

CAPÍTULO III

Desarrollo histórico y legislativo del Derecho en Roma.

§ 1.º

HISTORIA FILOSÓFICA DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA

72. Comparación entre Atenas y Roma.—73. Facultad psicológica predominante en el carácter romano.—74. Distinto valor que los griegos y los romanos dieron á algunos vocablos de significación social.—75. Carácter del pueblo romano y misión legislativa que ejerció.—76. En la legislación romana debe admirarse su desarrollo histórico y gradual.—77. Diversos períodos en que puede dividirse la historia filosófica de la jurisprudencia romana.—78. Período en que prevalece el *ius civile*.—79. Período del *ius gentium*.—80. Período en que se introduce el concepto del *ius naturale*.

72. Atenas y Roma resumen y compendian en sí mismas la vida de dos grandes familias de pueblos; puesto que lo característico y peculiar que griegos é italianos tuvieron pareció concentrarse en aquellas dos ciudades, y una vez que ellas recogieron é integraron la vida común, la reflejaron sobre los demás pueblos fecundándola mediante la potencia y eficacia del propio genio.

La analogía evidente de sus instituciones primitivas pone fue-

ra de toda duda el origen común de los dos pueblos (1); pero á medida que ambas ciudades siguen cada una por su propio camino, á medida que ellas experimentan la influencia de su diferente situación geográfica y aun de los diversos sucesos en que se entrelaza su vida, va manifestándose cada vez más la diversidad originaria de su genio y de la misión que á cada cual parece estarle señalada.

Mientras Atenas se nos ofrece como un pueblo ávido de la verdad y entusiasta por lo bello, que vive en la plaza y en la asamblea; que se agrupa para aprender de un filósofo y aun de un sofista, para que un orador le persuada y conmueva y para que un poeta le deleite, Roma, por el contrario, nos presenta el ejemplo de un pueblo que tanto en la vida doméstica como en la pública se somete de buen grado á una especie de rígida disciplina que tiene algo de militar; que de un lado es dócil á la autoridad despótica del padre de familia y obediente de otro á la inspección de un censor que vigila las costumbres públicas y privadas (2), que en todos los actos de su vida cumple con escrupulosidad ciertas solemnes formalidades, y en el cual hasta los movimientos de una plebe turbulenta é inquieta, conservan siempre un carácter de legalidad y de prudencia política.

Con razón lleva Atenas el nombre de Minerva, diosa de la sabiduría, mientras Roma sobresale por su reverencia hacia el pasado y por el carácter firme y tenaz de sus ciudadanos, pudiendo justamente repetir con su antiguo poeta Ennio:

Moribus antiquis Res stat Romana, virisque (3).

En tanto que aquélla enseñó al género humano el magisterio que debe seguir para educar y desenvolver su propia *inteligencia*, ésta le enseñó con la práctica la disciplina á que debe someter su

(1) Puede encontrarse sobre esto una amplia demostración en MOMMSEN, *Storia Romana*, vol. I, cap. II (trad. Sandrini, Milán, 1863, págs. 20 y sig.); como también en GROTE, *Histoire de la Grèce* (traducción Sadous, París, 1875, t. II, pág. 194).

(2) MOMMSEN, ob. cit., II, cap. VIII, edic. cit., pág. 432.

(3) Verso citado por Cicerón en el diálogo *De Republica*, Libro V, 1. Véanse, en cuanto al respeto que los romanos tenían por las antiguas costumbres y tradiciones, las C. 23, 32, 35, 36, 37, 38, Dig., *De leg. et senat. Cons.* (I, 3).

voluntad para prepararla á los grandes hechos y á las heróicas acciones. Y así como la vida varia, poética, múltiple de Atenas, se refleja en la variedad de las doctrinas profesadas por sus *filósofos*, la vida rígida y severa de Roma se encuentra esculpida en el lento y gradual desarrollo de su *legislación* (1).

73. La extensión de las conquistas y el progreso de la legislación, parecen proceder en Roma de *pari pasu*, y su historia puede compendiarse en la evolución de una *voluntad poderosa y pertinax* que después de haberse templado con la disciplina de las leyes, trata de extenderse por todo el mundo entonces conocido, recurriendo á la *fuerza de las armas* para poderlo conquistar y á la sabiduría de las leyes para conservar su imperio. A medida que sus *armas* conquistan una nueva provincia, sus *leyes* se asimilan á aquella parte de su legislación que puede recibir el sello y carácter del genio romano. Roma no ve, como Atenas, en los demás pueblos, *bárbaros* que civilizar, sino *enemigos (hostes)* que vencer, los cuales cesarán de serlo y aun podrán cambiarse en *amigos*, en *aliados* y con el tiempo también en *ciudadanos romanos*, cuando sean sometidos por sus *armas* y acepten el imperio de sus *leyes*. Por esto Roma, en materia de legislación, se encuentra en un trabajo de asimilación continúa; más luego restituye con usura cuanto aprendió en el estudio de las costumbres y leyes de los pueblos conquistados y después de haberles dado aquellas formas armónicas proporcionadas y casi geométricas que constituyen el carácter propio del ingenio romano. Los materiales del edificio podrán haberse recogido en clima y países diferentes, pero el orden, la armonía y su arquitectura, así como también el cemento que une sus varias partes, son de todo en todo obra romana.

Su derecho, después de haber sido exclusivamente propio de Roma, se va haciendo poco á poco expresión del derecho de las varias gentes, pero aun en este caso recibe siempre el sello de la voluntad romana y puede ser definido: *quod populis iubet atque constituit* (2).

(1) En cuanto al diferente carácter de los helenos y de los itálicos, véase á MOMMSEN, *Storia Romana*, I, pág. 28, y también á ERSKINE MAY, *Democracy en Europe*, I, cap. IV, pág. 134.

(2) GAIUS, *Comm.*, I, 3.

Esta extensión de la *voluntad* y del *imperio romano* mediante las *armas* y las *leyes*, comienza por ser en los romanos como un instinto inconsciente, á veces tosco, egoísta y cruel; luego se convierte en un *sentimiento común*, fuertemente impreso en la conciencia, del pueblo romano, que en un instante se olvida de las discordias internas frente á un peligro del exterior, y que tanto los oradores como los poetas expresaron (1), y por último llega á convertirse en una misión de la cual Roma parece haber adquirido conciencia llevándola á su cumplimiento con voluntad *firme y determinada* aun en la corrupción y decadencia del Imperio (2).

(1) Bien conocidos son los versos de Virgilio que, por haber cantado los orígenes itálicos, fué ciertamente uno de los mejores intérpretes de las tradiciones y de los sentimientos del pueblo romano. Evidentemente se ve que contrapone los romanos á los griegos cuando escribe:

Excudent alii spirantia mollius aera,
Credo equidem, vivos ducent de marmore voltus;
Orabunt caussas melius, coelique meatus
Describent radio, et surgentia sidera dicent:
Tu regere imperio populos, Romane, memento.
Hac tibi erunt artes, pacique imponere morem,
Parcere subiectis et debellare superbos.

(*Aeneid.*, VI, 852 y sig.)

Algo semejante expresaba cómicamente Plauto, profundo conocedor también del carácter romano, cuando al terminar el prólogo de los *Captivei*, dice á los romanos:

Valete, iudices iustissimi,
Domi bellique duellatores optimi.

(2) La conciencia de esta misión á que Roma se creía llamada, puede recabarse de sus oradores é historiadores, sobre todo de la época del Imperio, de las inscripciones de los monumentos romanos, también de autores no romanos, como Polibio entre otros, y hasta de escritores que se inspiran en sentimientos diferentes de aquéllos que habían hecho la grandeza de Roma. Baste citar á San Agustín, el cual, queriendo explicarse el imperio del mundo á que habían llegado los romanos, lo consideró como una especie de compensación temporal que la Providencia había destinado á los romanos por sus virtudes civiles. «Por todas estas artes, dice, como por camino verdadero, se esfuerzan por la gloria, por el Imperio y por el honor; fueron honrados por casi todas las gentes; impusieron á

No de otra manera ocurre con el desenvolvimiento de la *voluntad* en el individuo, que comienza á manifestarse en él bajo las apariencias de un *instinto*; luego se cambia en un *sentimiento* en parte todavía *instintivo* y en parte *consciente* de sí, y sólo más tarde se convierte en una *voluntad consciente* de sí misma y del fin á que aspira, y dispuesta á hacer todo género de esfuerzos por conseguirlo.

74. No será, por consiguiente, maravilla si, pasando de Atenas á Roma, para reseñar en sus líneas esenciales y constantes, el desarrollo histórico del Derecho, que nos encontremos de pronto en un campo enteramente diverso.

Mientras la *inteligencia* griega se había dado principalmente á la especulación sobre la *esencia* de lo *justo* y de lo *injusto* y respecto de los *principios* de *razón* en que se funda el Derecho, la *voluntad romana*, por el contrario, busca más bien cómo traducir gradualmente lo *justo* en sus *leyes*, obligando á que éstas sigan paso á paso tanto la evolución económica de Roma, como la extensión de sus conquistas. Todo lo que para los griegos era *espontáneo obsequio de la mente*, se convierte para los romanos en un *vínculo* y en un *mandato* que se impone á la *voluntad*. Así por ejemplo, la *religión*, como la misma palabra lo dice (*religio, a religando*) viene á ser para los romanos un vínculo de la voluntad humana, de modo que todo hecho de la vida del hombre, desde el

muchos las leyes de su Imperio, y todavía hoy son gloriosos en las escrituras é historias, entre todas las gentes. No se pueden lamentar, por consiguiente, de la justicia del sumo y verdadero Dios; porque ellos han recibido su merced». (*De Civitate Dei*, lib. V, cap. XVI, trad. de un anónimo del siglo XIV. Ed. Silvestri, 1847, vol. I, página 268). Este concepto dura aún después de la caída del Imperio; informa casi toda la Edad Media, y es expresado también por Alighieri en el segundo libro de la *Monarquía* con un vigor y con una energía que bien pudiera llamarse romana. Es muy digna de consultarse sobre esto la obra de BRYCE, *The holy Roman Empire*, Londres, 1873, donde demuestra que muchos siglos después de la caída del Imperio de Occidente duraba todavía la creencia en la *santidad* y en la *eternidad* del Imperio, creencia que hubo de expresar Virgilio diciendo á sus conciudadanos:

His ego nec metas rerum, nec tempora pono;
Imperium sine fine dedi.

nacimiento á la muerte, se encuentra bajo la tutela de una divinidad especial, é impone ciertas prácticas solemnes que deben ser cumplidas con escrúpulo (1), lo mismo puede decirse del *derecho*, el cual se simboliza en el *nexum*, que materialmente significa vínculo jurídico, y es llamado *ius*, ya derive este vocablo de à *iubendo* por el carácter imperativo de que va acompañado, ó también de à *iungendo*, porque es considerado como un *vinculum societatis humanae* (2). Este mismo carácter aparece también en el vocablo *lex*, el cual, si bien en su etimología es análogo al λόγος de los griegos, toma sin embargo una significación algo diversa. Mientras el λόγος de los griegos dice la síntesis dialéctica del pensamiento, el vocablo *lex*, derivado de *colligendo*, significa el acuerdo y unión de las voluntades en una situación determinada; aquél es una *síntesis de pensamientos ó ideas* y ésta, una *síntesis de voluntades en querer colectivo y común*. Lo cual aparece también en el vocablo *ratio*, que, antes que tener la significación ideal del λόγος griego, significa *proporción y medida* (3). Por último, el concepto mismo de

(1) BOISSIER, *La Religion Romaine d'Auguste aux Antonins*, París, 1878, Introd. La *piEDAD* hacia los dioses es llamada por los griegos εὐσεβεία, cuyo vocablo, según KERBAKER, significaría precisamente un *espontáneo obsequio* de la mente hacia la divinidad: *Prolusione di Filologia comparata*; Nápoles, 1875.

(2) Según IHERING (ob. cit., pág. 219) el vocablo *jus* deriva de la raíz sánscrita *iu*, que significa *ligar*, etimología que puede ser fácilmente admitida, pero que en nada excluye la que la hace derivar de *iubendo*, puesto que también una orden, un mandato, cuando parte de quien tiene autoridad para dictarlo, constituye un vínculo, un lazo para la persona que debe obedecerlo. MORIANI, por el contrario, en su doctísimo trabajo *La Filosofia del diritto nel pensiero dei Guireconsulti Romani*, Florencia, 1876, página 14, siguiendo la etimología adoptada por Kuhn, lo hace derivar de la raíz sánscrita *yôs*, cuyo primer significado habría sido el de *salus, salvatio* (protección contra el mal, defensa). Véase sobre esto á PICTET, *Origines Indo-européennes*, III, páginas 142-43.

(3) El profesor KERBAKER, en la citada *Prolusione di Filosofia comparata* (Nápoles, 1875), añade á los vocablos indicados aquí algunos otros en los cuales ciertas palabras que los griegos emplearon metafísicamente para significar un hecho ideal y psicológico, los romanos, por el contrario, los usaron para expresar un hecho real y político. Tales son aquellos, por ejemplo, de λόγος, λογίζω, συλλογή, λο-

virtud, al propio tiempo, parece haber sido comprendido de distinta manera por los dos pueblos, pues que el vocablo ἀρετή de los griegos y todo el proceso de la filosofía griega demuestran que éstos entendieron por *virtud* una disposición general del ingenio y un como aspecto de la sabiduría; mientras la *virtud* y el *vir* de los romanos, derivándose sin duda del *vis*, significan aquella fuerza y energía moral del alma, admirablemente expresada en el conocidísimo verso de Horacio:

Iustum ac tenacem propositis virum.

En otros términos, para los griegos, todas las virtudes son otros tantos aspectos de la *sabiduría*, que es la *virtud* de la *mente*; mientras para los romanos todas las *virtudes* son aspectos de la *fortaleza*, que es la *virtud* de la *voluntad*.

Todo lo que hemos dicho de la *virtud* en general, debe decirse también de la virtud especial que se llama *justicia*, porque así como en Grecia fué ésta un aspecto de la *sabiduría*, llamándose la δίκη, el cual vocablo, según los etimologistas, significa *modelo ejemplar* presente á la inteligencia (1); en Roma la definieron, sin más,

γαῖον, á las cuales son análogos por etimología los vocablos latinos *lex*, *collegium*, *legio* y otros semejantes. Notable es también la significación etimológica del vocablo con el cual ambos pueblos significaron la *guerra*. Los griegos la llamaron πόλεμος, que quiere decir *movimiento* y *tumulto*, mientras los romanos la llamaron *bellum*, que evidentemente deriva de *duellum*, que significa *disputa* y *lucha*; á cuyos dos vocablos corresponden aquellos otros dos con los cuales indicaron la *paz*; puesto que ésta la llamaron los griegos εἰρήνη, que significa *entrevista*, mientras los romanos la llamaban *pax*, de *pacisci*, porque es la confirmación de un *pacto*. Anteriormente se ha notado ya que mientras los griegos indicaban con el vocablo θέμις *el orden inmutable, tal cual ha sido puesto y establecido*, los romanos usan para significar el mismo concepto la palabra *Fatum*, *tal como ha sido dicho*. Esta diversa etimología puede encontrar una razón: los griegos miraron estos hechos por el aspecto *político* y los romanos por el aspecto *jurídico* y *civil*.

(1) IHERING hace derivar el vocablo δίκη de la raíz δικ, que significa *mostrar* (ob. cit., I, pág. 219). PICTET hace derivar análogamente del griego δείκνυμι-ostendo; raíz δικ, δίκη-justicia, δίκαιος-justo, δικησις-juicio, δικαστής-juez.—*Les origines Indo-européennes*, III, pág. 139.

constans ac perpetua voluntas unicuique suum tribuendi (1); puesto que para ellos la justicia no es un *ideal*, un *modelo* presente á la *inteligencia*, sino más bien una energía moral inherente á la *voluntad*.

La misma *ciencia del derecho*, que en Grecia se había elevado hasta las alturas metafísicas, se cambia entre los romanos en una *jurisprudencia*, que primeramente aparece llena de formalidades y de cautelas, y más tarde se hace acreedora á la definición *ars aequi ac boni*, y mientras las investigaciones sobre la esencia de lo justo son en Grecia patrimonio de los filósofos, y la aplicación de la ley á los casos particulares es incumbencia de los oradores, una y otra en Roma están confiadas á un orden especial de personas que es el orden de los Jurisconsultos, los cuales no se abandonan á las *aspiraciones ideales* de la *inteligencia*, sino que son, por el contrario, escrutadores profundos de la voluntad *individual y social*.

Esto explica además el hecho de que entre las doctrinas filosóficas fuesen mejor acogidas por los romanos aquéllas que tenían una dirección más práctica y positiva, y aun éstas, en la transición, perdieron su carácter ideal y especulativo propio de los griegos, para tomar otro más definido y preciso y también más imperativo; puesto que si la *inteligencia*, debiendo expresar *conceptos ideales y abstractos*, ha de satisfacerse con una expresión algo vaga é ideal, la *voluntad*, por el contrario, que debe disponerse á la acción y debe expresar mandatos, necesita una norma cierta é imperativa que excluya toda vacilación.

75. Solamente este *carácter psicológico* propio de los romanos es el que puede explicar la misión legislativa de este pueblo, puesto que las *leyes* no son más que una disciplina á la cual se someten las voluntades humanas, y mal podría haber sido legislador del mundo por consiguiente, un pueblo que no hubiese sentido profundamente con el orador Romano: *legum servi sumus, ut liberi esse possimus*, y que no hubiese tenido tal energía de *voluntad* para hacer aceptar á los demás pueblos aquel vínculo á que él

(1) Esta es la definición del jurisconsulto, L. 10, *De justitia et jure* (1, 1); pero una definición casi análoga se encuentra en la *Republica* de CICERÓN, lib. III, cap. XXXVII, donde escribe *justitia porro ea virtus est, quae sua cuique tribuit*.

mismo se había sometido (1). Este concepto nos da la clave asimismo para comprender el desenvolvimiento gradual de su legislación, puesto que la voluntad romana, como Jano, protector de la

(1) IHERING resume la esencia del carácter romano en el *egoísmo*, aunque eleve este egoísmo hasta llamarle «un egoísmo grandioso, magnífico, por el fin que se proponía, admirable por la lógica y la amplitud de sus concepciones, imponente por la férrea energía y por la constancia con la cual prosigue su fin» (ob. cit., I, pág. 314); mas todas estas buenas cualidades jamás podrán hacer que toda la obra romana, comenzando por la religión y llegando hasta el derecho, no fuese otra cosa que el fruto de la tendencia egoísta del pueblo romano. Ahora bien, semejante afirmación aparece desmentida por toda la historia de Roma. Mientras los pueblos, como también los individuos egoístas se recogen sobre todo en sí mismos, y no ven más que sólo ellos, el pueblo romano, por el contrario, fué un pueblo asimilador por excelencia, que tomó siempre de los demás, pero que supo sin duda restituirles con usura lo que había recibido. Además, cuando un pueblo llega á los resultados á que llegó Roma, el secreto de su grandeza no debe nunca buscarse en un defecto de la naturaleza humana, como sería siempre el *egoísmo*, sino más bien en alguna facultad esencial del alma. Y esta facultad, eminentemente romana, fué precisamente una *voluntad firme y equilibrada*, reverente hacia el pasado y que camina prudentemente hacia el porvenir, resistiéndose á seguir todos los vuelos de la inteligencia, pero bastante elevada para penetrar algo más que el mezquino interés del presente. Esta fué la verdadera característica de Roma, que si frente á Grecia muestra su inferioridad en la *filosofía* y en el *arte*, despliega en cambio su superioridad incontrastable en *legislación*, la cual en todos tiempos debe ser la expresión de una voluntad justa y constante en sus propósitos. El carácter romano, por consiguiente, con sus virtudes y con sus defectos, no puede llamarse, con IHERING, el *sistema del egoísmo disciplinado* (pág. 321), sino más bien el *sistema de la voluntad disciplinada*. El romano, antes de someter á los demás con sus leyes, supo educarse á sí mismo, y sin esta disciplina que se había identificado con él en el ejército, en la familia, en las ciudades, no hubiera podido llegar á dominar y sojuzgar á los demás. La *ley* y el *derecho* no fueron nunca para los romanos la *religión del egoísmo*, como los define Ihering, sino que los consideraron siempre como un *vinculum societatis humanae*, como un vínculo que todos deben soportar, porque sin él la *libertad* no existe, y si el pueblo romano al desenvolver la ley tiene en cuenta la oportunidad de tiempo, y de lugar, no es por un calculado *egoísmo*, sino más bien porque toda *voluntad firme y bien equilibrada* se propone siempre un fin que, por ser pro-

ciudad, parece tener dos caras (1), una que mira con reverencia á las tradiciones del pasado, y otra á las necesidades y exigencias de la vida presente.

76. No hay duda de que la legislación en Roma arranca de las tradiciones primitivas, algunas de las cuales se remontan hasta el

porcionado á las posibilidades de lugar y de tiempo, pueda ser realizado. Es atributo de la *inteligencia* el poder penetrar con la agudísima mirada en los *lejanos horizontes*, pero es sólo de la *voluntad justa y equilibrada* el *querer* y el intentar nada más lo que consienten las *personas*, los *tiempos* y los *lugares*.

Si se quieren buscar las huellas del *egoísmo*, que ciertamente es uno de los aspectos constantes bajo el cual se revela la naturaleza humana, se pueden encontrar vestigios de él, más ó menos manifiestos, no sólo en Roma, sino también en Grecia y entre los germanos que invadieron el Imperio, como también en todos los pueblos y en todos los individuos; más para honra de nuestra humanidad, no existe pueblo alguno en la historia, y quizá tampoco individuo, que deba únicamente á esto su propia grandeza. Así como los griegos tuvieron las *virtudes* y los *defectos* de un hombre en quien la *inteligencia* preponderó sobre las demás facultades humanas; así los romanos tuvieron también las *virtudes* y los *defectos* del hombre en quien la *fuerza de la voluntad* prepondera sobre las otras facultades. Los griegos fueron un pueblo de *gran sabiduría*, pero se inclinaron al *sofisma*; los romanos, por su parte, fueron un pueblo de *gran carácter*, mas alguna vez su *persistencia* en un mismo propósito se cambió en *crueldad*, en *prepotencia*, y también en *egoísmo*.

Estimo sin embargo de mi deber, el declarar que esta divergencia respecto del carácter de un gran pueblo, no amengua en nada la reverencia grandísima que siento hacia el profundo investigador del espíritu del derecho romano, y si, contra la índole de este trabajo, he entrado en una breve discusión, ha sido porque sin precisar primeramente el carácter psicológico del pueblo romano, me era imposible proceder más adelante.

(1) En cuanto al símbolo expresado por Jano Bifronte, son notables los capítulos VII, VIII y IX del libro VII de la *Ciudad de Dios*, de SAN AGUSTÍN. Son además muy interesantes las observaciones hechas sobre el particular por CIPOLLA en su docto trabajo, *Dei prischi latine e dei loro usi e costumi*, donde se demuestra que el nombre de *Janus* deriva de *janua* (puerta), lo cual confirma que la *res publica* en Roma fué trazada sobre la *res familiaris*, de modo tal, que las divinidades de la *familia* fueron cambiadas en *divinidades de la Ciudad*. Turín, 1878; págs. 113 á 117.

Oriente (1); mas estas tradiciones, lejos de ser abandonadas como en Grecia á la fantasía de los poetas, al arte de los oradores y al razonar de los filósofos, fueron desde un principio religiosamente custodiadas por la clase de los Pontífices (2). Tienen en los comienzos de Roma una lejana analogía con los Brahmanes de la India (3); con esta gran diferencia, sin embargo: que mientras los Brahmanes eran hombres de especulación sobre todo, y tendían manifiestamente á dar á toda la sociedad un carácter religioso, los Pontífices en Roma eran más bien hombres de acción, que unían á las dignidades religiosas las dignidades políticas, siguiendo mezclándose en las cosas del mundo. De aquí proviene el que en la religión romana circulase siempre una amplia corriente secular y laica por la cual, y á pesar de todas las demostraciones de piedad en que se muestra pródigo el gobierno de Roma, nunca trató éste de cambiarse en una teocracia, ni dió ocasión á aquellos conflictos entre la Iglesia y el Estado, entre el poder sacerdotal y el

(1) Véase á SUMNER MAINE, *L'ancien droit*, cap. I, pág. 19, donde las leyes de las XII Tablas son consideradas como una colección de antiquísimas tradiciones y costumbres. Según él, se diferencian del *Código* de Manú sólo en que la colección romana se hizo cuando estas costumbres y tradiciones estaban todavía sanas, mientras la de la India fué hecha cuando estas tradiciones se habían corrompido. Á esta diferencia creo yo deber añadir otra quizá más importante. Mientras el *Código* de Manú fué obra de la casta que predominaba sobre todas las demás y tenía por fin hacer inmóviles y estacionarias las instituciones sociales, las leyes de las XII Tablas fueron, por el contrario, un código reclamado y obtenido por las clases inferiores, y por tanto, más bien que cerrar una época, fueron la *fons omnis aequi iuris*, y sirvieron para abrir una nueva era.

(2) «Jus civile, per multa saecula inter sacra caeremoniasque deorum immortalium abditum, solisque pontificibus notum, Cneus Flavius, libertino patre genitus et scriba, cum ingenti nobilitatis indignatione, factus aedilis curulis, vulgavit, ac fastos paene toto foro exposuit». CICERON, *De Rep.*, V, 1, según VALERIO MÁXIMO, lib. II, cap. V, § 2.º

(3) V. DURUY, *Histoire des Romains*. París, 1870, I, pág. 10, donde habla del carácter *sacerdotal* y *politico* juntamente del antiguo *patriado* romano, y considera á éste, no como institución particular de los romanos, sino como una ley de la misma organización de las sociedades primitivas.

civil que tanta parte tienen en la historia de la India (1), y aun en la época moderna, y sobre todo en la Edad Media.

Sin embargo, también en los Pontífices y en los patricios de Roma se encuentra primero un cierto amor á lo arcano y misterioso que quizá hubiese cambiado el conocimiento de las leyes en una especie de monopolio del patriciado, si éste no se hubiese encontrado frente á una plebe inquieta, vocinglera y separatista, llena de reverencia por el derecho y por las ceremonias solemnes de que iba acompañado, y llena de curiosidad al mismo tiempo por conocerlo para no estar á merced de los encargados de guardar la tradición. Tan constante fué esta plebe en pedir, cuanto tenaz la clase patricia en negar, y recurriendo á medios que indican en ella un profundo sentido de la realidad unido á una cierta penetración política, acabaron por lograr que fuese hecho público el derecho (2).

Desde este momento, es cuando comienza en Roma aquella revolución admirable que partiendo de una legislación acomodada en todo á las condiciones de un pueblo tosco, inculto, esencialmente agrícola, más aficionado á las armas que á las artes de la paz, acabó por alcanzar una legislación de formas tan regulares y precisas que bien puede compararse, como decía Leibnitz, por su exactitud, con los escritos de los matemáticos, y por su equidad capaz de poderse acomodar á todas las gentes conquistadas por Roma, y de ser considerada como una *razón escrita* cuando en época posterior renacieron los estudios jurídicos. En este proceso de la legislación romana, maravilloso en todas sus partes, es de admirar sobre todo el *método* esencialmente histórico y comparativo mediante el cual los jurisconsultos, y á su cabeza el pretor, van labrando una transformación tan profunda, sin desequilibrios y sin violentas conmociones. De una parte éstos, sin romper por com-

(1) BOISSIER, *La Religion Romaine d'Auguste aux Antonins*, Introd., pág. 21. Esto está además demostrado por las palabras que Cicerón atribuye á Scevola: «Pontificem neminem bonum esse, nisi qui jus civile cognoscat». *De Legibus*, II, 19.

(2) ATTO VANNUCCI, *Storia dell'Italia antica*, Milán, 1873, I, páginas 819 y siguientes. Véase en el mismo autor, págs. 482 y siguientes, el estado de la cuestión respecto á la expedición á Grecia de los legados que habían traído las leyes de las XII Tablas.

pleto con el pasado, siguen los progresos del tiempo; conservan en el derecho un color tradicional y antiguo é introducen á la vez principios nuevos, transigiendo de este modo oportunamente entre las tradiciones del pasado y las nuevas exigencias del presente. Bajo este aspecto, se puede decir con Vico, que los romanos nos dejaron, en cuanto al derecho, un ejemplar de aquella *historia ideal eterna*, sobre la cual deben calcarse las legislaciones de todos los pueblos cultos (1). Ellos, en suma, no *describieron*, sino que *hicieron la historia del derecho*.

77. Deteniéndonos á considerar la jurisprudencia romana tal como hasta nosotros ha llegado, la transformación lenta y gradual que fué verificándose en ella parece á primera vista ocultarse bajo las proporciones armónicas y la coherencia de las varias partes del edificio; más apenas se penetra bajo la cáscara, se encuentran pronto rastros de materiales y de ruinas que pertenecen á orígenes y épocas diversas, revelando así al investigador los diferentes períodos y momentos por los cuales debió pasar la trabajosa formación de la legislación romana. Sería inútil pretender separar entre sí con claridad estos distintos períodos, puesto que las distinciones marcadas no se encuentran en el mundo físico y natural, ni en el de los hechos sociales y humanos tampoco; pero esto no obsta para que las ideas directoras del movimiento jurídico se vayan transformando en las diversas épocas por modo tal, que la historia filosófica de la jurisprudencia romana puede dividirse en tres períodos distintos, los cuales, aun entrelazándose uno con otro, no dejan de estar dominados respectivamente por un concepto fundamental diverso, que viene á ser como el quicio sobre el cual gira la obra legislativa en aquella determinada época (2).

(1) Esto es lo que VICO intentó probar con su libro: *De uno universi juris principio et fine uno*.

(2) GIBBON, en aquel espléndido capítulo de su historia que dedicó á la jurisprudencia romana, hubo de dividir la historia en tres períodos: mas esta división se inspira principalmente en un principio cronológico, antes que fundarse en el concepto fundamental que en estos diversos períodos prevaleció. *Histoire de la décadence et de la chute de l'Empire Romain*, trad. Guizot, Paris, 1812, t. VIII, capítulo XLIV, pág. 222.

78. En su primer período, Roma, pequeña agrupación de pueblos diferentes y asilo abierto á los plebeyos y clientes que necesitaban protección y defensa, inspírase casi exclusivamente en las propias tradiciones y en la necesidad de su vida económica, esencialmente agrícola. Ella se adhiere fuertemente á las *mores veterum*, á la *longa consuetudo*; guarda celosamente lo ritos, los símbolos y las fórmulas sacramentales de su derecho, que parecen recordar un estado anterior de violencia probada; se mantiene sumisa á la *expresión literal* de la ley, y, más bien que acomodar las leyes á los hechos, introduce *definiciones* con las cuales los hechos se plegan á las *leyes*. En este período, el derecho de Roma, aun cuando está ya recogido en las XII Tablas, todavía tiene un *carácter tradicional y consuetudinario*, llámase justamente *ius civile*, porque es propio exclusivamente de los ciudadanos romanos, *ius ipsum*, porque se le considera como el derecho por excelencia, y su conocimiento, más bien que constituir una verdadera ciencia, constituye una verdadera *jurisprudencia*, puesto que se reduce á la prudente y cauta observancia de las fórmulas y ritos con las cuales se debe hacer valer el propio derecho (1).

79. En su segundo período, las conquistas se van ensanchando, y Roma, así como no tiene dificultad en ofrecer asilo en sus templos á los dioses de las ciudades conquistadas, así no tiene dificultad en aceptar de éstos aquellas instituciones que aparecen racionales y equitativas, siempre que en algún modo armonicen con el edificio de la legislación romana. A partir de este momento, el comercio con los pueblos aliados y vencidos, las controversias cotidianas entre ciudadanos y extranjeros fuerzan al pretor y á los juriconsultos á contrastar y comparar continuamente el derecho propio de los romanos y el derecho de los otros pueblos civiles; de modo que al lado del *ius civile*, se va gradualmente formando un *ius gentium* común á todos ellos. Éste es el período en que mejor se revela el poder del genio legislativo romano; porque si bien el dualismo y la lucha se presenta siempre entre el *ius civile* y el *ius gentium*, entre el *ius strictum* y la *aequitas*, entre

(1) En cuanto al carácter eminentemente romano de las leyes de las XII Tablas, véase á VANNUCCI, ob. cit., págs. 448 y siguientes y los autores citados por él.

los contratos *stricti iuris* y los contratos *bonae fidei*, entre el vínculo de la *agnación* y el de la *cognación*, entre la propiedad *ex jure Quiritium* y la propiedad *in bonis*, sin embargo, el movimiento legislativo procede cada vez más admirablemente armónico y proporcionado en todas sus partes (1).

Fácil es notar, sin embargo, que el quicio sobre el cual gira toda la obra legislativa romana en esta época, ha cambiado ya profundamente. Las leyes de las XII Tablas comienzan á quedar ocultas en una misteriosa y arcana oscuridad, y el edicto del pretor es el que reclama sobre todo la atención de los jurisconsultos; el *ius civile*, el *ius ipsum* comienza ya á perder algo de su importancia frente al *ius gentium*, que entra en lucha con aquél y le disputa el terreno en cada institución jurídica. Por último, también la ciencia del derecho comienza á separarse de los ritos y fórmulas antiguas, á dejar á un lado las ficciones, y, una vez adquirida conciencia de su misión, va acomodando las leyes á las múltiples exigencias de hecho, pudiendo con razón definirse con Celso: *ars aequi ac boni*.

80. Conquistada Grecia también por los romanos, vierte sobre sus conquistadores los tesoros de su ideal saber. Desde este momento los conceptos filosóficos griegos respecto de lo justo penetran más ampliamente en Roma; pierden aquí su idealidad, siendo encerrados en aquellas formas más precisas y definidas propias de la jurisprudencia romana, y acaban por imprimirle un sello más filosófico y racional, cuyos rastros son evidentes en los grandes jurisconsultos del Imperio. En este período dura todavía aquel dualismo que era característico en el período precedente; pero entre tanto la victoria es atribuída casi constantemente á la *equidad* sobre la *estricta justicia*, á las *instituciones del derecho*

(1) En cuanto á la formación progresiva del *ius gentium*, que es el concepto que en este segundo período de la jurisprudencia romana prevalece, debe verse á PUCHTA, *Corso delle Istituzioni*, parte I: *Storia del Diritto Romano*, trad. Turchiarulo, Nápoles, 1854, § LXXXV, pág. 107, y á PADELLETTI, *Storia del Diritto Romano*, págs. 257 y 258, donde considera el *ius gentium* como un *derecho comercial*, en su mayor parte debido á las relaciones pacíficas de los romanos con los extranjeros. Para el *derecho honorario* véase á SERAFINI: *Istituzioni di Diritto Romano*, Florencia, 1870, I, pág. 12.

de gentes sobre las propias del *derecho civil*, al vínculo de la *cognación* sobre el de la *agnación*, á la buena fe sobre el *derecho estricto*; se disipan las ficciones y va perdiéndose el reverente respeto por los ritos y las solemnidades antiguas, que, desde Justiniano, hasta se les llega á dar el nombre de *iuris antiqui fabulae*; se tacha á los antiguos de sutileza tal vez excesiva (*subtilitas veterum*); se dice que de muchas cosas introducidas por ellos, mal se podría encontrar una razón suficiente, y el jurisconsulto, lejos de atenerse estrictamente á la letra de las leyes (*verba legum*) sigue, por el contrario, preferentemente la razón y el motivo de ellas (*earum vim ac potestatem*).

También podemos decir que la jurisprudencia romana filosofa. Al lado del *ius gentium*, concepto suministrado por la comparación de las instituciones romanas con las de los pueblos inmediatos, aparece el concepto más ideal y especulativo de un *derecho natural* en el cual se encuentran las miradas de los jurisconsultos. La jurisprudencia no se satisface ya con ser el *arte de lo equitativo y de lo bueno*, sino que aspira á ser una *verdadera ciencia de las cosas divinas y humanas*, á la cual se extiende la definición misma de la filosofía, y el jurisconsulto (Ulpiano) no duda ya de llamarse verdadero filósofo y sacerdote de la justicia. Desde este momento la filosofía griega tiende á compenetrarse con la jurisprudencia romana, é importa por esto investigar de qué modo las especulaciones ideales y abstractas de los *filósofos*, hayan podido encontrar un lugar adecuado en la obra eminentemente práctica de los *legisladores*.

§ 2.º

LA JURISPRUDENCIA ROMANA Y LA FILOSOFÍA GRIEGA

81. Doctrinas filosóficas griegas que fueron acogidas con más favor en Roma.—82. Cicerón y la parte que debe atribuírsele en el comercio intelectual entre Grecia y Roma.—83. Los filósofos griegos y los jurisconsultos romanos.—84. Predominio del estoicismo en el último estadio de la jurisprudencia romana.—85. Carácter filosófico atribuído por Ulpiano á la ciencia del derecho.—86. Los tres grandes preceptos del derecho y aproximación de la *lex* de los romanos con el concepto de ley de los filósofos griegos.—87. Modos diversos según los cuales la noción del derecho natural, tal como los griegos la habían entendido, vino á unirse con el concepto del *ius gentium* que era propio de los romanos.—88. Diversas significaciones atribuídas al *ius naturale* por Ulpiano, Gayo y Paulo.

81. La evolución regular de la jurisprudencia romana que hemos descrito, es la que naturalmente suele cumplirse en los varios aspectos de la vida intelectual de los pueblos; mas no puede negarse que para la realización de aquélla haya cooperado poderosamente el aliento filosófico que desde los tiempos más antiguos comenzó á comunicarse de Grecia á Roma.

Debe tenerse presente á este propósito que los romanos, aun teniendo conciencia de su grandeza merced á aquel justo é imparcial criterio de que estaban dotados, reconocieron en todo tiempo á los griegos una cierta superioridad intelectual. Entre

otras cosas, demuestra esto la antiquísima leyenda que hace á Numa discípulo de Pitágoras (1), como también el hecho de que para dar autoridad á las leyes de las XII Tablas, las cuales tenían un carácter eminentemente romano, se sintiese la necesidad de atribuirles un origen é inspiración griega. Estos hechos hacen suponer que desde Pitágoras, que es el primer filósofo griego cuyo nombre conocieron los romanos y al cual erigieron una estatua en el Foro, en adelante debió sostenerse un cierto cambio de ideas filosóficas entre Grecia y Roma. También los nombres de Demócrito, Sócrates, Platón y Aristóteles, fueron conocidos de los romanos desde una época relativamente antigua, siendo difícil que nombres como éstos puedan penetrar en un país sin llevar consigo una cierta cantidad de ideas. Al mismo tiempo se quiere reconocer, sin embargo, que estas doctrinas filosóficas, preferentemente ideales y especulativas, no hayan encontrado por el pronto en el carácter del genio romano un terreno bien preparado para su desenvolvimiento, por lo cual primeramente pudieron ser motivo de discusión y de lucha para pocas inteligencias privilegiadas sin que penetrase profundamente en la vida social y jurídica de Roma (2).

No sucedió esto con las doctrinas filosóficas de Epicuro y de Zenón. Aparecieron éstas en la misma Grecia con un carácter

(1) PLUTARCO indica ampliamente esta antigua tradición de Numa enseñado por Pitágoras, *Vidas de los hombres ilustres, Vida de Numa*; pero CICERÓN, *De Rep.*, II, 17, afirmó que esta leyenda era absolutamente falsa. Véase CHAIGNET, *Pythagore et la philosophie Pythagorienne*, París, 1873, I, pág. 33. Sin embargo, no por eso es menos cierto que los romanos tuvieron siempre á Pitágoras en gran veneración y le elevaron una estatua en el Foro. MOMMSEN, ob. cit., I, página 454. Véase también VANNUCCI, *Storia dell'Italia antica*, II, páginas 141 y siguientes, donde habla de Pitágoras y de los pitagóricos, y las págs. 594 y siguientes, donde discurre sobre la influencia del helenismo en Roma.—Por lo demás, el mismo Cicerón, aun cuando consciente de la grandeza de Roma, no tiene dificultad en reconocer la superioridad intelectual de Grecia, haciendo el más grande elogio cuando, hablando de Grecia, dice: *Unde humanitas, doctrina, religio, fruges, leges ortae, atque in omnes terras distributae putantur. Pro Flacco*, 26.

(2) SCHOELL, *Histoire de la littérature Romaine*, París, 1815, tomo II, págs. 232 y 481, III, pág. 282.

más práctico, y en vez de dirigirse únicamente á la *inteligencia*, tendieron sobre todo á fortalecer la *voluntad*, no pudiendo menos, por consiguiente, que despertar un gran interés en un pueblo para quien la mayor virtud era la tenacidad y constancia del propósito. Ambas penetraron, pues, ampliamente en Roma; una, porque, según el testimonio de Lucrecio, aspiraba á libertar al hombre de los supersticiosos terrores, y otra, porque con su áspero orgullo de la virtud, con divinizar en cierto modo la fuerza de la voluntad, conformaba esencialmente con el carácter romano (1). Las dos escuelas se desarrollaron primeramente una al lado de otra y se trataron en Roma todavía con una mayor benevolencia que en Grecia; pasado algún tiempo, sin embargo, cuando las antiguas virtudes comenzaron á desaparecer y se agravó la penuria de los tiempos, los amantes de la libertad antigua prefirieron acercarse á la escuela estoica. Por esta razón fué ésta, entre las demás escuelas filosóficas griegas, la única que con la influencia romana se transformó tomando una dirección más práctica de la que en Grecia hubiera podido recibir, bien por obra de griegos como Crisipo y Epicteto ó por obra de romanos como Cicerón, Séneca y Marco Aurelio, el cual hubo de dictar sus recuerdos, no en la lengua de los *legisladores*, sino en la de los *filósofos*.

82. En esta especie de comercio intelectual de Grecia y Roma, quien sirvió de intermediario entre ellas fué sin duda alguna Marco Tulio Cicerón. Orador, jurisconsulto y filósofo, hombre de acción y de pensamiento, al mismo tiempo que se complacía en consagrar á discusiones filosóficas los ocios que le dejaban los cuidados de la vida pública y privada, ingenio más amplio y extenso que original y profundo, consiguió dar á las doctrinas filosóficas de Grecia, no sólo una vestidura latina espléndida, sino un sello eminentemente romano. Entre el número indefinido de investigaciones á que se había entregado la especulación griega, logró elegir, con admirable criterio, las que podían despertar interés en Roma; y así, para un pueblo que en tiempos fué eminentemente religioso, discurrió sobre la naturaleza de los dioses; para un pueblo que tenía sobre todo el sentido de lo bueno y de lo equitativo, expuso sus deberes y oficios, las relaciones en-

(1) V. LANGE, *Historia del materialismo*. Madrid, Jorro.

tre lo útil y lo justo, y por fin, para un pueblo legislador por excelencia, escribió dos diálogos en que, imitando hasta en el título dos grandes obras de Platón, trató de dar un fundamento filosófico á la obra legislativa romana (1).

En todas las obras filosóficas de Cicerón, es fácil descubrir que camina conscientemente sobre los pasos de los filósofos griegos; más á la vez pone en todo, aquel sentido de la proporción y de la medida que era eminentemente romano; trata de dar á los conceptos especulativos de los griegos formas más definidas y concretas; no sigue determinadamente un sistema, sino que, según confesión propia, toma de Aristóteles, de Platón y de Zenón al mismo tiempo; jamás se abandona á una especulación sin límites, por el contrario, se ciñe con laconismo á su asunto; no lo reduce todo á lo útil, ni tampoco á lo honesto, sino que trata de dar á uno y otro la parte debida conciliándolos entre sí; más bien que concebir con Platón la república ideal del género humano, idealiza la república romana (2); lejos de refutar la abolición de la propiedad y de la familia, ni alcanza siquiera á explicarse cómo semejantes doctrinas hayan podido excogitarse por el divino Platón (3), y por últi-

(1) En cuanto á Cicerón, como filósofo y jurisconsulto, debe consultarse á FORTI, *Instituciones civiles*, Florencia, 1840, I, págs. 107 á 111. Las obras de Cicerón en que se manifiesta su tendencia á levantarse, por las huellas de los griegos, á un derecho filosófico, son principalmente los diálogos *De Republica* y *De legibus*, mas sus teorías jurídicas y morales se encuentran también esparcidas en los libros: *De finibus bonorum et malorum*; *De officiis*; *De natura Deorum*; en sus mismos libros sobre el *Arte oratoria*, y por fin en la *Topica*, la cual, por ser dirigida al jurisconsulto Trebazio, abunda en ejemplos sacados de las ciencias jurídicas. Bien conocida es la apreciación severa que MOMMSEN hubo de hacer de la gran personalidad de Cicerón, bastante bien contestada, sin embargo, por la opinión común y la inmensa influencia que Cicerón ejerció en todos tiempos. V. VANNUCCI, ob. cit., págs. 610 á 738; y á LAFERRIÈRE, *Hist. du droit civil de Rome et du droit français*, 1841, I, VII, pág. 432.

(2) *De Rep.*, II, cap. XI. Dice aquí Lelio á Escipión: «Illa de urbis situ revoces ad rationem, quae a Romulo casu aut necessitate facta sunt, et disputes non vaganti oratione, sed defixa in una republica».

(3) *De Rep.*, IV, cap. IV: «Plato in multis ita lapsus est, ut nemo deterius erraverit, in primis quod in libris civilibus omnia omnibus voluit esse communia».

mo, para poner un remate á su edificio, se levanta, siguiendo las huellas del estoico Crisipo, á la contemplación de una ley natural y divina juntamente, nacida con los hombres y no creada por ellos, constante, eterna, común á todos los pueblos y á todos los tiempos (1), cuyos orígenes deben buscarse en la misma naturaleza humana (2).

Todas las obras de Cicerón, en suma, demuestran con evidencia que, en su época, aquel helenismo que había penetrado en la historia, en la comedia, en la poesía, en el arte oratoria y en las demás manifestaciones de la vida latina, comenzó también á penetrar en la vida jurídica, y procuró dar la *ciudadanía romana* á la filosofía (3). Ésta, que, en un principio fué acogida como un noble palenque para las inteligencias privilegiadas, considerándola como una simple diversión en medio de la vida activa del ciudadano romano, acabó por ser una necesidad para aquéllos á quienes las miserias de los tiempos de decadencia tenían alejados de la cosa pública, aportó á la lengua latina una cantidad de vocablos ideales y abstractos cuya necesidad no se había sentido al principio, dió más tarde, con Tácito, carácter filosófico á la exposición histórica, y concluyó por formar una atmósfera intelectual á cuya influencia era imposible que la jurisprudencia se sustrajese en absoluto, siendo ésta el elemento más vital y asimilador que poseían los romanos.

(1) *De Rep.*, III, cap. XXI, pág. 105: «Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocat ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat. Huic legi nec abrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet; nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia post-hoc, sed et omnes gentes et omni tempore una lex, et sempiterna, et immutabilis continebit unusque erit communis quasi magister et imperator omnium, Deus; ille legis hujus inventor, disceptator, lator».

(2) *De legibus*, I, 6: «Lex est ratio summa, insita in natura, quae jubet ea quae facienda sunt, prohibet contraria». *Ibidem*, 4. «Natura enim juris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda natura».

(3) Esta expresión de dar la ciudadanía romana á la filosofía es del mismo CICERÓN, el cual, en el libro III *De finibus*, cap. II, número 12, escribe, dirigiéndose á Catón: «Itaque mihi videris latine docere philosophiam, et ei quasi civitatem dare; quae quidem adhuc peregrinari Romae videbatur, nec offerre sese nostris sermonibus».

83. Que las doctrinas filosóficas anteriores á Zenón y á Epicuro y sobre todo las de Pitágoras y Aristóteles hayan insinuado algún concepto en la jurisprudencia romana, es cosa que no me atrevería ni afirmar ni á negar. Es verdad que, en efecto, la jurisprudencia romana, como el pitagorismo, se manifiesta con un carácter de exactitud matemática; procede, por decirlo así, *numero, pondere, ac mensura*, y en todas sus partes trata de armonizar los opuestos y contrarios (1); es cierto igualmente que desenvuelve en la práctica determinadas doctrinas que Aristóteles había ya ilustrado, entre otras las del *jus scriptum*, *ius non scriptum*, del *ius strictum* y de la *aequitas*, del *ius commune* y del *ius singulare*; pero es cierto asimismo que estas analogías pueden ser fácilmente explicadas, bien por el origen común de los pueblos griegos é itálicos, bien por el principio de que circunstancias análogas conducen á los mismos resultados, sin que por esto haya necesidad de suponer una comunicación directa é inmediata de las doctrinas filosóficas. No puede decirse otro tanto, por el contrario, de las huellas que las doctrinas filosóficas de Epicuro, y sobre todo las de Zenón, dejaron en la jurisprudencia romana, puesto que son tan evidentes que no pueden ser explicadas sino admitiendo que los jurisconsultos romanos las tomaron directamente. La jurisprudencia romana, partiendo de humildes principios y de poquísimas sentencias, fué desenvolviéndose con el tiempo tan ampliamente, que casi fué estorbada por su misma riqueza. Edificio que había sido levantado *rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente*, mediante la aplicación de un método casi geométrico (*iuris ratio*) á la variedad indefinida de los hechos humanos, y mediante la asimilación poderosa de la vida jurídica de todos los pueblos con quienes los romanos se habían encontrado en contacto, carecía, sin embargo, todavía de aquellos amplísimos principios que habían de unificarlo. Mientras se trató de

(1) ZELLER observa que entre el pitagorismo y la metafísica y la religión de los romanos media esta diferencia: «que los motivos para el pitagorismo eran sobre todo *especulativos*, mientras para los romanos eran más bien sacados del *sentido práctico* del orden»; cuya observación viene á confirmar el diferente carácter mental de los griegos y de los romanos. *Philosophie des Grecs*, I, pág. 462.

proporcionar y de medir, de analizar una institución jurídica, de acomodar gradualmente las leyes á las exigencias de los tiempos, de darles una expresión vigorosa, exacta y precisa, bastó á los jurisconsultos romanos aquel método especial que ellos mismos crearon con el nombre de *iuris ratio*: mas cuando se trató de dar al edificio que ellos construyeron un proemio filosófico y racional, los *legisladores romanos* tuvieron naturalmente que recurrir á los *filósofos griegos* (1).

84. En este estado de cosas, mientras la doctrina de Epicuro, reduciendo el *derecho natural* á un pacto de utilidad que trata de impedir que unos se perjudiquen á otros, no podía dar una base estable y cierta al edificio de la jurisprudencia romana,

(1) La cuestión de la influencia de la filosofía griega sobre la jurisprudencia romana ha sido en todo tiempo de las más controvertidas. La trató ampliamente el doctísimo GUIACCIO en sus *Recitationes solemnes* ad Tit. I, lib. I Digestorum, *De iustitia et iure* (Opera, Mutinae MDCCLXXIX tomus VII, in principio) donde puso en evidencia la grandísima relación entre ciertos fragmentos de los jurisconsultos y las doctrinas de los filósofos griegos, sobre todo de los estoicos. G. B. Vico, por el contrario, coherente con el principio que había afirmado, de que el derecho natural había nacido en los varios pueblos sin que los unos supiesen de los otros, sostuvo que la jurisprudencia romana era independiente de la filosofía griega. Desde entonces las dos opiniones han tenido sus propios defensores. Primeramente Gravina y Leibnitz; después Troplong, Thierry, Ozanam, Michelet y últimamente MORLANI, «La filosofia del diritto nel pensiero dei Giureconsulti Romani», Florencia, 1876, se acercaron más bien á la opinión de Guiaccio. MASCOVIO, por el contrario, en las notas á la obra de Gravina, Venetiis, MDCCXXXIV, *De ortu et progressu iures civilis*, cap. XLIV, pág. 45; TREVISANI (*Gazzeta dei Tribunali*, 1852, núm. 31-36), y recientemente PADELLETTI (*Archivio Giuridico*, año XII, fascíc. II y III) se adhirieron á la opinión contraria.—Fácil es ver, sin embargo, que la cuestión es sólo de límites. Que en el último período de la jurisprudencia romana ésta había tomado mucho de los filósofos griegos, es incuestionable; mas no por eso se cambió el método de los jurisconsultos. Hicieron éstos con la filosofía griega lo que hicieron con los demás elementos que se asimilaron, esto es, aceptaron lo que se conformaba bien con las proporciones armónicas del propio edificio, y recabaron de la filosofía griega una especie de proemio filosófico para su propia jurisprudencia.

el concepto del Universo formado por los estoicos, el poderosísimo sentido que éstos tenían de la Naturaleza, la idea grande de una razón universal que era como el alma del mundo, y uno de cuyos aspectos era aquella razón jurídica natural de la cual los jurisconsultos se habían considerado como intérpretes, y por último, la misma rigidez de sus principios morales, convenían admirablemente á los jurisconsultos, que, continuando con vigor su obra, mientras todo lo demás se caía en ruinas, ellos la mantuvieron con rígida firmeza contra la triste condición de cosas en que se hallaban.

He aquí por qué las doctrinas estoicas prevalecieron entre los juriscultos posteriores á Adriano, que en parte se habían convertido ya en filósofos, y dominaron en aquella poderosa síntesis filosófica contenida en el título *De iustitia et iure*, que constituye como la introducción filosófica del cuerpo del derecho civil.

85. En este título, cuya reconstrucción han intentado muchísimos autores (1), el jurisconsulto Ulpiano aparece con un altísimo concepto de su función, se reconoce como un sacerdote de la justicia que profesa una verdadera filosofía; pues que también él pretende distinguir lo equitativo de lo inicuo, lo lícito de lo ilícito, y mira á que los hombres se hagan buenos, no por el temor á las penas solamente, sino por la esperanza en los premios.—«La ciencia de lo justo y de lo injusto» no es para él un *arte* únicamente, sino una ciencia verdadera, á la cual no teme aplicar aquella definición que los estoicos daban de la filosofía (2); investiga los orígenes del vocablo *ius* y recordando quizá el precepto estoico que *ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius*, le hace derivar de *iustitia*, por más que no pueda dudarse de que los romanos primeramente conocieron el *ius* y sólo más tarde se elevaron al concepto abstracto de *iustitia* (3). Y aun más, que prosi-

(1) Una reciente tentativa de esta reconstrucción puede verse en el doctísimo trabajo del profesor Luigi Moriani, antes citado, el cual contiene además una rica bibliografía de los autores que se ocuparon antes que él de este arduo asunto. V. LAFERRIÈRE, *De l'influence du Stoïcisme sur les doctrines des Jurisconsultes Romains*, París, 1860.

(2) CICERO, *De officiis*, I, 43; SENECA, *Epistola LXXXIX*.

(3) L. 1 Dig., *De iustitia et iure* (I, 1). HUGO hace notar sobre el particular, *Storia del diritto Romano*, trad. de Arlia, Nápoles, 1857,

guiendo en su trabajo, da una definición de la *iustitia*, totalmente análoga á la que ya nos presenta Cicerón y la cual éste había arrancado de los filósofos griegos, y sobre todo de Aristóteles y Platón (1).

86. Después que la ciencia del derecho fué elevada casi á una filosofía de lo justo y de lo injusto, y después de haber asimilado el concepto práctico del *ius* y el abstracto de *iustitia*, era preciso además darle un contenido más amplio, y, en efecto, nos encontramos con que, según el mismo Ulpiano, los *preceptos del derecho*, vienen á ser los mismos que descenden de la *justicia* entendida como virtud moral, esto es: el *honeste vivere*, el *neminem laedere*, y el *cuique suum tribuere*, los cuales tres preceptos, se resienten también de la influencia de las doctrinas filosóficas griegas. Para quien atienda con reflexión en efecto, el *honeste vivere*, debe ser considerado como un vigoroso compendio de toda la moral estoica que estimaba el *bonum honestum*, como el *sumo y único bien*; el *neminem laedere*, á su vez, es como un resumen del principio de Epicuro sobre el cual se funda la *razón natural*, que para él se reduce á un pacto de utilidad con objeto de impedir que *los unos perjudiquen á los otros*, y, por último, el *cuique suum tribuere*, indica la verdadera y propia función del derecho y de la justicia al mismo tiempo, la que Pitágoras, Aristóteles y Platón habían constantemente atribuído á la *justicia* en sus especulaciones filosóficas, y que los jurisconsultos habían intentado traducir en hechos con sus respuestas é interpretaciones. Esto mismo se deduce también de que el mismo jurisconsulto, atribuyendo estas tres funciones al derecho, se contenta luego con reducir la verdadera característica de la justicia á la *constans ac perpetua voluntas unicuique suum tribuendi*. De esta manera el *neminem laedere* y el *honeste vivere*, en concepto del jurisconsulto, señalan, por decirlo así, los límites extremos del dominio pú-

pág. 339, que aquella especie de paralelo entre la *justicia* y el *derecho* que se encuentra en el primer título de las *Pandectas*, y que después hubo de repetir Justiniano en sus *Instituciones*, no está todavía en los *Comentarios* de Gayo.

(1) L. 2 Dig., *De iustitia et iure* (I, 1); Cic., *De Rep.*, III, capítulo XXXVII, escribe: «Iustitia porro ea virtus est, quae sua cuique tribuit». Véase la nota núm. 2 en las págs. 103 y 104.

blico; el uno determina la *función negativa* del derecho, esto es, lo que se exige que no se haga; el otro indica el *elemento ético y moral*, que debe también tener su parte en el campo jurídico: mientras el *cuique suum tribuere* señala la *función verdadera y propia* del derecho, que consiste en atribuir á cada persona y á cada cosa lo que le pertenece, de modo que tengan respectivamente la parte que deba corresponderles el *aequum* y el *bonum*, la *utilitas* y la *honestae*, la *iuris ratio*, y la *aequitatis benignitas*, el *ius commune* y el *ius singulare*, la *significación literal de las leyes* (*verba legum*), y la *razón* y el *espíritu* de ellas (*earum vis ac potestas*) (1).

Aquel carácter filosófico que Ulpiano atribuyó á la ciencia del derecho, fué asimismo aplicado por otros jurisconsultos al concepto de *ley*. Ésta, que en su significación técnica había sido definida *quod populus, senatorio magistratu interrogante, iubet atque constituit*, los jurisconsultos Marciano y Papiniano, la definieron siguiendo las huellas de Demóstenes: *commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum coercitio, communis reipublicae sponsio*. Y todavía esta descripción de la *ley* no le parece á Marciano bastante para indicar toda su majestad, y bajo la autoridad del estoico Crisipo, él mismo la llama la *reina de las cosas divinas y humanas* (2).

87. Últimamente, casi como coronamiento del edificio, también el concepto eminentemente ideal y especulativo de una *razón natural* que había ido desenvolviéndose en Grecia y por obra de los griegos, penetró á su vez en la jurisprudencia romana. La noción de un *jus gentium*, de un derecho común á todos los pueblos, por el cual se habían introducido las guerras, separado las varias gentes, fundado los reinos, distinguido los dominios, limitado las propiedades é introducido el comercio, llegó en esta jurisprudencia á su completo desarrollo (3).

(1) En cuanto á la significación que debe atribuirse á estos tres preceptos del derecho debe verse, entre otros, á CUIACCIO *Recitationes solemnes* ad tit. I, lib. I, Digestorum ad Leg. 10; SAVIGNY, *Traité du Droit Romain*, trad. Guenoux, París, 1840, I, páginas 401 y sig., y MORIANI, *La filosofia del diritto nel pensiero dei Giureconsulti*, pág. 73.

(2) L. 1 y 2 Dig., *De leg. et Senat. Cons.* (I, 3).

(3) L. 5, Dig., *De iustitia et iure* (I, 2).

Este *jus gentium* había sido el que el pretor tuvo necesidad de aplicar en las controversias entre extranjeros, entre éstos y los ciudadanos y él mismo, cuya autoridad era reconocida por el *consentimiento común* de los pueblos (1). El *derecho natural*, tal como los griegos lo habían entendido, lejos de fundarse sobre el *consentimiento*, era un aspecto de aquella *razón universal*, que según ellos, se manifiesta en el orden del Universo. Mientras la legislación romana se iba desarrollando, el *concepto histórico y comparativo* del *jus gentium* fué suficiente para el caso; más apenas se trató de dar una base filosófica al gran edificio jurídico, el *consentimiento* solo de los pueblos pareció insuficiente, y fué uniéndose de varios modos con el concepto de un *derecho natural* tal como lo habían entendido los griegos. Hubo jurisconsultos como Ulpiano, que colocaron este *derecho natural* al lado del *jus gentium* y del *jus civile*, llegando así á una división tripartita, en la que una cosa es el *derecho natural*, otra el de *gentes* y otra el *derecho civil* (2). Otros, entre los cuales podemos citar á Gayo,

(1) Este carácter *histórico y comparativo* del *ius gentium*, tal como fué entendido por los romanos, ha sido muy bien explicado por PUCHTA, *Curso de instituciones*, parte 1.^a, *Historia del Derecho Romano*. § LXXXV, trad. de Turchiarulo. Nápoles, 1857, pág. 107.

(2) Bien conocidas son las discusiones á que dió lugar la distinción trimembre de un *derecho natural, de gentes y civil*, tal como la presenta Ulpiano, y las censuras que los intérpretes lanzaron á este jurisconsulto por haber sostenido que el derecho natural era común á los hombres y á los demás animales. Con esto Ulpiano no hizo otra cosa que hacerse intérprete de las doctrinas de los estoicos, á los cuales el mismo CICERÓN alude en la oración *pro Milone*, donde dice: «non scriptam sed natam esse legem, quam feris natura ipsa prescripsit», como también en *De officiis*, I, cap. III. En cuanto al esfuerzo que algunos autores hicieron, y entre otros SAVIGNY, ob. citada, vol. I, Ap. I, *Jus naturale, gentium civile*, pág. 405, para reducir á una distinción bimembre esta distinción tripartita, me parece que está completamente fuera de lugar desde el momento en que el *derecho natural*, tal como fué entendido por Ulpiano, tiene importantísima significación, y encontró más tarde autores, Hobbes entre otros, que continuaron la tradición. No puede, pues, admitirse que la opinión de Ulpiano fuese una opinión particular suya, desde el momento en que aquella triple distinción existe en otros jurisconsultos, como Hermogeniano y Trifonino, y fué luego repetida en un libro de texto para los que estudiaban, como eran las *Instituciones de Justiniano*.

trataron de ingertar el concepto de una *razón natural* común á todos los hombres con el concepto del *jus gentium*, y apenas (fundiendo ambos conceptos) distinguieron sólo un *derecho civil* y un *derecho de gentes*, pero dando á éste el contenido del *derecho natural*. Por último, los hubo también como, por ejemplo, Paulo, que decididamente adoptaron la noción del *derecho natural*, dejando casi á un lado el concepto del *derecho de gentes*, y no distinguiendo éstos, por consiguiente, más que un *derecho natural* y un *derecho civil*.

Las divergencias, en suma, entre los jurisconsultos en cuanto á la noción de un *derecho natural*, dependen del distinto modo cómo fueron juntándose y casándose la noción del *derecho natural*, tal como lo concibieron los griegos y sobre todo los estoicos, y el concepto del *jus gentium*, propio de los romanos.

88. Provinieron de esto asimismo las significaciones diferentes que los jurisconsultos atribuyeron al vocablo *jus naturale*. Así, por ejemplo, Ulpiano, que es el que entre los jurisconsultos toma más directamente y con más amplitud de la filosofía estoica, se inspiró en aquel concepto de los estoicos según el cual el Universo era considerado como un gran organismo animado, penetrado de una razón universal que inspiraba tanto á los brutos como á los hombres el instinto de su propia conservación. Para ellos, por tanto, tiene el *derecho natural* una significación casi *física y natural*, y comprende aquellas leyes ó aquellos principios que los estoicos llamaban *prima naturalia* (τα πρῶτα κατὰ φύσιν) que, despertando en todos los seres vivos el *instinto de la propia conservación*, deben reputarse comunes á los hombres, á las fieras y á los seres vivos. Según Ulpiano, del *derecho natural*, entendido de este modo, descendía la unión del hombre y de la mujer, la procreación de los hijos y su educación física; instinto é instituciones que tienden sobre todo á la *conservación de la especie humana* (1).

(1) L. 1, § 3, Dig., *De iustitia et iure* (I, 1). «Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius iuris peritia censi». No hay duda que este con-

Gayo, que es entre los jurisconsultos el más cuidadoso en reseñar el desarrollo histórico de las instituciones jurídicas de Roma, dió una *significación histórica* al *derecho natural*, y sostuvo que éste no era más que el mismo *derecho de gentes* que había sido concebido por los romanos; añadiendo, sin embargo, que para que éste fuese adoptado por todos, debía considerarse establecido entre ellos por la misma *razón natural*. De donde provino que su definición esté compuesta de dos partes; en la primera se define el *derecho natural* (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*), y en la segunda el *derecho de gentes* (*id apud omnes peraeque custoditur*), y al todo debe llamársele *jus gentium* (*vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur*). Á mi juicio, además, este fué el concepto que, por ser más conforme con las tradiciones romanas, prevalecía sobre todos los demás, como lo demuestra el hecho de que los jurisconsultos atribuyen en su esencia todas las instituciones sociales al *derecho de gentes*. Pocas veces recurren al *derecho natural*, en oposición al *derecho de gentes*, como cuando Ulpiano, siguiendo las huellas de la escuela estoica, después de haber afirmado que según el *derecho natural*, todos los hombres son libres é iguales, considera luego la esclavitud y la manumisión como instituciones del *derecho de gentes* (1).

cepto del *derecho natural* es una inspiración de la escuela estoica, la cual enseñaba *que el primer instinto de todos los vivos es el de la propia conservación*; por donde infería que es conforme á la Naturaleza el atender á conservarse á sí mismo, y el tomar en cuenta las condiciones todas de que depende la conservación del propio individuo. Puede verse sobre esto á Luis ORNATO, *Prolegomeni* á la traducción de los *Recuerdos* de Marco Aurelio. Turín, 1853, pág. 75.

(1) El carácter *histórico* y *comparativo* atribuido por Gayo al *derecho de gentes* aparece también en el modo cómo él establece la existencia de este derecho: «*Omnes populi—dice—qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur*»; de cuyo hecho, atestiguado por la experiencia, induce luego la existencia de un *ius civile* y de un *ius gentium*. GAYO, *Comm.*, I, § 1.º Por lo demás, el sentido eminentemente *histórico* de este jurisconsulto aparece en sus *Comentarii*, en los cuales describe de tal modo la evolución histórica de las instituciones jurídicas, que su descubrimiento causó una verdadera revolución en la historia del derecho romano.

Paulo, finalmente, cuya sutileza metafísica se manifiesta en otros muchos fragmentos, había comprendido el *derecho natural* bajo un aspecto verdaderamente metafísico é ideal al definirle: *quod semper bonum aequum est*; definición que no podría rechazar el mismo Aristóteles, el cual definió la *justicia natural* «la que tiene en todas partes la misma fuerza y no depende ni de las opiniones, ni de los decretos de los hombres» (1).

Estos tres jurisconsultos, explicaron el *derecho natural* por consiguiente, bajo tres aspectos distintos; Ulpiano, fundándole en la *naturaliza física* del hombre, que le inspira, como á todos los seres inferiores, el instinto de la propia conservación; Gayo, que busca preferentemente su base en el *consentimiento* de todos, el cual testifica la conformidad del *derecho de gentes* con la *razón natural*, dándole así una *base histórica y comparativa*, y, por último, Paulo, que trató de darle una *base metafísica é ideal*.

Este fué el proemio que los jurisconsultos convertidos ya en filósofos é inspirándose en la filosofía griega y sobre todo en el estoicismo, pudieron anteponer á la jurisprudencia romana. En nada amengua esto la originalidad de su método, pues que el elemento griego, como todos los otros elementos asimilados por la legislación de Roma, no penetra en ella sino bajo una forma eminentemente romana, y sólo en cuanto no contradice las proporciones armónicas de su jurisprudencia. Esta asimilación del elemento griego demuestra, por el contrario, á qué grado de perfección había llegado la obra romana, que pudo tener un conveniente y adecuado preliminar en las mejores conclusiones á que habían llegado los filósofos griegos.

(1) *Ethica Nicom.*, lib. V, cap. X. Ed. Bkk., pág. 1134, l. 20.

CAPITULO IV

LOS ORÍGENES DEL DERECHO EN LOS PUEBLOS DE LA ANTIGUA GERMANIA

89.—El Imperio romano y la primitiva Germania.—90. Condiciones sociales de los germanos según la descripción de Tácito.—91. Éstos comprendieron el derecho sobre todo como potestad correspondiente á la persona humana.—92. Condición enteramente primitiva en que se encuentra el derecho como *ley* y como *ciencia* entre los antiguos germanos.—93. Resumen.

89. Los pueblos de la antigüedad cooperaron, sin duda alguna, en una obra común, pero lo hicieron casi inconscientemente, apareciendo los unos tras de los otros en el teatro de los hechos del género humano. Los pueblos más jóvenes y más rudos, que son también los más fuertes, suelen por lo general ser los conquistadores de los que les han precedido; mas no entran á sustituir á éstos sino cuando los primeros, en medio de los refinamientos y comodidades de una civilización envejecida, han perdido algo de aquellas virtudes varoniles que habían sido la causa de su grandeza. De este modo, cuando un pueblo comienza á decaer, algún otro comienza ya á dar señales de vida. Siendo digno de notarse asimismo que el pueblo que se encuentra ya en vías de decadencia, cuando ve que le faltan aquellas virtudes que le hicieron grande, casi á pesar suyo siente atraída su atención hacia

el pueblo que está llamado á sucederle, como para buscar en él el secreto de su vigor y de su fuerza.

Así había sucedido á Grecia, en la cual selectísimos ingenios como Polibio, Dionisio de Halicarnaso y Plutarco, se dedicaron á describir las hazañas de aquel pueblo que, á la historia desmembrada y particular de otros pueblos, había sustituido la suya propia como historia universal del género humano (1), y á comparar las grandes figuras de Grecia con aquéllas no menores que habían preparado la grandeza de Roma.

Otro tanto aconteció con Roma, la cual, cuando comenzó á ser trabajada por la inmensidad misma de su imperio, no pudo menos de volver una escrutadora mirada á los ilimitados bosques de Germania y á los pueblos que la habitaban. Y mientras en Julio César encontramos el historiador que observa las costumbres de los pueblos vencidos sin que se asome en él jamás la sospecha de que éstos puedan ser un peligro para Roma, en Tácito encontramos un cuadro minucioso de esta joven é inmensa Germania, la cual en algunas partes parece presentarla como ejemplo á los romanos. De este modo, el historiador más grande del Imperio es también el primero en ocuparse, de intento, de Germania, demostrando el mismo cuidado que pone en su obra, que aquélla constituye ya una seria preocupación para Roma.

90. Germania, tal como Tácito la ha descrito, es un compuesto de pueblos que por habitar un mismo país, por su común origen, por una cierta analogía en el aspecto físico, en la religión, en las costumbres y en los hábitos guerreros y militares pueden considerarse como pertenecientes á una misma nacionalidad. Sus habitantes se encuentran en los comienzos de su organización social; aun son más bien nómadas que agricultores, y conservan todavía restos evidentes de aquella organización que suele llamarse

(1) «Postea vero evenit—escribe POLIBIO—(*Historiarum*, I) ut in unum quasi corpus coalesceret, historia et res Italiae, Libyaeque cum Graecis atque Asiaticis miscerentur, et ad unum finem omnia tenderent». Y más adelante: «Ex his itaque libris manifeste omnes intelligent, necessarias Romanos facultates habuisse, quibus et rem talem, tantamque aggredi, et universalem principatum et dominatum nacti, desiderii sui compotes fieri potuerunt». Trad. de Nicolás Perotto.

patriarcal (1). En efecto, los germanos, tanto en César como en Tácito, lejos de poseer aquellos centros de vida social que se llaman ciudades, están divididos en agrupaciones más ó menos numerosas de familias que se reputan descendientes de un mismo tronco y que constituyen entre sí, algo como una *comunidad de*

(1) TACITUS, *De moribus Germaniae*, 4.

En cuanto á las condiciones sociales de los primitivos germanos, á más de César y de Tácito, deben consultarse OZANAM, *Les Germains avant le Christianisme*, I, pág. 115; SCHUPFER, *Istituzioni politiche Longobardiche*, Introd., Florencia, 1863; PERTILE, *Storia del diritto italiano*, Padua, 1873, I, págs. 19 y siguientes; TROYA, *Storia d'Italia nel Medio Evo*, Nápoles, 1839, vol. I, parte II, §§ 23 á 35; y á STUBBS *The constitutional history of England*, vol. I, cap. II, pág. 12, donde se halla descrita con mucho cuidado y sagacidad la organización social primitiva de los germanos. Se entreven diferencias en el estado social expuestas por los dos autores, y se explican por el espacio de ciento cincuenta años que corrieron entre el uno y el otro, y por los frecuentes contactos que desde César en adelante existieron entre los germanos y los romanos. En la época de César, ellos, según STUBBS, estaban en un período de transición de la vida nómada y pastoral á una vida con residencia estable y fija sobre el mismo suelo; no conocían todavía la *propiedad estable* del suelo sino sólo la posesión de ella, que cambiaban de año en año. En la época de Tácito, por el contrario, la vida agrícola había ya recibido un desarrollo mayor; á la simple *posesión anual*, había sustituido una *propiedad del suelo*, la cual todavía parecía que era poseída en *común*, y ya se descubrían los comienzos de una organización civil y política, que guardaba aún carácter eminentemente *militar*. Por último, busca las relaciones entre la organización social germánica y la *comunidad de pueblo* oriental, presentando algunas dudas respecto á su común origen, por las diferencias que median entre ellas. Estas diferencias, en mi juicio, pueden, por el contrario, ser fácilmente explicadas, si se considera que la *comunidad de pueblo* no fué más que el germen de aquella organización social primitiva, que luego hubo de tomar formas diferentes en Grecia, en Roma y en la antigua Germania. Esta *comunidad*, por consiguiente, apenas trasplantada á Occidente, tomó diferentes aspectos, porque los distintos pueblos desarrollaron aquel elemento y orden de ella, que era más consentáneo con el propio carácter. Los germanos, entre otros, la desarrollan bajo el *aspecto militar*, pudiendo por esto decirse de ellos que en cierto modo constituyeron una *nación en pie de guerra*. Cuando se toma como punto de partida este carácter de la organización social germánica, sus irregularidades se explican fácilmente. Entonces se comprende que los germa-

pueblo (1). Cuando se trata de llevar á cabo alguna emigración ó de ejecutar alguna empresa, las tribus y familias completas son las que se ponen en movimiento, agrupándose en torno del propio *dux* ó de cualquier individualidad poderosa, cuyas virtudes para la guerra sean de todos conocidas.

91. En lo que al derecho se refiere, podemos decir que es éste, en todo y por todo, armónico con su organización social; así que entre los germanos se pueden encontrar vestigios del aspecto bajo el cual fué comprendido el derecho por los pueblos primitivos. No es, para éstos, el derecho aquella *idea*, tan profundamente arraigada en el pueblo griego, de un *orden* y una *proporción* que debía reinar en la *ciudad*; ni tampoco una *ley* ni un *vínculo social* á que deban someterse las voluntades de los individuos, como lo habían comprendido y explicado los romanos, sino que es, sobre todo, un *poder*, una *fuerza*, una facultad peculiar del individuo, que tiene altísimo sentido de su personalidad y que, en unión con su familia, él mismo le hace valer. Y en efecto, para hacer valer éste su derecho, aferra con propia autoridad la cosa que cree pertenecerle, se acoge á la *pignoración privada* contra el propio deudor y á la *faida* ó *venganza* contra el propio ofensor (2). El germano, amenazado en sus bienes ó en su vida, hace observar Gide, no encuentra todavía á su lado, como el hombre de la sociedad moderna, un poder público pronto á defenderlo y á armarse

nos pudieran combatir distribuidos en *familias* y *parentelas*; se explica su distribución en grupos de familias de diez, de ciento, de mil, en cuyos grupos, el que era jefe en tiempo de guerra, era también juez en tiempo de paz, y se comprende asimismo aquella institución singular del *comitatus*, en la cual encontramos nosotros á los jóvenes animosos unirse á algún guerrero valeroso para intentar audaces empresas, cuando las tribus empezaban ya á estar cansadas de los ocios de la *paz*.

(1) TÁCITO, *Germ.*, XVI.

(2) Este punto de la historia de los primitivos germanos ha sido en Italia ilustrado por dos jóvenes profesores; DEL GIUDICE, *La vendetta presso i Longobardi*. Milán, 1876; y NANI, *Studio 2.º sul diritto Longobardo*. Turín, 1878, donde se describen las vicisitudes de la *pignoración privada* entre los *Lombardos*. Debe consultarse asimismo á RICOTTI, *Storia d'Italia dal Basso Imperio ai Comuni*. Lezione XVIII. Turín, 1848, pág. 322.

en su favor; no puede contar más que consigo mismo y con sus allegados, los cuales se reúnen, toman las armas y persiguen al ofensor hasta obtener de él satisfacción y venganza (1). En el derecho de los germanos, pues, se encuentran las huellas de las pasiones que debieron agitar al hombre primitivo, del mismo modo que en su vida se presentan muchos rasgos de la vida heroica y juvenil de los pueblos clásicos que habían llegado ya á una civilización caduca. El germano primitivo es, en parte, como el Aquiles de Homero, del cual hubo de decir Horacio que *nihil non adrogat armis*, y al igual del antiguo Quirite, que para tomar satisfacción del deudor, recurre á la *pignoris capio*. En el derecho germánico, por lo tanto, mientras encontramos vigoroso y enérgico el sentido de la *personalidad y dignidad individual*, está todavía solamente en vías de formación el concepto abstracto de una *personalidad colectiva y social*.

Sólo aparecen, por consiguiente, los principios de la vida social y colectiva entre los germanos, cuando se trata de ponerse en movimiento para alguna empresa guerrera, porque entonces la guerra ofrece ocasión para que sus asambleas se reúnan, presentándose armados, y para la elección de un jefe que levantan sobre sus escudos, y en el cual buscan sobre todo *valor y fuerza*. De esta manera comienzan á someterse á una disciplina militar, de cuyo mantenimiento están encargados los mismos sacerdotes, y la cual les servirá para que se preparen á aceptar con el tiempo la disciplina de la vida civil. En efecto, sus *jefes militares* acaban por transformarse en *reyes, duques ó condes*; sus asambleas pierden el carácter eminentemente militar, transformándose en asambleas *legislativas*, en que toman parte el *Rey*, los *ancianos* y los *hombres libres*; la virtud y el valor demostrado en el campo son fuente de distinciones entre los distintos órdenes sociales. He aquí cómo, en suma, sobre un ejército perpetuamente acampado y en pie de guerra, se va ingertando y desenvolviendo la *nación*, y cómo la *organización militar* va gradualmente transformándose en un *organización civil, política y administrativa*. El carácter exterior, pues, en que ellos reconocen la capacidad de derecho, viene á ser la *fuerza del brazo* y la *aptitud para las armas*. El

(1) GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme*. París, 1867.

verdadero sujeto capaz de derecho es el hombre que, por ser apto para las armas, está en el caso de hacer valer su derecho, y el jefe que merece ser elegido, es el que por su fuerza y por su valor se distingue entre todos (1). Además, siendo para los germanos el derecho una *potestad inherente á la persona*, creen que llevan consigo el propio *derecho* y la propia *ley*; de donde deriva el principio de la *personalidad de la ley*, según el cual cada individuo se considera con derecho á ser juzgado por la ley de la nación ó tribu á que pertenece.

Las instituciones primitivas germánicas prueban, por lo tanto bastante, que el *derecho* en sus *orígenes* comenzó á revelarse como *potestad correspondiente á la persona humana*, la cual siente este derecho tan poderosamente que al ponerla por obra recurre á la *fuerza* de su brazo y se ve arrastrado por las *pasiones* todavía no disciplinadas del hombre primitivo.

92. Sin embargo, al lado de este aspecto primitivo del derecho dominante en los germanos, vemos ya aparecer el concepto de *ley*. Todavía no será traducida en forma escrita, pero se presenta como *costumbre* que, haciéndose cada vez más general, acabará por ser aceptada por todos, y por poner un freno á los excesos de las venganzas privadas. Lo que les empuja á aceptar esta *ley* es la *necesidad de la paz pública*, que obliga á que las diversas familias estipulen armisticios, y lo que hace obligatorio estas primeras *costumbres y leyes* sugeridas por la necesidad de la *paz* es el *consentimiento* de aquéllos que aceptan su imperio.

Y aun es digno de ser notado que el primer *instinto* que fué templando las iras y las pasiones de estos hombres primitivos, fué sobre todo el sentido de la propia *utilidad y beneficio*. En efecto, este *instinto* de la *propia utilidad* fué el que dió origen al des-

(1) PERTILE, *Storia del diritto italiano*, I, pág. 21, pone muy en claro aquel carácter del derecho germánico primitivo, por el cual la *aptitud para las armas* es como la contraseña de la *capacidad de derecho*. Esta *aptitud* es la que atribuye los *derechos civiles y políticos*, y, por consiguiente, á los esclavos, que no tienen tales derechos, se les excluye de llevar las armas, y aun las demás clases sociales parecen estar clasificadas en razón de tal aptitud. De este concepto se conservan luego huellas en las tradiciones y en los hábitos de la caballería.

arrollo de aquel sistema de *composiciones*, que primeramente comenzó á ser pactado y estipulado por algunos padres de familia, y luego se fueron haciendo generales á tal punto, que dieron origen á una especie de tarifa para cada especie de delito, hasta llegar á hacerse obligatorias y ser impuestas por la misma autoridad para poner término á la violencia de las venganzas privadas (1). Juntamente con este instinto de la propia *utilidad* aparece asimismo un sentido interno de lo *justo* tal, que es el que lleva á estos bárbaros á abandonar la causa del culpable para armarse en defensa del inocente, como también se presentan los gérmenes del concepto más abstracto é ideal de lo *honesto*, según lo demuestran sus instituciones familiares, que Tácito parece proponer como ejemplo á los mismos romanos, y las penas establecidas por ellos contra ciertas violaciones de las leyes morales, que deshonran la naturaleza humana.

Si bien entre los germanos, como hemos visto, las *leyes* están ya en vías de formación y se encuentran en su primera etapa, esto es, en forma de *costumbre*, no puede decirse otro tanto de la *ciencia del derecho* á no ser que quiera darse este nombre al *conocimiento* de sus *costumbres no escritas*, cuya custodia, según lo poco que Tácito nos dice, parece estar reservada al orden sacerdotal, á quien pertenecía «imponer silencio en las asambleas, siendo los únicos á quienes era lícito castigar, atar y golpear, no por pena ó mandato del capitán, sino casi mandados por Dios» (1).

93. Resumiendo, entre los germanos encontramos el concepto de una *personalidad individual*, vigoroso, y sólo en vías de formación el de una *personalidad colectiva y social*; poderosísimo el sentido de lo *útil*, que comienza á poner un freno á las venganzas privadas, pero poco desenvueltos los conceptos de lo *justo* y de lo *honesto*. Ellos comprenden el *derecho* como una *fuerza y potestad* del individuo, pero no han desenvuelto todavía el magisterio de la *ley*, en el sentido que nosotros estamos acostumbrados á dar á este vocablo, ni han llegado á un *conocimiento del derecho* que pueda merecer el nombre de *ciencia*. Esto no obsta para

(1) DAVOUD-OGHLOU *Histoire de la législation des anciens Germains*. Berlín, 1845, introd. XXI, XXII y XXIII.

(1) TÁCITO, *Germ.*, VII, trad. Davanzati.

que también los germanos hayan contribuido por su parte al desarrollo del derecho, pues que ellos son los que han traído aquel sentimiento poderoso de la *personalidad individual*, que en Grecia casi se había olvidado por completo, y que, después de haberse presentado con vigor en los comienzos de Roma, se fué debilitando cada vez más durante el Imperio. Aun cuando los germanos aparezcan como una *fuerza indisciplinada*, más atenta á destruir que á edificar, poco á poco comenzará esta fuerza á hacerse más *civil* bajo la influencia de la *legislación romana*, y más *moral* bajo la influencia de la *idea cristiana*. Por virtud de este magisterio, será como el elemento germano, después de haber preparado la *destrucción y disolución* del mundo antiguo, acabará por convertirse con el tiempo en una *nueva energía física y moral* que, penetrando en un organismo social ya envejecido, le infundirá nuevo espíritu, empujándole á exteriorizar una nueva etapa de convivencia civil y humana, cuyo desenvolvimiento habrá de ser luego la misión de la época moderna. Es lícito, por lo tanto, concluir que la evolución del elemento germánico en el nuevo período de civilización que se prepara, puede compararse al de una *actividad* que, *violenta é indisciplinada* en los primeros momentos, está llamada á convertirse con el tiempo en aquella *energía moral* y en aquella *laboriosidad intelectual*, que forma hoy día el carácter de las naciones que en mayor grado recibieron la transfusión de la sangre de los antiguos germanos.

Tiempo es ya, después de lo dicho, de concretar resumiendo á grandes rasgos la parte respectiva con que cada una de estas tres familias de pueblos ha contribuido á dar nuevo desarrollo á las instituciones jurídicas y sociales.

CAPÍTULO V

DE LA PARTE RESPECTIVA CON QUE CADA UNO DE ESTOS DISTINTOS PUEBLOS
HA CONTRIBUÍDO AL DESENVOLVIMIENTO DE LA IDEA JURÍDICA

94. Breve comparación entre el estado de la convivencia social en Oriente y Occidente.—95. Diverso carácter psicológico desplegado por los griegos, por los romanos y por los germanos.—96. Aspecto diferente bajo el cual comprendieron el derecho.—97. Elementos distintos que trajeron al derecho como *ciencia*.—98. Cómo cada cual contribuye al desarrollo del derecho como *ley*.—99. Diferente desarrollo que dan al derecho como *potestad* correspondiente á la naturaleza humana.—100. Transición á un nuevo período de civilización.

94. Está ya fuera de duda que estas tres familias de pueblos, al separarse, llevaban consigo un cierto fondo de instituciones y tradiciones comunes. Ellas, en efecto, en sus comienzos conservaban todavía las huellas de aquel primer estado de la sociedad humana que se llama régimen patriarcal, por más que parecían dirigirse hacia la formación de una verdadera sociedad civil y política. Después de haberse detenido estos pueblos en países diferentes, desplegaron toda la original variedad de su genio; olvidándose de su origen común, se combatieron y conquistaron recíprocamente; vivieron una vida de guerra y de conquista conforme á su carácter primitivo eminentemente guerrero; más aun combatiéndose, desarrollaron las instituciones sociales bajo el aspecto político, jurídico y militar. Parecen constituir como un hombre gigantesco, repre-

sentación en cierto modo de la humanidad, que se afana por desenvolver un nuevo período de vida social y política.

Las primeras bases de ésta, habían sido puestas en el Oriente; más mientras aquí, por el predominio de una clase social sobre las demás, las primeras instituciones civiles se detuvieron inmóviles y estacionarias, trasplantadas al Occidente por estos pueblos, recorrieron otro período de su evolución. Mientras en el Oriente nos encontramos con todo un ciclo de vida social que gira en torno del concepto de familia como su propio quicio, en el Occidente, por el contrario, gracias á ellos, tenemos ya una verdadera convivencia civil y política en la cual se van distinguiendo aquellos conceptos esenciales á la sociedad humana, que en el Oriente no habían logrado alcanzar una existencia propia y distinta. De esto proviene el que la *religión*, la *ciencia* y el *derecho*, que en Oriente formaban casi una sola cosa, en el Occidente comenzasen á tener una misión diferente; que el *individuo*, la *familia* y las *ciudades*, que aparecían todavía confundidas en el indistinto todo de la *comunidad de pueblo*, se separasen, teniendo cada una vida propia, y que también se comenzase á analizar los conceptos de lo *útil*, lo *justo* y lo *honesto*, que en todo tiempo son los grandes motores de las sociedades humanas.

95. Á la obra común los griegos aportaron principalmente su *inteligencia*, los romanos la *voluntad firme y tenaz*, los germanos su *fuerza* y *actividad*. Los primeros y los últimos parecen ocupar los dos puntos extremos, mientras los romanos están en el medio. Así como la *inteligencia* de los primeros se abandona en todos los órdenes á la *investigación del ideal*, y la *actividad* de los últimos, por su parte, se agita inquieta y como inconsciente de su propio fin, la *voluntad romana*, íntegra y equilibrada, se interpone entre ellos, acercándolos al someterlos al imperio de su *legislación*. Cada uno de estos pueblos, en el conjunto de su historia, está llamado á recorrer por completo la *evolución de la facultad* que en él prevalece. La *inteligencia* del griego comienza por el *buen sentido* para acabar en la *última especulación*; la *voluntad romana*, que parte de un instinto de *legalidad* y de conquista, acaba en el *firme y determinado* propósito de someter los varios pueblos á *su imperio* y de ser *su legisladora*; por último, la *fuerza* en los germanos, que empieza á manifestarse como una *fuerza*

física demoledora del mundo antiguo, acaba por ingerir en otro periodo de civilización una nueva *energía intelectual y moral* en el mundo social y humano.

96. De aquí que cada uno contribuya aportando diversos elementos á aquella gran obra de la humanidad que se llama *civilización*, uno de cuyos aspectos es el desenvolvimiento de la idea jurídica.

Así como la *civilización* consiste en la manifestación de la total naturaleza del hombre, así también *el derecho*, que no es más que la manifestación de uno de los aspectos de la actividad social humana, se presenta por esto bajo tantas formas cuantas son sus facultades esenciales. Así pues, es una *idea* de justa proporción y armonía que ilumina la *inteligencia*; es una *ley* que obliga á las voluntades individuales á respetar el orden social, y es, por fin, un *poder correspondiente al hombre* para buscar en la sociedad los medios de conseguir la propia conservación y el propio perfeccionamiento. Ahora bien, el griego contribuyó especialmente á desenvolver el derecho como *idea*, el romano, como *ley*, mientras el germano lo comprendió casi exclusivamente como *poder* de la *personalidad individual*. Este es el carácter más general en que se reconoce la parte respectiva que cada uno puso en la obra común del desarrollo del derecho; pero esto no obsta para que en cada singular aspecto bajo el cual pueda comprenderse el derecho, se haya verificado en estos pueblos una especie de división del trabajo.

97. Así, comenzando por el *derecho*, en cuanto es asunto de una ciencia importantísima entre las demás ciencias sociales, los griegos suministraron para ella los *principios ideales y racionales* que deben servirle de fundamento; los germanos le conservaron los vestigios de sus *orígenes de hecho*; mientras los romanos fueron añadiéndole las *leyes constantes históricas*, mediante las cuales el derecho, partiendo de violentos y humildes *orígenes de hecho*, va haciéndose cada vez más conforme á los *principios ideales de razón*. Así como por una parte los griegos con su propia *inteligencia* llegaron á la concepción de un *derecho natural*, y los germanos no conocieron más que un *derecho positivo*, y éste grosero y violento, los romanos por la suya, interponiéndose entre ellos con la firmeza de su *voluntad*, llegaron al concepto de un

derecho de gentes, que recogiendo todo lo que había de común en las instituciones de todos los pueblos, vino á ser como el *trámite* por el cual el *derecho positivo* de las varias gentes pudo llegar á ser cada vez más conforme con la *razón natural*.

98. Lo que ocurre en el dominio del *derecho* como *ciencia*, se verificó también en el del *derecho* como *ley*. Así que mientras la ley es para los griegos un don y una invención de los dioses que se manifiesta á los hombres mediante la *razón*, para los germanos no es sino una *necesidad* y una *fuerza* á la cual conviene someterse para mantener la *pax pública*, y para los romanos es un *commune praeceptum* que resulta del consentimiento de las voluntades de los ciudadanos, y sin el cual sería imposible la vida social. De este modo los tres pueblos asignan á la ley un triple fundamento, á saber; la *razón* (los griegos), el *consentimiento* (los romanos), y la *fuerza* (los germanos), y aun aquí el *consentimiento general de los hombres* viene á ser también el intermedio para dar á la *razón* el *apoyo* de la *fuerza*, y para hacer que la *fuerza* vaya cada vez conformándose más á la *razón*. Análogamente, mientras la *ley* para los griegos (teniendo un fundamento *ético* y *moral*), debe proponerse con preferencia como su fin la realización de lo *bueno* y de lo *honesto*, entre los germanos, al contrario, con gran trabajo logra mitigar las violencias de la *vengeza* privada, recurriendo al *instinto de lo útil*, al cual es debida la introducción de las *composiciones por dinero*, y entre los romanos se inspira en el concepto de lo *justo*, que atribuye á la *utilidad* y á la *honestidad*, á la *equidad* y á la *estricta justicia*, la parte que les corresponde. Así, mientras la *ley* trata por una parte de preparar el camino al *honeste vivere*, y se contenta por otra con el *neminem laedere*, con los romanos se esfuerza por traducir en hechos el *cuique suum tribuere*. Aun aquí, por consiguiente, el *sentimiento de lo justo*, enérgico sobre todo entre los romanos, viene á ser el intermedio para poner de acuerdo entre sí el *instinto de lo útil*, único que pudo ser acogido por los antiguos germanos que se hallaban todavía en una condición social completamente primitiva, y el *concepto ético*, que era la *aspiración ideal* de los griegos.

99. Una correlación semejante se presenta también en el desarrollo del derecho, como *potestad* concerniente á la personalidad humana.

En la organización patriarcal, de donde todos estos pueblos arrancan, encontrábanse juntamente mezclados los conceptos de la *personalidad individual*, el de la *familia* y el de la *convivencia civil y política* (1). Ahora bien, cada uno de estos pueblos parece que tomó como punto de mira principalmente uno de estos conceptos para darle todo el desarrollo de que podía ser capaz.

El ingenio especulativo de los griegos idealizó la *ciudad* y el *Estado*, y por obra de sus filósofos suministró de éste un concepto tan orgánico, que ni aun hoy día ha sido superado; más entre tanto, fijándose exclusivamente en el *Estado*, se vió obligado á absorber en él no sólo la *personalidad individual*, sino la *familia* y la *propiedad*, que todas tres cosas suelen correr igual suerte. De aquí provino asimismo que los griegos, entre los varios aspectos del derecho como poder correspondiente al hombre, dieran una absoluta preponderancia á la *libertad política*, con el cual nombre entendieron «el derecho de participación en el gobierno de la cosa pública»; y extremaron este concepto hasta excluir de la lista de los ciudadanos no sólo los esclavos, sino hasta los mismos artesanos, porque el ejercicio de la profesión les quitaba tiempo y holgura para atender al gobierno de las cosas civiles y políticas.

Los romanos, por su parte se presentan con un concepto vigorosísimo de la *familia*, entendiendo por tal primeramente no sólo á todas las *personas* sujetas á la *patria potestad* del mismo padre de familia, sino también la *masa de los bienes* que constituyen su *patrimonio*. De la reunión de las *res privatae* de los diversos padres, se constituye la *res publica*, la cual se llama también *patria* precisamente porque resulta del acuerdo y reunión de los *patres*. En cuanto á su *derecho*, parece nacer del seno mismo de la *familia*, y ser una manifestación del concepto de *propiedad*, la cual forma el aspecto esencial bajo el cual los romanos comprenden la *actividad jurídica* del hombre. Para éstos, en efecto, la función del derecho se reduce siempre al *cuique suum tribuere*, esto es, á atribuir á cada cual su *propiedad*, siendo este concepto de propiedad, para ellos, tan amplio, que en lo antiguo abarca también el poder del padre sobre sus hijos, el del marido sobre su mujer y el del amo sobre el del esclavo, como lo demuestra la analogía exis-

(1) V. L. I. cap. I, núm. 14.

tente entre las solemnidades con que se emancipa un hijo y que se usan cuando se enajena una cosa. Y aun más, primeramente el vocablo *familia* comprende juntamente las cosas y personas sujetas al mismo poder (1), y quizá una sola dice como fué la palabra *manus*, indicó el poder sobre las personas sobre las cosas, si bien más tarde se circunscribiese á significar el poder del marido sobre la mujer (2). Se comprende, por consiguiente, que el jurisconsulto Ulpiano escribiese: *Omne autem consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuyendo; aut enim hoc agitur, quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet, aut quomodo amittat* (3). También fué una consecuencia de la preponderancia de los conceptos y de las instituciones de la *familia* y de la *propiedad*, el hecho que en Roma, para tener plena *capacidad de derecho*, fuese necesario ser *sui juris*, ó sea, tener *pleno dominio sobre sí mismo*

(1) L. 135, *De verborum significatione*, §§ 1 á 2 (Dig. L. 16).

(2) V. PADELLETI *Storia del diritto Romano*, Florencia, 1878, período 1.º, cap. XII, pág. 111. Argumentando el autor (prematamente arrebatado al estudio de las ciencias jurídicas y políticas sobre el hecho de que el vocablo *manus* se encuentra en las palabras *mancipium*, *res Mancipi* y *nec Mancipi*, *mancipatio*, *manumissio*, y *manu in injectio*, infiere que aquel vocablo, en la lengua más antigua, sirvió para designar toda clase de poder sobre una cosa ó persona. Á este mismo propósito MAINE hace observar con razón que una antigua presión jurídica designa á veces una cantidad de cosas que luego más tarde son designadas con nombres y vocablos especiales. En tal caso, el nombre antiguo se conserva todavía, pero ya no indica aquella complejidad de cosas que antes indicaba, sino algunas más de entre ellas. Así, por ejemplo, el poder del antiguo padre de familia sobre las personas, sobre las cosas, sobre los rebaños y sobre los esclavos, sobre los hijos, y sobre la mujer, constituía un todo debió ser indicado con un mismo vocablo. Entre los primitivos nombres debió ser éste la palabra *manus*, pero más tarde se distinguió el poder del padre según el objeto á que se aplicaba, y así cuando se aplicaba á los esclavos y á las cosas se le llamó *mancipium* y *dominium*, y para la mujer conservó, por el contrario, el antiguo nombre de *manus* (*L'ancien droit*, pág. 279). Puede también verse á IHERING *L'esprit du droit romain*, lib. II, 1.ª parte, tit. II, cap. III, trad. M. Lenaere, II, pág. 157.

(3) L. 41 Dig. (I, 4).

el seno de la familia, y que entre los varios aspectos de la *libertad*, fuese sobre todo reconocido aquél que consiste en la libre disposición de las cosas propias, tanto por acto entre vivos como con ocasión de muerte (1).

Finalmente, aun cuando entre los germanos existiese muy arraigada la institución de la familia, consideran, sin embargo, el derecho como *inherente* á la *personalidad individual*, y estiman como capaz de derecho á la persona apta para llevar las armas y que por consiguiente se encuentra en el caso de hacer valer y de defender con la fuerza su derecho. Este concepto les lleva también á tener en gran estimación la propia *independencia personal* y aquel aspecto de la *libertad* que se llama *libertad individual*.

Aun debe notarse una última é importante consecuencia. Los griegos, en el desenvolvimiento del derecho, vieron sobre todo el *elemento social*, lo cual les condujo á absorber en él, el *elemento individual*, y desarrollar con preferencia el *derecho público y político*. Los germanos, al contrario, dieron casi exclusivamente la preferencia al elemento de la *individualidad*, y procediendo ésta sin freno ni límite alguno, hizo necesaria aquella gran extensión que las disposiciones del *derecho penal* adquirieron entre ellos. Por último, los romanos, partiendo del concepto de *familia*, la cual de un lado es el complemento de la *personalidad individual* y de otro es el *seminarium reipublicae*, trataron de dar la parte debida al elemento individual y al *social*. Por lo que después de haber distinguido claramente el *derecho público* del *privado*, dieron, especialmente á este último, todo el desenvolvimiento de que podía ser capaz; puesto que el *derecho privado* es el que princi-

(1) «Ningún pueblo quizá de la antigüedad (escribe PADELLETTI, ob. cit., pág. 144) ha tenido y transmitido á los demás pueblos un concepto del *derecho de propiedad* tan absoluto, tan exclusivo, tan libre de secundarias consideraciones como el pueblo romano. Al poder del padre de familia sobre las *personas* correspondía exactamente el poder sobre las *cosas* que formaban su patrimonio». Á esto debe añadirse que el poder sobre las cosas y sobre las personas no fueron en lo antiguo más que dos aspectos del mismo poder, el cual tenía todos los caracteres de una verdadera *propiedad*, puesto que sólo el *padre de familia* era *sui juris*, y de él se decía, *pater familias in domu dominium habet*.

palmente encuentra sus bases esenciales en las instituciones de la *familia* y de la *propiedad* (1).

100. De este modo aquellos varios aspectos del *derecho* que en el Oriente estaban confusos é indistintos, comenzaron á ser concretados claramente por estas diferentes familias de pueblos; la obra, sin embargo, á que éstos conspiraron sin tener conciencia de ella, está lejos de llegar á su cabal cumplimiento. Cada uno de ellos expresó un aspecto de la naturaleza humana y de la vida social, pero no toda la naturaleza humana ni toda la vida social tampoco; cada cual dió á su concepto inspirador un desarrollo tal, que todos los demás quedaron por él absorbidos, y si bajo un aspecto puede ser maestro, bajo los demás debe contentarse con ser todavía discípulo; necesitando los excesos y exageraciones de todos, contenerse y moderarse recíprocamente. Es preciso, pues, que estas varias concepciones del *derecho* y de las demás instituciones esenciales á la sociedad humana, vuelvan á encontrarse nuevamente en contacto, para que, corrigiéndose y atemperándose mutuamente, se hagan más claras cada vez y distintas en los diversos elementos que entran á componerlas, y que estos elementos, desarrollándose los unos frente á los otros en el *tiempo* y en el *espacio*, vengán á contenerse respectivamente dentro de sus propios límites y á integrarse los unos con los otros.

Esto es lo que habrá de suceder en un sucesivo ciclo histórico, en el cual los elementos todos de la civilización se mezclarán juntos con un nuevo elemento suministrado por la idea cristiana, y con el sentimiento vigoroso de la propia *individualidad* que trajeron las tribus germánicas. En este nuevo período, como la historia del género humano no será ya la de un solo pueblo que somete y conquista á todos los demás, sino que enlazará á los varios pueblos, así la ciencia en general y la del derecho en particular no

(1) Esta comparación entre estos tres pueblos pudiera extenderse á mayores particularidades, especialmente por lo que á la forma de sociedad civil y política se refiere; mas sería quizá salirse de los límites de un cuadro cuyas líneas tienen que ser necesariamente generales. Puede ver el lector una disertación mía breve, publicada con el título *Genesi e sviluppo delle varie forme di convivenza civile e politica*, Turín, Hermanos Bocca, 1878.

pretenderá dar la preferencia á este ó á aquel aspecto del derecho, sino que buscará más bien la conformidad y el acuerdo de todos aquéllos bajo los cuales se manifieste en la sociedad humana.

El cuadro de las vicisitudes esenciales de la idea del derecho, que era sencillo, pero indistinto y confuso en el Oriente, y que en los antiguos pueblos de Occidente se había hecho más vario y múltiple, tomará en este período proporciones inmensas, y mientras vaya ampliándose de este modo, adquirirá á la vez líneas más marcadas y precisas, puesto que en el organismo social, como en cualquiera otro organismo, á medida que éste se desarrolla y se perfecciona, se hace cada vez mayor y á la par más coherente la división del trabajo entre los varios miembros que entran á formarlos.

Antes de penetrar en esta época, sin embargo, importa asistir á su preparación; porque lo que hay más instructivo y más difícil también de penetrar en la historia, son ciertamente estas épocas de transición en las cuales, al lado de la idea que se oculta, se descubren ya los resplandores precursores de la idea que nace.