esta esfera del Derecho se desenvuelve en esta época: primero, aumentándose el número de *obligaciones civiles*, esto es, de los pactos que convertia la ley en contratos, constituyendo la clasificacion en verbales, literales, reales y consensuales, orden que es el cronológico de su desarrollo; segundo, naciendo las *obligaciones honorarias* con el establecimiento de los *pactos pretorios*, los cuales, paralelamente á los contratos, se perfeccionan *re, verbis, consensu*; tercero, mediante ciertos efectos jurídi-

5.º El derecho de *sucesion* sufrió una modificacion de importancia por la *bonorum possessio*, introducida por el pretor en pró de las personas á las cuales la *aequitas* parecia atribuir la herencia. Por las XII tablas, se daba á los testamentos privados la misma fuerza que á los que anteriormente se celebraban ante el pueblo. De esta suerte, se eludió el vínculo del parentesco y se consagró la libertad individual respecto de los bienes: libertad que, sin embargo, recibió en cuanto al testamento una limitacion por el derecho de los herederos necesarios (1).

cos, que el pretor dió á las *obligaciones naturales* ó *pactos nudos*, que nunca confundieron los romanos con los deberes meramente morales; cuarto, por la modificacion en la ejecucion de las obligaciones por la ley *Papiria de nexu* (427) que abolió la servidumbre del deudor, por lo cual decia Montesquieu: "el crimen de Sexto dió á Roma la libertad civil; el de Papirio (que maltrató á un deudor) le dió la libertad civil", y la *Julia de bonis cedendis*; y por la restitucion *in integrum* introducida por el pretor, ya en favor de los menores de edad, ya de los mayores, como cuando sostenia una pretension que segun el derecho estricto debia desaparecer ó impedía nacer otra que conforme á aquel procedia. En suma, la obligacion pierde en gran parte el carácter del primitivo *nexum*, las solemnidades se simplifican, y, mediante el pretor, tambien en esta esfera el derecho de gentes vá penetrando en el civil.—(A.)

(1) En esta época á las antiguas formas del testamento se sustituye la pretoria; limitan la facultad de disponer por testamento las leyes Furia, Voconia y Falcidia,

6.º La *administracion de justicia*, que en Roma, ni aun siquiera despues de la institucion de la pretura, especialmente investida de esta fucion, estuvo jamás perfectamente separada del poder ejecutivo, se dividia, en los *judicia ordinaria*, en los dos grados que desde antiguo existian, á saber, el procedimiento *in jure* y el *in iudicio*. El primero tenia lugar ante el pretor (y los ediles), el cual podia sin embargo, cuando todos los hechos estaban claros, condenar desde luego ó no admitir la demanda; pero cuando, segun acontecia en los más de los casos, se disputaba sobre aquellos, enviaba á las partes ante el

ésta ya en tiempo de Augusto, sirviendo más tarde de base á la introduccion de las legítimas; se establece la querrela de inficion testamento; se conceden á los herederos, segun su condicion, los beneficios de abstencion, de separacion y de deliberacion; y el pretor crea todo un sistema sucesorio paralelo al de derecho civil, dando la *bonorum possessio secundum tabulas* ó *contra tabulas*, ó llamando á la intestada á personas excluidas por el antiguo derecho, como hijos emancipados, cognados, etc., mediante los edictos *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, etc., iniciando así el nuevo sentido de la sucesion, que continuó desenvolviéndose durante el imperio y terminó en la famosa Novela 118 de Justiniano, en la que con el llamamiento de descendientes, ascendientes y colaterales vienes á consagrar lo que se ha llamado la familia *natural* en oposicion á la *civil* que determinaba las órdenes de suceder de herederos suyos, agnados y gentiles de las XII tablas.—(A.)

judex (1), con una fórmula (2) que contenia el punto de derecho, y segun la cual tenia éste que decidir. Al juicio, pues, del *judex* no pertenecian meramente los hechos (como en el fondo acontece tambien en el procedimiento por jurados, con el cual se ha comparado frecuentemente esta institucion romana), sino también la relacion de los hechos con el punto de derecho. Por el contrario, en los *judicia extraordinaria* ó *cognitiones extraordinariae*, que llegaron á ser regla general en el imperio, especialmente desde Diocleciano, no tenia lugar esta separacion, resolviendo el pretor inmediatamente por sí mismo los casos que se presentaban en las medidas urgentes de proteccion ó de coaccion, ó en las disposiciones preventivas. Dominaron por mucho tiempo en el procedimiento las *legis actiones* (la significacion de este nombre es incierta, segun Gayo), esto es, ciertas formas sacramentales, que fueron cinco:

(1) Los jueces que entendian *in iudicio* eran los *centumviro*s, los *jueces* y *árbitros*, distincion que dá lugar á la division en acciones de estricto derecho y de buena fé, y los *recuperatores*.—(A.)

(2) La fórmula tenia, por lo general, estas tres partes: la *demonstratio*, asunto de que se trataba; *intentio*, pretension que se aducia, y *condemnatio*, poder que se daba al juez para absolver ó condenar. La diferencia esencial entre el sistema de las *actiones legis* y el *formulario*, consistia en que las partes escogian las primeras por su cuenta y riesgo, mientras que la segunda era el pretor quien la daba y formulaba.—(A.)

per sacramentum, per postulationem, per conditionem, per manus injectionem y per pignoris captionem. En su lugar, la *lex Aebutia* introdujo el verdadero sistema formulario, instituido por mucho tiempo *ad fictionem legis actionem*; pero que despues recibió formas cada vez más libres y aplicables á todos los casos (1). Menores fueron los cambios que tuvieron lugar en el derecho penal, pero no los de su procedimiento, especialmente por la institucion de los tribunales permanentes, *quaestiones perpetuae* (2). Sin embargo,

(1) Sobre este asunto puede verse especialmente la obra de KELLER, *Exposicion sumaria del procedimiento civil romano y las acciones* (en aleman), 1852 (a).—Así como el derecho romano en general se caracteriza por su aspecto formalista, así tambien en el procedimiento se aspiró constantemente á fórmulas exactas y á la mayor precision en las expresiones. GAYO, II, 11.—La analogía que el pueblo romano tiene en tantos respectos con el inglés, se muestra tambien en esto.

(2) Las *quaestiones* eran una delegacion que hacian los comicios en jueces determinados para entender en casos particulares por la imposibilidad de que aquellos entendieran en todos; y cuando los delitos se hicieron numerosos, se introdujeron tribunales permanentes para que entendieran en los crímenes más frecuentes: de aquí las *quaestiones perpetuae*, que se fueron generalizando y

(a) Traducida al francés (1870), así como la *Hist. del procedimiento civil entre los rom.*, de WALTER (1841) y el *Tratado de las acciones*, de ZIMMERN (1846). Se cita despues como el mejor un libro de BECKER.—(N. T.)

no recibió un desarrollo verdaderamente fundamental y se convirtió con frecuencia en instrumento de los partidos políticos (1).

§. 4.—Tercera época.

Desde Augusto á Constantino.

(31 a. de C. á 325 de C.)

I. El establecimiento del imperio por Augusto condujo al Estado, tan destrozado por las facciones, y removido por las pasiones de todas clases, á gozar por algun tiempo de la paz tan anhelada. El nuevo poder unitario tuvo por esto una tendencia puramente exterior é intentó obrar sólo por medio de medidas de igual carácter. Sin vigor moral en sus órganos, ni en el pueblo, tenia necesariamente que caer pronto en el egoismo, la sed de goces, de poder y de mando, que llegaron á preponderar en todos. El imperio no fué sino la imágen concentrada del espíritu nacional

conocieron de todas las causas criminales hasta el establecimiento del imperio. El juez presidía y dirigía el procedimiento; el jurado declaraba la inocencia ó culpabilidad del acusado. El número de individuos que componian éste era, segun los casos, treinta y dos, cincuenta, setenta, setenta y cinco, etc. Al principio, los *judices* se escogian sólo de entre los senadores, despues del órden ecuestre (630), luego de ambos órdenes (647), etc.—(A.)

(1) Comp. MOMMSEN, o. c. p. 290.

romano, la expresion potenciada de su inmoralidad y sus pasiones; y la ruina que aquel pueblo habia sembrado en tantos otros por su afan de poder y de dominacion, por la explotacion y el saqueo, haciéndolos esclavos de sus placeres, se volvió ahora contra él mismo: la injusticia de siglos debia expiarse por sufrimientos seculares tambien. El principio subjetivo de la voluntad, fundamento de la vida jurídica y política de Roma, se habia desbordado, ante todo, en la anchura de la soberanía democrática, y concluyó al cabo por absorberse, como en su más completa subjetivacion, en el soberano albedrío de los emperadores. Aun el vicio capital de la religion de aquel pueblo tenia que reflejarse tambien aquí. El politeísmo habia restringido, empequeñecido y humanizado lo divino: no era, pues, maravilla que lo finito y humano concluyera por divinizarse, y que la soberbia de un hombre como el emperador lo elevara á la condicion de un Dios. Los pocos emperadores buenos, como especialmente Trajano, los dos Antoninos, Alejandro Severo, no son sino relámpagos de aquel poder, verdaderamente insensato, y testimonios de que no se habia extinguido por completo el sentido del bien, al cual podia reanudarse el espíritu divino del Cristianismo.

En esta tercera época, se concentran gradualmente todas las dignidades y poderes en el emperador, aun cuando en los primeros tiempos las antiguas instituciones subsisten en el nombre.

Ya Augusto se dejó conferir una tras otra la *tribunitia potestas*, y con ella la inviolabilidad y el veto, el *proconsulare imperium*, la *praefectura morum*, la dignidad de *pontifex maximus*, etc. Pero pronto desaparecieron tambien aquellas formas antiguas. Ya Adriano dió al Imperio una organizacion puramente monárquica, que, en el sistema de administracion introducido por Diocleciano, recibió un carácter despótico oriental. Los jurisconsultos de esta época establecieron la doctrina de que el pueblo romano, en una llamada *lex regia*, habia trasferido al emperador todo su poder y su fuerza (1); pero esto no aconteció, segun acabamos de notar, de una vez, sino poco á poco.

Pero en la misma proporcion en que el derecho y la vida públicos cayeron en el despotismo, se elevó el estudio del derecho *privado*, al cual se ciñeron ahora las mejores fuerzas intelectuales. El progreso material, que este derecho recibió entonces, se funda, en parte, en la mayor amplitud de la *experiencia* jurídica; en parte, en la cultura *filosófica*, que se difundia cada vez más, y que habia penetrado en la clase de los juris-

(1) §. 6. J. (1, 2.) *De jure nat.* "Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem; cum lege regia quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit."—GAYO, I, 5, dice sólo: "Constitutio principis—nec unquam dubitatum est quin legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat."

consultos, especialmente con el estoicismo, que contenía tantos principios prácticos humanitarios; además, en la aspiración *igualitaria* propia del despotismo y favorable para concertar las muchas contradicciones que todavía subsistían en el derecho privado; por último, en la general y pervertida aspiración á *adquirir* fortuna, á la cual servían todas las facultades espirituales, y de que debían nacer mejores, más y más seguras formas (1). Que hacía el fin de esta época también había penetrado en la atmósfera espiritual el Cristianismo y cooperado á ciertas reformas, aunque más bien, en las relaciones generales de la personalidad, es cosa que difícilmente podría dudarse. Así como, en la época anterior, el derecho pretorio constituía el órgano preponderante del progreso, lo es en ésta la *ciencia jurídica*, cuyo carácter determinaremos con algún mayor detenimiento, después de examinar brevemente las fuentes á la sazón del derecho privado.

(1) Muchas veces ha causado admiración el singular hecho de la bondad de aquel derecho privado, en medio de la universal decadencia y se han indagado sus causas. V. SAVIGNY, *Historia del derecho romano en la Edad Media* (en alemán).—T. I, p. 4 etc.—GANS, *Der. de suc.* I, p. 8, ha hecho notar, aunque no de una manera exclusiva, una razón profunda en que antes no se había pensado. Dice: «La decadencia de aquella época, de la cual constituiría ese derecho privado una gloriosa excepción, en nada se muestra con mayor energía que en este mismo. En efecto, en su desenvolvimien-

II. Dichas fuentes son:

1. Hasta los tiempos de Adriano, hallamos todavía *leges populi* y *plebiscita*, dados á propuesta del emperador. La más importante de las primeras fué la *lex Julia et Papia Poppaea* (762 u. c.), que Augusto tuvo dificultades para establecer, y cuyo fin era aumentar la población, disminuida por la inmoralidad y las guerras civiles, señalando ciertos perjuicios para los célibes y matrimonios sin hijos (*orbi*).

2. Los *senatus consulta* son entonces muy importantes para el derecho privado: por ejemplo el *s. c. Macedonianum* el *Velejanum*, etc. Pero Caracalla suprimió por completo el poder legislativo del Senado.

3. Los *edicta magistratum* continuaron siendo una fuente importante en los primeros tiempos; pero las constituciones imperiales procuraron cada vez más borrar la oposición entre el

to, se advierte el retroceso de los romanos, desde la esfera de la vida pública al egoísmo privado; y si el concepto de la Roma republicana es la codicia del poder, por todos lados, la de la Roma imperial es peor, porque esta codicia se ha convertido y hecho más dura en la de propiedades y riquezas. El desarrollo jurídico privado de aquel tiempo debe considerarse como respondiendo á la más urgente necesidad de un modo tan ansioso, como las formas de la vida pública en la anterior. Pretender deducir de esto una gloria, sería querer alabar que este mismo derecho privado sea en el que la idea nacional se manifiesta tan exactamente.»

ius civile y el *ius honorarium*. Primeramente, Adriano hizo reunir (131 de C.) en un todo los dos edictos del *praetor peregrinus* y del *urbanus* por medio de Salvio Juliano, despues de una revision prévia y de haberlos completado probablemente con ciertas disposiciones del *edictum provinciale* y con el edilicio, proclamándolo en Roma y en las provincias como instruccion para todas las autoridades judiciales. Esta obra de Juliano, que á poco recibió el nombre por antonomasia de *edictum perpetuum*, obtuvo gran respetabilidad y fué la base de los trabajos y comentarios posteriores de Ponexonio, Ulpiano, Paulo, Saturnicio y Gayo.

4. Una nueva é importante fuente formaban las *constitutiones principum*, denominacion general para todo lo que provenia del gabinete del emperador; pero sus especies, muy diversas, eran: 1) *Edicta*, ó leyes generales (*constitutiones ad omnes, leges generales*); 2) *Rescripta* en estricto sentido, ó sean meras respuestas que el emperador daba á ciertas cuestiones jurídicas que se le proponian; 3) *Mandata*, ó instrucciones á las autoridades imperiales; 4) *Decreta*, ó juicios pronunciados por aquel en las controversias que le estaban sometidas.

5. Importantísimo influjo en la elaboracion del derecho privado tuvieron en esta época, no tanto los *responsa prudentium*, como la ciencia del derecho, en parte dependiente, en parte independiente de éstos.

a) Los *responsa prudentium*, inmediatamente dirigidos á un fin práctico, recibieron tambien de Augusto mayor importancia, por haber éste autorizado á ciertos juriseconsultos de nota *ut ex auctoritate ejus publicae de jure responderent*, y por consiguiente venian en cierto modo á dar sus respuestas en nombre del emperador. Estos juriseconsultos se llamaron entonces *juris auctores seu conditores*, y tambien *prudentes* por antonomasia. En tiempo de Adriano, se estableció el principio de que la concordancia en las opiniones de estos prudentes obligase á los jueces segun estas *sententiae* con fuerza de ley, y que sólo en caso de divergencia debieran decidir á su arbitrio, pero siempre de acuerdo con alguna de las opiniones contrarias. Por último, despues de varias tentativas que en la época inmediatamente posterior tuvieron lugar para dar mayor seguridad á la aplicacion del derecho, y disminuir las controversias, dictó Valentiniano III (426) la llamada ley de citas (1).

b) No ménos importante llegó á ser el influjo de los juristas desde que los emperadores, á partir de Augusto, reunieron á su alrededor un *consilium* permanente de los más renombrados (llamado más tarde *consistorium principis*), en el cual se discutian y redactaban las constituciones de los emperadores, en general sumamente ilustradas.

(1) V. más adelante §. 5.

c) Al lado de esta eficacia propiamente oficial de los juriconsultos, recibieron sus trabajos científicos una importancia todavía mayor. El material jurídico, siempre creciente y constituido por elementos muy varios, necesitaba una refundición más fundamental que los reuniese y simplificase, y para la cual los juriconsultos habían adquirido la capacidad necesaria, por su larga práctica y la amplitud de sus horizontes jurídicos, así como su mayor educación filosófica. La instrucción teórica se había asociado á la actividad científica, y este nuevo órgano del derecho, que vino á compensar la *viva voz* del derecho pretorio, ya muy debilitada, influyó doquiera con poderoso estímulo, y reunió bien pronto en torno de los más importantes maestros un círculo de discípulos, donde se formó la numerosa y espléndida cadena de jurisperitos, que admiramos en la primera mitad de este período.

Ya, en tiempo de Augusto, dos hombres ilustres habían formado dos escuelas que (prueba del progreso de la ciencia) comenzaron á distinguirse por los principios que las dirigían: Antistio Labeón y Ateyo Capiton, que divergían entre sí, tanto en opiniones políticas como jurídicas (1). Labeón,

(1) Sobre el espíritu y tendencia de estas dos escuelas, se han expuesto diversas opiniones hasta los últimos tiempos, en los que, frecuentemente, se ha intentado considerarlas como un modelo de la actual división entre la escuela filosófica y la histórica. Esta clase de paralelos jamás son exactos. Prescindiendo de que la diver-

heredero del sentido de su padre, amigo de Bruto y Casio, mostró en su modo de tratar el derecho una intención más libre, alcanzada por medio de una cultura más universal y de una más profun-

sidad de principios, de ningún modo podía caracterizarse tal como en nuestra época, y de que la escuela de Capiton distaba harto de carecer de educación filosófica, se puede decir, en verdad, que hasta cierto punto una de ellas tenía más bien carácter filosófico é histórico la otra; pero si se comparan las principales controversias entre ambas (v. gr., sobre la eficacia de las condiciones ilícitas en los contratos y testamentos), se halla que la supuesta escuela filosófica trata las cuestiones á menudo de un modo enteramente *abstracto*, mientras que la otra considera exactamente con mayor frecuencia lo diverso de las circunstancias.—Los más importantes pasajes de los antiguos que se refieren á estas escuelas y sus fundadores son los siguientes: POMPONIO, en fr. 2. §. 47. *De origine jur. t. II.*: «Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt; nam Atejus Capito in his quae ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare studuit.—GELIO (XII, 10) dice algo difusamente de Labeón «Labeo ceterarum quoque bonarum artium non expertus fuit et in grammaticam sese atque dialecticam literasque antiquiores altioresque penetraverat, latinarumque vocum origines rationesque percellerat, eaque praecipue scientiae ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur.»—El sentido jurídico-político de Labeón, lo retrata su adversario Capiton en una carta (GELIO, XII, 12). Sobre ambos, véase PUCHTA, o. c. §. 93.

da educacion filosófica, todo lo cual le permitia comprender mejor el fondo de las cosas, sin atenerse estrechamente á la letra, y derivar de aquí, confiando en la fuerza del espíritu científico, consecuencias ulteriores para el progreso del derecho. Ateyo Capifon († 22), por el contrario, hijo de una familia recientemente elevada, y, no solo devota al nuevo poder, sino que, por falsa adulacion hacia Tiberio, contrarió algunos buenos propósitos de éste, se atuvo principalmente á las doctrinas tradicionales, procurando desenvolverlas en su propio sentido. Las escuelas fundadas por estos dos hombres no recibieron su denominacion de ellos, sino de algunos de sus más distinguidos secuaces. Así los partidarios del primero se llamaron *proculeyanos* y tambien *pegasianos*, de Lucinio Próculo y de Pegaso; y *casianos*, y más especialmente *sabinianos*, los de la segunda, de Casio Longino ó Masurio Sabino. La oposicion entre estas dos tendencias, que subsistió largo tiempo y se expresó en importantes discusiones, fué mantenida por sus discípulos, aunque no sin cierta independencia; antes al contrario, vemos que así como no permaneció inmutable el sentido político de los continuadores de una y otra direccion, así tambien, en ciertos casos, las opiniones de una de ellas eran aceptadas por los de la otra. Posteriormente, hácia la época de Adriano, vinieron á templar más aún su discordancia; mas no porque naciera, como en algun tiempo con error se ha creído, una tercera escuela

la que se ha querido ver en los jurisconsultos designados con el nombre de *miscelliones ó eriscundi*. A la escuela de Labeon, pertenecieron los dos Nerva (padre é hijo), Próculo, Pegaso (*s. c. Pegasianum*), Celso (padre é hijo), Ineracio Prisco; á la de Capiton, Masurio Sabino, C. Casio Lorgrino, Celio Sabino y Aboleno Prisco, Salvio Juliano, Sexto Pomponio y Gayo. Con Alejandro Severo, termina la edad florida de la jurisprudencia; y con el creciente decaimiento de la vida política, se extingue tambien la actividad de la ciencia.

Habiase ésta manifestado especialmente en la redaccion de cuestionarios, resúmenes, *institutiones* (Gayo, Paulo), *libri juris civilis*, *Digesta*, ó por comentarios sobre toda una fuente jurídica (v. gr., los de Labeon y Gayo sobre las XII tablas) y en particular sobre el edicto (como los *libri ad edictum* de Sabino, Gayo, Ulpiano y Paulo). Pero, de este gran número de obras, no han llegado hasta nosotros sino muy pocas, en su forma original: por ejemplo, un fragmento de una obra de Ulpiano (1), hoy llamado pura y simplemente *Ulpiani fragmenta*; además, los fragmentos encontrados en Viena de las *Institutiones* de este mismo jurisconsulto (2); y singularmente los *Ins-*

(1) Las mejores ediciones críticas son de Hugo (Berlín, 1834) y de E. Böcking (Bonn, 1845).

(2) ENDLICHER, de *Ulpiani institutionum fragmenta*, Viena, 1835.

titutionum quatuor commentarii de Gayo (1), descubiertos en 1816 por Niebuhr en un palimpsesto del Cabildo catedral de Verona y que han suministrado las más importantes aclaraciones sobre muchas materias del derecho romano y del procedimiento civil, hasta entonces poco conocidas (2).

Los grandes jurisconsultos que aparecen, especialmente desde Adriano hasta Alejandro Severo (117-23), y á los cuales se debe ante todo la fundación y determinación científica del derecho, son: 1.º Salvio Juliano (reinado de Adriano), famoso por su composición del *Edicto*; 2.º Sexto Pomponio, del cual poseemos en el *Digesto* un breve resumen de la historia del Derecho romano; 3.º Gayo ó Cayo, cuyo segundo nombre es desconocido (bajo Adriano y Antonino Pio), que gozó de grandísima respetabilidad y es el autor de las *Instituciones* descubiertas en los tiempos modernos; 4.º Emilio Papiniano, más célebre entre todos, tanto por su carácter moral, como por su ciencia, amigo y primer hombre de Estado ó ministro (*praefectus praetorio*) de Septimio Severo (+ 211) y sacrificado por mandato de su hijo Caracalla, por no haber querido justificar ante el

(1) GÖSCHEND y HOLLWEG descifraron el antiguo escrito borrado; los posteriores trabajos de BLUME, LACHMANN, BÖCKING y HEFFTER se encuentran en la edición de GÖSCHEND de 1820 y 24, modelo de aplicación y exactitud.

(2) Gayo es el último Sabiniano de importancia.

Senado (1) el asesinato cometido por él en la persona de su hermano Geta; 5.º Julio Paulo (2), que perteneció ya al Consejo de Septimio Severo y fué asimismo prefecto del pretorio bajo Alejandro Severo; fué el escritor más fecundo: los pasajes de escritos suyos forman quizá la sexta parte del *Digesto*; 6.º Domicio Ulpiano, de origen fenicio, prefecto del pretorio también bajo Heliogábalo y Alejandro Severo y asesinado por la guardia pretoriana, es, después de Papiniano, el más importante: sus escritos han suministrado como una tercera parte de la materia del *Digesto*; 7.º He-

(1) V. el principio de Papiniano sobre el imposible moral, que él mismo confirmó con su muerte, p. 56, nota (1) t. I de la *Enciclopedia*.

(2) Los modernos historiadores del Derecho no tratan ya de la cuestión, todavía sin resolver, sobre el origen de Papiniano y Paulo, por más que esta cuestión tenga un valor mucho mayor que tantas otras á las que se atribuye indebida importancia: pues de manera ninguna es indiferente saber si el espíritu romano se ha elevado por sí mismo á ese grado superior científico que se muestra especialmente en Papiniano y sus dos sucesores, Paulo y Ulpiano, ó si cooperó entonces á ello el de algún otro pueblo. Véanse sobre esta cuestión en el sumario de HEINECCIO *Historia juris civilis*, 1765, §§. 327, 335 y 340.—El origen siro-fenicio (semítico, por tanto) de Ulpiano se halla fuera de duda. Según las mayores probabilidades, Papiniano es también siro-fenicio; y si es cierto que á Paulo lo reclama Pádua y le ha levantado un monumento, varios escritores lo tienen por tirio y otros por griego.

remnio Modestino, discípulo de Ulpiano y que cierra la série de los juriconsultos clásicos. Los cinco últimos formaron despues las cinco autoridades, cuyos escritos debian tener formalmente fuerza de ley, por la llamada *ley de citas* de Valentiniano III (antes de 426).

III. Si ahora consideramos el *desarrollo* del Derecho mismo, ante todo por relacion al estado moral en general, hallaremos en esta época clara prueba de que jamás el derecho meramente por sí, ni su perfeccionamiento formal, pueden contener la decadencia espiritual de un pueblo; á lo ménos, cuando en todas sus esferas los principios que se aplican provienen del puro arbitrio, de la soberana voluntad, del absoluto imperio sobre personas y cosas, extraño á todo respeto moral, que en el Estado romano condujeron á la propia corrupcion y á la ajena. Pues, aunque en el derecho privado, donde sólo se ofrecen aquellas máximas como formas abstractas, parecen disminuirse y casi borrarse sus efectos, por lo innumerable de sus individuos, como personas privadas, vienen siempre á manifestarse más tarde ó más temprano, hallando una expresion general en las costumbres públicas. La acertada opinion de que el Derecho constituye un lado y aspecto de las costumbres generales de la nacion, habria debido hallar aplicacion desde hace mucho en el de Roma y conducir á un juicio más exacto de éste, aun en la época que ahora examinamos.

La nivelacion que el despotismo imperial in-

tenta en dicha época, imaginándose hallarse tan por cima de todos, que desde su altura los puede mirar como iguales y que aún se dirige con preferencia, y acompañado del aplauso del pueblo corrompido, contra los ricos y notables que todavía sobresalen, sirve sólo para arrastrarlos, á unos y á otros, en el mismo vértigo de perdicion. Quién fuese peor, si el emperador tenido por libre de toda ley (*omnibus legibus solutus*), ó el prostituido Senado, ó el pueblo abyecto, difícil es con Tácito decidirlo. Jamás ha ofrecido la historia un ejemplo más terrible de una disolucion completa de todos los anteriores vínculos morales, una disipacion del gérmen interior de la vida, de tal modo, que aun el Cristianismo, cuando más tarde llegó á ser religion del Estado, fué impotente para reanimar allí una vida mejor y tuvieron que venir pueblos todavía groseros, pero llenos de vigorosa energía, como los germanos y los eslavos, para constituirse en órganos de las superiores ideas religiosas y morales, despues de la caída del Imperio (1).

Los cambios que en esta época experimenta el Derecho, consisten, ante todo, en su desenvolvimiento científico formal, así como en el progreso de la tendencia á asimilar cada vez más el de-

(1) Sobre esta impotencia de Roma para recibir el Cristianismo, véase tambien el artículo de MONTALEMBERT: *L'Empire romain après la paix de l'Eglise* (323), en la *Revue des deux Mondes* de 1.º de Enero de 1855.

recho estricto y el *jus gentium*. En la esfera de la personalidad, ofrécense, con todo, importantes modificaciones, en parte por consecuencia de la nivelacion propia del Imperio á que hace poco aludiamos; pero en parte tambien por las ideas más humanitarias que la filosofía, especialmente el estoicismo, habia difundido entre los juriconsultos de que los emperadores se aconsejaban y que á menudo contenian su dureza. Algunos nobles emperadores, como Marco Aurelio, se adhirieron á esta doctrina. Cierto que el estoicismo, que en una especie de soberbia intelectual se retrajo y concentró todo en el heroismo del sufrimiento, ante el mundo entregado al fatalismo, era incapaz de producir la regeneracion moral de la sociedad; pero sus representantes no han dejado de promover, siempre que lo pudieron, el reconocimiento de mejores principios (1). Asi aconteció

(1) En esta cuestion del influjo de la filosofía, en otros tiempos casi universalmente reconocido, pero que algunos esoritores modernos, especialmente de la escuela histórica vienen punto ménos que á negar del todo (PUCHTA, *Int.* I, §. 103), hay que distinguir, de una parte, el verdadero elemento filosófico y el meramente lógico formal, distinción que hace Puchta, pero sin aplicarla luego convenientemente; y de otra, la esfera del derecho de las personas y la de los bienes. Ahora bien; en general, desde los escritos de Ciceron, que refunde y extiende de una manera popular y en el más amplio círculo la filosofía griega y que pertenece á la clase de los juriconsultos, hallamos muchos principios que, así podrian haber naci-

principalmente por respecto á la esclavitud y á la pátria potestad; mientras que, en las restantes partes del derecho privado, el espíritu filosófico influyó de un modo general tan sólo en la construccion y elaboracion de la ciencia jurídica.

IV. Consideremos ahora las relaciones *especiales* jurídicas.

Por lo que concierne á los habitantes del impe-

do sobre el suelo del derecho romano, esto es, derivarse de sus ideas fundamentales, como podria nacer una rosa de la semilla de un cardo. Á aquel género pertenecen las ideas ya en otro lugar indicadas (*Encicl.* p. 61 y 79, t. 1), como *justitia est ars boni et aequi*; *el honeste vivere*, la bella sentencia de Papiniano, que ya encontró aplicacion bajo el emperador estóico Marco Aurelio, *quae facta laedunt pietatem*, etc. (*Id.* p. 56, t. 1); la expresion de Ulpiano *justitiam colimus et boni et aequi notitiam profitemur*, etc. (p. 61, t. 1); las ideas de la *aequitas* (p. 83), y de la *naturalis ratio* (Gayo I, 1, 189; II, 66, 89, 79; l. 9 D. I, 1—comp. l. 1. pr. D. 41, 1, donde se dice: *antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est*, etc.) En muchos principios v. gr., el *honeste vivere*, afirma sin embargo PUCHTA (§. 102) con toda razon que esta reminiscencia posible de los estóicos «puede decirse que absolutamente ningun influjo ejerció sobre el verdadero contenido jurídico de la actividad de los juristas.» No es esta una acensacion al estoicismo; sino ante todo contra los juristas, que sin acordarse del antiguo derecho del censor, seriamente usado y que se referia al *honestum*, no supieron qué hacerse con una idea tan importante. Todavía más se dirige contra el derecho romano, al cual, en todo caso, se habria hecho violencia con semejante

rio romano, recibieron todos los súbditos el derecho de ciudadanía por la disposición que Justiniano (1) atribuye á Antonino Pio, pero que ya habia sido adoptada por Caracalla, facilitándose de esta suerte todavía más la evolución del derecho estricto hácia el *jus gentium*.

La *esclavitud* se suavizó de una manera esencial y por principios. Ya Cláudio habia dispuesto que los esclavos enfermos, abandonados en la isla de Esculapio y expuestos á morir de hambre,

principio, y que se distingue por esto esencialmente del derecho griego y más aun del germánico, donde en muchas relaciones, especialmente en el derecho de las corporaciones, constituía la honorabilidad una condicion fundamental, y donde se atendía á la conducta jurídico-moral. Por el contrario, el estoicismo produjo una verdadera mejora en la situación del esclavo y un más humano concepto de la patria potestad. Indicar, para probar esto, los pasajes paralelos de los estóicos seria como llevar agua al mar, y no convenceria á aquellos que se defienden contra todo lo que les parece una intrusion en el derecho romano, aunque sí suministrarían la prueba, clara sólo para los que siquiera conocen algo la filosofía moderna, de que Puchta mismo, que por lo demás muchas veces ha hecho resaltar la necesidad de la filosofía en lo esencial, sólo ha enlazado de una manera externa ciertas ideas de Kant y Fichte con algunas otras opiniones en el desenvolvimiento del concepto del Derecho en su *Enciclopedia* (V. p. 217, t. 1), pero que en el método y en la precision de los conceptos ha quedado muy por bajo de sus predecesores.

(1) *Nov.* 78, cap. 5.

fuesen inmediatamente libres, si sanaban. La *lex Petronia*, dada por Neron, prohibió al señor entregar sus esclavos á las luchas con las fieras. Los buenos emperadores prosiguieron este camino: Adriano quitó al dueño el derecho de vida y muerte sobre sus esclavos y le prohibió castrarlos; Antonino castigó la muerte del esclavo propio como si fuera la de uno ajeno; por último, Constantino prohibió la crucifixion.—Cierto es que la emancipacion se dificultó por varias leyes, como la *Aelia Sentia* (745 v. c.) la *Furia Caninia* (761) y la *Junia Norbana* (770). Pero el número de los emancipados creció, sin embargo, en extremo.

En el derecho de *familia*, impidieron las leyes la disolucion de los vinculos morales. Augusto, á pesar de cometer notoriamente el adulterio, quiso dificultarlo con la *lex Julia de adulteriis coercendis*. Por medio de dos cónsules, Papio Mutilo y Q. Poppeo, célibes y sin hijos, hizo aceptar las importantes leyes *Julia* y *Papia Poppaea* (762). La primera declaró incapaces para adquirir por testamento á los varones célibes desde los 25 á los 60 años, y á las mujeres de igual condicion, de 20 á 50; la segunda es desfavorable á los cónyuges sin hijos, no permitiéndoles recibir más que la mitad de lo que se les dejase por testamento, y no consintiéndoles tampoco heredarse mutuamente, sino en el décimo de su fortuna; al paso que por otra parte se conceden muchos privilegios á los que tienen uno ó varios hijos, como

por ejemplo, la preferencia para alcanzar cargos públicos y el derecho de renunciar una tutela conferida.—Sin embargo, al lado del matrimonio verdadero, se conserva el concubinato, que la misma *lex Julia* eleva á lícita *consuetudo*. Pero todas estas leyes fueron vanas. La familia del mismo Augusto colmó, dando ejemplo á la capital, la medida de toda clase de escándalos.

Las relaciones entre los *cónyuges* se constituyeron más bien según el principio de su mútua independencia: la *conventio in manu mariti* era ya sumamente rara al comenzar esta época; el *fundus dotalis* se declaró inalienable por una disposición de la *lex Julia de adulteriis*; las mujeres ya no estuvieron casi nunca bajo tutela y aun la ejercieron sobre sus hijos y nietos.

La *patria potestad* se moderó también en un grado importante. Al principio, en tiempo del Imperio, conservaba todavía el padre el derecho de vida y muerte, pero en el reinado de Augusto, un padre que había hecho azotar á su hijo sólo pudo salvarse de la indignación del pueblo en el foro por la interposición del emperador (1). Alejandro Severo limitó el derecho de corrección á un castigo moderado. La venta de los hijos fué calificada por Adriano de *res illicita et inhonesta* (2) y no permitida, sino en los casos de extrema pobreza y respecto de los recién nacidos.

(1) SÉNECA, *de Clem.* I, 19.

(2) L. I. c. VII. 16: comp. l. 39, §. 3. D. 21, 2.

Sólo la exposición de los hijos fué difícilísima de extirpar. Verdad es que el jurisconsulto Paulo coloca en una misma clase al asesino y á aquel que confía su hijo á una piedad que él mismo no tiene (1); pero únicamente el Cristianismo destruyó esa bárbara costumbre, si bien una falsa filantropía de los modernos ha hecho que se retroceda á la antigüedad, en la forma, algo más suave, de las casas de expósitos.

El derecho de *bienes* progresó en el sentido de la continua aproximación del *jus strictum* al *jus gentium*.—En la propiedad, se estableció perfectamente la distinción entre *res mancipi* y *res mancipi*. Sobre el concepto de la posesión, difieren las opiniones (2); pero la de Labeon, que adoptó Justiniano, fué seguida como la verdadera por los más importantes jurisconsultos (Paulo, Ulpiano). Entre las servidumbres, se hicieron más frecuentes el *usus fructus* y el *quasi usus fructus*, introducido por decreto del Senado en toda clase de bienes, y por tanto, en las cosas que se consumen por el uso.—El derecho de obligaciones se desenvolvió en esta época del modo más científico, especialmente en las teorías generales y en la determinación de los conceptos que dieron lugar á diversas opiniones, no completamente concertadas por la legislación de Justiniano; el *S. C. Macedonianum* restringió el

(1) L. IV, D. 25, 3.

(2) L. III, §. 5, D. 41, 2.

préstamo á los hijos que se hallaban bajo la patria potestad, y el *Velejanum* las fianzas de las mujeres. En las sucesiones, la *lex Falcidia* (probablemente un plebiscito de la época anterior, hácia 719), que facultó al heredero para deducir de una herencia demasiado gravada con legados, á lo ménos, una cuarta parte, libre de toda carga (*cuarta Falcidia*), se aplicó á los fideicomisos por el *S. C. Pegasianum* (bajo Vespasiano), y mediante una Constitución de *Divus Pius* á los fideicomisos *ab intestato*, haciéndola extensiva Justiniano á todas las demás *mortis causa capiones* (1).

El derecho *penal* fué muy severo; frecuentes, así la pena de muerte, como las de relegacion y deportacion, y rara la de prision. Todas las penas capitales llevaban consigo la confiscacion de bienes.

El *procedimiento civil* continuó todavía largo tiempo confiado á los pretores, cuyas funciones, sin embargo, se redujeron por el restablecimiento, en parte, de la antigua jurisdiccion de los cónsules, así como por la autoridad de nuevos funcionarios, especialmente el prefecto de la ciudad, y sobre todo, por el derecho del emperador para reformar, como supremo magistrado, los juicios. Esta apelacion al emperador, que se reducía primero á aplicar el derecho de intercesion, inherente siempre á los magistrados de igual ó

(1) L. ARNDTS, *Tratado de Pandectas* (en aleman), §. 562;—c. 18, c. VI, 50.

superior categoría, quedó entonces convertida en un privilegio reglamentado y conferido tambien á otros funcionarios, especialmente al prefecto de la ciudad, que pronto vino á representar una instancia intermedia. Esta nueva institucion de las apelaciones no dejó de influir en el procedimiento en general. Mientras, en el procedimiento ordinario, la cuestion jurídica, propia de la competencia del pretor, estaba separada de su discusion ante el juez (1), ahora el emperador decidía sobre ambos extremos. Pronto fué adoptado este proceder por los nuevos jueces, nombrados por el soberano, especialmente en los casos comprendidos en los nuevos decretos: con lo cual, el número de las *extraordinariae cognitiones* fué creciendo más cada vez, hasta que Diocleciano convirtió en regla la excepcion, disponiendo que todos los negocios fueran juzgados por el mismo magistrado, á saber, el presidente de la provincia, quien podia delegar en un subordinado, naciendo de este modo poco á poco los jueces permanentes y aun los colegios de jueces. La apelacion quedó así normalizada, conociendo en última instancia el *praefectus pretorio* (2).

El *procedimiento criminal* (3), que en la época

(1) V. pág. 95, nota (1) de la *Enciclopedia*.

(2) MAINZ, *Eléments de droit romain*; I, p. 113 y 155.

(3) Véase especialmente sobre esto: *Historia del procedimiento criminal romano hasta la muerte de Justiniano* (en aleman) por G. GEIB, publicada el año 1842.

ca anterior, á principios del siglo VII y merced á los tribunales permanentes (*quaestiones perpetuae*), tuvo una organizacion muy conforme al concepto republicano del Estado, aunque incompleta en muchos respectos y modificada con frecuencia por las *leges judicariae*, y en el cual estaban separados tambien el principio y curso del proceso y la sentencia respectiva, se caracteriza luego durante el Imperio por el triunfo del principio inquisitorial.

§. 5.—Cuarta época.

Desde Constantino hasta la muerte de Justiniano.
(323-565).

La progresiva disolucion interna del Imperio hizo nacer en Constantino, aunque sólo desde el punto de vista político, la conviccion de que el único remedio posible estaba en el cambio completo del centro de gravedad moral y material de aquel. Despues que hubo elevado en 323 á religion del Estado el Cristianismo, cuyo poder indestructible se habia afirmado bajo las persecuciones más crueles y cuya extension habia llegado á términos de convertirlo en un verdadero resorte político, trasladó la capital del Imperio, en 330, á la antigua Bizancio, acabada de reedificar. Constantino completó luego el mecanismo político (1), bosquejado ya por Diocleciano, á la

(1) Constantino, dice Mackenzie, estableció una no-

manera oriental (1). Bizancio recibió el *jus italicum* y con él casi todos los fueros y privilegios de la antigua capital. Siguió siendo, no obstante, el latin por mucho tiempo la lengua oficial del Derecho y los tribunales, haciéndose por lo comun ménos sensible el influjo oriental en el órden privado, sostenido por su propia fuerza. Cuando en 476 el imperio de Occidente fué vencido por los germanos al mando de Odoacro, el derecho romano, trasplantado del suelo que le era propio, á un país griego en sus principales elementos, y privado de las raices internas que lo alimentaban, pudo sólo subsistir en forma de colleccion, á modo de fruto ya desprendido y suel-

bleza titulada, que debia ocupar un puesto entre el trono y el pueblo. Algunos de los más íntimos consejeros del soberano se llamaban patricios, y los títulos de conde y de duque, que en tiempos posteriores llegaron á generalizarse tanto, aparecieron entonces por primera vez en el mundo romano. Los príncipes de la familia imperial eran *nobilissimi*; los funcionarios de más jerarquía y los magistrados se dividian en cinco categorías, segun una graduacion ordenada de puestos y empleos: los *ilustres*, los *spectabiles*, los *clarissimi*, los *perfectissimi* y los *egregii*.—(A.)

(1) Una imágen fiel de la jerarquía administrativa dá el cuadro esquemático del Imperio desde principios del siglo V, conocido bajo el título de *Notitia dignitatum* (a), y nuevamente publicado por Ed. Böcking en 1840.

(a) Ha sido publicado en la *Historia univ.* de C. CANTÚ, t. VIII de la edicion española de Gaspar y Roig, pág. 409.—(N. T.)

to: por lo cual es esta época también la de las *compilaciones*.

Hácese ahora más visible (1) en el *derecho privado*, el influjo bienhechor del Cristianismo, llegado ya á la condición de poder social externo; y entre las muchas materias que se modifican bajo su inspiración, figura especialmente todo el derecho de familia (el matrimonio, la patria potestad, el derecho de sucesión), completando así superiormente lo que habían intentado el *jus gentium* y la *aequitas*; subsiste, sin embargo, en la esfera relativa á los bienes, el carácter fundamental del derecho romano, tan exclusivo y parcial en multitud de respectos.

Tocante á las *fuentes* jurídicas, afluyen todas ellas á una sola, las *constitutiones* imperiales, que forman á la sazón el *jus scriptum* propiamente tal, y por las cuales se rige todo desde arriba: tal es el resultado á que lleva la reforma de Constantino, recabando para la prerogativa imperial la decisión de cuanto estaba confiado antes á la libre acción de los pretores, jueces y juriconsultos.

El carácter del derecho privado se expresa en esta época por disposiciones meramente externas y compilaciones. Se había extinguido la interior fuerza productora del Derecho; el material jurídico engendrado con profusión en sus diversas fuentes, faltó del espíritu común que debiera pe-

(1) Comp. p. 114.

netrarlo, se manifestó entonces bajo el aspecto predominante de la multiplicidad, despertándose en lo tanto exigencias de unidad, que sólo de un modo muy externo pudieron ser satisfechas. Así lo prueban los diversos ensayos que llenan esta época, hasta Justiniano (1).

Ya Constantino se había propuesto emprender algunas compilaciones jurídicas, pero no llegó á realizarlo (2).

Teodosio II y Valentiniano III trataron con el decreto de 426, llamado comunmente desde Hugo *Ley de citas*, de simplificar el cúmulo de reglas jurídicas, otorgando sólo fuerza de ley á las obras de cinco juriconsultos de la época anterior, Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modesto.

(1) Estos ensayos dan por su parte irrefragable testimonio de la aberración y abandono de todo el orden jurídico romano, que precisamente intentaron mejorar los hombres de Estado y emperadores ilustrados, á quienes más interesó la necesidad práctica de los pueblos que las meras discusiones de sábios, por científicas que fuesen. Cuando un hombre tan grande como César concibió ya el plan de una compilación legal, esto prueba en qué aberración había caído ya en su tiempo el Derecho. En general, el estado *práctico* de éste en Roma, especialmente desde la extensión de las relaciones mercantiles, debe considerarse como muy triste; sólo mejoró algo por el procedimiento civil.

(2) Pruébanlo las dos constituciones nuevamente descubiertas c. 1. y c. *Cod. Theod.* 1, 4, *de responsis prud.*, pero sin dar á conocer el pormenor del modo de ejecutarse.

tino, disponiendo además que, en caso de pareceres encontrados, decidiera el de la *mayoría*, y de no haberla, el de Papiniano, y prohibiendo al juez declararse libremente por el dictámen de cualquiera de los otros, salvo cuando no hubiera formulado éste opinión especial sobre el asunto en litigio.

Las primeras compilaciones en que aparecieron juntas las muchas *constitutiones* imperiales dispersas hasta entonces, fueron de carácter privado, entre las cuales llegaron á distinguirse por ser las más usadas: 1.º, la hecha por *Gregoriano*, cuyo nombre sólo por ella conocemos (llamada *Codex Gregoriani*); 2.º, la colección que inmediatamente le sucede, arreglada por *Hermogeniano* (*Codex* (1) *Hermogeniani*), probablemente á mediados del siglo IV.

Ambas compilaciones, que siguieron viviendo en la práctica jurídica, fueron refundidas y completadas oficialmente en 438 por Teodosio II en el *Codex Theodosianus* (2).

Finalmente, empeorada mucho más aún la situación del derecho romano, casi por todo un siglo, ya porque cada vez se iban entendiendo ménos las obras antiguas, y era grande la diver-

(1) La última edición de ambas colecciones es de G. HANEL (Bonn, 1837), en la 2.ª parte del *Corpus juris civ. antejus.* de Bonn.

(2) La mejor edición es de HANEL en el *Corpus jur. antej.*, 1842.

sidad de las fuentes, ya por crecer de día en día las dificultades para discernir lo anticuado de lo todavía útil, Justiniano (1), elevado en 527 al imperio de Oriente, adoptó, por influjo del eminente jurisconsulto Triboniano, medidas más eficaces para formar una compilación unitaria de todo el derecho á la sazón vigente.

1.—Ante todo, hizo refundir los tres *codices* de Constituciones imperiales, juntamente con las dadas desde Teodosio, en un Código general, que se publicó en 529 bajo el título de *Codex Justinianus*.

2.—Después, y resueltas ya importantes cuestiones litigiosas del antiguo derecho, por medio de 50 decisiones imperiales, nombró, al intento de compilar todo el derecho vigente, cualquiera que fuese su origen, una comisión de 17 jurisconsultos, que, presididos por Triboniano y ajustándose al orden de materias seguido en el Edicto del pretor y en el *Codex*, sistematizaron todo el derecho aún aplicable, extractándolo discretamente de multitud de obras de 39 jurisconsultos

(1) Justiniano, cosa digna de notarse, era eslavo, de origen humilde y natural de Tauresio. Su primitivo nombre (ó sobrenombre) era *Uprauda*. RITTER observa en una nota á la *Hist. jur. civ.*, etc., de Heineccio (§. 332): «*Uprauda vox est slavica et bene per Justinianum exprimitur. Etiam nunc apud slavicas gentes prauda justum denotat.*» Un buen juicio sobre Justiniano expone AM. THIERRY en la *Rev. des Deux Mondes*, 1 nov. 1854, p. 427, etc.

diversos, y aun quizás introduciendo adiciones, cambios, interpolaciones, que son los llamados *emblemata Triboniani*. Esta compilacion de doctrinas selectas (*jus enu cleatum*), compuesta de siete partes y 50 libros, que se dividen á su vez en titulos, recibió el nombre de *Pandectae* ó *Digesta* y tambien el de *Codex enucleati juris*, y fué publicada en 16 de Diciembre de 529, para empezar á regir en el 30 del propio mes y año.

3.—Pero ya, durante la elaboracion de las *Pandectas*, hizo Justiniano que tres jurisconsultos, Triboniano, Teófilo y Doroteo (maestros de Derecho los dos últimos, el primero en Bizancio y en Berito el segundo), redactaran para suplir las Instituciones de Gayo, inútiles ya para el estudio del Derecho, un nuevo tratado, *Institutiones*, que, dividido en 4 libros y éstos en 98 titulos, recibió tambien fuerza de ley en el mismo día que las *Pandectas*.

4.—Como el Código de 529 no estaba conforme con las *Pandectas* y necesitó para su redaccion, á más de las 50 decisiones citadas, muchas Constituciones imperiales, á fin de resolver las antinomias existentes y desechar lo que resultase impracticable, hubo de ser revisado y perfeccionado apareciendo en 16 de Noviembre de 534 como *Codex repetitae praelectionis*.

5.—Finalmente, Justiniano publicó desde 535 hasta su muerte, en 565, muchos nuevos decretos, escritos en griego parte de ellos y en mal latin los restantes, que modificaron muchos puntos

esenciales del Derecho. Estas disposiciones, coleccionadas, no por Justiniano mismo, sino á poco de su muerte, llevan el nombre de *Novelas*, *νέζαι διατάξεις*.

La compilacion jurídica justiniana ha sido juzgada muy diversamente (1). Si se prescinde del mal gusto de la forma de los decretos, que recuerda en muchos puntos la hinchazon del estilo oriental, y se hace caso omiso de la defectuosísima manera como la compilacion fué llevada á cabo, es indudable, atendiendo al fondo mismo del asunto, que aparece elevado en ellas el Derecho, en cuanto á su contenido, á un más alto grado de perfeccion, merced al superior espí-

(1) Muy preocupados y parciales son los juicios que, por prevencion contra las llamadas codificaciones, corren en la escuela histórica contra la obra de Justiniano. Si á semejanza de lo que suele hacerse al exponer el carácter é influjo del derecho pretorio y de la ciencia de los jurisconsultos, los historiadores pertenecientes á esa escuela, en lugar de depurar los datos exteriores del origen de la compilacion justiniana, hubiesen apreciado los cambios esenciales *internos* que en todo el derecho causaron, habria resultado evidente, á lo ménos para los lectores y estudiantes despreocupados, la alta importancia de la empresa de aquel emperador. Su obra fué la conclusion necesaria de todo el desarrollo precedente. Pero se necesitaba un innovador decidido y que conociera claramente la necesidad, no sólo de acabar con la oposicion que todavia subsistia entre el antiguo derecho y el *jus gentium*, sino de emprender tambien reformas esenciales. Por su propio desarrollo interno, jamás

ritu cristiano y humanitario. Las suaves reformas que ya los anteriores emperadores habían introducido en el derecho de las personas y de la familia, una sólo de las cuales vale mucho más que todo un centenar de las agudas distinciones de los jurisconsultos clásicos, fueron desarrolladas en mayor proporción todavía por Justiniano, según indicaremos ahora, aunque sólo en algunos puntos principales, por haber sido estas alteraciones expuestas más detenidamente en el derecho justiniano.

En cuanto al derecho de las *personas* y de la *familia*, se favoreció más la emancipación, disminuyeron las diferencias entre los emancipados, y si la *servitus* subsistió ciertamente, fué suavizada. Convirtióse el matrimonio en un vínculo moral más riguroso, aunque todavía no enlazado con el elemento eclesiástico. Dificultóse el divorcio, y el concubinato se colocó en condicio-

el derecho romano habría borrado aquella oposición: el *jus gentium*, que tan informado fué por una filosofía desenvuelta en otro suelo que el romano, tuvo que recibir todavía una purificación superior en muchas materias por las ideas *cristiano-humanitarias* de Justiniano, para sustituir al antiguo derecho romano de las formas. Sin esto, jamás habría hallado acceso el derecho romano en los pueblos modernos.

Sobre el influjo del Cristianismo, véase la obra de TROPLONG (escrita, en verdad, á modo de pedimento) *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*; París, 1843.

nes desventajosas. La dote se favoreció mucho, y á ella se contrapuso la donación *propter nuptias*. Disolvióse la antigua relación del poder romano del marido y del padre, la tutela cesó respecto de la mujer, y aun pudo ésta ejercerla en muchos casos. La diferencia entre la *agnatio* y la *cognatio* desapareció, destruyéndose la antigua familia romana. La nueva sucesión intestada (1), sancionada por la Novela 118, bastaría únicamente, merced á sus disposiciones derivadas de la naturaleza de las relaciones del parentesco, para asegurar á Justiniano perpétua memoria.—En el derecho *real*, cesó la distinción entre la *res Mancipi* y *nec Mancipi*, y entre la propiedad rigurosa romana, y la llamada *bonitaria (in bonis)*, considerándose todas las cosas como *nec Mancipi*, y como romana toda propiedad.

En el derecho de obligaciones, las simples convenciones (*pacta*) recibieron plena eficacia jurídica. Completamente opuesta á los antiguos contratos, que exigían siempre una *causa civilis*, que el egoísmo romano originariamente veía sólo en la reciprocidad de la prestación, es la do-

(1) Para observar el camino y dirección que llevó la sucesión intestada en Roma, basta comparar lo que sobre ella se establece en las *Instituciones* con el contenido de la Novela 118. Es la base en aquellas el principio de las XII tablas con las numerosas excepciones introducidas por el derecho pretorio y por las Constituciones imperiales; mientras que en éstas se afirma en absoluto el principio á que obedecían esas mismas excepciones.—(A.)

nacion, convertida tambien en contrato dotado de su accion correspondiente. El rigor de la estipulacion se mitigó en la materia y en la forma, y Justiniano declaró válidas muchas que no lo eran antes (v. gr., la *stipulatio praepostere concepta*), así como atribuyó fuerza de prueba á los documentos de los contratos escritos.

El derecho *penal* no experimentó sin embargo mejora, antes fué agravado con crueles penas contra los herejes y los apóstatas (1).

(1) "Compulsando el Código Teodosiano y el sábio comentario letino con que Godefroy lo ha enriquecido, se ve la lucha de los dos grandes elementos que se disputaban el mundo en el momento en que fué promulgado, se ve que el Derecho universal, el derecho de gentes, tiende á sustituir al antiguo derecho de los quirites. El emperador es cristiano, pero el imperio es casi pagano. El espíritu inflexible y exclusivo del Derecho romano se defiende contra el espíritu de igualdad y de justicia, emanado del Cristianismo. Por esto se encuentran, en medio de aquel monton de Constituciones heterogéneas, contradicciones chocantes, retrocesos á la antigua crueldad romana junto á las caritativas inspiraciones cristianas; de un lado, rigores completamente paganos, hasta agravaciones en la legislacion criminal; de otro, se ve templada y dulcificada la dura penalidad de los primeros tiempos de Roma." LOISELEUR, *Los crímenes y las penas en la antigüedad y en los tiempos modernos*, (fr.), cap. v. §. 5.

El singular contraste que muestran el derecho civil y el penal en la legislacion romana, aquel tan desarrollado y progresivo, que rige aún hoy á muchos pueblos,

En el *procedimiento* judicial, perfeccionado en el anterior sentido (1), nació una nueva jurisdic-

éste tan injusto é imperfecto, que la reforma penal en nuestros dias ha consistido en gran parte en alejarse de él, la explica de esta manera el Sr. Maranges en sus *Estudios jurídicos*.

"El derecho penal, dice, es la fórmula sintética del derecho; el civil, su fórmula analítica; aquel tiene por objeto la pena, síntesis superior en que la ley se levanta y el delito desaparece; éste, relaciones privadas, detalladas y prácticas manifestaciones del derecho; la idea sintética del derecho es la primera que instintivamente se conoce, pero es la última que reflexivamente se perfecciona; las manifestaciones analíticas están en los mismos hechos, y sin conciencia clara y reflexiva del derecho era posible una concepcion clara del contrato, de la sucesion, etc.; en cambio, sus hechos nos dan el delito, negacion del derecho, pero la pena jurídica no la encontramos en parte alguna. La pena no es una relacion individual, como lo son las condiciones del derecho civil, es una condicion general; en el civil vemos relacion de hombre á hombre, en el penal está éste en relacion directa con la idea general de derecho: en el civil los datos inmediatos son hechos, siendo el derecho dato mediato que se manifiesta en aquellos; en el penal uno de los datos inmediatos es la noción general del derecho. Esto explica el desarrollo del uno y el atraso del otro, así como, en parte tambien, del político; el carácter práctico de los juriscultos romanos era el más adecuado para la concepcion analítica del derecho, y él fué causa de la perfeccion del derecho civil y de la imperfeccion y estacionamiento del penal y del político."—(A).

(1) V. p. 106.

cion, la eclesiástica, que usaron los obispos, no sólo en los asuntos canónicos de sus fieles, sino también, conforme á una disposicion de Justiniano, en las demandas civiles contra los clérigos.

De todos modos, la obra de Justiniano es sólo una compilacion; en manera alguna una legislacion fundamental que establece el derecho aplicable; pero su tiempo no lo consentia, ni estaba llamado á ello. El espíritu romano se extinguia, mas fué empresa digna de él, en un último esfuerzo, y mirando á los superiores principios del Cristianismo, reformadores del mundo moral, reunir el fruto de un rico desarrollo jurídico de más de mil años, y dejarlo como legado á las nuevas razas que entraban en la historia.

CAPÍTULO III.

CONSIDERACION SUMARIA DE LA SUERTE ULTERIOR DEL DERECHO ROMANO.

§. 1.—En Oriente.

Los libros de derecho de Justiniano fueron traducidos inmediatamente al griego; también fueron comentados, á pesar de la prohibicion absurda que en este respecto habia hecho el emperador. Ya en su mismo tiempo, publicó Teófilo, uno de los tres redactores de las Instituciones (y profesor de Derecho en Constantinopla), un precioso comentario en lengua griega, la *Paráfrasis de las Instituciones*, que ha llegado hasta nosotros (1); Juliano por su parte dió á luz un resumen en latin de las Novelas, *Epitome Novellarum*. Aumentóse cada vez el número de los nuevos decretos imperiales, haciéndose también más difícil la inteligencia de la compilacion justiniana, la cual, además, como Puchta observa, aplicada en el imperio bizantino á otros pueblos y

(1) REITZ, *Theophili antecessoris paraphrasis graeca*, etc. Hag. 1751; trad. al alemán por WUSTEMANN, 1823.

cion, la eclesiástica, que usaron los obispos, no sólo en los asuntos canónicos de sus fieles, sino también, conforme á una disposicion de Justiniano, en las demandas civiles contra los clérigos.

De todos modos, la obra de Justiniano es sólo una compilacion; en manera alguna una legislacion fundamental que establece el derecho aplicable; pero su tiempo no lo consentia, ni estaba llamado á ello. El espíritu romano se extinguia, mas fué empresa digna de él, en un último esfuerzo, y mirando á los superiores principios del Cristianismo, reformadores del mundo moral, reunir el fruto de un rico desarrollo jurídico de más de mil años, y dejarlo como legado á las nuevas razas que entraban en la historia.

CAPÍTULO III.

CONSIDERACION SUMARIA DE LA SUERTE ULTERIOR DEL DERECHO ROMANO.

§. 1.—En Oriente.

Los libros de derecho de Justiniano fueron traducidos inmediatamente al griego; también fueron comentados, á pesar de la prohibicion absurda que en este respecto habia hecho el emperador. Ya en su mismo tiempo, publicó Teófilo, uno de los tres redactores de las Instituciones (y profesor de Derecho en Constantinopla), un precioso comentario en lengua griega, la *Paráfrasis de las Instituciones*, que ha llegado hasta nosotros (1); Juliano por su parte dió á luz un resumen en latin de las Novelas, *Epitome Novellarum*. Aumentóse cada vez el número de los nuevos decretos imperiales, haciéndose también más difícil la inteligencia de la compilacion justiniana, la cual, además, como Puchta observa, aplicada en el imperio bizantino á otros pueblos y

(1) REITZ, *Theophili antecessoris paraphrasis graeca*, etc. Hag. 1751; trad. al alemán por WUSTEMANN, 1823.

muy otras relaciones biológicas, sólo alcanzó una existencia artificial, experimentando en la práctica diversas modificaciones (como despues y con mayor extension aconteció en el imperio germánico). Todavía publicó en 876 Basilio Macedon una especie de Instituciones (ὁ προχειρος νομος), emprendiendo la refundicion de todo el *corpus juris* en lengua griega, trabajo que con el nombre de *Basilicas* (βασιλικαι διαταξεις) llevó á cabo en 887 su hijo Leon el Filósofo, revisándose luego en 945 por iniciativa de Constantino Porfirogeneta (1). De Leon el Filósofo tenemos además 113 Novelas griegas, por cuyo medio trató de mejorar diversas disposiciones de Justiniano. La última obra de importancia sobre el derecho greco-romano es un manual (*Hexabiblos*), publicado en 1345 por Harmenopulo y que puede mirarse como una segunda edicion aumentada del de Basilio: á la caída del Imperio de Oriente, alcanzó en algunas de sus partes fuerza de ley; y aun hoy, en Grecia, donde las Basilicas son la principal fuente juridica, goza de la consideracion de Código (2).

(1) HEIMBACH ha dado una edicion completa con los escolios, aumentada con la traduccion latina, en 7 vol. (1833-1845). La utilidad de las fuentes bizantinas para el derecho justiniano es triple: para *completar* las lagunas, especialmente en el *Codex* y en las *Novelas*, para la *crítica* de ciertos pasajes y para la *interpretacion* de otros. V. el *Curso* de PUCHTA, I, p. 719.

(2) Véase la *Historia del Derecho bizantino* de Mon

Tomada Constantinopla por los turcos en 1453, siguió rigiendo el derecho greco-romano para la poblacion cristiana, que necesitó confiar entonces la decision de sus cuestiones juridicas á tribunales eclesiásticos; la ciencia del derecho cayó sin embargo en un total olvido.

§. 2.—En Occidente.

Tocó á los pueblos occidentales un papel más importante respecto del derecho romano, que debia conservar en parte su valor legal, y en parte alcanzarlo de nuevo merced á su mérito intrínseco. Italia, cuna de este derecho, hubo de ser la primera en guardarlo intacto durante la disolucion del Imperio romano y la fundacion de las nuevas naciones, siendo con esto el foco de donde habia de irradiar en todos sentidos.

La division que, á la muerte de Teodosio (395), vino á hacerse del Imperio en dos mitades, no influyó mucho en el derecho privado. Este tampoco desapareció al verificarse la invasion arrolladora de las tribus germanas, que fundaron en la Galia meridional y en Italia nuevos reinos, y que conforme al principio del llamado *derecho personal*, que respetaba la diferencia de nacion, permitieron á los vencidos continuar viviendo segun sus leyes, mientras ellas seguían regulando sus *treuil*, (fr.); y la *Historia del Derecho privado greco-romano*, de Zachariae, traducido del aleman al francés por Eugenio Lanth.—(A.)

relaciones jurídicas por las costumbres y prácticas que tenían formadas; de suerte que en una misma ciudad vivían los romanos según sus leyes, y la población germana según sus costumbres. Sin embargo, como no podía menos, llegó á alcanzar gran prestigio el derecho romano, por ser el más perfecto. Tan pronto como los ostrogodos fundaron un reino en Italia, hizo formar Teodorico I un resumen, muy breve, á la verdad, é incompleto, de todas las fuentes jurídicas romanas existentes á la sazón, y se publicó en el año 500 con carácter de Código obligatorio para todos los súbditos del imperio (*Edictum Theodorici*); pero fué reemplazado inmediatamente por la compilación jurídica de Justiniano, tan pronto como se apoderó éste de Italia por medio de Narsés, en 553.

En los demás nuevos Estados, nacieron por entonces compilaciones aisladas, por una parte, del derecho consuetudinario germánico para las tribus de este origen (*leges Barbarorum*), y por otra, del derecho romano vigente para los latinos (*leges Romanae*). La *lex Romana* más importante fué la que Alarico II hizo preparar por una comisión de jurisconsultos, y sancionar por una asamblea de obispos y magnates en 506 para los romanos del reino visigodo (cuya capital era Tolosa, en la Galia meridional). Este *Breviarum Alaricianum*, llamado también *lex Romana Visigothorum*, es un extracto de los Códigos de Teodosio, Gregoriano y Hermogeniano, y de las obras

de Papiniano (1). La *lex Romana Burgundiorum*, llamada de Papiniano y nacida algo más tarde (después de 517), es pobrísima.

Destruído el Imperio ostrogodo en Italia (553), empezó á regir en aquella comarca la colección justiniana, que luego, en la época de la dominación de los Longobardos (desde 568), y posteriormente en la de los Francos y del Pontificado, no perdió jamás del todo su vigor. El conocimiento del derecho romano se sostuvo principalmente por medio de los establecimientos de enseñanza, algunos de los cuales, los de Roma y Ravena, parece que estaban especialmente consagrados á su estudio (2).

Pasan luego muchos siglos en que sólo se atiende á guardar y mantener el material recibido de épocas anteriores. Pero á principios del siglo XII, en que comienza á revivir en general el espíritu de investigación en las ciencias, y en la Teología y la Filosofía, atrae Abelardo (1079-1142)

(1) Este Código comprende: diez y seis libros del Código Teodosiano, Novelas de los emperadores Teodosio, Valentiniiano III, Marciano, Mayorino y Severo; algunos fragmentos de la Instituta de Gayo, las *receptae sententiae* de Paulo, veintidos leyes del Código Gregoriano, dos del Hermogeniano y un fragmento de las *responsa* de Papiniano.—(A.)

(2) V. la obra capital de SAVIGNY, *Historia del derecho romano en la Edad Media* (en alemán) (a).

(a) Trad. al francés por Guénoux, 4 vol. Paris, 1839.—(N. T.)

á su enseñanza en París discípulos, que en gran número y de todos los países acuden solícitos, nace en Bolonia con Irnerio (hacia 1120), y se extiende desde allí á otros lugares, una escuela de jurisperitos, que siguiendo el nuevo impulso, aplica al estudio y elaboración del copioso material jurídico antiguo una fuerza de espíritu, que si está falta de toda base auxiliar histórica y literaria, parece sin embargo en la sagacidad, exactitud de sus combinaciones y tacto práctico que la caracterizan, corresponder casi á un renacimiento de aquel buen sentido jurídico, peculiar á los romanos (1), y ha influido poderosamente en la ciencia hasta nuestros días.—Llámanse «glosadores» estos jurisperitos, por haber aña-

(1) Los glosadores, que tenían tan pocos conocimientos históricos, que v. gr., la glosa á la *Novela* 47, c. 1 hace á Justiniano contemporáneo de Jesucristo, se distinguen no obstante ventajosamente por lo que penetran en los principios y por una atención constante y despreocupada á las necesidades prácticas de la vida. Los más importantes de ellos fueron: Guarnerio ó Irnerio († antes de 1140); Bulgaro († 1166); Martín Gosia (los dos últimos formaron dos escuelas que se caracterizaron en las controversias jurídicas, y de las cuales la de Bulgaro ha sido especialmente estudiada en la glosa de Accursio; y la de Martín, con frecuencia preferida en el derecho canónico); los tres de Porta Ravenate, Hugo († 1168), Jacobo († 1178) y Alberico; Azon († hacia 1229); Jacobo Balduino († 1235); Accursio († hacia 1260) y Odofredo († 1265).

dido breves *glosas*, que forman un comentario perpétuo, al *Corpus juris*, nombre que proviene de ellos y que comprende el Digesto, el *Codex*, las 97 *Novelas* y las Instituciones, juntamente con los *libri feudorum* en que se contiene el derecho feudal. Uno de los últimos eminentes glosadores, Accursio († hacia 1260), reunió todas las glosas; y el *Corpus juris*, así glosado, entró luego en la práctica de los tribunales, que no admitían como aplicables sino los textos glosados: *quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia*.

A la época de los glosadores, se enlaza una nueva era, desde el siglo XIII hasta fines del XV, á la cual puede llamarse también, por coincidir con el período de la filosofía escolástica, período *escolástico* de la ciencia jurídica, y cuyos representantes principales fueron: Bartolo († 1357), (de él proceden los Bartolistas) y Baldo († 1400).

Los discípulos, formados, así por los glosadores como por los maestros siguientes, y entre los cuales hubo muchos extranjeros, difundieron también el conocimiento, amor y estudio del derecho romano por otros países, especialmente por Francia, Holanda, España y sólo después por Alemania. En el primero de estos pueblos, se cultivó antes que en los demás, con especial predilección, y alcanzó vigor general en su región meridional (*pays du droit écrit*), por oposición á la del Norte (*pays coutumier*). San Luis (1226-1270) hizo traducir al francés el derecho romano; y si

el papa Honorio II (1220) prohibió su estudio en París, para corregir así el abandono en que venía cayendo el derecho canónico, su prohibición no dió resultado alguno. A fines del siglo XVI, aparecen en Francia dos juristas eminentes, Santiago Cujas (*Cujacius* + 1590), fundador de un nuevo método *exegetico é histórico*, y Donneau (*Donnellus* + 1591), que fué el primero en exponer *dogmáticamente* de un modo notable el derecho romano (1).

A Francia sigue inmediatamente Holanda. En lo que se refiere al estudio y cultivo de esta legislación, sobresalen entre sus jurisconsultos: Arnoldo Vinnio (1588-1657), G. Noodt (+ 1725),

(1) Fué precursor de Cujas, Andrés Alciato, el cual, invitado por Francisco I, pasó de Milan á Bourges, donde explicó Derecho romano, siendo uno de los primeros que unió al estudio de la jurisprudencia el de las bellas artes y de la arqueología. Luego, en el siglo XVII, tenemos á Domat y á Jacobo Godefroy, autor de varias obras, entre las cuales merece especial mención su monumental comentario del código Teodosiano; y en el XVIII, la obra magna de Pothier: *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*. Véanse para más datos respecto de las escuelas de derecho, así en Francia, como en otros países, la *Introducción general al estudio del derecho* de Eschbaeh; la *Introducción al estudio del derecho* de Lermnier; *Los legistas y su influjo político y religioso* de J. B. V. Coquille, 1863; *Los legistas y su influjo en la sociedad francesa* de A. Bardoux, 1877; *Los grandes jurisconsultos*, de Rodiere, 1874.—(A).

Antonio Schulting (+ 1734) y De Binkershoek (+ 1734) (1).

(1) En el salón de sesiones de la Academia Matritense de Legislación y Jurisprudencia, se encuentran tres lápidas de mármol donde constan los nombres de los jurisconsultos más eminentes de nuestra patria, en esta forma:

A Jácome Ruiz, el maestro Roldan,
San Raimundo de Peñafort, Vidal de Canellas,
Jaime Hospital, Vicente Arias,
Jaime Calicio, Pedro Belluga, Alfonso Diaz de Montalvo,
Juan Lopez de Palacios Rubios,
*Jurisconsultos españoles de los siglos XIII, XIV
y XV.*

A Gregorio Lopez, Antonio Gomez,
Diego de Cobarrubias, Antonio Agustin,
Miguel del Molino, José Sessé, Luis de Molina,
Fernando Vazquez Menchaca, Alfonso Acevedo,
Juan Gutierrez, Jaime Cancer,
Pedro Agustin Morla,
Jurisconsultos españoles del siglo XVI.

A Cristóbal de Paz, Alfonso de Villadiego, San Pedro Fontanella, Juan de Solorzano, Francisco Salgado, Francisco Ramos del Manzano, Gregorio Mayans, José Finistres, Melchor de Macanaz, el conde de Campomanes, Ignacio Jordan del Arso, Miguel de Manuel, Gaspar Melchor de Jovellanos, Manuel de Lardizabal, Francisco Martinez Marina, Juan Sempere, Juan Sala, Sancho Llamas.

*Jurisconsultos españoles de los siglos XVII, XVIII
y XIX.*

En Alemania, el derecho romano, especialmente por su propio valor intrínseco, y también por haberse reputado al Imperio romano germánico como una continuación del romano, fué penetrando gradualmente en los tribunales, merced á los juristas ilustrados; ya se aplicaba en ellos mucho antes de que el decreto expedido por la Cámara imperial (en 1495), á la fecha de su creación, ordenase á los jueces que juzgaran «según el derecho del Imperio y el común», organizando al efecto los tribunales, que debían componerse de ocho doctores instruidos en el dere-

Aunque el derecho romano penetró en Inglaterra, fué á poco vencido por el nacional, y de aquí lo escaso del número de romanistas que se encuentran en aquel país. Sin embargo, con anterioridad á la época presente, tenemos á Arturo Duck, Ricardo Zouch, Wood, Hallifax, Browne, Gibbon, etc., y actualmente se están creando cátedras de Derecho romano en las Universidades y en los colegios de abogados de Londres, así como se publican numerosas obras, entre las que merecen especial mención las que en otro lugar hemos citado de Colquhoun y de Mackenzie. Además debe tenerse en cuenta que lo que han repugnado siempre los jurisconsultos ingleses admitir es el derecho público romano, tan contrario á sus libres instituciones, pero han reconocido el valor del derecho privado, que no ha dejado de influir en el inglés, ya directamente, ya indirectamente, por medio del canónico.

En Escocia ha gozado siempre mayor favor el Derecho romano, el cual se le considera como necesaria introducción al estudio del escocés.—(A.)

cho extranjero y otros tantos caballeros, sin duda como representantes del derecho germánico (1).

En este país, en que siguió cultivándose por más tiempo el derecho romano, fué donde hubo de recibir su más importante transformación práctica, y alcanzar también su renacimiento científico más elevado, no para engendrar un obstáculo permanente á toda tentativa de codificación nacional, sino para servirla, influyendo como una fuerza espiritual depurada.

Al modo como los pueblos germánicos llevaron á cabo la destrucción del Imperio romano y su transformación ulterior mediante nuevos elementos, así parece también haber sido la misión del espíritu alemán librar de su estrechez al derecho de Roma (que ya había perdido en muchas de sus materias, y gracias al influjo del canónico, el *rigor civilis*, como lo llamó la Iglesia), renovarlo con la ayuda de los nuevos factores germánicos, y finalmente, reconocerlo y tratarlo sólo como parte constitutiva, aunque esencial, de una superior ciencia jurídica.

En este proceso del desarrollo del derecho romano, pueden distinguirse varias épocas, en la última de las cuales prevalece especialmente la tendencia filosófica, característica del espíritu alemán, y el influjo consiguiente de la filosofía aun en el cultivo del derecho romano.

(1) *Ordenanza de la Cámara imperial* (en alemán) de 1425, §. 3.º

La primera época de su elaboración científica, después de su entrada en la práctica de los tribunales, como elemento supletorio, aplicable á todas las relaciones que carecían de normas especiales en el derecho germánico, comienza á principios del siglo XVII con el impulso que recibieron los estudios jurídicos en Alemania merced al influjo de los extranjeros sobre sus jurisprudencias, especialmente de los franceses Cujas y Donneau y los holandeses Vinnio y Noodt.

En este período, que puede extenderse hasta Leibnitz ó Tomasio, no se busca todavía inmediatamente la relación del derecho romano con el germánico, si bien se llega á formar convicción de que existe entre ellos una diferencia esencial, y de que es necesario modificar el derecho extranjero por la práctica. Al romano, se le considera simplemente como *jurisprudencia romana in foro germanico*. La tendencia científica peculiar de Alemania, empieza sin embargo á mostrarse, al exigir el llamado «orden legal» en la exposición de los Códigos romanos, en el esfuerzo con que intentan los juristas reunir en un todo enlazado sus respectivas máximas y preceptos, preparando así la *Sistemática* del derecho.

La segunda época comienza en realidad con Leibnitz: pues tanto con su doctrina filosófica del Derecho, cuanto con su *Nova methodus docendae discendaeque jurisprudentiae*, publicado en 1668, influyó en su contemporáneo Tomasio, y mediante Wolff, propagador de la filosofía leibnitziana,

de un modo muy trascendental en toda la ciencia jurídica. Principia con esta segunda época la tendencia *filosófica*, propiamente dicha, que se muestra en diversas fases: una, *lógico-formal*, otra, *dogmática* y otra más bien *crítica*, conservando en todas ellas, sin embargo, un carácter predominante *externo*, toda vez que aún penetra poco en la *esencia* íntima de las instituciones jurídicas. Atraviesa este período por la escuela de Wolff y aun la de Kant, y llega hasta el nacimiento de la llamada *histórica*.

Tomasio, 1655-1728, que como observa con razón Hugo, produjo una revolución en todos los estudios jurídicos de Alemania, fué un ardiente impugnador de los procesos contra los hechiceros, del tormento y de otras preocupaciones de este género, y el primero que explicó en lengua alemana y dió el impulso más poderoso para una más profunda elaboración científica y metódica del Derecho.

Aparecen entonces varios juristas eminentes: Heineccio (+ 1741), cuyo influjo fué en esta época el más subsistente; los dos Böhmer, padre é hijo; de Leyser (+ 1752); Samuel de Cocceji (+ 1755); luego, historiadores del derecho, como Juan Augusto Bach (1758); finalmente, los expositores en compendio de las Pandectas, como Hellfeld (+ 1782), y los que las trataron sobre todo en forma dogmática, como Westphal (+ 1792), Hofacker (+ 1793), Höpfner (+ 1797), Koch (1808) y Glück (+ 1831). Durante esta época, el derecho

romano alcanza el lugar preferente, por ser la parte más importante del derecho común, así en la teoría como en la práctica, y aun en ésta llega hasta hacer que se reemplacen diversas instituciones del derecho alemán por sus análogas romanas (p. ej., el sistema de la comunidad de bienes, por el dotal, la compra de ventas por el censo); sin embargo, se hace ya más clara en la conciencia de los juristas la distinción entre el derecho romano y el germánico, y el último llega á ser objeto también de investigaciones científicas y de exposiciones didácticas. Gärtner y Schilter publican, el primero, el *Espejo* de Sajonia, y el de Suabia, el segundo; Heineccio, Pütter y Runde, por su parte, escriben compendios del derecho privado alemán. Despertándose más cada vez el espíritu germánico en la elaboración científica de su derecho, vá también reconociéndose con mayor claridad la imposibilidad de aplicar totalmente el romano, y aun la inutilidad de muchas de sus disposiciones: con lo cual nace en muchos Estados el pensamiento de un código alemán, donde se aproveche todo el material útil del derecho romano; este pensamiento lo realizan luego Baviera, Prusia y Austria, con diverso criterio para la estimación del derecho romano y con diverso mérito también.

La filosofía de Kant ejerció por de pronto un influjo esencial en Hugo, que fué el primero que purificó con nuevo espíritu crítico toda la ciencia del derecho romano á la sazón existente, de mu-

chos errores tradicionales; preguntando de un modo verdaderamente kantiano «á cada concepto y á cada principio jurídico por su ascendencia», como Savigny dice en su elogio. Influyó luego también esta filosofía, aunque sólo de una manera predominantemente formal, sobre el modo de tratar el derecho romano, de lo cual fué fruto su exposición dogmática en tratados y manuales sistemáticos, independientes del llamado orden legal, si bien en ocasiones, la misma materia del derecho romano se dividía muy arbitrariamente con arreglo á ciertas ideas exteriores y lógico-formales, como se manifiesta en las obras de Heise (+ en 1851), Schweppe (+ en 1829), Mackeldey (+ en 1834), en parte Müllebruche (+ en 1843), y especialmente en Thibaut (1772-1840) el más ilustre representante de esta tendencia.

La tercera época comienza con la escuela histórica, que, determinada en la ciencia del derecho, como expresión de una tendencia que necesariamente había llegado á generalizarse en el espíritu de aquel tiempo por los trabajos críticos y polémicos de Hugo (1764-1846), iniciados en 1788, llegó en el espíritu histórico-crítico, doctrinalmente fecundo y sistemático de Savigny á su punto culminante. El tratado de este juriconsulto sobre el *Derecho de posesión* (1.^a edición, 1803) fué la bandera doctrinal de esta escuela. Como reacción contra el abstracto formalismo de la del derecho natural y el formalismo filosófico con que se trataba el romano, intentó la nueva

tendencia, apelando á la historia, que ya habia llamado Cujas «su anzuelo de oro», penetrar en el sentido del derecho romano, estudiándolo en sí mismo, en el espíritu propio de sus instituciones y principios, y aspirando á reconstruirlo en su completa individualidad, mediante el exámen histórico de sus puntos concretos. Al clamor, que, especialmente despues de rechazado el yugo extranjero en 1814, se manifestó en pró de un código general aleman (Thibaut), salió al encuentro esta escuela con su teoría de la gradual informacion del derecho, que repugna toda creacion repentina, señalando además las faltas cometidas en los modernos códigos en materias importantes, y exigiendo que se siguiese aprovechando mejor el tesoro de saludables é imperecederas ideas, contenido en el derecho romano.

Cierto que tambien el germánico alcanzó, desde que Eichhorn hubo dado el impulso en su *Historia política y jurídica* de Alemania, una exposicion histórica más profunda y completa; pero la atencion se dirigia preferentemente, sin embargo, al romano, postergando al primero de una manera clara, y señalándose una tendencia manifiesta á proscribir hasta de la práctica aquellos conceptos que se oponian al derecho de Roma, ó se fundaban en una mala interpretacion del mismo, pero que tenian una base esencial en el derecho germánico ó en la costumbre. Vióse entonces este último, si no amenazado en su existencia, concebido al ménos erróneamente en su

relacion al romano. Lo cual trajo contra la escuela clásica romanista la reaccion de los llamados *germanistas* (1), los cuales en gran modo tambien, merced á un estudio histórico más completo de las diversas instituciones jurídico-germánicas, llegaron á penetrar más hondamente en su naturaleza esencial, aspirando por otra parte á asegurar valor y eficacia práctica á sus ideas. Este antagonismo de Germanistas y Romanistas ha pasado por muchas fases: despues de una cierta aproximacion entre ambas tendencias, renació á poco la disidencia, más bien en punto á principios, pues la nueva escuela germánica aspiró á triunfar del derecho romano, merced al progreso del germánico, segun su espíritu y en relacion con las exigencias de la vida práctica. Semejante lucha, que todavía ha de empeñarse más hondamente y en que ambas partes tienen que penetrar más en el espíritu peculiar y opuesto de ambos derechos, no acabará, sino acudiendo á principios superiores, y estos sólo puede suministrarlos una verdadera Filosofía del Derecho, que forme clara idea de la naturaleza de las relaciones de la vida y del comercio social, y se apoye luego en la historia y en una constante comparacion de ambas legislaciones (2).

(1) Sobre esta escuela y sus más notables representantes, V. la conclusion de la historia del derecho germánico, publicada en la *Enciclopedia*.

(2) Los tratadistas del derecho romano más notables y recientes que se enlazan más ó ménos á la escuela

Una nueva época se prepara en muchos sentidos, llamada á ser *filosófico-histórica* armonizando más íntimamente las oposiciones vivas hasta ahora, y promoviendo también reformas necesarias en la esfera práctica, merced á la formación de una ciencia comparada del derecho, y aspirando finalmente á una *codificación general del derecho alemán*. El antagonismo radical de las escuelas filosófica é histórica ha desaparecido, al ménos en el sentido de que sus más ilustres representantes reconocen la necesaria union de la filosofía y del estudio histórico del derecho positivo. Este es, sin embargo, el primer paso, no más, para llegar á acercarse una á otra. Pero la alta importancia, no sólo teórica, sino práctica, del asunto, el honor de la ciencia y la sinceridad en el propósito y aspiración á un mútuo concierto, exigen que ni unos ni otros se hagan ilusiones sobre una armonía que de hecho no existe aún y para la cual no basta una yuxtaposición ni una

histórica son: HAUBOLD, BETHMANN-HOLLWEG, BIENER, BLUME, BURCHARDI, DIRKSEN, GÖSCHEN, ELVERS, HASSE, DE LÖHR, MAREZOLL, WITTE, ZIMMERN, ROSHIRT, SCHRADER, WARNKÖNIG, WALTER, WAECHTER, SEUFERT, SINTENIS, HAIMBERGER, UNTERHOLZNER, FRANKKE, RIBBENTROPP, G. E. PUCHTA, PUEGGE, ARNDTS, SELL, ED. BÖCKING, DE VANGEROW, KELLER, KIERULFF, IHERING, LEIST y otros; en *Francia*, KLIMRATH, GIRAUD, LABOULAYE y ORTOLAN; en *Holanda*, HOLTJUS, DE TEX, DE ASSEN, DE WAL, VREEDE; en *Bélgica*, MOLITOR y MAINZ.

transacción meramente externa. Ni gana la escuela histórica con que se la reconozca, aunque sea con iguales fueros á los de la especulación filosófica, si ha de proseguir ésta oponiéndose en principio á la afirmación capital de aquella, á saber, la de un desarrollo gradual dependiente de las relaciones de la vida y costumbres totales de un pueblo; ni puede contentarse tampoco la Filosofía del Derecho con que se la considere como una especie de gimnasia del espíritu, y como una aplicación de la lógica formal á la esfera de la jurisprudencia, negándole autoridad para que establezca y ordene los conceptos jurídicos y juzgue la historia y el estado actual del Derecho.

Dicha Filosofía, haciendo caso omiso de tantos errores producidos hasta ahora en todo desarrollo donde aparecen opiniones extremadas, ha de atender cuanto merece á la herencia de un pasado digno de estima, y señalar á la vez los resultados que representan la difusión de ideas jurídicas más humanas, la cooperación general para suprimir ciertas injusticias sociales, la transformación radical del derecho penal, y aun las nuevas legislaciones positivas. Exige nuestra época que se venzan los antagonismos anteriores, no por la mera templanza moral de las pasiones, sino por obra de la ciencia misma y de sus superiores conceptos. Esta exigencia no puede satisfacerse en la esfera del Derecho sino por medio de un concierto interior y de principios entre el elemento filosófico y el histórico posi-

vo: concierto para el cual una y otra parte han de llenar ciertas necesarias condiciones.

La Filosofía del Derecho ha de mostrar que la idea fundamental del objeto que expone es un concepto biológico, arraigado, como la vida misma, en un principio fundamental y en fuerzas esencialmente inmutables, pero que llega á una gradual información en el tiempo, y contiene asimismo principios fundamentales y supremos que se expresan en las relaciones sociales y en el progreso de las costumbres. La tendencia kantiana no ha podido satisfacer esta condicion, porque, prescindiendo de lo mucho que ha allanado el camino y á pesar de sus méritos incontestables por lo que respecta á un método filosófico más riguroso y una definición más previa de los conceptos, padece del vicio fundamental de haber divorciado al Derecho de la Ética, concibiéndolo además fuera de todo interior concierto con la historia. La escuela hegeliana, á causa de su teoría especulativa sobre la evolución progresiva del espíritu universal, que incluye otros importantes errores fundamentales, ha mezclado Filosofía é Historia entre sí, de tal suerte, que ambas han perdido en realidad su propio sustantivo valor y sus derechos. Stahl, es cierto que más bien que por su concepto del Derecho, tan limitado, por otros elementos que se contienen en su doctrina ética, se ha ligado estrechamente á la escuela histórica, pero sin dar tampoco á la Filosofía y á la Historia su verdadero é independiente valor.

Krause ha recibido en el concepto del Derecho mismo el principio de la vida que se informa progresivamente en las costumbres bajo diversas condiciones. Pero, de un lado, esta doctrina, en virtud de su mayor profundidad filosófica y ética, es la que ménos acceso podia hallar en los juriconsultos alemanes (1), que más bien que los

(1) R. MOHL, que en una crítica de mi *Filosofía del Derecho*, publicada en la revista titulada *Anales de Heidelberg*, 1840, fué quien primero hizo notar la importancia de la teoría jurídica y política de KRAUSE, predijo acertadamente que los más de los profesores de esta ciencia no se dejarían seducir pronto continuando en la "tranquila posesion de las beatificas doctrinas de Kant, Hegel y Stahl." Entre los filósofos propiamente dichos, se ha verificado, sin embargo, un importante cambio: pues los pensadores más renombrados, y de las más opuestas direcciones, reconocen cada vez más la trascendencia, tanto de la filosofía de Krause, en general, como de su Filosofía del Derecho. J. H. FICHTE, en su *Sistema de Ética* (en alemán), 1850, ha tomado de Krause, como él mismo declara, importantes ideas éticas, como también el concepto del derecho (con una pequeña variación, que nace de una mala inteligencia.) V. sobre esto mi *Filosofía del Derecho*, 4.^a ed. alem. p. 253, etc. Uno de los más discretos representantes de las teorías (antiguas) hegelianas, el profesor ERDMANN, en su fundamental *Historia de la Filosofía moderna* (en alemán), 1853, t. III, 2.^a seccion, y en un juicio muy extenso, aunque frecuentemente defectuoso, de Krause, indica á éste y á Hegel como los dos únicos filósofos en los cuales, si bien en *muy diversa direccion* (sobre lo cual

de otros pueblos cultos y á causa de las precedentes aberraciones filosóficas y de la presente superficialidad, muestran una falta de educacion metódico-filosófica, cada vez más visible; y de otro lado esta Filosofía del Derecho tiene todavia

se puede opinar de varios modos) la Filosofía moderna ha llegado á cerrarse en un sistema igualmente informado en todas sus partes (p. 367); pone, además, á Krause sobre Hegel (p. 812), por lo que toca á la superioridad de su concepcion filosófico-histórica y observa que lo que aquel filósofo "ha realizado en la Filosofía práctica (en la Ética y la Filosofía del Derecho) le ha adquirido principalmente perpetuo mérito, como lo prueba el crecienté número de sus discípulos y (añade Erdmann) plagarios." Respecto de la Filosofía del Derecho, el más importante discípulo de Baader, discreto adversario de toda tendencia materialista en la Filosofía, el profesor Francisco HOFFMANN, hace notar particularmente en su prólogo á las obras completas de Baader (*Baaders sämtliche Werke*, 1852) p. 52: "qué Filosofía jurídica y política existe, edificada sobre tan profundos principios, ni que pueda medirse en lo profundo y grandioso, con la de Krause!"; añadiendo: "su completa importancia sólo se conocerá debidamente, cuando la interesante obra del profesor Ahrens (la *Filosofía del Derecho y del Estado*) se presente completa." —Que tal cual vez se noten faltas de inteligencia, no es maravilla tratándose de una doctrina que, como esta, lleva á la íntegra y total concepcion de un objeto y que, por consiguiente, pide ser estudiada con espíritu filosófico, que contempla las partes y aspectos especiales á la luz del todo: lo cual, por lo demás, no es difícil, teniendo alguna educacion metódica y filosófica.

que desenvolverse y exponer con mayor rigor su relacion con la Historia, de lo cual es precisamente un ensayo el presente libro, al intento de difundir una mayor armonía. De todo esto resulta que la Filosofía del Derecho no ha llenado completa y satisfactoriamente, por su parte, las condiciones para su concierto con la direccion histórica.

Esta, á su vez, tampoco ha abierto camino para una verdadera concordia. Ciertamente, no podia escapar á la penetracion de los más ilustres representantes de esta escuela, que existen principios fundamentales del Derecho, los cuales, no pueden conocerse por un estudio histórico, más tan sólo merced á una concepcion filosófica del ser y vida humanos. Pero cuando esta necesidad se hizo sentir, despues de la primera lucha con las teorías jurídicas abstractas, se reveló una gran falta de método filosófico, con una sorprendente indefinicion de los más decisivos conceptos. Así vemos en el mismo Savigny, verdadero modelo, por otra parte, en cuanto á dominar la masa de los pormenores por conceptos generales, una deduccion tan insuficiente, y en parte errónea de la idea del Derecho, derivándola del espíritu ó conciencia nacional y ateniéndose, en cuanto á la definicion inmediata de esa idea, al mero concepto kantiano, entendido con alguna más vaguedad (1); y en Puchta, hallamos un retroceso toda-

(1) Sobre la concepcion jurídica de SAVIGNY, V. t. I, p. 54, 76 y 157 de la *Enciclopedia*.

via mayor á una teoría subjetiva del Derecho, afin á la de Fichte, pero que carece de todo rigor metódico. Otros se han acercado más á Stahl; y otros, por último, á Hegel; pero estas aproximaciones han sido siempre exteriores, consistiendo, por lo comun, en tomar prestados tan sólo algunos conceptos de tal ó cual doctrina filosófica y aplicarlos, sin más, á las necesidades inmediatas. La gran mayoría ha permanecido apartada de toda especulación filosófica, contentándose con tomar de Savigny ó de Puchta las más imprescindibles ideas.

Tal como hoy están las cosas, cabria alimentar poca esperanza de que se iniciase en el seno de la escuela histórica mayor aproximación á la Filosofía del Derecho, si no fuese por ciertos hechos irrecusables que cada vez alcanzan mayor importancia, y abren la expectativa de más amplios horizontes. Son estos: 1.º, la concepción y exposición de los *principios* fundamentales del derecho romano, introducida ya por la escuela de Hegel y proseguida por los romanistas actuales; 2.º, la *comparación* del derecho romano con el germánico y con las legislaciones modernas, usada ya en parte por los germanistas, y cada vez más imprescindible; 3.º y último, la *codificación*, que cada día se impone con mayor necesidad, aun para aquellos Estados alemanes que todavía no poseen código alguno: tres hechos que necesariamente conducen á la Filosofía del Derecho.

En cuanto al primero, despues de haber in-

tentado Hegel comprender el derecho romano en su carácter interno, y de haberlo juzgado con acierto Stahl en algunos de sus elementos importantes, se ha proseguido de un modo muy feliz, sobre la base indudablemente alcanzada por la escuela histórica, una investigación fundamental, filosófico-histórica, que penetra más íntimamente en las ideas y esencia primordiales de las instituciones romanas (1). La indagación que ul-

(1) Así puede observarse en la obra de R. IHERING: *Espíritu del derecho romano en los diversos grados de su desarrollo* (al.), 1.ª parte 1852, 2.ª parte, sección 1.ª 1854 —la cual no he recibido hasta hace muy poco (a). Ciertamente que Ihering se refiere principalmente á Hegel, por lo que toca á los conceptos fundamentales filosóficos; pero los desenvuelve con independencia, á través de todo el material histórico, profundamente elaborado. En cuanto á la concepción del derecho romano, esta obra hace época; y así como expone especialmente el carácter total de ese derecho en los comienzos históricos tan importantes de su evolución, es más apropiada para estudiar la naturaleza interna de las más interesantes instituciones jurídicas de aquel pueblo, que otras muchas obras dogmáticas é históricas que se pierden en los pormenores; constituyendo de todas maneras, aun para los estudiantes, un complemento necesario del estudio dogmático é histórico. Sobre algunas explicaciones históricas, y sobre la aplicación de los conceptos filosóficos, se puede ser de otra opinión, así como cabe un juicio algo diferente del derecho romano,

(a) V. la pág. 1, subnota (c):—(N. T.)

teriormente debe desenvolverse en esta esfera, y más todavía el juicio ético-filosófico de aquella manifestacion histórica, vendrá á despertar más y más cada vez profundas exigencias filosófico-jurídicas.

Aun antes de haber estudiado de una manera semejante el derecho germánico en su espíritu peculiar, se habia ya intentado establecer una distincion por principios entre él y el romano y aplicarla á las principales esferas (1). Pero, en este

partiendo de otro diverso punto de vista filosófico-jurídico (V. el cap. siguiente); pero todo aquel que aspira á una íntima alianza entre la Filosofía y la Historia, tendrá que agradecer siempre á Ihering, como RÖDER dice muy bien (*Ideas fundamentales y sentido del derecho romano y el germánico*—1855, alemán) "que haya insistido en la exigencia de atender al todo de una vez, en su interior cohesion y en las ideas fundamentales en que descansa, intentando al propio tiempo indicar el camino para este fin, y estimular grandemente á los contemporáneos, alejados hace mucho de estudios de este género."

(1) Así lo intentó C. A. SCHMIDT, Consejero del Tribunal de apelacion en Rostock, en su obra *Distincion por principios entre el derecho romano y el germánico*, escrita en alemán, t. I, 1855, en la cual quiere mostrar que el derecho germánico descansa sobre el principio de *objetividad*, determinando y limitando su contenido por los superiores *finés morales* del hombre y de la sociedad; y el romano, por el contrario, sobre el principio de *subjetividad*, teniendo por motivo interno el *egoísmo* y fundando su contenido en el libre arbitrio y gusto de la

punto, se hizo pronto visible que, por una parte, era necesario penetrar el carácter fundamental de aquel; y que la comparacion y juicio de ambos derechos sólo es posible, ante todo, apoyándose en la base de una Filosofía jurídica que recoja en una concepcion superior ética de la vida humana y social las importantes ideas biológicas que en aquellos momentos históricos se han desarrollado

voluntad subjetiva, ajena á todo elemento moral. Schmidt, por lo que se ve, ha comprendido estos dos derechos, segun lo muestra una investigacion más exacta, en una oposicion tan perfecta como errónea, apoyándose (como otros han hecho tambien) en una concepcion del principio jurídico subjetivo y del objetivo que yo habia expuesto históricamente en la introduccion á mi *Fil. del Derecho* (4.ª ed. al.), á pesar de lo cual, él no la cita en parte alguna. Pero en tanto que yo indicaba esta oposicion como tal, mostrando la verdad y el error de cada uno de sus términos y haciendo sentir la necesidad de una concepcion ético-orgánica, Schmidt pretende que sólo valga el principio objetivo y moral, el cual estima realizado en el derecho germánico: parcialidad, que es precisamente la causa de los capitales errores que con tanta precision le han autorizado, especialmente los romanistas. Su obra, sin embargo, es muy digna de atencion, porque pone de manifiesto interesantes diferencias entre los principios romanos y los germánicos, así como la importancia del elemento moral en la vida jurídica; y excita, aun allí donde expone ideas inadmisibles, á la reflexion é investigacion ulterior del asunto.—Sobre esta obra, véase la crítica de ESMARCH en la *Revista general mensual de Ciencia y Literatura* de Dic. 1853.—Sobre

y que han impreso su sello en muy peculiares relaciones: camino éste por el cual se reconocerá á la par, en la oposicion subsistente y parcial de ambos derechos, la necesidad de su complemento recíproco (1). Ya las más generales cuestiones, como las de si el derecho germánico considera los elementos morales de la vida más que el romano ó si éste quizá prescinde por entero (como se ha afirmado erróneamente) de toda relacion de esta clase, derivando el derecho puramente de la voluntad arbitraria, etc., sólo pueden decidirse cuando se hayan determinado con toda claridad los conceptos de Derecho y Moralidad y la relacion entre ambos, todavía tan superficialmente

los libros de Ihering, Schmidt, Lenz y el artículo de Esmarch, además del trabajo de Röder, V. el artículo de KUNZE en la *Ojeada crítica sobre Legislacion y Ciencia del Derecho*, t. II, p. 173-228.

(1) Este punto de vista es el que ha tomado RÖDER en su ya citado libro: *Ideas fundamentales y sentido del der. romano y el germánico, para concertar la concepcion histórica y la filosófica del derecho y promover los estudios de legislacion comparada* (aleman) 1855. En esta obra, en la cual se expone, tanto el estado de la cuestion como las opiniones principales de Ihering, Schmidt, Lenz y Esmarch en un sumario juicio, se hace resaltar perfectamente, sobre la base de estudios históricos y positivos, especialmente el carácter del derecho germánico, á diferencia de la concepcion de Schmidt, y se le considera destinado á mútuo complemento con el romano: complemento realizado ya en gran parte por la historia de la vida jurídica alemana.

explicada por lo comun, así como el fundamento original y el fin del derecho, con otros puntos. Además, si es indudable que el derecho germánico, en tantas instituciones peculiares, especialmente de la vida social, nunca ha divorciado de un modo tan abstracto la esfera del derecho de bienes y la ético-jurídica, hay tambien que estimar esta distincion y concebir y desenvolver toda aquella esfera, así en las cosas como en las obligaciones, en nuestro tiempo—donde se han producido muchas nuevas relaciones económicas, desconocidas al derecho romano y al germánico antiguo—atendiendo al elemento económico, tan frecuentemente olvidado en los estudios jurídicos.

Por último, á consecuencia de la creciente confusion del derecho en los más de los Estados alemanes, se deja sentir cada vez de un modo más apremiante la necesidad de una *codificacion* general (1), si bien, ante todo y segun el sistema aleman del particularismo, destinada sólo para algunos Estados, en los que han comenzado los más ilustres romanistas á considerarla inevitable. Dicha codificacion es, sin embargo, difícil empresa hoy todavía: porque precisamente la escuela histórico-romanista, no sólo en su intencion, sino en la ciencia, ha contribuido poco para este fin, en comparacion con las fuerzas que ha aplicado

(1) Sobre la cuestion de la codificacion, véase el final de la historia del Derecho en Alemania en la *Enciclop.*

al derecho romano: ya que, en lugar de considerar á éste y sus teorías desde el punto de vista de la vida en sí misma, no ha contemplado á ésta sino reflejada en los conceptos romanos (1): los cuales, si bien se comprenden hoy más exacta y discretamente que antes, según el espíritu del derecho á que pertenecen, son con todo, merced á su parcialidad, tan inservibles para una nueva legislación, como para la vigente, que en las más importantes materias ha tenido por necesidad que contar con las ideas germánicas. Ahora, hasta hoy, ninguna conciliación científica se ha intentado entre el derecho romano y el germánico. Por esto, los nuevos ensayos de codificación no han hallado sino muy leve apoyo en la moderna ciencia alemana, y han tenido que acogerse á las nuevas legislaciones, tantas veces juzgadas con injusticia y nacidas bajo el influjo de principios filosófico-jurídicos anticuados, especialmente el código austriaco, que expone más bien teorías generales, aunque á menudo concebidas muy abstractamente.

Si, por el contrario, se hallase más desarrollada una ciencia comparada del Derecho, además de la investigación fundamental del romano y el germánico, sobre la base de un juicio de ambos, según las actuales condiciones biológicas y sociales, habría sido esa ciencia verdaderamente provechosa para la vida, y suministrado á las nuevas

(1) Comp. p. 60, nota (1).

legislaciones puntos de vista directores y hasta un material útil. Dicha ciencia comparada, que con tan grande éxito se ha venido aplicando desde hace largo tiempo en la esfera penal, cuya reforma se debe á la Filosofía del Derecho, y que desde entonces se viene tratando y desenvolviendo cada vez más con espíritu filosófico, continúa siendo una exigencia irremisible en el orden civil, no sólo para preparar su transformación, sino también para el progreso de todas las legislaciones actuales.

A la Filosofía del Derecho corresponde asimismo una nueva y superior misión en este respecto. Si antes, en épocas de mucha menor cultura, favoreció esencialmente el desarrollo de la legislación, hoy, cuando se concibe al Derecho en más íntima relación con la vida y con el incesante progreso de sus condiciones, necesita establecer el superior criterio para la comparación, estimación y selección de las diversas ideas jurídicas, precediendo á la acción legislativa y cooperando para que las legislaciones actuales se desenvuelvan, no según principios antiguos y parciales, sino en conformidad con el espíritu progresivo que en el fondo contienen y de acuerdo con las necesidades reales de la sociedad y de la vida.

CAPÍTULO IV.

BREVE JUICIO FILOSÓFICO-JURÍDICO DEL DERECHO ROMANO (1).

El juicio del derecho romano comprende esencialmente: 1.º, su estimación *histórica*, por una parte, conforme á la misión cumplida por él en la historia universal, así como por otra, según su propia importancia y significación de un interior desarrollo; 2.º, su estimación *en sí mismo*, en su contenido y su forma; 3.º, la consideración del importante *influxo* que ha ejercido en la evolución jurídica de muchos pueblos y especialmente en el derecho germano, y la de su valor para la vida y ciencia del Derecho al *presente*.

§. 1.—Juicio histórico.

1. La misión y los hechos del espíritu romano en la historia universal se ha hecho consistir mo-

(1) V. en general sobre este punto HEGEL, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia* (al.), 2.ª ed. 1846; GANZ, *Derecho de sucesión* passim; STAHL, *Filosofía del Derecho*, II, 1.º apéndice; y especialmente IHERING, o. c.

dernamente, á ejemplo de Hegel, casi por todos, en la *realización de la idea del Derecho* (1). Pero si esta opinión no ha de contradecir á la historia y á la verdad general de que todo pueblo, según su concepción biológica y sus costumbres, ordena jurídicamente las condiciones esenciales de su vida de tal ó cual modo, del que el Derecho, tan universal como esta, es expresión exterior, dicha opinión debe limitarse en el sentido de que el espíritu de aquel pueblo ha hecho valer de una manera sustantiva é *independiente* el Derecho, en la esfera pública y en la privada, desarrollándolo y perfeccionándolo, especialmente en la última.

Esta tendencia genética del Derecho y el Estado no puede explicarse por el modo de nacer éste, por más que no sea indiferente; ni por el «bandolerismo de sus orígenes,» como el mismo Hegel erróneamente piensa; ni menos por la diversidad de elementos que compusieron aquella nacionalidad, y que suponen dió otra dirección al primitivo carácter nacional; sino, ante todo, por

(1) Así dice también STAHL, o. c.: «es una opinión verdadera y hoy muy difundida la de que el derecho romano ha realizado en la historia universal ante todo y predominantemente la idea del Derecho,» y añade por nota: «esta opinión, nacida de las grandes investigaciones históricas de nuestro tiempo la ha expresado con claridad y precisión por vez primera Hegel;» pero observa que «el juicio moral de Hegel sobre los romanos, por oposición á los griegos, no puede tenerse por verdadero y justo.»

lo más íntimo y profundo, esto es, por la tendencia hacia las relaciones exteriores finitas y condicionales de la vida que llegó á ser predominante en el pueblo romano entero: por la aspiración á hacerlo servir todo á esta clase de fines, aplicando á ellos un claro entendimiento y realizándolos con enérgica voluntad (1). Esta tendencia ha conducido á la progresiva separación de la vida jurídica y política respecto de la religión (2), y en parte de la moralidad y el espíritu ético, y convertido al pueblo romano en el representante abstracto del Derecho y el Estado en la antigüedad; expresándose ya desde el principio en su concepción biológica y jurídica y acentuándose más y más cada vez, según brevemente exponremos.

Comencemos por la *religion*. Como en todos los estadios más primitivos aún de la vida social, hallábanse en Roma íntimamente enlazados, en los primeros tiempos, religión, moral, Estado y Derecho. Pero este vínculo muestra ya, desde el comienzo, la preponderancia del elemento político. En las colonias que fundaron á Roma, fué más débil, por lo común, el principio religioso;

(1) Comp. p. 40.

(2) Véase la *Ciudad antigua* de Fustel de Coulanges; además de completar y rectificar lo que sobre este punto dice Ahrens, muestra que no en todas las épocas de la historia romana es exacto lo que dice Montesquieu: que Roma hizo la religión para el Estado, así como los demás pueblos el Estado para la religión.—(A.)

y en el difícil establecimiento de la nueva república, compuesta de tan diversos factores, tenía necesariamente que preponderar el aspecto político. Así, en los sabinos y latinos, que muestran tantos caracteres comunes con otras razas arias (indo-europeas) afines, con los indos, persas y griegos, como el culto de los astros y del fuego, que todavía especialmente se observa en Roma en el ara de Vesta, *Estuz* (1), y el principio de purificación (lustración) (2), la religión y el culto habían tomado ya un carácter más externo; y la colonia de los etruscos, disgregada de una comunidad muy floreciente en otros tiempos, pero ya entonces en decadencia, trajo á Roma, sin duda alguna, muchas aptitudes y artes, y de seguro un sentido más hábil y prudente para el gobierno del Estado; pero también—fuera del culto sombrío é inclinado al misterio, y que jamás llegó á penetrar en la ciudad—las formas y ceremonias externas de la religión, que los romanos mismos derivaban, con razón ciertamente, de la capital etrusca *Kaere*.

En esta enervación y tendencia externa de la

(1) V. pág. 38.

(2) Debe sin embargo considerarse como un carácter común de los pueblos indo-europeos, por oposición á los semíticos, que la religión y el sacerdocio, por importantes que hayan podido ser en su vida, jamás han logrado en el Estado y en la sociedad una posición verdaderamente predominante. En la indicada tendencia de los romanos, debe, pues, reconocerse un carácter étnico.

vida religiosa, tenía que renunciar la religion, dado el incremento de la tendencia política, que solicitaba todas las fuerzas, á un influjo directo y determinante; por más que conservase su importancia casi hasta la conclusion de la república, en el sentido de que ningun acto de interés se emprendía sin apelar á la religion. Pero el impulso, la iniciativa, proceden siempre en Roma del Estado y sus autoridades. En un principio, el sumo sacerdote es el rey mismo, *rex sacrorum*—derivándose comunmente la palabra *rex* de *regere*—sometido, por lo que concierne á las formas exteriores, al *pontifex maximus*. A la supresion de la monarquía, se instituyó un *rex sacrorum* especial; pero, así como entre las dignidades eclesiásticas los verdaderos ministros sacerdotales, los flamines, los colegios de los sálíos y de los arvales, perdieron ya desde muy antiguo su importancia, hasta el punto de que para nada intervinieron en las luchas de los partidos, mientras que los colegios que tenían un influjo político, como los pontífices, augures, feciales para las relaciones internacionales y la conservacion de los libros sibilinos (1), fueron objeto de la lucha vic-

(1) Sobre el *jus sacrum* en general y las diversas dignidades religiosas del pueblo romano, V. GÖTTLING, *Historia de la constitucion política de Roma* (aleman), 1840, p. 167-215.—Son tambien especialmente instructivos los curiosos escritos de AMBROSCH, *Estudios é indicaciones en la esfera de la agricultura y el culto de*

toriosa de la plebe para ingresar en ellos, así tambien jamás estas dignidades trajeron anejo *imperium* alguno, esto es, un poder creador de su propio impulso, lo cual acontecia por el contrario en todas las funciones civiles. El influjo de aquellos colegios y personas dependia, como se ha hecho notar acertadamente, de la excitacion de una autoridad del Estado para que ejercitasen sus funciones. Cierto que el *jus sacrum*, mientras hubo fé religiosa, fué de grande importancia y excluía de todos los *sacris* al declarado *sacer*; pero sólo la legislacion es la que dió á la *sacertas* el valor de un medio penal. Los pontífices (1) po-

los antiguos romanos (en aleman), 1839, no ménos que los *Libros religiosos de los romanos* (en aleman), 1843. Puede, finalmente, verse el libro publicado por DE RUBINO, *Investigaciones sobre la constitucion é historia romanas* (en aleman), 1840 y IHERING, o. c. p. 256, etc.

(1) MOMMSEN, o. c., p. 117, caracteriza del siguiente modo el influjo práctico de la religion: "Los sacerdotes, y especialmente los pontífices, utilizaron el temor á los dioses para acentuar las obligaciones morales, y en particular, aquellas cuyo cumplimiento no cabe exigir suficientemente por las vias jurídicas. Así, en la trasgresion de los límites que separaban las heredades, en el hurto nocturno de los frutos en gavillas, en el atentado á la persona del rey, además de las penas civiles, tenía lugar el anatema de la divinidad correspondiente. Pero aun en aquello que no incumbia á la comunidad, como cuando el marido vendia á su mujer, ó el padre al hijo casado, cuando el hijo ó la nuera alzaban la mano contra

dian, á la verdad, dictar sentencias penales; pero tenian que ser requeridos para ello, y de sus fallos podia apelarse al pueblo. Los feciales tambien podian proceder sin esta excitacion; y en la doctrina de los auspicios regia el principio, aplicado en una ley (y que muestra el carácter jurídico (1) de toda la esfera religiosa), de que el signo

el padre ó el suegro, cuando el patron violaba la promesa hecha á su huésped ó al cliente, el reo de estos atentados podria evitar las penas civiles, pero no sustraerse á la maldicion divina que pesaba sobre su cabeza. No significa esto que el *sacer* y entregado á la cólera divina fuese proscrito de la sociedad, proscricion contraria á todo orden civil y que sólo en circunstancias excepcionales, durante las luchas políticas, se añade en Roma al anatema para agravarlo, sin que se siga de éste, cuyo cumplimiento no corresponde á la jurisdiccion civil, y ménos por tanto á tal ó cual ciudadano, ni á los sacerdotes, que carecian de poder para ello; sino tan sólo á los dioses mismos. Mas la creencia piadosa del pueblo, sobre las cuales se apoya dicho anatema, habrá sido en los antiguos tiempos muy enérgica, aun en los hombres ligeros y malvados.—Pero Mommsen tambien nota (p. 116) "el inflexible rigor con que se ha mantenido siempre el principio de que el sacerdocio carezca de todo poder en el Estado, y, excluido de todo imperio, esté obligado á obedecer aun á la autoridad más subalterna, al igual de los restantes ciudadanos."

(1) IHERING, p. 354, considera como un problema interesante el de mostrar las analogías entre la jurisprudencia romana y el modo de proceder la religion (v. gr., el formalismo, la consecuencia, las ficciones, los asuntos

posterior borra el anterior; de suerte que toda la organizacion de los auspicios vino á subordinarse á aquellos que tenian que iniciarlos, disponerlos, proseguirlos ó suspenderlos.

Con esto, se fueron debilitando cada vez más las creencias en el curso del desarrollo histórico y en medio de las discordias civiles. Ya en tiempo de los reyes, se puede observar una modificacion importante en el espíritu religioso, y un predominio de la tendencia política que la república desarrolló bien pronto (1) con la más decidida pretericion de la religion. Los patricios continuaban siendo, á la verdad, los mantenedores del principio religioso, pero es principalmente por un interés de clase. La religion fué arrastrada á las luchas de los partidos, subordinándose cada vez más de esta suerte á consideraciones políticas, y señalándose cada victoria de los plebeyos por una nueva enervacion de su principio, hasta que al

ficticios ó aparentes, etc., y aun tantos principios materiales), pues como RUBINO advierte: "*la justí atque in. justí scientia* comprende tambien la religion, lo cual caracteriza bastante el modo de pensar romano"; y así recibe su verdadero sentido la definicion legal de la jurisprudencia como *rerum divinarum atque humanarum notitia, justí atque injustí scientia*.

(1) AMBROSCH, *Estudios*, p. 64, coloca el comienzo de la decadencia de la teologia pontificia, así como de la disciplina de los augures, en los tiempos que siguen á la segunda guerra púnica. Comp. IHERING, p. 317 y la 71 del presente libro.

cabo religion y Estado perecieron en naufragio comun.

La concepcion romana de las relaciones entre el Estado y la religion, debe por tanto juzgarse en sí misma y en sus consecuencias. En principio, hay ciertamente progreso, y progreso esencial, por respecto al Oriente, en esa posicion sustantiva de la vida jurídica y política, con toda independendencia de la religion y sus órganos; como hay un certero tacto político en no conceder á dichos órganos poder alguno externo. Pero sí, por una parte, hay que reconocer que la más profunda causa de corrupcion consistia en la falta de una religiosidad verdaderamente íntima, la cual no podia ser fruto del politeismo, debe reputarse tambien como una razon esencial de que se precipitase la comun ruina, esa completa falta de independendencia de todos los órganos investidos de funciones religiosas, esa prohibicion de toda iniciativa, por compatible que fuese con la autoridad y sustantividad del Estado, y esa estrecha sujecion á la vida política y sus vicisitudes; no ménos que esa tendencia política exclusiva, sin límite alguno, ni verdadero contrapeso religioso, ni moral, alimentada por tantas pasiones egoistas: tendencia cada vez más enérgica y afanada por subyugar á los otros pueblos, y que ha conducido en el interior á la disolucion de toda la vida romana.

Consideremos ahora igualmente la concepcion jurídica y política de este pueblo, en relacion á

las costumbres y la moralidad (1).

Así como, á partir de la familia, primera comunidad ética (2), propenden á manifestarse en órganos especiales las tendencias y funciones esenciales de la naturaleza humana (religion, moralidad, Derecho, industria), contenidas en ella, al compás del progreso en que se vá desen-

(1) Comp. IHERING, 2.^a parte, p. 48. Su exposicion comienza con las siguientes notables palabras: "Nuestra exposicion toca aquí á un punto espinoso: es como el cabo de Hornos de la Filosofía del Derecho. Créo merecer más bien la aprobacion que la censura del lector, por no atreverme á acercarme demasiado á este punto, sino, antes por el contrario y hasta donde nuestro fin lo permite, navegar á la mayor distancia posible de él"; y observa además en la nota que por "Lo que concierne á la distincion entre el Derecho y la Moral, se adhiere á la opinion de STAHL en su *Filosofía del Derecho*."—Pero en este último respecto, no puedo dispensarme de advertir que Ihering, sin embargo, diverge *esencialmente* de Stahl: pues que, segun la concepcion de éste, el juicio del derecho romano (como por lo demás Stahl mismo lo ha expuesto por apéndice en su libro) tendria que ser muy distinto en puntos importantes. En general, aquella cuestion es vital y grave, no sólo para los filósofos del Derecho, sino tambien para los juristas que no consideran á éste como cosa seca y nudamente positiva, sino en su mútua relacion con la vida, de la cual no cabe segregar el elemento moral; así como para todo aquel que quiera intentar un juicio y comparacion internos entre el derecho romano, el germánico y el moderno.

(2) Véase pág. 142, t. 1, *Enciclop.*

volviendo el ulterior organismo de la vida comun, así tambien hallamos en Roma, según se ha hecho notar con acierto (1), una función exteriormente informada, que se desenvuelve de modo verdaderamente orgánico desde el principio familiar, y consagrada al elemento *moral* de la vida, en cuanto constituía una necesidad social. Tal es la institución de la *censura*. En ella se muestra de nuevo el sentido característico de los romanos para imprimir externamente, en determinados instrumentos y formas, lo que consideran una exigencia de la vida; así como tambien la tendencia á subordinarlo todo á la política, pues la *censura morum* se enlaza á la *censio* política, al impuesto del ciudadano, pero distinguiéndose aquel elemento moral, representado en la *censura*, del principio jurídico. El juicio censorio (*animadversio, notatio, auctoritas censoria*) tampoco se iguala con la sentencia del juez (*judicium*), ni su consecuencia (*res judicata*); no podia destruir la eficacia de los negocios jurídicos; se dictaba por el censor sólo para un lustro, tiempo de duración de su cargo (lo cual correspondia perfectamente tambien á la idea de la posibilidad de corrección moral) y podia convertirse, merced al derecho de intercesión del otro colega, propio de

(1) IHERING, p. 51. Ya las familias samnitas tuvieron tribunales morales para los asuntos matrimoniales, y los lucanos tambien en otros respectos: V. GÖTTLING, o. c., p. 9, y el libro de JARKE citado en la pág. 71.

todos los magistrados superiores, de nota oficial y pública, en meramente personal y privada. En esta distinción entre la censura y la judicatura, ni el censor en sus funciones, ni el pueblo en su opinión, podían confundir la moralidad y el Derecho: donde se puede ver asimismo un mérito formal del romano respecto del griego, que nunca distinguió tan exactamente las infracciones morales ($\beta\beta\epsilon\tau\epsilon\varsigma$) de las jurídicas (1).

La autoridad del censor no se manifestaba tanto, sin embargo, en las relaciones de derecho privado, como en las propiamente morales, financieras y de derecho público. Así es que se revelaba en el perjurio, en la falta de veracidad, en la mala educación por parte de los padres—ya por excesivo rigor, ya por excesiva lenidad—, en la corrupción de menores, en la desobediencia de éstos respecto de sus padres, en la separación de los cónyuges sin causa suficiente, en la prodigalidad en la administración doméstica, en las captaciones de herencias, en la crueldad contra los esclavos, la cual no castigaba por su parte la ley, en el tráfico en pequeño, impropio de un ciudadano romano, en la profesión del teatro, en el desorden de las costumbres, en el despilfarro y hasta en el simple lujo, en la mala explotación agrícola, en la infracción del respeto debido á la autoridad, en el abuso del poder público, en la

(1) V. pág. 31, t. II, *Enciclopedia*.

cobardía ante el enemigo, en el abandono de los *sacra* pátrios, etc. (1).

Los censores dictaban su fallo, unas veces atendiendo sólo á sus datos y convicciones propias; otras, despues de haber oido las quejas ordinarias, al acusado y los testigos que traía éste, y de haberse asesorado del parecer del consejo censorial, con cuyo dictámen no estaban obligados á conformarse. El sentenciado podia apelar al pueblo; y si llegaba á probar la injusticia de la condena, éste la levantaba, aunque rara vez lo hizo. La pena, consistia para un senador, en su expulsion del Senado; para un caballero, en separarlo de la órden (del cual se salía á veces por tener mal cuidado el caballo); para los ciudadanos que no eran senadores ni caballeros, en expulsarlos de la tribu, inscribiéndolos entre los *aerarii* (2), lo cual llevaba consigo la pérdida del

(1) V. las notas de GÖTTLING, o. c., p. 343.—HERING, II, p. 50.

(2) "Aerarius es todo ciudadano mayor, que no pertenece á tribu alguna local. Los *aerarii* comprenden: 1.º, los *municipes sine suffragio*; 2.º, los *infames* (V. SAVIGNY, *Sist. del der. rom.*, t. II); 3.º, aquellos á quienes los censores, en virtud de su poder, aplican la más grave *nota censoria*, la expulsion de la tribu, á que se refiere el texto. Estas tres clases de *aerarii* carecen del *jus suffragii*, etc., etc.—V. para más pormenores WILLEMS, *Le droit public romain*, 3.ª ed. p. 95-99.—Debemos estas indicaciones á la bondad del Sr. D. Manuel Torres Campos, erudito bibliotecario de la Academia matritense de Jurisprudencia y Legislacion.—(N. T.)

derecho de contribuir al impuesto con arreglo al censo.

En este poder de los censores, que aumentó todavía la *lex Ovinia* (1), de fecha incierta, haciendo que redactasen la lista del Senado, con asentimiento de éste y asistencia de los treinta *victores*, en representacion de las curias, se reconoce un importante complemento de toda la vida política y jurídica romana, así como tambien en cierto modo un equivalente á la función que, en Grecia, desempeñaba el que tomaba las cuentas á los empleados públicos.

Pero, á la manera como la extension de la ciudad y el Estado debió ir necesariamente debilitando esta autoridad al paso con la decadencia de la vida pública, si bien subsistió todavía en la forma (como *praefectura morum* bajo los Emperadores), vuelve á aparecer tambien en esta institucion un vicio capital de toda la tendencia del espíritu romano, por la manera abstracta y exterior con que se halla organizada. La cual resalta más especialmente, si se compara la vida jurídica de Roma con la germánica. En efecto, en ésta, las funciones morales se desarrollan á la par orgánicamente con las más importantes instituciones jurídicas; el principio moral en todas las clases, corporaciones y sociedades, así en las relaciones puramente personales, como en las constituidas por los bienes de fortuna, se revela

(1) V. NIEBUHR, o. c., p. 586 y GÖTTLING, 346.

constantemente en las condiciones de honradez, conducta moral, buen uso de la riqueza, etc., y la autoridad disciplinaria se ejerce por aquellos organismos; por el contrario, en Roma, aparece la censura como una función centralizada y exterior al todo. Pero la falta de un principio vigoroso y unitario, centralizador, que caracteriza por otra parte la vida jurídica alemana, haciéndola declinar en un particularismo exajerado, se muestra también en esta institución; y si en nuestra época no puede desconocerse la necesidad de reorganizar jurídica y moralmente el elemento corporativo, importa observar, sin duda, que podría servir á este fin el derecho romano de complemento al germánico: puesto que, prescindiendo del enlace del principio moral con las instituciones, recibiría éste una organización especial por el apoyo de la asociación y la constitución de una autoridad social revestida de determinadas facultades, en términos (1) de que permaneciesen inviolables los límites reales entre la moralidad y el Derecho.

(1) Ya en la primera edición francesa (1839) de mi *Filosofía del Derecho*, hice resaltar la necesidad de organizar socialmente el principio moral, aludiendo ciertamente á la censura romana y á la eclesiástica de la Edad Media, análoga á aquella, según observa también IHERING (II, p. 53), pero que exige una constitución esencialmente diversa. Alguna mayor explicación sobre esto puede verse en el libro IV (*Teoría del Estado*).

Si ahora consideramos en especial la relación de la moralidad y las costumbres con el derecho *privado*, importará recordar lo que ya se dijo (1) de que las costumbres y la opinión pública determinada por ellas vinieron siendo en los tiempos primitivos, como ulteriormente la censura, un elemento moderador y limitador para muchas de las relaciones regidas por el principio del mero poder (*potestas, manus, mancipium*). Mas por lo que toca al principio moral, propiamente dicho y revelado, por una parte, en los impulsos *viciosos* que determinan á la voluntad y la apartan de su verdadero objeto, como son el error, el engaño, el miedo, etc., y por otra, en las *obligaciones* que subsisten objetivamente en sí y aparecen como motivos determinantes de la voluntad, debe reconocerse, sobre todo en el primer respecto, el progreso que existe en el desarrollo del derecho romano, desde la concepción puramente exterior de las relaciones jurídicas, á la consideración de aquellos motivos internos que atestiguan la defectuosa dirección de la voluntad. El derecho antiguo, todavía expuesto en la XII tablas, se caracterizaba en este respecto por el principio: *cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*: de suerte que aquellas circunstancias no se consideraban. Fueron sin embargo, como es sabido, objeto de la protección del pretor; y las doctrinas del *dolus, error, vis ac*

(1) V. D. 71.

metus, culpa, así como la de la caucion por faltas en la compra-venta y en la permuta, afin con aquellas y establecida por los ediles y extendida despues por la ciencia, fueron desarrolladas con mucha sagacidad y de un modo correspondiente á dichas relaciones.

Mas por lo que concierne á considerar *deberes* objetivos respecto de otros y de la comunidad social, debe distinguirse entre la concepcion fundamental y las disposiciones engendradas por las necesidades imprescindibles de la vida. En el último respecto, los considera, sin duda, el derecho romano, por ser inconcebible su completo olvido en comunidad alguna jurídica. Así aparece el respeto á la familia y á la sociedad en la prohibicion de administrar los bienes, impuesta al pródigo. Las relaciones de vecindad condujeron á las disposiciones de las XII tablas sobre el curso de las aguas llovedizas, la corta de árboles que caen sobre el fundo vecino, la recoleccion de frutos, etc. En el derecho real, no se dió por lo demás, limitacion alguna de la propiedad, ni aun en la territorial, tan importante, ni por respeto á la familia, prohibiendo la enajenacion, ni por razones económico-sociales, por la de la divisibilidad ó la de acumular en una misma mano grandes heredades, acumulacion reconocida posteriormente por tan peligrosa (*latifundia perdidere Italiam*—Plinio).—En el derecho de obligaciones, sólo establecieron las XII tablas la tasa del interés, hasta entonces desconocida (*foenus unci-*

rium 8 $\frac{1}{2}$ p^o/o).—En las sucesiones, habia dejado aquel código absoluta libertad de testar, sin atender á la familia y especialmente á los hijos, que podian ser desheredados sin razon alguna por el padre, así como, vice-versa, instituidos de tal modo, que fuesen herederos sin y aun contra su voluntad. Sólo mucho despues el derecho pretorio y la ciencia limitaron esta libertad absoluta por la *querela inofficiosi testamenti* (*quasi non sanae mentis fuerit* (1) *testator*).

Estas limitaciones, producidas por las más apremiantes causas, no mudan sin embargo el carácter fundamental del derecho romano; mas para estimar á éste debidamente en su relacion con la moralidad, se necesitan todavia algunas reflexiones (2). En si mismo, el derecho no es moral ni inmoral; tiene su propia sustantividad, que debe guardar en todos los casos. Pero el principio que de él se ha expuesto, á saber, que tiene la mision de determinar y conservar las condiciones de coexistencia (y, en nuestra opinion, de asistencia tambien) entre las libres personalidades de una comunidad, ha de aplicarse al derecho mismo. Tambien éste, aunque sustantivo en si, existe y se mantiene en comunión superior con todos los demás bienes, especialmente con la religion y la moralidad: en cuya comunión ética, establecida por Dios en la realidad y en la vida,

(1) L., 2, 5, D., 5, 2.

(2) Comp. p. 35, 1.

deben asimismo mantenerse esas condiciones de coexistencia y de mútuo influjo y proteccion.

Ahora bien, una comunidad que cuida sólo de asegurar los medios más exteriores para la mera coexistencia de sus miembros, abandonando todo lo demás al ilimitado arbitrio y fuerza independiente de los individuos, manifiesta hallarse todavía en los primeros y más rudos comienzos de su desarrollo: por donde á un derecho que no vela por las relaciones éticas esenciales, debe acusársele de cierta grosería, aunque en otros respectos dé pruebas de vigor y sagacidad. Y el derecho romano, desde su origen y en toda su constitucion, muestra en su carácter y principios fundamentales un desprecio tal contra todo principio ético, que, lejos de proteger y favorecer las relaciones de esta clase, podria decirse que sólo á la fuerza sufre las más imprescindibles restricciones. Este punto ha sido ya indicado por otros (1); pero conviene repetir que la objecion no

(1) HEGEL, *Filosofía de la Historia*, (en aleman), 2.^a ed., 1840, es el primero que ha indicado, aunque no con toda exactitud, este fundamento interno; y STAHL, en su *Filosofía del Derecho* (al.), II, 1, ha indicado por vez primera más acertadamente el carácter de ese derecho en sí mismo.—Hegel dice (p. 351): "al entendimiento servil, sin ingenio ni sentimiento, del pueblo romano, tenemos que agradecer el origen y desarrollo del derecho *positivo*. Pues hemos visto ya cómo en Oriente se convirtieron en preceptos jurídicos relaciones morales; aun entre los griegos fué la moral juntamente Derecho:

vá dirigida contra la sustantividad del Derecho, sino contra un áspero modo de concebirlo y desarrollarlo, que donde quiera prescinde de las más indispensables exigencias: ya que, en vez de atraccion y afinidad, muestra el derecho romano abierta repulsion contra el elemento moral. Y si puede concederse la necesidad de que en el des- envolvimiento de la cultura de los pueblos, que hasta hoy casi siempre ha progresado de extremo á extremo, haya sido una vez realizado el Dere-

precisamente por esto, dependía por completo la constitucion de las costumbres y el sentido de la vida, careciendo todavía de una firmeza que la asegurase contra la volubilidad interior y el particularismo subjetivo. Ahora bien, los romanos han realizado esta separacion é inventado (?) un principio jurídico exterior, esto es, ajeno á la intencion moral y al sentimiento. Si nos han hecho con esto un gran presente en la *forma*, podemos servirnos de él y gozarlo, sin hacernos víctimas de aquel árido entendimiento, ni tomarlo como la última palabra de la sabiduría y la razon. Las víctimas fueron los que vivieron entonces; pero conquistando por esto mismo para otros la libertad del espíritu, esto es, la libertad interior, emancipada por su medio de aquella esfera de lo exterior y finito. El espíritu, el ánimo, el sentido é intencion moral no tienen ya más que temer verse envueltas con aquel entendimiento abstractamente jurídico.—Stahl (p. 394) dice: "la idea del derecho en sentido subjetivo (*Berechtigung*), del derecho adquirido, aparece entre los romanos concebida con parcialidad, á saber: como mera facultad, no penetrada ni templada por obligacion alguna ni superior necesidad determinante. No

cho singularmente en su fuente subjetiva y en toda su crudeza, para poner en claro la conciencia de la personalidad y asegurarla como una conquista permanente para los tiempos ulteriores, no puede por ménos de hacer notar un juicio objetivo lo vicioso de aquella nuda exterioridad en el egoísmo del individuo.

No se muestra empero tan defectuoso el derecho romano en sí mismo, cuánto en su génesis íntima en el carácter nacional: porque, así como en la vida romana y su interior desenvolvimiento falta el principio ético de la *comunidad* de los vínculos morales y jurídicos, de la organización

es que los romanos, al modo de la teoría actual revolucionaria del derecho natural, supusiesen derechos humanos abstractos y sin contenido ó atribuyesen al ciudadano sólo derechos y no deberes; sino que en todo aparecen derechos *concretos* y precisos, tales como nacen de la naturaleza de las instituciones jurídicas, de lo que exigen las diversas situaciones de la vida y del sentido de los negocios. Pero la medida y el límite en el uso de estos derechos, su dependencia respecto de una prestación recíproca, del cumplimiento de un deber, todo lo cual debía seguirse igualmente de la naturaleza de dichas instituciones, ha sido inaccesible á la civilización romana: las obligaciones subsisten como una cosa completamente separada, yuxtapuesta y exterior á los derechos. El derecho, en el concepto romano, es una esfera de la arbitrariedad (*Schalten*) completamente incondicional (soberana).—Stahl muestra luego este carácter en el derecho público, así como en el real, el de obligaciones y el de familia, por medio de rasgos esenciales.

en diversas clases y profesiones, así también aparece visible esta laguna en el Derecho. Recibe éste, por lo mismo, aquel carácter de grande unidad é igualdad que tanto atractivo tiene para su estudio y exposición, y que ha sido tan favorable á las tendencias igualitarias en esta esfera; pudiendo verse en esa dirección más central el complemento y vigorización del derecho germánico, tan propenso á perderse en el elemento particular de las condiciones de la vida y sus varias tendencias. Pero, así como se manifiesta un sorprendente exclusivismo en el espíritu romano, por la falta general de impulso para formar instituciones internas, orgánicas y corporativas, aparece también muy defectuoso su derecho por considerar de un modo puramente *abstracto* sólo los miembros exteriores de una oposición, á saber: por una parte, la unidad y generalidad del Estado, con sus autoridades y funciones; por otra, el atomismo de las personalidades individuales, todas independientes entre sí, unas en frente de otras, y tantas veces entregadas á la servidumbre de sus intereses egoístas.

Precisamente en los vínculos corporativos del derecho alemán, se ofrecen el elemento moral y el jurídico en correspondencia. Pues las relaciones económicas se determinan como es debido: no de una manera abstracta, sino según el fin del vínculo mismo (v. gr., industrial ó agrícola), como también se considera la acción útil, la buena conducta moral y honrada; y la opuesta, tan

luego como se revela en acciones *exteriormente* apreciables, puede engendrar asimismo consecuencias jurídicas. De esta suerte, Derecho y moralidad, aunque enlazados entre sí, permanecen sin confundirse: como no se confunden en el derecho penal, cuando por una parte se castiga lo que hay de absolutamente inmoral en los actos externos, y se retrocede por otra desde estos al estado íntimo, psíquico y moral del agente. El derecho romano, para no descaminarse y difundir una concepción jurídica muy limitada, necesita, pues, completarse por el germánico, purificado á su vez en muchos respectos por una filosofía del Derecho, verdaderamente ética.

La vida romana decayó (1) con las buenas costumbres antiguas; y en este respecto, su derecho, lejos de tener fuerza para oponerse á esa decadencia, no hizo más que acelerarla.

El derecho romano, por último, ha separado con toda precisión la esfera *privada* de la *pública*, al oponer el individuo y su propia determina-

(1) Ya CICERON habia comentado el verso de ENNIO: Moribus antiquis res sta Romana virisque

observando que "nostris vitiis, non casu aliquo, rempublicam verbo retinemus, re ipsa vero jam pridem amissimus." S. AGUSTIN ha sido el primero en notar este vicio moral de la organizacion del Estado romano y, en parte, del derecho privado, en su obra *de civitate Dei*, especialmente en los primeros siete libros. V. tambien el libro II, cap. 21.

cion al todo social. Este proceso de separacion se realizó igualmente por las XII tablas. Pero así como el derecho, despues de la separacion entre el sacro y el pontifical, todavia por mucho tiempo vino mitigado por la religiosidad y las costumbres, así tambien se conservó un importante elemento en la *publicidad* del comercio juridico, aunque sólo formal. Todos los asuntos capitales, aun despues de las XII tablas, se realizaban públicamente ante la asamblea del pueblo ó ante los cinco testigos que representaban sus diversas clases y juntamente bajo la garantía social, así como en un principio los testigos garantizaban los negocios concluidos con su asistencia. Esta publicidad no se perdió sino gradualmente, reemplazándola la accion aislada del individuo (*privus*) por sí y para sí mismo en la esfera privada, con los diversos inconvenientes nacidos del secreto en el comercio de los bienes.

En Roma se contrapuso, como en ningun otro pueblo, el individuo al Estado (1). No ha de crear-

(1) Esto es exacto en la época del Imperio, pero antes la familia, la *gens*, la curia y la tribu constituian una serie gradual de círculos, que bajo la poderosa unidad de la *ciudad* formaban un verdadero organismo. Por esto, cuando aquellos se modifican ó desaparecen, quedan frente á frente el individuo y el Estado, ambos absolutos, aunque cada uno á su modo, y subordinado el primero al segundo. Este movimiento se refleja, por ejemplo, en el derecho de propiedad, cuya evolucion, como ha notado Ortolan (*Generalizacion sobre el derecho ro-*

se, con todo, que no se conociesen allí más que estos dos términos. Además de la antigua constitucion de las *gentes*, existieron desde los primeros tiempos colegios (*collegia*) de diversas clases (1), corporaciones (*corpora*), comunidades (*universitates*) y posteriormente los municipios (*municipia*), ó ciudades á las cuales se concedia el derecho de ciudadanía romana. Los colegios tuvieron sus propias *sacra*, especialmente consagradas á su géneo y comunes á todos. Rómulo parece haber instituido dos colegios de sacerdotes; y Numa, otorgado á los artistas que estaban unidos con el sacerdocio, la organizacion de los colegios de éste. Pero con las XII tablas se introdujo tambien aquí una distincion más precisa entre los colegios y corporaciones para fines públi-

mano, part. 2.^a tit. 1) descubre la filosofía en los tres términos que sucesivamente van apareciendo para expresarlo, *mancipium*, *dominium*, *proprietas*, que vienen á significar: propiedad de la ciudad, de la familia, del individuo; expresada la de éste en el *jus utendi et abutendi*, derecho que fuera absoluto si sobre él no se afirmara durante el Imperio el dominio eminente del Estado, trasformacion del antiguo derecho, dominio de la ciudad.—(A).

(1) Este asunto se ha estudiado muy poco en los tiempos modernos, en comparacion con otros puntos jurídicos. Una extensa exposicion de todo lo que sobre este punto se halla en el *Corpus juris* y en los antiguos escritores, ha dado KRAUSE en sus *Monumenta de la Franc-masonería* (aleman) tomo II, seccion 2.^a, p. 93 á 213.

cos y los privados, otorgándose sólo á los miembros de estos últimos el derecho de establecer sus leyes (*autonomia*) hasta donde fuese compatible con el interés del Estado (1). La creacion de estas asociaciones no era en manera alguna obra de la libertad de los particulares. Por el contrario, era un principio, y siguió siéndolo despues, que sólo una ley (muchas veces, un senado-consulta, de donde *quibus ex S. C. coire licet*) podia dar la autorizacion para ello, así como retirarla, segun ocurrió en ocasiones. La unidad del Estado romano se mantenía sin embargo en esta misma organizacion social é interna, uniforme para todos los colegios.

Por lo que respecta á la génesis exterior del derecho, subsistieron, pues, en Roma, los dos factores tan sólo: el Estado con sus órganos y el individuo. Enteramente diverso aparece el derecho germánico, en el cual se formó un rico sistema de clases y corporaciones para todas las esferas de la vida y todos los órdenes de la actividad, para la agricultura, no ménos que para la industria, en virtud de la propia determinacion originaria del hombre, de un derecho natural de asociacion, y no en manera alguna de la autori-

(1) L. 4, D. de *collegiis et corporibus* (47, 22). Es de notar que posteriormente se reveló tambien en las corporaciones industriales y mercantiles un espíritu de monopolio, que intentaron sofocar los emperadores. V. L. 1, l. de *monopoliis*, etc. (4, 59).

zación temporal de un funcionario del Estado: de suerte, que el todo se manifiesta más bien como un sistema social de relaciones orgánicas, enlazado y jerárquicamente ordenado en todos sus miembros, y en el cual no tiene lugar verdadera oposición entre el derecho privado y el público. Pues todo círculo más ó ménos amplio ofrece, con rigurosa exactitud, ambos aspectos: obra por sí y dentro de sí mismo, para sus propios fines particulares, en el derecho privado; y en relación exterior y mútuo influjo con todos los restantes, y especialmente con el más amplio de todos, el Estado, en el derecho público, á cuya producción, por regla general, también coopera.

El sistema romano se muestra, pues, más bien como un *mecanismo político*; el germánico, aunque defectuoso en muchos respectos, como un *organismo social*. Pero, en este último, los dos extremos, Estado é individuo, han permanecido demasiado débiles y con escasa independencia: por donde hay que agradecer al influjo del derecho romano que, por una parte, se haya desenvuelto la idea moderna del Estado emancipando á éste de ciertos impedimentos, y en parte superfetaciones sociales y dotándolo con un gran poder central; y, por otra, que el individuo, el cual se hallaba igualmente oprimido por multitud de ligaduras, haya adquirido mayor esfera de acción, un círculo más amplio y determinado. Pero juntamente cayeron muchas instituciones corporativas, buenas en su principio, aunque minadas

por los abusos. Con todo, aquí se trata de reconocer y afirmar el auxilio que nos ha prestado el derecho romano para el desarrollo jurídico, así privado como público, sin dejar por esto que se extinga el espíritu germánico: pues si no queremos buscarnos sucesos como los últimos de Roma, producidos por ásperos contrastes, necesitamos llenar la distancia, ya demasiado grande, entre el Estado y el individuo, con institutos orgánicos intermedios.

2. Expuesta la evolución histórica de la relación del Derecho con la religión y la cultura, la moralidad y las costumbres, así como con la vida pública, debemos considerar ahora el *derecho privado*, en su propio interior desenvolvimiento.

Ante todo, conviene hacer notar el original interés verdaderamente histórico que en este respecto ofrece el derecho romano sobre todos los demás, sin exceptuar el germánico, y que consiste en presentar un progreso real de dentro á fuera, no sólo en las instituciones jurídicas, sino en el derecho todo, partiendo de las más simples relaciones privadas, y llegando, á través de varios grados, á su última perfección, aunque defectuosa en parte. Este desarrollo se muestra, principalmente, para indicarlo en pocas palabras: 1.º, en el proceso natural de la constitución de las fuentes jurídicas; 2.º, en el progreso y transición desde lo simple á lo compuesto, desde lo inmediato á lo más mediato y desde lo concreto á las ideas abstractas; 3.º, en la evolución, desde la forma

externa, á la interior determinacion del contenido de las relaciones jurídicas y á la atencion consiguiente hácia las circunstancias psíquicas y morales, que tanto contribuyen á establecer su naturaleza; 4.º, en el retroceso tambien que muestra el haber abandonado la publicidad del comercio jurídico y en la impotencia para hallar formas adecuadas que lo representen; 5.º, en el complemento del derecho nacional por el *jus gentium* y en la ulterior conciliacion y compenetracion de ambos; 6.º, en el desarrollo de la *naturalis ratio*, reconocida como fundamento del Derecho, merced á la accion del pretor y al apoyo de la ciencia y la legislacion en la Filosofia.

Estos elementos deben estudiarse, aunque sumariamente, por separado.

Todas las *fuentes* inmediatas y mediatas (1) del Derecho han llegado á manifestarse en el romano: la costumbre, la ley, el derecho de los juristas con el científico y estos dos últimos por medio del pretor y de los jurisconsultos privilegiados desde Augusto, así como por otros, con una perfeccion que jamás en otro pueblo se ha logrado.

El progreso desde lo *simple*, inmediato y concreto á una mayor distincion y á disposiciones más mediatas y *abstractas*, se ofrece de varios modos.—El objeto jurídico se concibe ante todo en su unidad, que abraza juntamente personas y

(1) V. pág. 106, etc., t. I, *Enciclop.*

cosas. Así dicen las XII tablas: *uti legassit super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto*, rigurosa consecuencia de la concepcion romana del Derecho, como una relacion de imperio y poder, en que el dominante es el sujeto y el sometido, personas como bienes, el objeto.—La simplicidad del derecho antiguo se muestra además en el nacimiento de todo asunto jurídico, posible sólo en las dos formas capitales de la *mancipatio* y el *nexum*: la primera, para constituir la propiedad y otras relaciones *inmediatas* de dominio; la segunda, para constituir obligaciones. Por esto dicen las XII tablas: *si nexum faciet mancipiumve uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. En la génesis de las diversas clases de contratos, aparecen como los más antiguos los contratos reales, que se perfeccionan por la inmediata entrega de una cosa (*re*). A estos se añade el contrato verbal solemne por estipulacion, que quizá proviniese ya del *jus gentium* (1), y era una *forma* general para dar accion á aquellos contratos que no la tenian. Ya antes nació tambien el contrato literal, que debe distinguirse del que lleva este nombre en el derecho justiniano y que nació por la inscripcion ó referencia en el libro de entradas y salidas que llevaba todo buen padre de familias. Sólo más tarde, al ensancharse las relaciones mercantiles y

(1) De esta opinion es MACIEJOWSKI, con el cual coincide tambien HAIMBERGER en su *Derecho privado puro de los romanos* (aleman), §. 515.

bajo el influjo reconocido del *jus gentium*, nacieron los contratos consensuales, que alcanzaban su accion y perfeccion *nudo ó solo consensu*. Así se van aislando reciprocamente las personas; ensanchanse y relájanse los primitivos vínculos que se anudaban estrictamente á la cosa; y el derecho necesita hallar otras determinaciones para darles seguridad y firmeza.

De las *formas* exteriores y más generales, vá surgiendo gradualmente un *fondo* interno, determinado por las diferencias mismas objetivas. Al modo como en un sér orgánico brotan ante todo los lineamientos generales en que se informan luego los diversos órganos, así tambien en el derecho romano lo que primero se muestra son las formas generales en que están envueltas aún instituciones jurídicas sumamente diversas. La *mancipatio* y el *nexum*, y aun despues la *in jure cessio* ante el pretor, son tan sólo formas generales públicas para relaciones jurídicas muy diferentes; no hay que considerarlas como verdaderos negocios jurídicos. Sólo despues van separándose y formándose los géneros especiales de actos jurídicos, y en los géneros las especies; pero se invirtió largo tiempo en esta formacion, hasta quedar fijados y bien distintos los varios asuntos, como lo prueba la dilatada oscilacion que hubo entre las instituciones gemelas de la permuta y la compra-venta, que le siguió despues.

En punto á la determinacion más inmediata

del fondo, de la esencia interna de las relaciones y de los actos jurídicos, vá atendiéndose ahora y en mayor grado cada vez, por el pretor ante todo, á las circunstancias psíquicas y éticas, *dolus, culpa, error, vis ac metus*, y á razones de equidad, respetándose su influjo decisivo y modificador; como tambien al *jus gentium*, segun se ha hecho notar varias veces (1).

Hay, sin embargo, un *retroceso* en el abandono de la primitiva publicidad de los actos jurídicos, cuyas formas públicas, insuficientes ya al ensancharse las relaciones sociales, no pudieron reemplazarse con otras adecuadas al predominio absoluto que alcanzó el arbitrio meramente privado, en las relaciones tocantes á los bienes. En tal estado ha llegado hasta nosotros el derecho romano; que, si en otros muchos respectos ha debido ser modificado por el sentido y derecho germánicos, en este lo fué tanto ménos, cuanto que en lo relativo á los bienes, especialmente en el derecho real, ha prevalecido siempre la tendencia á la publicidad, desarrollada por completo modernamente con la institucion de los registros públicos.

Hay que notar, por fin, que el *fundamento* primordial del Derecho, la *naturalis ratio*, vino reconociéndose más y más cada vez en el romano. Grave error es suponer (2) que los romanos

(1) V. pág. 66.

(2) SCHMIDT, sobre todo, ha cometido este error en su obra; la diferencia entre el *fundamento* real del Derecho

concibieron únicamente como fundamento del Derecho la voluntad, ya del pueblo, ya del individuo. Si como en la primera época en el *Fas* y en el *jus sacrum*, se deja ver un enlace del Derecho con un orden real divino, también aparecen siempre reconocidos ciertos derechos privados, que subsisten independientemente de la voluntad del pueblo y de su organización política, y que la ley, expresión de la voluntad general, tan sólo ampara ó niega. La voluntad individual, por su parte, á que se refiere especialmente el derecho privado, no es reputada como creadora del Derecho, sino (aunque no con toda claridad) como la causa eficiente que, determinada por ciertas tendencias y necesidades de la naturaleza humana, dá á aquel forma exterior. Esta idea fué luego desenvuelta cada vez más ampliamente en las consideraciones filosóficas de los jurisconsultos, que sin embargo no la pusieron jamás completamente en claro. Así llegaron á establecer ulteriormente una doble razón: la *ratio naturalis* y la *civilis*; y con ella un doble derecho, el *jus naturale* (el cual asimila Gayo al *jus gentium*, mientras Ulpiano considera á éste como un ter-

y la causa eficiente de su producción y reconocimiento, es, sin embargo, como se dice (p. 106, t. I, *Enciclop.*), casi desconocida aún en la ciencia jurídica, y sólo poquitos de los tratadistas recientes la han hecho notar: LEIST, primero, y ahora IHERING más detenidamente: Parte II, p. 60 (combatiendo á SCHMIDT en particular), y también en la Parte I, p. 102.

cer miembro) y el *jus civile* (1); y al modo como en el *jus gentium*, así también se reconoce en el *civile* la acción de una razón natural: de suerte que el derecho civil es aquel que, sobre la base fundamental de la razón natural, se dá á sí pro-

(1) SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual* (aleman) tomo I, p. 413, etc., ha mostrado que la división bipartita de Gayo ha sido siempre la dominante en el derecho romano. Esta división concuerda también con la de Savigny (p. 52), al considerar también en todo derecho nacional "un derecho individual, especialmente propio de cada pueblo y otro general, fundado en la comunidad de la naturaleza humana;" añadiendo que "ambos hallan satisfacción en la historia del Derecho y en la Filosofía de éste." Lo que después dice Savigny del problema de cada una de estas ciencias puede aquí tener lugar, con tanta más razón, cuanto que no ha sido posible que lo repitan con grande entusiasmo los partidarios de la escuela histórica. Después de indicar la parcialidad de una Filosofía abstracta, "que priva de toda vida al Derecho" y de las teorías meramente históricas, que "desconocen en él toda superior vocación," dice: "ambos errores se evitan, cuando admitimos un problema general, cuya resolución especial constituye la misión histórica de los diversos pueblos. La viva contienda sobre esta antítesis ha servido, en verdad, para determinarla con mayor precisión y traerla á más claro conocimiento; pero también, á veces, ha conducido á desconocer con exclusivismo el elemento de verdad que entrañaban las tendencias de los adversarios.... Si se prescinde de las manifestaciones del espíritu de partido (vanas y perecederas) y se atiende á las direcciones científicas de nuestro tiempo puramente en sí mismas, es lí-

pio un pueblo, convirtiéndolo así en positivo, por su voluntad total ó la de varios individuos, bajo los influjos modificadores de las ideas y necesidades que le son peculiares. Ciertamente que el elemento subjetivo de la voluntad prevaleció en Roma sobre todo; pero tampoco el elemento objetivo fué nunca completamente olvidado; antes la Filosofía lo desarrolló bajo la forma de la *natura-*

cito entregarse á la grata idea de una interna aproximación entre ellas y, por tanto, de un verdadero progreso. — Aquel problema (que nosotros hemos designado como fin último del Derecho, á distinción del inmediato) lo caracteriza Savigny, por más que haya concebido la idea del Derecho con cierta estrechez (V. p. 78, t. I, *Enciclop.*) de este modo: "ahora bien, el problema general de todo derecho, debe referirse simplemente al destino moral de la naturaleza humana, tal como se manifiesta en la idea cristiana de la vida: pues el Cristianismo, no sólo tiene que reconocerse como regla de ésta, sino que de hecho ha cambiado al mundo, de suerte que todos nuestros pensamientos, por ajenos y aun enemigos que puedan parecer respecto de él, se hallan dominados y penetrados por su espíritu. Este reconocimiento de un fin general, no disuelve en modo alguno al Derecho en una esfera más amplia, ni le arrebató su existencia sustantiva; antes aparece como un principio enteramente original y propio en la *série de condiciones* de ese fin, imperando en su esfera sin límite alguno y recibiendo su superior verdad sólo por su enlace con el todo." — El concepto que del Derecho ha expuesto KRAUSE determina precisamente á éste como el todo orgánico de las condiciones para realizar dicho fin.

lis ratio, enlazando con él además otras ideas elevadas morales, humanitarias y de interés público (*utilitas publica*), si bien en límites muy reducidos. En general, el espíritu romano, abierto á la acción de diversos países, se mostró después tan inclinado en la ciencia jurídica á recibir la Filosofía procedente de otros pueblos, como á admitir el *jus gentium* en el derecho pretorio (1).

(1) Lo que más llama la atención en el desarrollo del derecho romano, es la lógica con que se desenvuelve y la unidad que mantiene en medio de sus lentas pero constantes transformaciones. Esto es debido á que hay una idea que todo lo domina que es la *ciudad*; ella es, de un lado, la base inmóvil, el centro de atracción en toda aquella vida; pero de otro, á diferencia de Grecia, que ni siquiera alcanza á constituir la unión de su raza, Roma vá extendiendo esa idea con todas sus consecuencias para realizar así su misión histórica: la *asociación humana*. Por esto las transformaciones de la ciudad se reflejan en cada esfera del derecho; de aquí la constante penetración del derecho de gentes en el civil, mediante aquellos pretores á quienes llamaba Arturo Young ministros de la Providencia; de aquí aquella admirable armonía entre el espíritu conservador y el reformista; y de aquí, por último, la idéntica dirección que llevan, la revolución social y política durante la república y la filosofía y moral que tiene lugar bajo el Imperio, bajo el influjo del catolicismo y del Cristianismo. Y es que Roma tuvo siempre el mismo punto de partida la *ciudad* y el mismo ideal la *asociación* de todos los pueblos. — (A.)

§. 2.—Juicio del Derecho romano en sí mismo,
en su fondo y en su forma.

El carácter esencial del pueblo romano se revela con toda precisión y claridad en su sistema jurídico. Como aquel, ha sufrido también éste, en su desarrollo histórico, una transformación parcial, merced á diversos influjos, pero conservando sus rasgos fundamentales, su tipo étnico, hasta la última época de su elaboración. Aún la grande independencia que alcanzó el Derecho en Roma, frente á las demás esferas de la vida, no ha podido atenuar el valor general de esta verdad, á saber: que el derecho, creación del espíritu nacional, refleja siempre también, aunque de un modo parcial y abstracto, la idea que el pueblo se forma de la vida y las tendencias con que la desenvuelve (1). De las entrañas mismas del espíritu roma-

(1) "El romano, dotado de voluntad enérgica y sufrida, lleno de ambición y amor á su patria, y afecto á la tradición, más atento á la justicia formal de los medios que á la bondad esencial de los fines, de entendimiento claro y vigoroso, que se apodera de la idea, no para valorarla, sino para desenvolverla y aplicarla con inflexible lógica, dominado constantemente por una aspiración, el poder, por una idea, el derecho, por un sentimiento, la igualdad, nos ofrece, en su dilatada existencia, el sello permanente de estos caracteres que, si le imprimen unidad, no obstan, sin embargo, á su progresivo y constante desarrollo" MARANGES, *El derecho de*

no, de sus aspiraciones fundamentales sucesivas y del fin que persiguió, elevado ó inferior, á sabiendas ó sin saberlo, es de donde se ha de tomar la base para explicar el carácter de aquel derecho.

Este carácter, atendiendo á sus elementos esenciales, puede determinarse diciendo que es la expresión de una *voluntad* y fuerza de acción arraigada en el sentimiento más íntimo y en la conciencia en la *sustantividad personal* y de la libertad; dirigida por un *entendimiento* agudo y analítico, se hace prepotente; y, postergando la religión, la ciencia y el arte, tiende á utilizar las relaciones externas de la vida para la realización de fines prácticos *exteriores* también. Es por tanto el *egoísmo* el motivo de obrar; mas no porque sea el fin sensible ó inferior del goce el que se persigue, sino el del *dominio* y extensión del poder, que realiza, sobre todo, la personalidad en su forma sensible, pero que concebido, no como medio—que esta es su naturaleza verdadera—sino como fin sustantivo, pierde en absoluto su elevada significación moral.

familia en Roma. Este predominio, dice en una nota este malogrado escritor, del entendimiento reflexivo en el pueblo romano respecto de las restantes facultades del pensamiento, así como el de la voluntad sobre el sentimiento y la fantasía, de donde provienen el espíritu práctico y el formalismo que caracterizan la vida humana, ha sido notado más ó menos explícitamente por MOMMSEN, HUGO, AURENS, SCHLEGEL, CASTRO, (D. Fernando) LAURENT y MONTESQUIEU.—(A).

Consideremos ahora más ampliamente estos elementos.

1. Ya en muchas ocasiones se ha hecho notar el gran valor que el principio de la *personalidad* y libertad individualés alcanza entre los romanos, en cuyo derecho adquiere por vez primera un carácter fijo social y se le sujeta á regla, mediante formas tutelares. Aparece el pueblo romano, en este respecto, como el encargado de conservar y extender una mision comun á los pueblos ários, la cual sin embargo (viniendo á Occidente), en Grecia, no recibe elaboracion jurídica; en las razas celtas, se habia ya perdido en los tiempos históricos; y luego, entre los germanos, que primitivamente tuvieron de la personalidad idea más profunda y elevada que los romanos, quedó ahogada en el desarrollo ulterior de su historia, bajo el peso de influjos perturbadores, el feudalismo sobre todo. Por esto, el derecho romano, al restaurarse y penetrar en la sociedad desde el siglo XIII, fué un bienhechor auxilio para los pueblos germánicos y romanos, que pudieron así llegar otra vez á tener conciencia de un principio original de vida y desprenderse poco á poco de vínculos opresores que habian conducido á la degradacion de la personalidad, al rebajamiento de poderosos y vasallos, y á la parálisis de todo movimiento libre en la vida social jurídica. Grato es ver como estaban protegidas en Roma la persona y su libertad: en la esfera doméstica, por el principio de la inviolabilidad del

domicilio (1), un santuario para el romano y una garantia de su condicion independiente; en el derecho público, por multitud de precauciones contra la arbitrariedad de las autoridades, el derecho de apelar á la asamblea del pueblo, el de intercesion de los tribunales y magistrados superiores y la responsabilidad de los funcionarios; y en el penal, por la exclusion del tormento, de las penas corporales y del martirio, esto es, la muerte acompañada de crueles agravaciones (2).

Sin embargo, la personalidad y la libertad aparecen concebidas en el derecho romano demasiado abstractamente, sin el enlace necesario con otras personalidades y con los supremos principios éticos de la vida. Si cada persona debe sólo

(1) V. el hermoso pasaje de CICERON, *pro domo* c. 41, y l. 18. *D. de in jus voc.* (2, 4.) y l. 21, donde dice: "sed etsi qui domi est, interdum vocari in jus potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet."

(2) IHERING, II, p. 158.—CICERON, *pro Rabirio* c. 4, 5, dice con profundo juicio psicológico: "carnifex vero et abductio capitis et nomen ipsum crucis absit non modo a corpore civium Romanorum, sed etiam a cogitatione, oculis, auribus. Harum enim omnium rerum non solum eventus atque permissio, sed etiam conditio expectatio, mentio ipsa denique indigna cive Romano, atque homine libero est;" contradiciendo, pues, por completo nuestros principios de intimidacion, tan poco adecuados á la naturaleza moral del hombre, y que si han sido abandonados generalmente en teoría, preponderan aún en la práctica.

considerarse como libre miembro de un orden social, que á todos igualmente enlaza y que ellas no crean, sino reciben de un poder superior, necesitando únicamente del reconocimiento y cooperacion de seres libres; si, segun esto, aun en la esfera jurídica, debe determinar cada cual su círculo de accion, no por su mero albedrío y hasta el límite en que le es dado extender su poder sobre los otros, sino atendiendo tambien á los vínculos universales, sociales y humanos de la vida, aparece, por el contrario, en el derecho romano, cada persona disgregada en sí misma rigurosamente de todas las demás; y allí donde entra con ellas en vínculos sociales (*societas*), estrecha estos vínculos todo lo ménos posible, manteniendo su libertad para separarse de ellos y concibiendo siempre el elemento jurídico en las relaciones transitorias del comercio social, tan sólo por un lado; así es que las obligaciones reciprocas contractuales tienen que resolverse en dos unilaterales, por no poderse unir interiormente los dos opuestos puntos de vista subjetivos.

Cierto es que el romano tambien reconoce un orden moral de la vida, segun aparece en las costumbres (1) que, de hecho, tan esencialmente

(1) En un pueblo bien constituido, como acontece en todos los ários, hay un tiempo donde todavia predominan el presentimiento sobre la reflexion, las costumbres tradicionales sobre la libertad consciente y donde halla aplicacion la sentencia de Tácito: *plusque valent ibi boni mores quam alivi bonae leges.*

limitan la arbitraria libertad del sugeto, y que la Filosofia despues refiere á un orden superior divino; pero el elemento moral interviene allí sólo de una manera negativa y restrictiva; por donde viene á ser desestimado su poder de positiva informacion, que funda los vínculos de la vida y constituye la norma y medida del Derecho.

El romano cree poder concebir y regular todas las relaciones, únicamente, por el principio jurídico, abstracta y desligadamente. El Derecho es para él una forma general en que abrazar y fortalecer uniformemente las más diversas materias de esas relaciones. Pero éste es un error fundamental, que de un modo análogo se ha manifestado en los sistemas filosóficos formalistas de nuestro tiempo (Kant) y en las opiniones modernas, especialmente de los romanistas (1); si bien

(1) Los modernos romanistas han intentado esta construccion, valiéndose del concepto de imperio ó poder de *voluntad*, tomado de los romanos (V. la nota siguiente). Un germanista de los más sagaces, GERBERT, ha emprendido hasta la sistematizacion del mismo derecho aleman, segun ese principio, en su *Sistema del derecho privado aleman* (1853); observando (Pról. p. 25) que el verdadero sistema jurídico no se ha de determinar segun las relaciones, sino segun el sistema de los derechos: sistema "que considera todo el material jurídico, únicamente, como expresion posible de la voluntad de la persona," por medio de lo cual, luego "se vuelve á enlazar el derecho aleman á la fuerza viva é inmediatamente eficaz de la voluntad humana, esto es, puede construirse jurídicamente."

se halla en contradicción con el mero principio lógico de que la forma tiene que determinarse según el contenido y no al contrario; además de ser

Mas, de esta suerte, lo que se hace es romanizar al derecho alemán en contra de su espíritu; y aunque una refundición de esta clase pueda agradar mucho á las ideas romanistas, que corren en boga, y á los estudiantes infiltrados de los conceptos romanos, á causa de su uniformidad, se desconoce, sin embargo, la naturaleza esencial del derecho alemán y aun del derecho en sí mismo. Debe notarse también la inversión de las ideas, cuando asegura Gerbert (p. XX) que los principios del derecho alemán se manifiestan en la información de derechos en el sentido subjetivo; mientras que, en Roma (p. XIX), el derecho ha desarrollado una suma de principios abstractos y objetivos: siendo así que precisamente acontece lo contrario, á saber: que el derecho romano mantiene un punto de vista subjetivo, generalizado sólo por la abstracción. Gerbert mismo ha hecho notar (p. XXII) la verdadera relación, al decir que en la primera concepción germánica del Derecho, "el elemento jurídico aparece como secundario, como aquella mera forma que imprime el sello del reconocimiento jurídico al fondo engendrado por la libre información de las relaciones prácticas y de hecho (*factischen*).". Pero cuando él se aparta de esta concepción y atribuye al Derecho, no sólo un valor formal, sino "la naturaleza de un ser sustantivo (!) con propio organismo y vida independiente (!)"; viene á hacer de aquel un ídolo por medio de semejante hipóstasis de una idea, ídolo, al cual se sacrifica la verdadera vida; mostrando todo este proceso á qué descaminos pueden llegar juriseconsultos ilustres, cuando, posponiendo toda filosofía del Derecho pretenden sacar su idea de éste, sólo

completamente erróneo para deslindar la relación del Derecho, como principio formal, á las relaciones biológicas que forman su contenido y le sir-

de un sistema parcial y expresado en toda su crudeza.

Para aclarar la divergencia de nuestro punto de vista, puede recordarse todavía aquí la opinión puramente romanista de LENZ (V. p. 217, t. I., *Enciclop.*), el cual (en la p. 349), considerando al Derecho como el *poder de la voluntad*, sin desconocer los preceptos de la moralidad libre, proclama: que la comunidad conyugal de bienes no es jurídica, sino sólo el sistema dotal, que se dá á aquellos cuyo egoísmo no se funde al calor del vínculo del amor conyugal. "Vuestra comunidad de bienes, ni ahora ni nunca la construireis jurídicamente, como no construireis vuestros supuestos *condominia ex jure germanico* por más esfuerzos de habilidad gimnástica que hagáis."—"Aun el testamento (opina Lenz) es lo principal para el Derecho como poder de la voluntad; y la sanción legal de la sucesión intestada sólo puede tener el espíritu de suplir la voluntad presunta del causante." Verdad es que añade, en sentido germánico, que el hombre moral puede pensar de otro modo y las costumbres ser mejores que el Derecho; "pero no es lícito confundir Derecho y costumbres (*Sitte*): dándonos el primero con la dureza del juicio de Salomón, á causa de la de nuestros corazones." De hecho, lo que aquí se expresa, es sólo la rigurosa consecuencia de la limitada idea romana y romanista del Derecho como mero poder de la voluntad, donde aparece el egoísmo todavía más acentuado, como el hijo predilecto del Derecho y se abandonan, faltos de amparo y protección, los lazos íntimos de la vida, en que se persiguen los fines morales de ésta por medio de actos y relaciones exteriormente cognoscibles, y por lo

ven de regla. Es, pues, una inversion completa de la realidad pretender *construir jurídicamente* esas relaciones éticas, partiendo de un concepto abstracto del Derecho. Y esta parcial manera de ver, es precisamente propia del carácter romano. Pues el romano, que en su tendencia egoísta no aspiraba á considerar las relaciones en sí mismas, sino en someterlas á su imperio para dilatar su poder y su fortuna (por donde la máxima de Aristipo *mihí res, non me rebus subjungere conor*—Horacio— parece nacida del fondo de su alma), consideraba todo el Derecho, en el respecto privado, sólo como derecho de bienes que establece el círculo dentro del que una persona puede obrar á su arbitrio libremente, como sujeto, ora obre de un modo moral, ora egoísta.

mismo determinables jurídicamente. Pero debe recordarse que el Derecho no puede construir de modo alguno por sí sólo, ni el sistema dotal, ni el de comunidad de bienes, ni el testamento, ni la sucesion intestada. Sino que la moralidad y las costumbres, vivas y más ó menos puras, es lo que engendra según sus necesidades una ú otra institucion, ó mejor aún, lo que produce en las relaciones indicadas instituciones, en las cuales hallan garantía jurídica, tanto la personalidad *individual*, que quiere y obra independientemente, como el *vínculo* que enlaza á los individuos en un todo superior.—Comp. sobre esto el *Derecho natural de Röder* (aleman) §§. 95 y 98 sobre el derecho de sucesiones, así como mi *Filosofía del Derecho*, p. 600, ed. al.; y algo más extensamente sobre el derecho de los bienes en el matrimonio, p. 587.

Mas, por oposicion á esta idea romana, aun en el derecho privado hay que distinguir esencialmente dos esferas. Una, aquella en que predomina la voluntad y poder de la persona, que existe y obra para sí misma, hallando en los bienes un círculo de imperio donde el principio moral sólo puede aparecer jurídicamente de un modo secundario y limitativo (1), para impedir que el uso de

(1) Esta afirmacion, completamente incompatible con el "carácter ético" que el autor mismo atribuye al Derecho *todo*, no á ésta ó á la otra de sus esferas particulares, se resiente, además, de la vaguedad que (como ya se ha hecho notar en otros lugares) penetra la concepcion jurídica de Ahrens, la cual oscila entre la doctrina corriente de la exterioridad del Derecho y la consideracion de éste como un orden primera y fundamentalmente (y siempre) interior, que sólo en casos dados entra en la esfera sensible, y en muchos ménos todavía, bajo la accion sancionadora y coercitiva de los poderes públicos. De esta oscilacion es ejemplo la inconsistencia de toda la doctrina de Ahrens sobre la propiedad, pues si, por un lado, considera, v. gr., como infracciones verdaderamente jurídicas los abusos del propietario, repugna por otro dar al Estado (en el sentido usual de esta palabra) accion para impedirlos ó corregirlos en todas ocasiones: lo cual destruiria el derecho de propiedad, haciéndolo absolutamente impracticable. Pero si *a)* toda obligacion propiamente jurídica es coercible (como por una parte piensa con Kant y la escuela naturalista); *b)* todo abuso una infraccion del Derecho; y *c)* no cabe hacer intervenir sin embargo siempre al Estado ¿cómo concertar estas tres afirmaciones? En la imposibilidad de hacerlo, tiene

la fortuna contradiga á los deberes morales por lo general reconocidos: v. gr., en la infraccion que los que tenemos para con nuestros semejantes sufren por la prodigalidad. Otra, donde las personas contraen relaciones más permanentes en los diversos órdenes de sociedades y en que, por una parte, la voluntad de los individuos tiene que determinarse y someterse á la naturaleza y fin de la sociedad, y, por otra, aquellas sociedades que

por precisión que venir á parar en el expediente de asignar un límite vago y arbitrario (ó, lo que es igual, fundado en razones relativas y extrañas á la cuestion—v. gr., el más ó el ménos, ó la situación actual de la sociedad, ó el ejemplo y la tradición histórica, etc., etc.) al círculo dentro del cual puede el propietario obrar á su antojo, sin incurrir en responsabilidad ante las autoridades públicas. Pero esto no es fácil cohonestarlo con la extraña declaración de que, dentro de ese círculo, el principio ético "sólo puede aparecer jurídicamente de un modo secundario y limitativo," etc. Sin duda que un testador—por seguir el ejemplo en las relaciones de propiedad—no tiene derecho á distribuir caprichosamente sus bienes entre cualesquiera personas, sino atendiendo á motivos éticos é internos, cosa, por lo demás, á que está todo sér racional estrechamente obligado, pues no es tal sér racional porque pueda obrar á su antojo; sino porque puede y debe hacerlo conforme á la razón. Otro tanto cabe decir de infinitas relaciones: v. gr., la elección de profesión, de cónyuge, de representante político, hasta de domicilio, etc. Mas esto supone acaso que el magistrado público, en nombre de la sociedad, constituida en Estado, tiene á su vez derecho para sustituirse al interesado

no se proponen, ó deben proponerse á lo ménos, sólo adquirir bienes, sino realizar fines éticos, han de regularse jurídicamente atendiendo á dichos fines. A este órden pertenecen, no sólo las relaciones de los cónyuges y de los padres, así como las de los servidores domésticos, sino tambien todos aquellos vinculos corporativos en que la vida germánica es tan rica, y que el derecho alemán (en completa oposicion á la *societas* romana, fiel expresion de un egoismo que repugna todo lazo estable, no regula meramente bajo el respecto de los bienes, mas atendiendo asimismo á fines ético-jurídicos, como la proteccion, el cuidado de las viudas y los huérfanos. Estos víncu-

é imponerle heredero, oficio, consorte, etc.? Y sin embargo, así se procede hoy todavia en algunos de estos casos!

En suma: el fundamento de que no sólo en el derecho privado, sino en el público (que inmotivadamente excluye Ahrens de esta ley, como si en su esfera no quedase lugar para la libre decision del sugeto) goce siempre toda persona de un círculo de accion inviolable, mayor ó menor (v. gr., hasta llegar á cierta edad), no es que haya relaciones donde el elemento ético sólo puede aparecer "de un modo secundario," sino que, por grande que sea la importancia de este elemento, su práctica debe confiarse exclusivamente á la persona que tiene que resolver por sí misma en cada caso: no, pues, porque su resolución sea indiferente ó de corta utilidad bajo el respecto ético, cuya representacion, por otra parte, no corresponde al Estado (social), más ni ménos que á todo sér racional jurídico, una vez constituido en la plenitud de sus relaciones.—(N. T.)

los corporativos, es cierto que en parte han sido disueltos por los nuevos principios económicos y por el influjo del mismo derecho romano. Pero el verdadero problema económico, moral y jurídico de nuestro tiempo está en restablecerlos sobre el nuevo principio de libertad, aunque con carácter ético-jurídico, especialmente entre los que dan el trabajo y los que lo reciben. Por último, la mayor cultura moral de nuestra época ha engendrado diversas asociaciones para fines intelectuales y morales, donde, si la participación de los miembros, por lo que toca á sus actos ó á las sumas con que deben contribuir, se establece también jurídicamente, todo el elemento económico se subordina, como medio, al fin, y para nada se trata de un imperio ni voluntad arbitrarios del individuo. El punto de vista parcial de los romanos en el Derecho (1) debe, por tanto, abando-

(1) Este punto de vista tampoco lo ha abandonado IHERING, al decir (II, p. 143): "el contenido de toda relación jurídica, si se despoja de su accesorio y se reduce á su verdadero núcleo jurídico, es el poder de la voluntad, el imperio, el dominio (*Herrschaft*); las diferencias entre las relaciones jurídicas son diferencias de imperio y dominio." Ihering no desconoce que "el material jurídico se halla frecuentemente mezclado con otros elementos, y á la verdad en muy diversas proporciones, constituyendo, ora sólo un elemento muy poco importante de la relación, ora el predominante, ora el único (?);" pero opina que "el juriconsulto debe determinar, en su análisis, el tanto por ciento de material jurídico, por de-

narse y no hacer consistir éste, partiendo del sujeto aislado y su esfera individual, en un imperio, en el poder de la voluntad; sino en la regulación exterior de las relaciones de la vida, que se suponen y condicionan mutuamente: de suerte que cada una de estas relaciones se determine también de una manera objetiva, atendiendo á las demás, y no sólo á la voluntad de uno ó muchos sujetos. Por esto, el conocimiento fundamental del elemento religioso, del moral, del económico, es la base de toda ciencia jurídica, de la cual dista harto cualquier conocimiento meramente histórico.

cirlo así, en cada relación particular. Mas lo que debe hacer, conservando la imagen, no es sólo analizar, sino poner en su debida relación, por medio de la síntesis, el elemento jurídico de la vida con todos los demás, tanto en lo que aquel depende de éstos, cuanto vice-versa, para lo cual se exige naturalmente que se indague con toda precisión la esencia de esos otros factores. Error fundamental es siempre creer que se puede construir jurídicamente de un modo sustantivo una relación cualquiera de la vida, partiendo tan sólo de un concepto del derecho, formado además con la mayor parcialidad y exclusivismo. Comp. la nota anterior.—PUCHTA, *Curso de Instituciones*. (En alemán, II, p. 393, donde expone el concepto del derecho como poder sobre un objeto sometido á la voluntad del derecho habiente, al determinar todas las partes capitales de aquel concepto, pretende llegar hasta aplicarlo al contenido de las relaciones de familia, contra lo cual se ha declarado con razón SAVIGNY (*Sistema*, etc., I, p. 348).

2. A la luz de estas ideas, se juzga también la importancia que tiene el principio de la voluntad, el cual se muestra á su vez en el derecho romano de un modo completamente abstracto. De los dos factores principales de que brota el Derecho, el objetivo, formado por las relaciones biológicas que constituyen el verdadero *fundamento* jurídico (la *ratio juris* objetiva), y el subjetivo, que es la voluntad, *causa* eficiente del nacimiento del Derecho, como manifestación exterior (1), los romanos conciben sólo al último como fuente y base de éste: de modo que puede decirse caracterizado el suyo por el principio de la voluntad subjetiva (2). Verdad es que, en la antigua concepción religiosa del Derecho como *Fas* (*fari*, decreto de los dioses), hay huellas de un origen superior á la voluntad humana; que la filosofía después, Cicerón sobre todo, busca la fuente de aquel en la naturaleza racional del hombre, y pues Dios es la razón suprema, en Dios y en el

(1) V. p. 107, tomo I, *Enciclopedia*.

(2) Lo que he dicho, p. 100, nota (1) sobre el influjo de la filosofía en el derecho positivo, especialmente por medio de Cicerón, influjo que no se comprende hayan llegado á poner en duda los primeros romanistas (PUCHTA, v. gr.), lo ha probado hoy completamente y con sobrada extensión el Dr. VOIGT en su obra: *La doctrina del jus naturale, æquum et bonum y del jus gentium de los romanos*, (en alemán) donde muestra también el influjo sostenido que ejercieron las doctrinas filosóficas de Cicerón.

orden racional de la vida, establecido por Él (1). Pero la idea que prevalece y subsiste en realidad, así en el pueblo como entre los juriseconsultos, es la de que es justo aquello que establecen, por el hecho de quererlo, los individuos ó la comunidad social. La voluntad aparece, pues, como la fuerza creadora del Derecho, y por tanto, como una cualidad de la persona, inseparable de ella y que (según el romano consecuentemente suponía) no es susceptible de representación alguna. Así también, en el derecho público, es la voluntad social fuente de la ley: la cual, empero, ya que no es ella creadora de la personalidad subjetiva, tampoco lo es de los derechos de los individuos, que salvo caso de peligro inminente, no debe anular, sino al contrario, proteger.

No confundió el pueblo, sin embargo, en su concepción moral, la voluntad con el capricho arbitrario; tuvo una idea más elevada de la verdadera libertad, que aún debía ser sostenida por la ley contra el puro capricho. Llegóse á este re-

(1) Esta relación de la ley con el derecho del individuo ha sido expuesta por IHERING con toda exactitud, II, p. 58.—CICERÓN, *pro Caecina*, c. 33, dice: *Quaero abs te, putesne si populus jusserit, me tuum autem te meum servum esse, id jussum ratum atque firmum futurum? Perspicias hoc nihil esse. Primum illud concedis, non quidquid populus jusserit ratum esse oportere; y añade c. 26, fundus a patre relinquitur, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur sed a legibus.*

sultado, en parte, merced al reconocimiento del principio de la libre personalidad en los derechos civiles, y, en parte también y hasta cierto punto, merced á la objetivación del concepto de libertad, enlazándolo íntimamente con las instituciones jurídicas (1). Así no era lícito á ningún ciudadano romano hacerse, por un pacto, esclavo de otro (como pasaba en ocasiones, según refiere Tácito, entre los antiguos germanos). Así también impidió la ley las reclamaciones que se hiciesen sobre pactos contrarios á la libertad del matrimonio: la promesa, por ejemplo, de contraerlo ó no, de disolverlo ó no, y ni siquiera podía pedirse el cumplimiento de los esponsales en el antiguo derecho; ni tampoco los que coartasen la libertad para las últimas disposiciones, atendiendo de un modo importantísimo á la conservación de la libertad de la propiedad, estimándola como uno de los elementos esenciales de ésta, y procurando asegurarla aún á los sucesores, á las generaciones siguientes, sin otros límites que no fuesen aquellas servidumbres exigidas para el aprovechamiento económico de la propiedad misma. Hicieron con esto ya de antemano imposibles los fideicomisos familiares, especialmente las cargas reales del derecho alemán y la servidumbre; y es fácil ver qué bienhechor influjo hubo de ejercer la adopción del derecho romano por las razas ger-

(1) IHERING (II, p. 224) lo ha hecho notar con profundo buen sentido.

mánicas para la supresión de estas últimas instituciones.

Pero, prescindiendo de este reconocimiento de una libertad objetiva, fundada en el interés ético y social contra el mero capricho, la voluntad, sin embargo, como la causalidad en el Derecho, aparece concebida de un modo poco satisfactorio, fuera de su verdadero enlace con el fundamento de éste, la *ratio juris*, constituida por las relaciones de la vida misma, que brotan de la naturaleza moral del hombre. Exige esta *ratio* (1), de una parte, que la voluntad tome sus motivos de ese superior principio; y, de otro lado, que en virtud de la conexión orgánica de las relaciones todas, tenga á la vez presentes las religiosas, morales, económico-nacionales y de derecho público, las cuales penetran y condicionan el elemento especial jurídico de cada caso. No aparece, á la verdad, el derecho romano completamente ajeno á estas diversas consideraciones; antes las reconoce (2) bajo nombres adecuados, *humanitas*, *aequitas*, *boni mores*, *utilitas* (3). Pero, con todo, el

(1) El concepto de la *ratio* aparece en las fuentes del derecho romano con varios sentidos, á saber, los de *fundamento*, *respecto* ó *consideración* á que debe atenderse (*Rücksichtnahme*), *razón humana*, y aun el de una *racionalidad* objetiva, inherente á las cosas ó relaciones mismas. V. VOIGT, *b. c.*, p. 558, etc.

(2) VOIGT, *o. c.*, dá las pruebas por menor.

(3) *Comp.* p. 170.

poder subjetivo de la voluntad es para él el verdadero centro, y como tal se revela también en la esfera pública, en la concepción del Estado como pacto, *communis reipublicae sponsio*, en la *voluntas populi* y el *consensus utentium* como fundamento de las leyes y costumbres; y en el *imperium* de las autoridades, tan característico.

3. Lo que predomina en la inteligencia del pueblo romano, es el *entendimiento*, á saber, la facultad que discierne, separa y combina después acertadamente los elementos discretos para fines prácticos; que concibe, ante todo, las personas y las cosas como completamente independientes y aisladas, y, abstrayendo los elementos especiales y diferentes, junta lo común á unas y otras en conceptos abstractos, de que resulta para el régimen y conducta de la vida un egoísmo discreto y sagaz por móvil sea consejo ó ignorado. De todo lo cual, se siguen para el derecho romano un carácter formalista, lógico y abstracto, una tendencia utilitaria y ese egoísmo inteligente como principal motivo de acción.

a) En cuanto á lo primero, el carácter lógico-formal se indica en la tendencia á expresar bajo ciertas formas ó esquemas comunes todas las relaciones de las personas entre sí y con las cosas; en determinar estas formas con claridad, precisión, estricto ajuste y exactitud; en considerar su existencia como si fuesen propios seres sustantivos y en preferir, cuando el cambio de las circunstancias lo exigía, apelar á rodeos y á ficcio-

nes, antes que abandonar los moldes antiguos (1). Por este carácter, que lo mismo se revela en el análisis y la combinación, se ha comparado al derecho romano con la matemática (2). Pero esto es, más bien que una alabanza, una censura. Así como á la matemática, por más que pueda determinar proporcional y permanentemente las rela-

(1) "De los dos elementos que constituyen una relación positiva de derecho civil, la ley y el hecho, los romanos, en su profundo respeto á la primera, supusieron que el segundo no había acontecido en casos dados ó que había acontecido de otro modo. Por tanto, las ficciones se refieren siempre al elemento de hecho, no á la regla jurídica, ora sea este hecho un acto individual determinado (como en el caso de la acción publiciana), ora una situación efectiva (como en la *bonorum possessio*). Faltando á Heinecio comprender este delicado sentido conservador del pueblo romano, ha incurrido en los errores de que con tanta severidad le acusa Hugo (*Historia del derecho romano*, §. 179). Compárase con razón esta institución del derecho romano con las ficciones semejantes en que abunda el derecho constitucional inglés, y aun el de los más de los Estados que han modelado sobre su régimen el suyo. Por lo demás, las leyes mismas habían dado al pretor ejemplo de estas ficciones. El Postliminio, la ley Cornelia, etc., no tienen otra significación." MARRANGES, (*obra citada*, p. 86.)—(A.)

(2) LEIBNITZ (*Op.*, vol. 4, p. 3, p. 267). "Dixi saepius, post scripta geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jureconsultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis."

ciones formales (cuantitativas y numéricas), merced á la constancia y necesidad de las leyes biológicas naturales, no le es lícito, sin embargo, usurpar el lugar de las ciencias materiales de la Naturaleza (física, química, etc.), que indagan la esencia de las cosas en este orden, siendo grande error de muchos matemáticos el de pretender determinar, por medio de fórmulas, dicha esencia cualitativa de las cosas, un fenómeno (v. gr., la luz): así es también radicalmente erróneo, según ya se ha mostrado, creer que es posible determinar el Derecho en sí mismo, prescindiendo de las relaciones de la vida y viniendo á hacer con sus fórmulas una especie de problema de cálculo jurídico.

b) Esta tendencia formal, revelada en la abstracción y generalización, expresaba al par y favorecía permanentemente la tendencia igualitaria, tan viva en el pueblo romano (1). Ciertamente que, en los antiguos tiempos, las ideas y formas comunes (v. gr., la *res*, las formas del *mancipium* y el *nexum*) eran en el derecho privado, más bien, una expresión para la mayor simplicidad de las relaciones. Pero, aunque posteriormente, al desenvolverse el derecho pretorio y el científico, se dió más importancia á la diversidad de esas relaciones, siguió, no obstante, predominando la aspiración hácia la mayor generalidad y nivela-

(1) Sobre esta tendencia igualitaria, véase IHERING, II, p. 86-123.

ción posibles. El romano, que carecía de sentido artístico para las cosas individuales y verdaderamente concretas y cuyos dioses eran sólo hipóstasis abstractas, conceptos acomodados á las condiciones y fines prácticos, propendió también en el Derecho á aprisionar lo individual y concreto en formas comunes. Las XII tablas borraron la distinción de clase entre patricios y plebeyos con la *exaequatio juris*: por donde vino á crearse desde entonces en Roma una sola clase, un solo derecho de clase: la clase y el derecho del *civis romanus*. Aún en el derecho civil, siguió preponderando la tendencia á tratar del modo más uniforme todo cuanto era susceptible de subsumirse en un concepto abstracto y común, según especialmente se observa en el derecho real, donde la distinción, tan importante, entre propiedad mueble é inmueble, si se prescinde de algunos pormenores de escasa entidad (v. gr., el tiempo para la usucapion), absolutamente ninguna significación jurídica tiene en la posesión, la propiedad, la hipoteca, las sucesiones, ni las obligaciones.

Así como al contrario que en el derecho germánico, cabe introducir aquí un modo esencialmente diverso de considerar la propiedad territorial y la mueble, así ha determinado también el derecho mismo, de una manera muy diversa, según las distintas situaciones de la vida, las clases y la profesión del noble, el ciudadano, el labrador y el industrial. Verdad es que ha desconocido

demasiado la superior igualdad comun, civil y política: en cuyo respecto, fué por esto mismo muy ventajosa la admision del derecho romano, como lo fué tambien por su mayor sencillez, claridad y generalidad para borrar ciertas distinciones y particularidades inútiles y contribuir á fundar una mayor unidad jurídica. Hé aquí por qué ambos derechos (1) se deben armonizar realmente. La unidad é igualdad jurídicas exigen que no haya más que un derecho y una jurisdiccion iguales y comunes para todas las relaciones en que son tambien iguales los individuos como hombres y ciudadanos; pero recibiendo al par una ordenacion especial las diversas profesiones que nacen de la division humano-social del trabajo (2).

(1) Todo germanista ilustrado estará de acuerdo con IHERING, cuando observa (II, p. 122, nota) que, para libertarnos del derecho romano, no es el camino recto hacer constar la diferencia entre su espíritu centralizador y nuestra concepcion particularista é individualizadora; sino, por el contrario, cultivar el elemento central de la concepcion jurídico-germánica y mostrar que no somos en este respecto tan pobres como se creía, ni tenemos necesidad de remediar nuestra falta de puntos de vista centrales, valiéndonos exclusivamente del derecho romano.

(2) Por esto, los más de los germanistas modernos tratan tambien por separado las relaciones jurídicas de las diversas clases; siendo contrario al espíritu del derecho alemán, así como á la naturaleza de las cosas, bor-

c) En la inteligente manera como el pueblo romano dirige su vida, hállese, sin embargo, una prudente concepcion, cálculo y aprovechamiento de todas las relaciones para sus fines prácticos. Esta tendencia penetra tambien el derecho privado, que por esto ha sufrido tan continua reforma y mudanza. Ningun derecho ha progresado tanto con las circunstancias como el romano; y á la verdad, no por un oscuro impulso ó instinto, sino con clara conciencia é intencion, tanto de los magistrados, especialmente de los pretores, como del pueblo en la legislacion. Nada más ajeno á éste que abandonar las relaciones y las instituciones á sí mismas y dejarlas crecer y multiplicarse, como en una cierta vejetacion exuberante de la Naturaleza. Doquiera se muestran la intencion, la claridad en el fin y en los medios, junto con varonil firmeza en la imperturbable prosecucion de aquel. Jamás el pueblo romano ha sacrificado la vida á un concepto, á una mera máxima teórica. Mientras los romanistas actuales consideran con demasiada frecuencia la vida, como en el espejo de las ideas romanas, el romano la veía en ella misma; y con el cambio de sus relaciones modificaba las regias y formas del Derecho.

En su totalidad, aparece éste en Roma como
 rar esta distincion, procediendo de un modo romanista y disgregar los elementos homogéneos, que se condicionan mutuamente en un Estado.

un derecho *de bienes*, penetrado por el motivo del egoísmo discretamente calculado para los fines prácticos del interés propio y que recibe la forma jurídica del imperio de la voluntad. El egoísmo (1), palanca de toda la vida nacional,

(1) Este egoísmo ha sido observado por IHERING, y antes por HEGEL y GANS, las más veces como motivo interno del carácter y derecho romanos. Así dice aquel (1, p. 298): "las instituciones, virtudes, etc., romanas se coordinan en un organismo impulsado por la idea del egoísmo, cuya tendencia sólo se manifiesta, sin embargo, en la estructura y actividad del todo, no en las partes individuales.... La habilidad (*virtuositæ*) de ese egoísmo romano se manifiesta en que siempre tiene á la vista la conexión total, y jamás aspira á una satisfacción momentánea á expensas de ella.... Así, puede definirse el carácter romano con sus virtudes y sus faltas como sistema del egoísmo disciplinado. El principio capital de este sistema es que lo subordinado debe sacrificarse á lo superior: el individuo, al Estado; el caso particular, á la regla abstracta; el momento, al Estado duradero...., un pueblo, el cual, junto con el más alto amor á la libertad, ha conquistado la virtud de dominarse á sí propio, hasta llegar á hacer de ella una segunda naturaleza, está llamado á dominar á los otros. Pero el precio de la grandeza romana fué en verdad muy costoso. El insaciable demonio de aquel egoísmo todo lo sacrifica á su fin: la felicidad de sus propios ciudadanos, como la nacionalidad de otros pueblos.... El mundo que le pertenece, es un mundo sin alma, falto de todos los bienes más bellos: un mundo, no regido por hombres, sino por máximas y reglas abstractas: una máquina grandiosa, admi-

preside en lo exterior á la sumisión de los otros pueblos bajo el poder y el señorío de Roma, y aspira también en el interior, en el derecho privado, sólo al aumento de la fortuna, á extender el imperio sobre las cosas y sobre los actos ajenos: con lo cual, el interés propio, que deliberadamente busca su provecho á expensas del ajeno, viene á ser considerado como un principio natural (1). Como derecho de bienes parcial y abstracto, excluye el romano de la esfera jurídica todas aquellas relaciones que no permiten ese poder y dominio egoísta y en las cuales se manifiestan vínculos más firmes, fines morales ó la subordinación de la fortuna á éstos. Enteramente al contrario, el derecho germánico, con un espíritu más adecuado á la moralidad y al Derecho, no ha encerrado todas las relaciones jurídicas juntas en el círculo de los bienes; sino que, no reconocien-

table por su solidez, por la regularidad y seguridad con que trabaja, por la fuerza que desarrolla y con que pulveriza todo cuanto se le opone, pero al fin y al cabo una máquina. Su señor era al par esclavo.—Comp. la expresión análoga de Hegel, p. 158, nota. Ahora bien, en ese mundo es donde se precipita y encadena la juventud estudiosa, desde el principio, frecuentemente mucho antes de haber alcanzado un criterio superior en el cultivo de la Ética ó de la Filosofía del Derecho; y luego se extrañan que sea para ellos difícil y aun imposible llegar á una elevada concepción moral del Estado, el Derecho y la vida.

(1) *In emendo ac vendendo naturaliter concessum est esse in vicem circumscribere. L. 22. §. 3. D. locati.*

do en general el concepto abstracto de los bienes, el patrimonio, como una unidad sustantiva, ha determinado siempre las relaciones de propiedad ó de obligacion, segun la diversidad de las personas y las condiciones de la vida, introduciendo diversas restricciones morales y ensalzando la fortuna con fines éticos, mediante vínculos, sociedades y corporaciones de diversas clases. Al egoísmo moderno, que aspira á explotar la nueva libertad, en el movimiento y circulacion de los bienes—libertad en sí buena y económicamente provechosa—y la disolucion de los antiguos y degenerados vínculos, le convendria poder, en el espíritu del derecho romano, abandonarse exclusivamente á su propio impulso y prescindir de toda consideracion y obligacion ético-jurídica, así en las relaciones individuales, como en los vínculos sociales; pero el principio moral, que en el derecho y vida alemanes no se ha extinguido aún, á pesar de la desmedida preponderancia del derecho romano, vuelve á formular sus exigencias y ha de fortalecerse con nuevo vigor por una Filosofía superior del Derecho, que cada vez vá desarrollándose más sobre una base ética.

§. 3.—Influjo del derecho romano en el moderno progreso social y jurídico, y su valor para la vida y cultura del derecho en la época actual.

En el juicio que precede del valor interno del derecho romano, de sus principios considerados

en sí mismos y en oposicion á los del germánico, se han indicado en diversas ocasiones los cambios que su adopcion ha ejercido gradualmente en la vida alemana. Ahora, podemos ya resumir aquí los elementos esenciales de este influjo, estimándolo desde otro punto de vista.

1. Consideremos el influjo del derecho romano sobre la vida social y jurídica moderna. La introduccion del derecho de Roma, cuya historia tan llena de interés, aún no ha sido escrita (1), debe reputarse, desde un punto de vista elevado, como hecho exigido por una razon interna, como un eslabon de aquella cadena que enlaza los esfuerzos y las conquistas de los pueblos. Verdad es que se oye lamentar con frecuencia de que el derecho romano ha entorpecido el progreso natural del germano; pero, si debe considerarse como un beneficio el que, precisamente en la época en que el pueblo aleman empezaba á florecer en la industria y el comercio, el derecho romano, donde se habian desenvuelto ya con amplitud los principios tocantes á los bienes muebles, viniese á llenar oportunamente este vacío del derecho aleman, también ha de tenerse á dicha que impi-

(1) BLUNTSCHLI—que en el prólogo á su *Derecho privado aleman*, 1853 revela un vivo sentido del derecho germánico en contra de las opiniones erróneas, que todavía se producen sobre el lugar del derecho romano en la vida alemana, y pide una codificacion germánica oportuna—advierte la falta de esta historia, que debería ofrecer interés muy señalado.

diera el desarrollo ulterior de éste, ya que se había apartado del camino verdadero, y todo movimiento social y jurídico estaba tan ahogado por los lazos feudales, que la dignidad de la persona y libertad humanas, así en general, como en lo tocante á los intereses de fortuna, casi se había borrado de la conciencia moral y jurídica. El derecho romano detuvo esta corriente extraviada, evitó que se estancase el flujo progresivo de la vida, é hizo despertar en el espíritu y los sentimientos del pueblo alemán el recuerdo del principio de personalidad y libertad, á que estaba ajustado esencialmente su antiguo derecho, y que vino á prestar á la sazón su auxilio para romper las nuevas y opresoras trabas.

Coincidió en general la introducción del derecho romano con las nuevas tendencias que empezaron á mostrarse después del fracaso de las Cruzadas, y convirtieron los sentimientos más hácia el fondo santo del espíritu, promoviendo de seguida el desarrollo de la filosofía (la última, y ya débil, Cruzada, en 1248; Alberto el Grande † en 1280 y Sto. Tomás de Aquino † en 1274) é inclinándola á seguir un camino más independiente y ménos sujeto á las antiguas autoridades.

El nuevo espíritu filosófico, vigorizado por un mejor conocimiento de la filosofía antigua, la adopción del derecho romano y la consiguiente reforma religiosa, han sido las tres bases de que ha partido y en que se apoya el espíritu moderno, y se han prestado un auxilio recíproco. El 70

humano, que en la esfera intelectual se hizo valer como pensamiento propio y libre indagación, y que, en la religiosa, tenía su fuente en la fé íntima, recibió del derecho romano una garantía de su libre manifestación en la vida civil externa. Este derecho es el que libertó por de pronto al Estado de los lazos con que lo tenía sujeto la Iglesia; el que hizo reconocer la independencia de la vida civil; el que trajo á la conciencia de la época el concepto de una ciudadanía común; el que arrancó la autoridad del Estado de manos del feudalismo y le dió vigor; el que preparó en el derecho privado el reconocimiento de la personalidad civil, de la igualdad ante la ley, de la libertad en el tráfico de los bienes de fortuna, y especialmente en la esfera de la propiedad territorial; el que produjo, por último, una mejor administración de justicia, suprimiendo las ordalías. Beneficios son estos, que debemos agradecerle.

Mas, por otro lado, hay que reconocer, y ya se ha hecho alguna indicación alusiva á este punto, que, así como la filosofía y aun la Reforma se extraviaron en parte, así también el derecho romano, por el rígido exclusivismo de sus principios, condujo también á ciertos errores. Añádase que bien pronto se colocó en la impropia situación de vencedor y señor, pretendiendo cerrar violentamente en sus formas las condiciones de la vida germánica, á veces tan internamente diversas. Pero precisamente aquí se ha confirmado el

poder del sentido del pueblo alemán, su tendencia jurídica viva todavía y sana, y á la verdad, en tiempos en que sus jurisconsultos habian casi olvidado el derecho pátrio por el extranjero. Con una tenacidad, una paciencia y una perseverancia verdaderamente alemanas, ha conservado en sus costumbres importantes instituciones jurídicas, á pesar de sus jurisconsultos y sus tribunales, ayudándose y valiéndose (1) á sí propia para rechazar instituciones extrañas y consolidando en el matrimonio y en el derecho conyugal de bienes, en la patria potestad, en la tutela, en las sucesiones, en muchas obligaciones importantes y especialmente en el derecho de sociedad, su condicion, distinta de la romana. Al comenzar el estudio del derecho germánico, especialmente cuando Conring († en 1681) hizo notar con inteligencia é insistencia la sustantividad nacional y característica de este derecho, comenzaron tambien á hacer más justicia á las costumbres germánicas los jurisconsultos, á pesar de su preocupacion por el derecho romano y su prurito por adaptar los conceptos de éste, faltando á todo sentido histórico, á las relaciones é instituciones germanas. Vinieron así mostrando en muchos puntos un espíritu más sano y atento á las circunstancias reales que el de ciertos rigoristas de la escuela histórico-romanista, que, durante al-

(1) V. sobre esto especialmente á RÖDER, *Ideas fundamentales* (en alemán), p. 91, etc.

gun tiempo, han pretendido purificar la vida jurídica alemana, destruyendo la mezcla ya introducida de principios germánicos y romanos.

Cada día se pone más en claro para los romanistas y los germanistas ilustrados la exacta relacion entre ambos derechos, llegando á reconocer que el romano no ha sido adoptado como tal, sino esencialmente modificado, y que ha tenido lugar un proceso original de asimilacion, en el cual, la vida germana no se ha apropiado sino lo que realmente respondia á una necesidad esencial. En Alemania, el derecho romano, en la vida y aun en la ciencia misma, ha venido á ser muy otra cosa de lo que era en Roma. La ciencia alemana lo ha refundido en un todo sistemático tal, que el espíritu romano difícilmente lo reconoceria. Pues si, en Francia, el derecho romano vino aplicándose como *ratio scripta*, jamás tuvo en los tribunales de Alemania tanta fuerza el llamado imperio legal del *Corpus juris*, cuanto la autoridad, verdaderamente decisiva, de la ciencia que obró aquella refundicion.

El último estadio de este desarrollo no se ha recorrido todavía, pero está próximo á andarse. La vida germánica necesita tambien hallar una expresion viva y científica para su unidad y totalidad; y es mision de la ciencia elevarse sobre el punto de vista meramente romano-germano, y, contemplando la vida real, en la que ambos factores no se apartan y divergen, sino que se adhieren y entrelazan en su crecimiento, exponer

con esa unidad y totalidad todo el derecho verdaderamente positivo. No excluye esto en modo alguno el estudio fundamental é histórico del derecho romano y del germánico, por separado; sino que mantiene en la ciencia la unidad viva del Derecho (1). Semejante refundición científica sería también lo más adecuado para abrir camino á una codificación nacional; si es que ésta, según parece, todavía se ha de hacer esperar largo tiempo.

(1) Me es muy satisfactorio hallar un hábil romanista como fiador de esta opinión, que tanto tiempo he acariciado y que me ha guiado en el desenvolvimiento de los principios del derecho privado, expuestos en el libro III de esta obra. WINDSCHEID, en su discurso universitario, que contiene tan excelentes consideraciones sobre el derecho romano y su adopción: *Derecho y ciencia jurídica* (en alemán), Greifswalde, 1854 dice: "todavía hay que remediar un mal, que hoy apenas se siente: tan acostumbrados estamos á él. Lo que hallamos como germen y núcleo vivo del derecho romano, debe exponerse con el derecho específicamente germánico, constituyendo un *todo*. Después de lo que acaba de decirse, se comprende desde luego esta exigencia: pues es tan derecho germánico, como el germánico mismo y tiene para nosotros interés, no por ser romano, sino por ser germánico. Hoy todavía dividen los científicos el material jurídico que exponen en una parte romana y otra germánica, que colocan una al lado de otra, sin vínculo alguno..... Es posible que el tiempo (de semejante división) no haya pasado del todo, mas no por esto es ménos cierto que tiene que pasar."

2. Si consideramos al derecho romano en su valor práctico para nuestro tiempo, se ha expuesto por medio de una investigación despreocupada y especialmente por la nueva ciencia jurídica alemana, que este valor es mucho menor de lo que antes se creía, habiendo conservado la vida jurídica alemana, casi en todas las relaciones, sus conceptos originales (1). Pero, si nos representamos el estado y orden jurídico producido por la coexistencia y mútua penetración de ambos sistemas históricos en los países alemanes de derecho común, no podremos ménos de considerarlo como altamente deplorable é imposible de salvar por ninguna ciencia meramente histórica, así del derecho romano como del germánico. Pero las investigaciones históricas han producido el buen resultado de poner en claro los caracteres peculiares de cada uno de aquellos sistemas, suprimir la antinatural mescolanza de instituciones fundidas por meras analogías extrínsecas y, garantizando la propia naturaleza de cada derecho, determinar más exactamente la esfera y límites de la posibilidad de aplicarlo. Mas las opiniones sobre la relación entre el derecho romano y el germánico en la vida práctica son aún diversas entre romanistas y germanistas y conducen á la vacilación y á la incertidumbre. En muchos casos, el problema de la adopción de instituciones

(1) Véase la tercera subdivisión de la siguiente historia del derecho alemán.

romanas es una *quaestio facti* muchas veces difícil de decidir. La vida social, no sólo sufre con esto á causa de la multitud de controversias del derecho romano, aumentadas todavía en la práctica por la escuela histórica, lejos de disminuirse (1); sino por la distinta oscuridad de esta relación, fuente importante de un descontento hartamente fundado, capaz sólo de satisfacerse por medio de una nueva codificación, que, si no puede responder á las exajeradas esperanzas que de sus efectos se esperaba, puede, sin embargo, corregir muy graves males.

Pero debe en general considerarse, y de hecho se viene reconociendo últimamente por los romanistas y germanistas de más elevadas aspiraciones, que la manera puramente histórica de tratar el Derecho no corresponde á las necesidades y exigencias de la vida. El sueño de esta nuda ciencia histórica debe reputarse tan quimérico como el del antiguo derecho natural, que intentaba fundir todas las relaciones en unas cuantas formas abstractas, en un molde único, como derecho de todo el universo mundo; sin respeto á las diferencias nacidas del carácter nacional, de las costumbres y de la historia. La ciencia del Derecho ha de mirarse como una ciencia biológica, que enlaza el elemento filosófico, el histórico y el inmediatamente práctico, y cu-

(1) Véase sobre esto después, tocante al problema de la codificación, la opinión de SEUFFERT.

vos representantes deben despertar y alimentar en sí mismos un sentido jurídico, purificado y vivificado por la suprema referencia del Derecho á su último fundamento y por el conocimiento é intuición de las relaciones efectivas de la vida.

3. El estudio del derecho romano, aun cuando éste cese de ser derecho vigente, conserva un gran valor científico. Debe estimarse como un elemento de aquel legado de la antigüedad que los pueblos modernos de Europa han aceptado con alegría, presintiendo el nuevo vigor que su vida había de recibir por su auxilio. Como parte de la literatura romana, se reflejan en él el espíritu y vida romanos en su forma concreta. Si la filosofía griega persigue una tendencia ideal; si el arte griego ha informado el ideal en bellas formas, Roma ha creado en su derecho una inteligente obra de arte biológico. Y si la libertad ideal, propia de la filosofía y el arte helénicos, se despierta en nosotros con el estudio de éstos, la libertad de la voluntad subjetiva, que penetra el derecho romano, alimenta el sentido vivo de esta libertad, cuyo espíritu, viniendo á nosotros de la antigüedad clásica, es lo que con tanto júbilo hemos recibido y con tan grande amor cultivado. Mas no sólo ha favorecido el derecho romano un movimiento más libre de la vida, sino que de él ha aprendido no pocas cosas el espíritu y derecho germánicos. No puede negarse á éstos en general el sentido de las formas; antes, allí donde éstas sirven para dar á conocer y para asegurar

los derechos, les ha otorgado más importancia aún que el romano. Pero lo que aquel espíritu ha aprendido y puede aprender todavía en mayor proporción, es la información plástica de un concepto general en sus consecuencias particulares, con la consiguiente dominación de todo el material jurídico por el poder de un principio central; y en el estudio de las fuentes mismas, el desenvolvimiento de una concepción concreta de la vida en una rica casuística. Esta tendencia debe mantenerse por medio de un constante estudio; aunque, conforme á las justas exigencias germánicas, es también obligado cultivar el sentido de las diferencias, en la igualdad general, y evitar las consecuencias exclusivas, atendiendo á los vínculos orgánicos de la vida.

Mas el estudio del derecho romano será más libre y científico, cuando deje de constituir uno de esos estudios *de pane lucrando* (*Brodstudium*), de tan inconveniente manera explotado en las Universidades: cuando haya dejado de ser derecho vigente. Esta liberación lo será también para el pueblo alemán y su juventud estudiosa. Así como nuestra moderna literatura, una vez levantada sobre las obras de la antigüedad, se emancipó de la mera imitación y vino á ser expresión del genio alemán, así también la ciencia jurídica y la legislación, después de fortalecidas en nuestra patria por el espíritu del derecho romano, ha de emanciparse de éste como derecho positivo, progresando de acuerdo con el genio y las nece-

sidades de nuestra nación. Ya es tiempo de que la enseñanza jurídica no permanezca confinada de un modo tan preponderante en el círculo de Roma. Un estudio exclusivo de la antigüedad condujo en Francia, durante la época de la revolución, á la manía de imitar las formas políticas griegas y romanas (haciendo que el *délivrez nous des Grecs et des Romains* llegase á ser el anhelo de todos los hombres de buen sentido); el estudio parcial é indebidamente preponderante del derecho romano ha venido, de una manera análoga, á alimentar una concepción muy imperfecta y una tendencia liberal, pero abstracta y subjetiva, que desde la esfera jurídica privada pasó lógicamente á la pública. En este punto, el cultivo del derecho germánico constituye un contrapeso, en parte, y en parte, un complemento esencial; pero no basta por sí solo, pues sin un criterio superior, no cabe conocer el verdadero complemento y correctivo. Si el germen saludable, que en la mente de la juventud existe, no ha de extirparse desde el principio y acaso para siempre, y si han de ponerse las bases para una tendencia, que sea luego difícil arrancar, no se debe empujar á la juventud tan exclusiva y exajeradamente hácia el derecho romano (1). Antes, al contrario, se la

(1) El Derecho romano influye más ó ménos en la legislación de casi todos los pueblos, y, en lo relativo á obligaciones, bien puede decirse que hoy en todos ellos. Donde no se mezcla desde luego con los elementos ger-

debe familiarizar al propio tiempo (1), por medio de un sério estudio de la Ética y de la Filosofía jurídica, con las superiores exigencias de la vida, así como con los últimos fundamentos del dere-

manos, en el momento de la invasion de los bárbaros, como en los países neo-latinos, se introduce más tarde, á consecuencia del renacimiento debido á los glosadores en el siglo XII, al modo que sucedió en Alemania, y parcialmente en Castilla con la publicacion de las Siete Partidas, á diferencia de las obras romanas españolas, en alguna de las cuales es hoy, sin embargo, como en Cataluña, el núcleo de su legislación positiva; y en Francia origina la division en provincias de *Derecho escrito* ó romano y provincias de *droit coutumier* ó germano, que subsiste hasta la publicacion del Código Napoleon y que tambien allí dió lugar á la formacion de las dos Novelas que representaba en el siglo XVI los célebres jurisconsultos Cujas y du Moulin y cuya conciliacion representa en el XVIII el ilustre Pothier.—(A).

(1) Tambien la Economía nacional se estudia por lo comun en las Universidades alemanas demasiado tarde. Esta ciencia es la verdadera base del derecho mercantil. El autor de la *Etimología* citada en el tomo I, p. 206, nota (1) t. I (VOLLGRAFE se ha declarado autor de este libro en la tercera parte, que contiene la Filosofía comparada del Estado y del Derecho), dice por esto con razon, en la parte III, p. 434: «En nuestros tratados de derecho privado se dice usualmente que las obligaciones nacen de contratos, etc.; pero en ninguna parte se pregunta de qué nacen á su vez los contratos. Se supone conocida por el oyente ó el lector, dejándole en completa duda acerca de ello, la teoría del cambio; y todo jurista

cho en sus relaciones internas con todos los elementos esenciales de aquella, haciéndoles alcanzar desde un principio viva intuicion de las condiciones económicas, tan importantes y que forman la base de tantas relaciones jurídicas.

FIN DE LA HISTORIA DEL DERECHO ROMANO.

sério é inteligente debería por esto estudiar, primero, Economía nacional, y sólo despues el Derecho privado: porque, si se puede conocer perfectamente la teoría del cambio y aun dominarla, sin ser jurisconsulto, lo contrario es imposible.—El derecho romano es precisamente el más abstracto derecho de cambio, y supone, por consiguiente, con más razon las bases indicadas. ®

APÉNDICE.

Indicaciones complementarias á la Historia del Derecho romano.

1.^a Del carácter enérgico de la *patria potestad* de Roma, la más grande institución de su Derecho, se ha venido á parar por escritores, como Hegel, Adam, Müller, Gibbon y otros, á considerar al hijo á la par que á la mujer y al esclavo, como cosas. "Savigny ha sido el primero (t. I. §. 54), dice el Sr. Maranges, que ha reivindicado la verdad de los hechos, haciendo observar que al lado de la consideracion de cosa, tenia el hijo la de persona", y añade que "con razon se elogia la bella pintura que nuestro patriota Columela hace de la vida de familia en los primeros tiempos (los más rigurosos) de la historia romana" *de re rustica*, lib. XII.

2.^a Sobre la naturaleza y origen de la division de las cosas en *mancipi* y *nec mancipi*, véase el cap. 3.^o, en la obra de Sumner Maine, varias veces citada, y sobre la *mancipacion*, los caps. 3.^o, 6.^o, 8.^o y 9.^o

3.^a El obligado se decia *nexus*, *nec mus*, porque enagenaaba en cierto modo su libertad, contrayendo un vínculo, no de patrimonio, sino personal, y de aquí las consecuencias lógicas á que este concepto condujo á los romanos, algunas de las cuales se muestran en el Derecho posterior, cuando se llama *obligatio* y se estima ésta como un *vinculum juris*, y todavia hoy lucha este sentido con el sano y debido.

4.^a En Roma, como en todas partes, la sucesion in-

testada precede á la testamentaria, la cual nace cuando el carácter de la familia y de la propiedad comienza á relajarse. Por esto la repugnancia de algunos escritores modernos á reconocer que en el famoso principio de las Doce tablas: *pater familias uti legassit*, etc., se consagrara la libertad de testar, puesto que parece contradictorio que obedecieran la sucesion testamentaria y la intestada á principios tan distintos, cuales son el de conservacion de la familia civil, á que respondian en ésta los tres órdenes de llamamientos: *herederos suyos*, *agnados* y *gentiles* y el de la voluntad individual á que se pretende obedecia aquella. De aquí que algun jurisconsulto se inclina á creer que aquel precepto tenia su aplicacion cuando no habia ninguno de esos tres elementos esenciales de la familia: herederos suyos, agnados y gentiles.

5.^a No creemos que merezca alabanza la distincion hecha por los romanos entre los crímenes y los delitos, ó crímenes públicos y privados, entre los últimos de los cuales incluian el hurto, el daño, etc., pues es evidente, á nuestro juicio, que los términos *delito* y *privado* son contradictorios, en cuanto la perturbacion del Derecho, cuando es criminal, á diferencia de cuando es civil, es negacion, no de una relacion jurídica particular de éste ó de aquel, sino del Derecho mismo, y de aquí el interés social de restablecer y reparar éste.

6.^a No hay que olvidar el carácter religioso que tiene la penalidad en la primera época, y así, como dice Du Boys, el Pontifice es auxiliar de la justicia, se cumplen solemnes expiaciones para purificar la ciudad, el culpable es religiosamente aislado de la comunidad civil, de lo cual es el último vestigio la separacion mística significada por el acto de *cubrir la cabeza*, que desapareció con las Doce tablas.

Además, al lado de la jurisdiccion del Estado, habia

la del padre, del señor y del patrono. De la primera es una muestra el hecho de Horacio, ocurrido en tiempo de Tulio Hostilio, el cual, acusado por haber dado muerte á su hermana, se libra de morir porque el padre declara que su hija era culpable; que él la había matado, y que si, por el contrario, hubiese sido inocente, él habría castigado al matador.

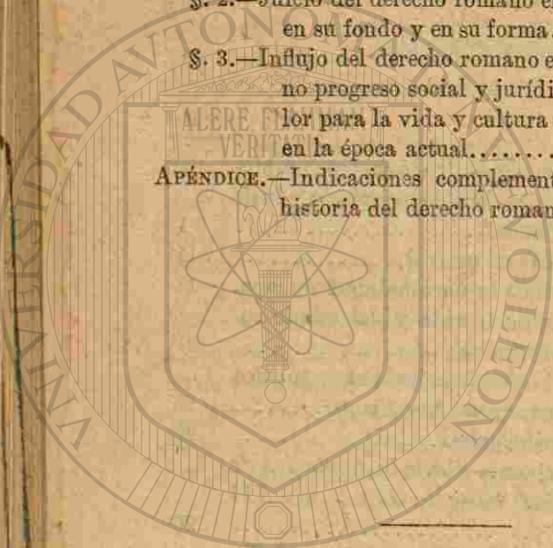
7.^a Después de la caída de los reyes, una de las primeras conquistas de los plebeyos fué la ley *Valeria*, la cual prohibía que la pena de muerte fuese impuesta por un solo magistrado y encomendaba el conocimiento de los negocios criminales á los comicios por centurias.

La jurisdicción civil pertenecía á los reyes y después á los cónsules, hasta la creación de los pretores. Servio Tulio estableció los jueces llamados *centumviri*, los cuales, salidos de las tribunas representantes de la soberanía del pueblo, conocían y siguieron conociendo de todos los asuntos que interesaban más á la ciudad, como usucapion, agnacion, gentilidad, testamentos, etc.—(A.)

ÍNDICE.

	PÁGS.
PRELIMINAR.—Diferencia entre la concepcion biológica y jurídica de los griegos y la de los romanos.....	1
CAP. I.—Los romanos en general.....	11
§. 1.—Elementos de la nacionalidad romana.....	11
§. 2.—Desarrollo de la vida y del estado romano en general.....	21
CAP. II.—Ojeada á la historia jurídica y política de Roma, hasta Justiniano.....	23
§. 1.—Épocas principales.....	23
§. 2.—Primera época.—Desde la fundacion de la ciudad, hasta la Ley de las XII tablas.....	26
§. 3.—Segunda época.—Desde las leyes de las XII tablas, hasta el advenimiento del Imperio, bajo Augusto.....	52
§. 4.—Tercera época.—Desde Augusto á Constantino.....	85
§. 5.—Cuarta época.—Desde Constantino hasta la muerte de Justiniano.....	108
CAP. III.—Consideracion sumaria de la suerte ulterior del derecho romano.....	121
§. 1.—En Oriente.....	121
§. 2.—En Occidente.....	123
CAP. IV.—Breve juicio filosófico-jurídico del Derecho romano.....	152

	PÁGS.
§. 1.—Juicio histórico.....	152
§. 2.—Juicio del derecho romano en sí mismo, en su fondo y en su forma.....	188
§. 3.—Influjo del derecho romano en el moder- no progreso social y jurídico, y su va- lor para la vida y cultura del derecho en la época actual.....	214
APÉNDICE.—Indicaciones complementarias á la historia del derecho romano.....	223



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



