

R. 2355381
¿PARA QUÉ SIRVE

EL

DERECHO ROMANO?

CRÍTICA Y ESTUDIO ESPECIAL

DE ALGUNOS DE SUS PRINCIPALES PUNTOS

POR

P. JOSÉ PTERO Y CARRACEDO

CATEDRÁTICO NUMERARIO POR OPOSICION DE DICHA ASIGNATURA

EN LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA.

A. BARASONA GIJÓN (CARPIO)

SEVILLA

Imp. de GIRONÉS, ORDUÑA Y CASTRO, Lagar 3.

1880



C. Car

Ga. 46146

Etiquetas Verde

ADVERTENCIA

En la primera parte, como se comprende perfectamente, no trato de erigirme en juez del método de enseñanza del Derecho romano, sino hacer algunas indicaciones, procurando, sobre todo, **desterrar la opinion vulgar que existe contra la conveniencia de esta asignatura.**

Dedico la segunda al desenvolvimiento de otras teorías omitidas á veces por los autores de texto, y que, conforme al plan de exposicion propuesto en la primera parte, deben figurar en un buen sistema del Derecho del gran Pueblo. Consagrado hace años á las tareas del profesorado, soy admirador de nuestros escritores; pero he sentido siempre la necesidad de llenar algunos, aunque pocos, vacíos que en ellos se advierten, con las explicaciones de cátedra, y de cuyos complementos los alumnos se encontraron constantemente con la molestia de tomar notas. A evitar semejantes apuntaciones, por su naturaleza imperfectas, se dirigen especialmente las presentes monografías, de escaso valer en sí, como hijas del corto vuelo del pensamiento del que hoy determina darlas á la luz de la publicidad.

Sevilla: Junio de 1880.

¿PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO ROMANO?

¿PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO ROMANO?

Es propiedad del Autor.

Il faut qu'un point de fait soit bien ardu pour
arrêter un avocat quia souvent étudié Papinien.
FRESQUET.

Il faut éclairer l'étude du Droit romain par le
flambeau de la critique, de la Philosophie et de la
Législation comparée: il le faut, sous peine de ren-
dre cette étude aussi rebutante que stérile, et de
la voir avant peu complètement abandonnée. Le
temps des casuistes et des glossateurs est passé
sans retour!

BRAVARD VEYRIÈRES.

§. I

Como ni por un momento quisiera aparecer desafecto á la Legislacion romana, y esto pudiera deducirse de las primeras páginas del presente trabajo, emito desde luego mi opinion afirmando que su estudio es indispensable en ciertos puntos, inútil en algunos otros, y que en los útiles debe ampliarse la actual enseñanza, si no en el tiempo, en el modo.

Además debo advertir, y la observacion es capital, que voy á tratar de los estudios del Derecho romano necesarios al que aspira á ser Abogado, ó, lo que es lo mismo, de los que deben hacerse en el período de la Licenciatura: nó de los que son propios del profesor ó del hombre de ciencia, si así se quiere llamar al que se dedica á tareas más especulativas; porque éstos deben saberlo todo y para ellos nada carece de interes; del dato al parecer más insignificante dedúcese á veces enseñanzas útiles de lo que debe ser la Legislacion y cuáles son las leyes que rigen á la humanidad, á la

manera que en las ciencias físicas del experimento más secundario llega á desentrañarse una ley de alta consideracion en el órden material. Hechas estas observaciones, entremos en la discusion.

Sobre esta materia se han exagerado las opiniones en uno y en otro sentido y existen las escuelas más extremas. Unos quieren para la cátedra todos los textos del *Corpus Juris* sin discernimiento, con el inmenso fárrago de sutilezas y distinciones de los antiguos glosadores; y creyendo que estamos en los tiempos en que el Derecho romano tenía fuerza ante los tribunales, ó en los tiempos de Paulo de Castro y de Bárto-
lo, ó en los de los Reyes Católicos, en que á las obras de este último comentarista se dió fuerza obligatoria, discuten casos en todas las materias, procuran deshacer antinomias y disecan las leyes, como si todas tuvieran aplicacion en la actualidad. Para semejantes admiradores el *Corpus Juris* es poco ménos respetable que el *Koran* para los mahometanos.

Otros, por el contrario, casi se rien de las investigaciones arqueológicas de la escuela histórica, y poco les falta para proclamar la total abolicion de la Legislacion del pueblo jurídico por excelencia, en los estudios de la escuela.

Procurarémos investigar la razon en medio de estas contrarias opiniones y empezarémos por las doctrinas de los adversarios, reservándonos para el fin demostrar lo que se ha creido siempre, que no se puede ser Abogado sin ser perito en el Derecho romano.

§. II

Opiniones en contra del Derecho romano.

LERMINIER. «El siglo XIX debe operar dos revoluciones, la una en la Agricultura, la otra en el Derecho civil.... La Legislacion civil debe abandonar los principios del romano y del Derecho feudal, para apoyarse en los fundamentos de la Filosofía moderna.»

MIRABEAU. «Yo tambien ignoro si se deben dar gracias á las leyes romanas, ó deplorar su imperio sobre la Jurisprudencia moderna. En los siglos de tinieblas estas leyes fueron nuestra única luz, mas en el siglo de las luces aquellas antorchas palidecen. No sirven sino para embarazar la vista y retardar nuestros pasos en el camino de la verdad.... Acaso llegó la época de que sepamos ver en aquellas disposiciones el genio de un pueblo que no ha conocido los verdaderos principios de la Legislacion, y que se ocupó más bien en dominar en el exterior que en hacer reinar la igualdad y la ventura en el hogar.»—Y en otro lugar añade: «Es muy probable que haya sonado la hora de que, despues de haber sido subyugados por la autoridad de las leyes romanas, las sometamos á la autoridad de nuestra razon, y que, despues de ser esclavos, seamos sus jueces.»

MR. GARAT. «Aquellos hombres orgullosos (los jurisconsultos de Roma), entusiastas de lo que la dialéctica de Aristóteles tenía de más sutil y misterioso, llevaron á la Jurisprudencia las sectas y las disputas interminables de la Academia, del Liceo y del Pórtico. Se creeria que la naturaleza de un

contrato y de un testamento era tan difícil de conocer como la naturaleza del universo, y que las leyes de sucesiones son también tan oscuras como las leyes de la creación, y, gracias á su genio y gracias á sus trabajos, esto se tuvo por indudable por muchos siglos.»

HENRYS. «¿No es contra la buena política de un Estado hacer pasar el tiempo á la juventud en el estudio de una Jurisprudencia que no sirve de ley?»

HOTMAN. «Los que nos recomiendan con entusiasmo el estudio de los códigos de Justiniano, como fuente de toda ciencia, nos convidan á beber (permítaseme la frase) aguas de fuentes demasiado revueltas.»

EL AUTOR del *Ensayo sobre la política y la legislación de los romanos*. «Sin duda en el número de legistas hay genios de una capacidad distinguida; sería injusto negar este elogio á un Faber, á un Cujas; pero cuando se conoce el corazón humano se comprende perfectamente que sería necesario que estos sabios tuvieran un heroísmo sobrenatural para convenir en la inutilidad minuciosa de una ciencia á la que habían consagrado sus trabajos y sacrificado ocupaciones más interesantes y [más útiles.]»

MR. BRAVARD VEYRIÈRES (*). «En vista de estos textos (algunas leyes del *Corpus Juris*) yo no puedo tomar parte en los elogios que sin restricción han prodigado al Derecho romano hombres por otro lado de autoridad, porque probablemente le han admirado tanto más cuanto menos le conocían; Bossuet, por ejemplo, en aquel pasaje que se ha alegado tantas veces....» «Y además, hoy, leyes, usos, instituciones, todo se ha cambiado y renovado; y lo que pudo

(*) *De l'Étude et de l'enseignement du Droit romain*. París, 1837. Pág. 168.

ser excelente para la antigua Roma no sería en todo caso para nosotros más que una herencia de *viejas reliquias*, para servirme de la expresión muy acertada de un antiguo pensador» (*).

¿Pudiera citar algunos otros escritores, pero sería monótono, porque el argumento es siempre el mismo: que la organización de nuestra familia no es la romana, que nuestras costumbres no son las de Roma; en una palabra, que no somos romanos. I

He acumulado autoridades en contra de este Derecho, porque no quiero que se diga que debilito la fuerza de los argumentos para rebatirlos.

§. III

Estas opiniones, como veremos cuando nos ocupemos en refutarlas, proceden de diferentes orígenes: algunas son hijas de la escuela que en *codificación* se llama *filosófica*; escuela profundamente radical, que cree que los códigos han de redactarse con independencia de las tradiciones de los pueblos, y que es llegado el día en que el edificio no debe reformarse, sino demolerse y levantarse de nuevo, y en la común destrucción nada tiene de particular que marche el precedente romano, pues en ella van envueltos todos los elementos de nuestra actual civilización.—Otras acusan un hecho en el que voy á detenerme y á sacar de él una consecuencia de interés sumo.

(*) Obra citada. Pág. 189.

La importancia del Derecho de Roma, como tendríamos también ocasión de examinar, es evidente á todas luces: bastaría para demostrarla el hecho de estarse enseñando con entusiasmo en la actualidad en todas las universidades del continente europeo, y haberse inaugurado nuevas cátedras en Inglaterra.

Los Abogados italianos sobresalen en sus escritos (*) por un conocimiento profundo y por un uso inteligente de las leyes romanas.

Los franceses, también dice Savigny, se sirven con frecuencia del referido Derecho con habilidad no común para esclarecer y completar el Código civil.

De los españoles de nota podemos asegurar que no se distinguen ménos en su manejo para explicar el patrio; prueba de ello, entre otras, las notables obras de los Sres. Gutierrez y Morató.

Hoy por hoy, como lo confiesan todos los sabios, no hay libro más importante para hacer jurisprudencias que los monumentos latinos. El *Digesto*, con sus finos análisis, hace al hombre práctico ántes de tener práctica. En ningún punto se ve con más claridad el desenvolvimiento de lo abstracto de los preceptos que en los clásicos de Roma; tal es la riqueza de los casos que analizan. «Es necesario, ha dicho Fresquet, que sea muy ardua la cuestión para que se encuentre atascado en ella el Abogado que haya manejado con frecuencia á Papiniano.»—Y, sin embargo, sabido es que nuestros jóvenes juristas prefieren adiestrarse en la materia de contratos en alguna obra francesa, ó ver las intrincadas dificultades de servidumbres ó de los derechos reales en alguna enciclopedia extranjera.—No hay que dudarlo; prescindiendo

(*) Así lo dice, entre otros, Mittermaier.

de esa brillante pléyade de Abogados, honra de nuestro foro, y de esos escritores, renombre de la ciencia, la mayor parte abandonan el Derecho romano apenas salen de las aulas, y creen que no sirve más que de andadores para penetrar en el patrio.

Los literatos y poetas leen con avidez á Virgilio y á Horacio; casi los saben de memoria: el *Digesto* permanece cerrado en las bibliotecas.

Este olvido, este desden, estas opiniones en contra de un elemento tan indispensable en la ciencia jurídica, no hay que dudarlo, indican un defecto, manifiestan un vicio profundo, porque en el orden moral como en el físico nada hay sin causa, y *este defecto* y *este vicio*, sin ningún género de duda, *está en el modo de enseñarle y en el modo de considerarle*.

En el Derecho romano se enseña algo que es inútil y se omite mucho que es de alto valer y de gran aplicación en el foro: se enseñan demasiadas leyes de esclavos y libertos y se omiten admirables doctrinas de los jurisconsultos de la edad clásica: se enseñan demasiados comentarios de la ley Aquilia y se abandonan los preceptos que sobre indivisibilidad de obligaciones, posesión y concurso de acreedores nos han legado aquellos incansables analizadores de la ciencia jurídica.

El Derecho romano puede compararse, y la comparación me parece exacta, á una mina inagotable y hermosa, pero en la que se emplea muchas veces al alumno en beneficiar no los ricos venteros en que todo es oro puro, sino en roturar los terrenos adyacentes, en que no hay un átomo de metal: no se lleva al alumno al corazón de la mina, sino que sale cargado de tierras y pedruzcos inútiles; así es que en el ejercicio de su carrera no se acuerda más, y con razón,

de aquellos trabajos y de aquellos materiales que sólo le han producido fatiga y desaliento.—El punto vital, pues, el eje de la cuestion está, á mi juicio, en la distincion entre trabajos útiles é inútiles de la legislacion latina, y ésta es la tarea que voy á emprender.

§. IV

§. Tratados inútiles.

Los tratados é ideas del Derecho romano inútiles para el alumno de Jurisprudencia española pueden reducirse á tres categorías.

Primera. Las instituciones que no tienen relacion con las nuestras.

EJEMPLOS. *Esclavitud*: nó en globo y en general, porque esto da abundante luz para el conocimiento de la sociedad romana en todos sus órdenes, así en el económico como en el político, sino en sus pormenores largos y prolijos, cuales son los siguientes:

«Institucion de heredero hecha en los esclavos; nombramiento del propio; consecuencias de la enajenacion ó manumision posterior del siervo en vida del testador. Institucion del ajeno; idem del dado en usufructo, en uso ó perteneciente á distintos dueños, etc., etc.

«Estipulaciones de los mismos: consecuencias que se derivan de que el siervo haya contratado para sí, para su dueño ó para su consiervo, ó haya estipulado un hecho.» Lo mismo decimos de los títulos referentes á los libertos: este estudio, en general, es muy importante; lo es el de las leyes Elia Sen-

cia, Furia Caninia y Junia Norbana para la historia; nos pinta perfectamente la sociedad en los primeros dias del Imperio; más allá todo es pesado é inútil. Ociosa es la tarea de los modos, por los que los libertos latinos podian adquirir la libertad romana, y que Ulpiano comprende en sus reglas; y la de las sucesiones testada é intestada de los patronos.

Y, por último, es tambien impertinente todo el largo tratado de delitos y cuasi delitos: respecto á los públicos, basta citar algunas de las especies de los juicios, en que se conocian, para convencerse del escaso interes de la materia. Hé-las aquí: *Julia majestatis*, *Julia de adulteriis*, *Cornelia de sicariis et veneficis*, *Pompeja de parricidiis*, *Cornelia de falsis*, *Julia de vi publica seu privata*, *Julia peculatus*, *Fabia de plagiariis*, etc., etc.

Bravard Veyrières (*) juzga que tambien se dedica demasiado tiempo á la investigacion de los procedimientos romanos; esto, en mi sentir, ya es más opinable: nuestro procedimiento y nuestras acciones tienen raíces demasiado profundas en aquellos modos de enjuiciar y creo que deben consignarse en todos sus pormenores.

* * *

Segunda categoría. Aún en las instituciones, que tienen relacion con las nuestras y que indudablemente deben presentarse todas ellas históricamente, son tambien inútiles los pormenores demasiado pesados y detenidos de su parte histórica. Si se trata, por ejemplo, de la libertad de testar en Roma y de sus limitaciones sucesivas, es en gran manera instructivo conocer las razones por qué ha existido esa libertad en

(*) Pág. 266.

los primeros siglos y por qué hubo de modificarse en los sucesivos. Es hasta ameno presenciar cómo nacen las garantías de los hijos contra las desheredaciones injustas de sus padres, empezando por las tácitas ó pretericiones. Nacen como los acontecimientos de la naturaleza, tan paulatinamente que se asemejan á la aparicion de las primeras luces del dia. En los albores de la institucion, el favor sólo se concede á los hijos herederos suyos, porque sólo éstos estaban en la familia civil, única que figuraba por aquellos dias: cuando los pretores introducen la familia natural al lado de la quiritaria, la ley dilata su amparo á los emancipados. Ocúpese tambien algo el alumno en los póstumos; pero son excesivos detalles todo lo demas de póstumos y cuasi-póstumos ó póstumos veleyanos; que para algunos de los primeros hay que emplear la fórmula de Aquilio Galo; que en cuanto al modo de desheredar unas veces hay que hacerlo *nominatim*, las otras *inter cæteros*; que la pretericion de los unos produce la nulidad del testamento; la de los otros les da el derecho á reclamar la mitad de la herencia ó una porcion viril, segun que concurren con extraños ó herederos suyos, etc., etc., para luégo terminar diciendo que Justiniano destruyó tan complicado sistema reduciendo la ley á la unidad. Todo esto es llevar demasiado léjos los precedentes de nuestro Derecho, cuando acaso en el trascurso de la vida no haya tiempo para hojear los comentaristas de las leyes patrias.

Lo mismo digo de las sucesiones abintestato: su desarrollo gradual en las diversas fases de la civilizacion de Roma es interesante; prueba de ello el trabajo de Mr. Troplong sobre la materia; pero algunos pormenores son completamente inútiles, como los referentes á las modificaciones por que atravesaron los Senado-consultos Tertuliano y Orficiano, hasta

la época de Justiniano, y en los fideicomisos universales las que recibieron los Trebeliano y Pegasiano.)

* * *

Tercera categoría de estudios inútiles. Trabajos demasiado minuciosos de interpretacion, nó sobre el fondo ó pensamiento general del legislador, sino sobre la fórmula que éste ha empleado para expresarle. Cuando una legislacion ha de aplicarse en el foro conviene, es indispensable, conocer todos los casos que están comprendidos en la ley; uno solo que se ignore hará que se falle mal el pleito; mas en las legislaciones muertas no sucede así. Hé aquí algunos ejemplos de estas discusiones sobre la letra del precepto legal en que se han perdido los escritores desde la aurora de la escuela de Bolonia y que, si fueron de importancia cuando el Derecho de Bizancio tenía autoridad en los tribunales, hoy carecen completamente de ella.

NOVELA 18. Antes de esta disposicion del Emperador de Constantinopla la parte de herencia forzosa para todos los legitimarios era la cuarta; por la novela se aumentó, determinándose que si los descendientes eran más de cuatro fuera la mitad, la tercera parte en otro caso. El conocimiento de esta ley es útil, nos muestra el pensamiento de los jurisconsultos de aquel entónces, nos proporciona datos sobre la cuestion debatida en el campo de la ciencia de si la cantidad de la legítima ha de ser absoluta, ó si ya que se ponen límites á la libertad de testar debe ser proporcional al número de legitimarios.

Pero en seguida vienen debates de muy escaso interes, á que da lugar la oscuridad en que está formulada la constitucion imperial; por ejemplo, entre otros, los siguientes:

La novela habla sólo de descendientes; ¿habrá sido extensivo el aumento á los ascendientes? Muy enhorabuena que si la ley estuviera clara el abogado español conociera este dato más de la disposicion romana; pero ¿para qué sostener una polémica de la que no han de resultar más que ligeras probabilidades de acierto?

Para computar la legítima, la ley nos habla de número de descendientes, pero no nos dice si se han de contar por personas ó por stirpes. Á un abuelo le quedan cinco nietos de un hijo premuerto; ¿la herencia legal de estos nietos es la mitad, ó la tercera parte? Si resolvemos que es la mitad, su posicion es mejor que si hubiera vivido su padre, puesto que éste, como único legitimario, sólo tendría derecho á la tercera parte; y aquí los comentaristas se dividen en tres escuelas. Cuestiones tanto más inútiles cuanto que hoy no tenemos la tasa de la legítima romana, sino la de la ley de Toro.

Respecto á las relaciones sobre el particular entre los padres y los hijos, la novela 115 impúsoles el deber de instituirse mutuamente herederos, ó desheredarse por una de las causas en ella determinadas, y además prescribió la necesidad de que se expresase en el testamento. De aquí resulta que son tres los casos que pueden ocurrir en que no se cumplan las condiciones de la ley: primero, no expresarse causa de exclusion; segundo, no ser cierta; tercero, no ser de las enumeradas. Algunos jurisconsultos quieren que en todos ellos se impugne la disposicion testamentaria por la accion de nulidad por faltar á los requisitos del nuevo derecho (Azon); otros que se entable siempre la querella de inoficioso testamento (Vinnio); y otros, por último, adoptan un sistema medio, y creen que es nulo el testamento si no expresa el motivo de la desheredacion, ó no es de los le-

gales, é inoficioso cuando no es cierto (Acursio). Á esta clase de disputas inútiles corresponde tambien la manía en ciertos casos de deshacer las antinomias de los Códigos de Justiniano.

Á semejantes cuestiones del Derecho romano es aplicable el dicho de Hotman, sólo que lo hace extensivo á tratados á que no debe extenderse. «El abogado frances que supiera todas estas cosas y las supiera tan bien como un Caton ó un Scévola se encontraria, sin embargo, tan extranjero en medio de los tribunales de su patria como si hubiera arribado á tierras nuevas, entre los salvajes de la América.»

Para probar todo esto, Bravard Veyrières toma el camino acertadísimo de demostrarlo prácticamente, y determina comentar algunas leyes; entre ellas, por ejemplo, la 55 del *Digesto*, referente á la ley Aquilia. Sabido es que dicho plebiscito, en uno de sus capítulos, disponia que el que matara un esclavo ajeno quedase obligado á pagar el mayor precio que hubiera tenido en el año anterior á su muerte. Este capítulo, sencillo como parece, necesita desenvolvimientos, y uno de ellos es el objeto de la disposicion á que nos referimos, en la cual se pregunta:

Ticio ha estipulado á Stico y á Pánfilo á eleccion del deudor. Stico vale 10; Pánfilo 20. El acreedor mata á Stico ántes que el deudor caiga en mora. ¿Qué es lo que tiene que indemnizar el acreedor? Y aquí nuevas distinciones y nuevas controversias. ¿Estamos en el mismo caso que si el matador fuera un tercero? ¿Qué es lo que hay que pagar, 10 ó 20?—Y despues de emplear el distinguido profesor de París ocho páginas en el comentario, que no tiene nada de redundante, exclama: «Hé aquí mi interpretacion de este fragmento: es muy fácil que alguno no la crea suficiente; pero es la mejor que puede hacerse: comparemos el tiem-

po y la reflexion que fueron necesarios para llegar á ella con la utilidad que puede proporcionar la perfecta inteligencia del texto ó de cualquier pasaje análogo, y dígasenos si son compensables.»

Otro caso que analiza. Determinar cuándo en la estipulación nace la acción *conditio certi*, ó la *ex stipulatu*. Esto era sumamente capital en Roma, pues de entablar una ú otra dependía el éxito del litigio, atendida la naturaleza del procedimiento que entonces se usaba. Todo lo de estipulaciones romanas ofrece interés, pero no lo tiene el presente punto; y, sin embargo, si se ha de estudiar aquella legislación en absoluto, este detalle necesita largo análisis; y Bravard Veyrières, después de citar y explicar los múltiples textos, que sobre la materia dejaron los jurisconsultos romanos para determinar, cuándo una estipulación es sobre cosa cierta ó incierta fundamento de la diferencia de las mencionadas acciones, dice: «Pero tales sutilezas carecen completamente de utilidad y de interés hoy que, afortunadamente, este caprichoso sistema no tiene ninguna analogía en nuestro Derecho: incapaces por sí mismas de proporcionar alimento alguno á la razón, luz á la inteligencia, no pueden servir más que para probar el espíritu estrecho, nimio y caviloso que había presidido entre los romanos á la organización del procedimiento tan hábilmente explotado, como es sabido, por los patricios. ¿En dónde está, vuelvo á decir, la gran necesidad de recargar el pensamiento con tantas sutilezas?»

Y otro escritor añade al mismo propósito: «Que consideren los amantes y los que desean el bien de la juventud francesa cuál de los dos estudios será de más provecho, el de las cosas que son de uso común de la vida y que sirven para contestar acertadamente cuando sean preguntados, ó

el de aquellas que se hallan tan en uso como los trajes de los antiguos druidas?» (*)

Cuánto mejor sería, en vez de estar detenida la enseñanza en trabajos, que nada instruyen, llevar á los alumnos inmediatamente al centro de la mina y recorrer ese inmenso campo del Derecho romano, tan relacionado con el nuestro, y para el que apenas hay tiempo en los dos cursos académicos, ejercitándolos en los textos referentes al régimen dotal, ó familiarizándolos en los que el *Digesto* nos suministra sobre evicción en los contratos gratuitos ú onerosos, ó con los de Paulo sobre la autoridad de la cosa juzgada, por más que se hicieran ligeras indicaciones sobre esos otros puntos, como enseñanza histórica y por no romper la armonía del cuadro.

Prueba de la importancia de la distinción, en que nos ocupamos, es el gran número de monografías, que con frecuencia ven la luz pública en las demás naciones, por lo general referentes á puntos que guardan relación con el Derecho vigente; y sabido es que los extranjeros apenas aciertan á dilucidar una cuestión de sus códigos sin interrogar al mismo tiempo, qué es lo que pensaban sobre ella los jurisconsultos de la edad de oro.

Pellat compiló en 1853 los fragmentos del Derecho romano relativos á la propiedad y sus desmembraciones, especialmente los del usufruto.

Van Wetter escribió sobre el Derecho de acrecer.

M. Labbe publicaba en 1868 los textos que le habían servido de materia de explicaciones durante aquel curso res-

(*) Replicarése, acaso, que esto es una especie de gimnasio jurídico para aprender á interpretar y á combinar las leyes; pero contestaremos que sobradas ocasiones les proporciona para tales ejercicios el resto del Derecho y sobre todo el nuestro.

pecto de la influencia del hecho ó de la mora del deudor en la suerte de sus codeudores.

El año próximo pasado Paul Gide, profesor de la universidad de París, dió á la prensa sus trabajos científicos sobre la novacion y la transmisibilidad de créditos.

Mas la distincion de que hablamos necesita otros detalles, y esto va á ser el objeto del siguiente párrafo.

§. V

Base de la distincion de tratados útiles é inútiles de la Legislacion romana.

En el civil, como en todas las ramas del Derecho, hay una parte que nunca varía, que es la misma en todas las naciones: hay otra que es consecuencia del modo de ser de los pueblos: las reglas que la Ciencia enseña respecto á la posesion no hay motivo para que sean diferentes segun los tiempos: lo mismo decimos de la prescripcion y de los modos de adquirir el dominio, la naturaleza de los derechos reales, los contratos en su mayor parte, el régimen dotal, los legados, etc. Aquí es en donde se encuentra la importancia esencial de la Legislacion romana. En esta seccion, una vez investigada la verdad, queda conquistada para siempre; en ella no pueden variar los códigos; el que hubiera sido un gran jurisconsulto de los siglos de Adriano, y resucitara hoy, lo sería notabilísimo en cualquiera nacion de la actualidad (*). Por consiguiente, si la referida seccion del Dere-

(*) Estas son reglas ciertas y constantes de verdad abstracta, en que no entra más elemento que el técnico ó científico: las otras son leyes históricas, que han obedecido á las condiciones especiales del pueblo, que les dió nacimiento.

cho privado es igual en todos los pueblos, y en Roma se estudió á una altura inimitable, allí debemos ir á inspirarnos.

Á esto, acaso se haga la observacion que, si en los escritores modernos se presenta con tanta lucidez desarrollada como en los romanos, excusamos acudir á aquellos orígenes para estudiar esa parte absoluta del Derecho. Contestaremos lo que manifestaba Savigny en análogo caso. «Cuando sepamos manejar los materiales del Derecho como lo hacian los romanos; cuando nos encontremos en semejantes circunstancias, desde luego debemos abandonar sus trabajos á las alabanzas del historiador. Pero no sucede así, y aquí pasa lo que en otros puntos de la inteligencia.... Los trabajos de los modernos comentaristas holandeses y franceses son muy inferiores á los de los jurisconsultos de la edad de Augusto.»

La separacion que acabamos de trazar ya es muy comun en los tratadistas.—En Savigny sirve de base á su gran obra del *Sistema del Derecho Romano*.

En otra más vulgarizada en España, la de Mackeldey, están suprimidas por lo general las instituciones meramente históricas.

Mr. Guillemin decia: «La enseñanza del Derecho bizantino puede ser considerada en su parte histórica y en los principios de que se deriva la Legislacion moderna. Es necesario conocer la primera para no dejar incompleto el sistema; pero es en la segunda en donde debe insistirse, ya que contiene materias análogas á las de nuestros códigos: ésta debe ser el objeto preferente de la enseñanza» (*).

(*) Y Mr. Agresti, notable jurisconsulto italiano, en un discurso de apertura de las cátedras de Derecho en París, decia (sus obras se han publicado en 1845): «Es necesario distinguir en los monumentos de nuestro Derecho dos clases de doctrinas: las unas en que los jurisconsultos ro-

§. VI

Método de exposicion de las instituciones meramente históricas ó extrañas á nuestra sociedad.

Áun en el desenvolvimiento de estas mismas conviene hacer una nueva distincion. Hay unas cuyo estudio da conocimiento del modo de ser de la sociedad en que han vivido; por ejemplo, la esclavitud, la agnacion, la gentilidad: otras que ni esta ventaja reportan. Las primeras deben desarrollarse en globo, á la manera que se estudian las Legislaciones del Oriente y de otros pueblos en la asignatura de Derecho comparado. El orden económico y moral, la concentracion de la riqueza en Roma no se comprenderia sin echar una mirada sobre las vicisitudes de la esclavitud. La ley Elia Sencia nos pinta la desorganizacion de los últimos tiempos de la República; las Junia Norbana y Furia Caninia las ideas y tendencias de los legisladores: pero de esto al comentario minucioso y pesado de las obras exegéticas sobre las mismas leyes, resolviendo casos como si fueran de aplicacion á la práctica, média una distancia in-

manos, inspirados por la gran fuente del Derecho racional y por los principios que deben guiar á todos los legisladores, han desplegado hasta los últimos confines el superior vuelo de su inteligencia: las otras en que, ciñéndose tímidamente á la interpretacion literal de la ley antigua y desentendiéndose de elevar su espíritu á las máximas más universales, han dado muy malas decisiones. El jurisconsulto moderno debe separar con cuidado estas dos clases de teorías; y, siguiendo con admiracion las primeras, conviene que sepa abandonar las segundas.»—Igual pensamiento es el de Desportes al iniciar su notable trabajo sobre los hijos naturales.

mensa. En disposiciones legislativas de naturaleza tal ha de indagarse con preferencia la relacion entre la causa y el efecto: si la causa es política (tutela perpétua de las mujeres) será una enseñanza política; si es económica será una leccion de esta materia. En suma; lucubraciones razonadas y de interes, como las de *Dureau de la Malle* y *Laferriere*, más bien que trabajos de diseccion como los de Vinnio.

Las otras instituciones, esas que ni para dar conocimiento de la vida íntima del pueblo sirven, no hay por qué estudiarlas, circunscribiéndose el expositor, cuando más, á describirlas superficialmente, y mejor aún á la mera enunciacion de la forma en que han vivido.

§. VII

Tratados importantes de la Legislacion romana.

Por lo que vamos diciendo se comprende que no es posible enumerarlos. Es todo el Derecho, ménos esa pequeña seccion de instituciones que han quedado sepultadas con el pueblo que las habia creado.—Es importante el tratado de la familia, pues, por más que difiera mucho su constitucion de la de la nuestra, subsisten de ella respetables vestigios. Lo es el dominio tan admirablemente desarrollado en su esencia y modos de adquirir, especialmente en las doctrinas de la prescripcion; así como las servidumbres, la posesion y las sucesiones: en una palabra; se destaca en ese grandioso monumento todo el estudio de los derechos reales, y más aún la incomparable parte de la contratacion, en la que parece haberse

reflejado en todo su esplendor el genio de la Jurisprudencia.

Y si á las monografías citadas quisiéramos añadir otras que esto probaran, mencionaríamos:

Las de Machelard, Galbanus, Noot y Pellat, sobre *Servidumbres*.

La de Ribereau, sobre *Propiedad*.

Las de Molitor, Labbe y Vernet, sobre *Obligaciones*.

La de Machelard, sobre *Obligacion natural*.

Sobre *Obligacion solidaria*, la de Demangeat.

Sobre *Prestacion de culpas*, la de Malapar.

Sobre *Contratos innominados*, la de Accarias.

En *Compra-venta*, Boulland.

En *Fianza*, Rivier.

En el tratado de *Familia*, Rollet.

Y en *Posesion*, Molitor, Parieu, Van Watter, Herman Witte y Stœlzel.

§. VIII

Los tratados de la *Instituta* deben adicionarse con los del *Digesto*.

Determinado en dónde está la verdadera importancia del Derecho clásico, debemos añadir que es necesario adicionar los tratados de la *Instituta* de Justiniano con los del *Digesto*; tales, por ejemplo, concurso de acreedores, y detalles de inmenso valor sobre posesion. No hay motivo para ese privilegio de que han gozado algunos hasta aquí sólo porque el Emperador no mencionó los otros en su obra manual. Así se hace en las universidades de Austria y Alemania, y

así lo indica tambien el Sr. Durán y Bas, profesor de la de Barcelona (*), constituyéndose de esta manera un Derecho de Pandectas. El tiempo que habia de consagrarse á cosas inútiles se empleará con ventaja en este suplemento (**).

§ IX

Método de enseñanza del Derecho romano, con exclusion de los tratados inútiles.

El primer punto es que de toda disposicion legislativa, ademas de investigar su origen histórico, debe hacerse muy principalmente su *crítica racional*.

Sin entrar demasiado profundamente en la explicacion de esta materia, porque me llevaria muy léjos, diré: en el mundo encontramos lo regular, lo irregular; lo armónico, lo inarmónico; tipos que se aproximan al bello ideal, otros que se alejan de él. Cuando estudiamos un sér irregular, para juzgarle, es necesario poseer el conocimiento del ideal correspondiente. Para apreciar una pintura debemos tener ideas del arte de pintar en general, pues si ignoramos lo perfecto mal podremos decidir que el cuadro se aparta de la norma y que, por consiguiente, es defectuoso. Para estudiar los clásicos han de preceder necesariamente los principios de la Retórica, que nos indican lo que deben ser las producciones literarias. (Muy difícil sería al anató-

(*) *Revista de Legislacion y Jurisprudencia*. Tomo LII.

(**) Las obras de Marezoll, Mainz, Mühlenthal y Mackeldey siguen este plan.

mico empezar sus tareas por el conocimiento de las degeneraciones que los tejidos presentan en algunas enfermedades. En vez de estudiar estas irregularidades, da principio á las lecciones por la diseccion del hombre perfecto; pero tampoco en las edades embrionarias, sino en el complemento del organismo, en la edad de los treinta años. En vista de esta pauta, explica las deformidades y comprende las tendencias de los rasgos del feto.

El Derecho positivo de un pueblo, y mucho más el del romano, queda indicado que no es el Derecho racional en absoluto, sino una realizacion más ó ménos perfecta de notables desviaciones en algunos casos, debido á las condiciones especiales que la determinaron.

Si el alumno ha de adquirir noticia cumplida de las instituciones tiene que compararlas con su bello ideal.

No basta exponer lo que fué la adopción en Roma: es indispensable determinar si es una institucion racional que satisface un fin comun á todos los pueblos, y que, por consiguiente, conviene conservar en los códigos, ó si, por el contrario, lo fué de circunstancias y meramente histórica.—No basta decir que en aquel pueblo los beneficios de inventario y deliberar eran incompatibles; y tratándose de la autoridad de los tutores no es suficiente exponer las complicadas reglas que los romanos tenían para determinar cuándo el tutor debía representar ó autorizar al pupilo, sino que hay que añadir si esto estaba conforme con los principios de la Filosofía.

Antes de explicar la organizacion de los bienes en el matrimonio habrán de examinarse las várias combinaciones de que es susceptible esta materia. Antes de las desheredaciones y las legítimas, las formas que á la libertad de testar pueden darse. Antes de las hipotecas, los diferentes sis-

temas hipotecarios. En una palabra; á los peculios, á los fideicomisos, á la tutela, habrá de preceder la idea general de los tipos de perfeccion correspondientes. De otra manera el alumno no tiene norma para juzgar, y esta norma, por lo comun, debemos encontrarla (al presente) en lo que han pensado los jurisconsultos modernos al escribir sus códigos civiles: por eso se ha dicho, y con razon, que la enseñanza del Derecho romano debe iluminarse con la antorcha de la Legislacion comparada; si no se hace así, omitiendo formular este juicio, quedará al alumno un inmenso vacío, porque no sabrá si lo que aprende en los códigos romanos es lo acertado, ó una desviacion de la verdad (*).

En resúmen: si el Derecho de que tratamos ha de estudiarse satisfactoriamente, al lado de cada institucion, de cada ley, cumple determinar si esta institucion ó esta ley obedece á los consejos de la razon ó se aparta de ellos. En el primer caso será una institucion ó una regla racional, que vivirá siempre en los pueblos; en el segundo, una disposicion meramente histórica: y como en todos los órdenes nada se presenta sin causa, es indispensable investigar en este caso por qué ha tomado aquella anómala forma en el pueblo del Lacio.

Y con esto queda tambien constituida una filosofía especial de las instituciones del Derecho privado. Filosofar es razonar, ó, más claro todavía, buscar la razon de las cosas. Sabido es que la ciencia se parece á un árbol. El Derecho tiene su tronco, del que parten diversas ramas, que son las diferentes secciones en que se divide: el penal, el de proce-

(*) Fresquet, profesor de Derecho romano de Aix, ha dicho:*Mais une fois ces éléments réunis, il faut, à l'aide de la Philosophie et de l'Histoire, porter un jugement motivé sur ce qui est et sur ce qui devrait être.*—*Droit romain*. Tomo I, pág. 7.

dimientos, etc. Constituyen el tronco, como es natural, los conceptos comunes á todas las secciones, las primeras ideas, las ideas más generales, idea de Estado, de los derechos del hombre, del primer principio ó base de la ley, de la justicia, etc., etc. Lo que es muy comun es hallar obras de esta parte general de la Filosofía de la Legislacion; abundan en extremo: son más raras yá las filosofías, digámoslo así, de las nociones secundarias, y tanto más raras cuanto más nos alejamos del tronco y nos aproximamos á los últimos filamentos ó detalles de la ciencia: todavía es fácil encontrar en procedimientos filosofías de la prueba, pero ya es más difícil poseer tratadistas razonadores de los variados incidentes de la prueba testifical. Lo mismo acontece en el Derecho privado: las nociones básicas están discutidas hasta la saciedad; ideas de dominio, de libertad de testar, etc.: pero es reducidísimo el número de expositores de la parte crítica de las disposiciones de segundo orden y es indispensable que el razonamiento abrace todo: de la mision del abogado es investigar la razon de existir de las disposiciones más insignificantes; de otro modo no será más que un mero empírico. No debe exponerse una regla de Derecho sin sentenciar si está conforme ó nó con las normas de la razon. En la asignatura de que tratamos es en donde corresponde sentar las bases racionales del Derecho privado descendiendo á sus múltiples accidentes. La enseñanza del Derecho romano bajo este aspecto tiene dos objetos: determinar el origen histórico de nuestra Legislacion y lo que debe ser segun los principios de la equidad. Con esto el profesor del Derecho patrio puede entrar de una manera franca y desembarazada en la exposicion de las doctrinas que están á su cargo; el alumno lleva la base *racional é histórica del Derecho*. La racional, porque posee el conocimiento de la ins-

titucion en absoluto; la histórica, porque sabe cuál fué la forma que presentó desde su origen (*).

Acaso se hagan al anterior sistema dos objeciones de escasa valia. Primera, que no hay tiempo en dos años escolares para la tarea propuesta: esta observacion, dicho sea de paso, contesta á los que quieren reducir el período de enseñanza del Derecho romano; pero tambien podemos sentar que los dos cursos académicos prestan tiempo suficiente para la discusion apetecida, como la experiencia nos lo ha mostrado. Segunda, que los alumnos no están en disposicion de entender esos razonamientos. Esta otra apreciacion tampoco es exacta: á la capacidad del jóven jurista son mucho más adecuadas las referidas investigaciones que esa otra parte filosófica más elevada que se pretende á veces in-

(*) Ihering, en la introduccion de su obra *Espiritu del Derecho romano*, dice: «En vez de lente necesitamos, permítasenos la comparacion, el telescopio; es decir: en vez de ocuparnos en una crítica reducida á la forma de trasmision del Derecho romano, á los manuscritos, á las variantes, etc., debemos emprender la crítica, la historia natural del *Derecho en general*. El que quiera medir, debe tener una medida, y la medida para juzgar un Derecho particular no nos puede ser proporcionada sino por la doctrina de la naturaleza del Derecho en general y de la forma bajo que se manifiesta.... Cuántos fenómenos tenemos que dejar abandonados sin sacar de ellos leccion alguna, y con el convencimiento íntimo, sin embargo, de que encierran una riqueza intelectual, y que con una mayor cantidad de síntesis filosófica del Derecho se hubieran puesto en evidencia.... Al emprender el presente trabajo creo ver que se desenvuelven delante de mí los espacios infinitos del estrellado firmamento. Pero á cada paso que doy me encuentro detenido (continuando la comparacion) por la falta de instrumentos de laboratorio, y me convengo una vez más que es necesario aumentarlos y perfeccionarlos para ensanchar el campo de los descubrimientos. Á medida que la doctrina general del Derecho natural se perfeccione en el terreno de la Filosofía del Derecho y del Derecho comparado; á medida que se enriquezca con ideas nuevas y nuevos puntos de vista, llegará á ser más completa la verdadera esencia del Derecho romano.»—Tomo I, pág. 23 de la trad. franc.

troducir dando dilatadas proporciones á los Prolegómenos ó introduccion de la carrera, llamada tambien Enciclopedia; y la razon es obvia. Los Prolegómenos comprenden las ideas más generales del Derecho, naturaleza del Estado, etc., y sabido es que las ideas generales son de tanta más difícil inteligencia cuanta más extension tienen. Las generalizaciones del Derecho civil son ménos extensas, son síntesis más sencillas (*).

El segundo punto de la exposicion del Derecho es que debe enseñarse *históricamente*.—Pero nó una historia descarnada, aglomeracion de hechos sin vida que nada enseña, que éste fué el sistema antiguo, sino fijándose principalmente en la relacion entre la ley y la causa que la motivó.—Por lo general, hasta nuestros dias las tareas históricas se han reducido á la narracion de los sucesos que determinaron el movimiento de las instituciones, y en los tratados del Derecho á la exposicion de las mismas evoluciones: tales son las historias de Hugo y Berriat-Saint-Prix: falta, digámoslo así, el espíritu científico: aquí se ve el efecto y la causa, pero se echa de ménos la demostracion del enlace entre el uno y la otra. El estudio profundo de la Legislacion reclama imperiosamente esta parte: es necesario hacer una historia filosófica; descubrir y cimentar la alianza entre el Derecho, la Historia y La Filosofía. El Derecho romano de hoy no es aquella *anatomía* pesada de textos de los siglos pasados, sino que se investiga su modo de funcionar: en una palabra, se hace y se construye su *fisiología*.

Este objeto elevado y difícil ha recibido sus primeras luces con Vico, y sobre todo con Bossuet, que trazó en sus

(*) Los Prolegómenos son indispensables: lo que combato aquí por incidencia es que se les dé demasiada profundidad.

obras los cimientos de la Filosofía de la Historia. Es indispensable remontarse con vista de águila y enseñar la ruta que ha seguido el Derecho al través de los siglos. De tan acertado sistema tenemos, sin embargo, ya en nuestra asignatura los trabajos siguientes: los de Savigny, que escribe la teoría íntima de las leyes romanas; el de Mr. Troplong, que proyecta viva luz en una época de aquel pueblo, y pinta con rasgos admirables la influencia del cristianismo en el Derecho de Roma; y los de Laferriere, historia del Derecho romano en general (*).

Hoy que la Ciencia ha adelantado, dirigimos nuestra observacion sobre las leyes de los romanos é investigamos las causas de su aparicion en aquel mundo jurídico, á la manera que el físico estudia los fenómenos que le presenta la naturaleza: tan cierto es, por más que parezca paradójico, que nosotros conocemos bajo este aspecto el Derecho romano mejor que los mismos romanos (**).

(*) En este punto, Ihering se expresa así en la introduccion de su obra: «La exposicion del método, mejor que otro medio, indicará cuánto nuestro objeto difiere de la historia del Derecho romano. Yo parto de la idea que toda historia del Derecho romano responde á la doble nocion de Historia y de Derecho; regla tan evidente, que parece imposible que la haya olvidado ningun escritor. Y, sin embargo, ¿cuántas obras de la ciencia romana no están demostrando precisamente lo contrario? ¿En cuántas exposiciones no encontramos ni una historia, ni la historia del Derecho, historias que no son más que un conjunto de materiales de Jurisprudencia histórica, coordinados por épocas y por materias, y un inventario de la historia del Derecho de Roma? El análisis que va á seguir probará los vicios fundamentales del método dominante.»—Tomo I, pág. 25.

Lo mismo ha dicho Meulenaere: los trabajos antiguos sobre los textos nos presentan, es cierto, el esqueleto del Derecho que influye aún en nuestra actual civilizacion, pero no han sabido encontrarle el alma. Es necesario inyectar sangre en las venas de ese cadáver, hacer circular por él la vida é insuflarle el espíritu.

(**) «El descubrimiento de las reglas del Derecho existente, dice el

§. X

Importancia del Derecho romano: su demostracion.

Descartado el Derecho de la Ciudad augusta de ese corto número de tratados completamente inútiles á todas luces, el resto es de la mayor utilidad. Es evidente lo que por tantos siglos se ha repetido en su favor por sus encomiadores. Siempre que una institucion está analizada por los ilustres genios que han fundado la ciencia, allí debemos aprender á ser jurisconsultos. No se concibe estudiar Derecho sin empezar por su base romana.

Son tantos los motivos porque se hace recomendable su conocimiento, que debemos clasificarlos para exponerlos con claridad. El Derecho del pueblo Rey es indispensable para la *Legislacion* y para la *Jurisprudencia*. Detengámonos en cada uno de estos dos órdenes de ideas.

A. citado, implica espíritu de observacion. Y es evidente que la facultad observadora está más ó menos desarrollada segun la diversidad de tiempos é individuos, y que su medida depende del grado de cultura del observador. No hacemos injusticia, por tanto, á los pueblos groseros é incultos cuando les decimos: vosotros sólo habeis comprendido la mínima parte del mundo jurídico que os rodeaba; otra parte se ha escapado de vuestra inteligencia, y no vivió más que en vuestro sentimiento: habeis vivido en medio de relaciones jurídicas, sin conocer la naturaleza de estas relaciones: habeis obrado en conformidad de leyes que no habeis sabido expresar: las reglas de Derecho que habeis conocido no fueron más que destellos de luces aisladas que el mundo real proyectaba sobre vuestro entendimiento.» —Ihering. Tomo I, pág. 34.

Importancia para la Jurisprudencia.

Lo es para esta ciencia:

Primero. *Porque en él se enseña la filosofía especial del Derecho civil.*—Así lo hemos consignado en el §. IX.

Segundo. *Como elemento histórico necesario para la interpretacion de nuestras leyes.*—En todas las Legislaciones en que el Derecho romano es uno de sus principales elementos, y en la nuestra lo es porque el Código de las Siete Partidas es un fiel trasunto de los de Justiniano, el estudio de las leyes de Roma es el auxiliar más poderoso para su inteligencia. Si para interpretar una ley filosóficamente es necesario conocer las circunstancias que la motivaron; si para adivinar el pensamiento del legislador al través de la fórmula que lo expresa es condicion indispensable tener presentes sus ideas, y el modo de ser de la sociedad, nuestras leyes no pueden ser comprendidas, es un absurdo pensar lo contrario, sin conocer la cuna de donde han partido.—La intencion del legislador es el alma de la ley: su conocimiento el factor de más valía para su perfecta aplicacion: la *ratio legis, qua cessante lex cessat*; y la tendencia de una institucion ó de una costumbre no la conocemos sino por su historia.

Fresquet dice respecto á la Legislacion francesa, aún despues de la publicacion del Código del primer Cónsul: «El estudio del Derecho romano presenta resultados que sorprenden muchas veces. Nuestro Código contiene más disposiciones de las que se creen que no son otra cosa que traducciones de Gayo, de Paulo ó de Ulpiano. Este punto puede comprobarse estudiando la tutela, el usufructo, las servidumbres, etc., etc.» (*)

(*) La prueba más terminante tambien de lo que decimos es que

Tercero. *Como elemento de la equidad suplemento de la ley.*—Cuando para decidir las cuestiones no hay ley, ni derecho consuetudinario, ni de la interpretacion se deduce nada, el juez tiene que resolverlas *ex æquo et bono*; esto es, acudir á lo que dicta su razon, creando una regla aplicable al caso y convirtiéndose en tales circunstancias en legislador. En aquel momento debe llamar á concurso todo lo que pueda ilustrarle, y su opinion indudablemente quedará mucho más vigorosa si encuentra un apoyo en la Jurisprudencia universalmente reconocida por todas las naciones.—Boulay ha dicho: «Muy pocas veces podrá citarse para la decision de un pleito un texto bien claro y bien preciso, teniendo que acudir casi siempre á lo que enseña la equidad y el buen sentido.» Y Brocher ha consignado tambien que «el conocimiento y la inteligencia más cumplidos del texto de un código son completamente insuficientes. Lo que hay de más interes é importancia es lo que procura leerse entre sus líneas, y la facultad de leer entre las líneas supone un sentido particular. Este sentido, que toma el nombre de sentido jurídico cuando se trata del precepto legal, no es otra cosa que la facultad creadora, la imaginacion. La educacion del abogado jamás será completa si no tiene hasta cierto punto las cualidades que hacen al legislador.»

Cuarto. *Como modelo de método científico ó lógica jurídica.*—El conocimiento de la forma, de la estructura de una ciencia, más claro todavía, de la organizacion de sus verdades formando un solo todo, es el punto más esencial para el que se inicia en sus estudios. Si los conocimientos están aislados, sin filiacion rigurosa, el conjunto será un arte; el que los posea un mero empírico: si, por el contrario, se presen-

M. Troplong acaba de aplicar, en su voluminosa obra, la Historia á la explicacion del Derecho de este pueblo.

tan íntimamente unidos entre sí y derivados de principios verdaderos y evidentes, el todo será una ciencia (*). Las reglas del Derecho en la cabeza del que no conoce sus afinidades y no determina su organismo, constituirán el hombre de la práctica; de otro modo, será el conocimiento razonado, con unidad. Nada más á propósito para acostumbrarse á dar esta forma á las verdades jurídicas, que el estudio del Derecho romano, ya que es el lógico por excelencia, y su derivacion rigurosa, y su unidad admirable: por cuyos motivos Leibnitz le ha comparado acertadamente con la Geometría (**).

(Debemos, pues, estudiar el Derecho de que tratamos, además de los otros fines, como paradigma de estructura científica. Mr. Blondeau ha dicho: «Se enseña Derecho romano en nuestras escuelas como Legislacion modelo; él es para los jurisconsultos lo que son para los escultores y pintores las grandes obras maestras de la antigüedad.» Y Accarias: «El que llegue á profundizarle, aunque despues olvide sus pormenores, ya habrá alcanzado un provecho duradero: á falta de erudicion le quedará el arte de pensar y el sentido jurídico; ó, para valirme de una expresion de Montaigne: si no hubiese logrado amueblar su inteligencia, la habrá forjado» (***). Sí, estudiamos Derecho romano por una razon estética, y aprendemos á discutir en nuestra ciencia, adquiriendo el hábito de determinar las reglas en que están comprendidos los diferentes casos que se nos presentan en la práctica. Al mismo propósito tambien se expresa de esta manera un ilustre profesor de la universidad de Nancy (****).

(*) Ya que ciencia es el conocimiento organizado.

(**) Leibnitz. *Epist. XV ad Kestnerum.*

(***) *Precis du Droit romain.*

(****) Mr. Ernest Dubois.

«Hay una época en la Legislacion del Lacio que se llama *clásica*: el epíteto es muy oportuno, es el más adecuado para determinar la relacion que existe entre los grandes jurisconsultos romanos y la ciencia del Derecho en general.

»La palabra *clásico* significa lo que hay más perfecto en la forma, lo que hay más notable bajo el punto de vista del Arte. Así, en Bellas Letras se llaman clásicas las obras de Homero, Demóstenes, Virgilio, Racine, Molière. Así se llama música clásica la de Glück, Mozart, Beethoven, para manifestar que las admirables producciones de estos grandes maestros son lo más acabado en el Arte. La comparacion entre todos estos grandes hombres no es arbitraria. Son las mismas causas las que han dado á todos el mismo nombre. Los Gayos, los Papinianos, los Ulpianos son tambien artistas; y, si han merecido ser llamados jurisconsultos clásicos, es igualmente porque sus trabajos son lo que hay mejor, bajo el aspecto del Arte, en la ciencia del Derecho.

»Hé aquí por qué se estudia Derecho romano. Así como se estudian los poetas, los oradores, toda la Literatura clásica, para formar el gusto literario, de la misma manera se estudian los jurisconsultos clásicos para formar el sentido jurídico.

»Yo no temo insistir aún en el paralelo entre el Derecho romano y la Literatura clásica. Por muy buenas disposiciones que tenga una persona, cualquiera que sea el poder de su inteligencia, le faltaria algo si ignorara las letras clásicas: podemos decir más; es una falta que se nota desde los primeros momentos. De la misma manera, en el Derecho, por muy buenas disposiciones de que esté dotado un hombre para el estudio de las leyes; cualquiera que sea la rectitud de su juicio, la profundidad de su ingenio; cualquiera que sea la experiencia en los negocios, le falta tambien algo, le falta mucho si no conoce el Derecho de Roma.

»Esta es, como se comprende, una razon comun á todos los tiempos, á todos los países; ella justificaria la necesidad del estudio del citado Derecho en una nacion en que nunca hubiera estado en vigor, en un pueblo en el que no existiera ni una disposicion legislativa que le reconociera como origen.»

Y quinto. *El Derecho romano es análisis que explica la síntesis de los códigos modernos.*—Como verémos más adelante, la Legislacion puede presentarse bajo dos formas: la casuista y la doctrinal. El Derecho se expresa en forma casuista cuando se dan reglas para casos especiales, y será tanto más casuista cuanto más singulares sean los casos. En la doctrinal se reducen estas reglas á preceptos generales: viene á ser la síntesis del Derecho.

Los adelantamientos de las ciencias consisten en generalizar, en sintetizar, en ver bajo una sola idea lo que ántes parecia diferente é inconexo. Cuando en Derecho encontramos una fórmula que comprende reglas que ántes se creian aisladas, decimos que perfeccionamos la manifestacion de la ley. Los ilustres tratadistas de la edad de oro han brillado bajo este aspecto: en tiempo de Justiniano yá se habia apagado aquella inspiracion, y la obra de Triboniano fué mucho más casuista que las de sus maestros. La verdad general al lado de todas sus ventajas tiene, sin embargo, el inconveniente que es de más difícil comprension: para su inteligencia se necesita conocer todos los casos particulares que en ella están contenidos. Los códigos modernos, efecto de los adelantamientos de la Ciencia, van teniendo una forma cada dia más sintética; prueba de ello el actual Código portugues. Para comprenderlos son indispensables los trabajos analíticos, á la manera que las reglas generales de la Gramática necesitan ejemplos que las expliquen. Entre los trabajos analíticos del Derecho civil ningunos tan ventajosos

como los romanos: las grandes obras de Pothier y de los demás maestros del Derecho privado, en vista de estos modelos están formadas. Si quisiéramos comprobar cosa tan evidente con alguna autoridad, citaríamos la de Fresquet, que dice:

«No es en las leyes breves y dogmáticas en donde podemos encontrar esos ejemplos de análisis detenidos, descomponiendo un hecho jurídico, poniendo en relieve todos sus elementos, todas sus modificaciones. Es estudiando las hipótesis, muchas veces complicadas, del *Digesto* como se adquiere esa seguridad de golpe de vista que permite seguir un asunto hasta sus más pequeñas ramificaciones (*).

Importancia del Derecho romano para la Legislación.

Hasta aquí hemos demostrado el partido que la ciencia de la *Jurisprudencia* puede sacar del estudio del Derecho de Roma: pasemos á la segunda parte de nuestro pensamiento, á saber: que dicho estudio es tambien indispensable para el llamado á hacer las leyes.

Al lado de la *Jurisprudencia*, que enseña á aplicar, á interpretar el Derecho constituido, está la *Legislación*, ciencia todavia más difícil, que, elevándose á conocimientos superiores é investigando el modo de ser de las sociedades, dicta cómo deben formularse las leyes, ya en absoluto, ya en relacion á las diferentes circunstancias porque pueden atravesar las naciones.

(*) Lo mismo dice Bravard Veyrières: «*Le législateur n'enseigne pas, il commande; écartant tout ce qui n'est que théorie ou raisonnement, il formule ses décisions sans les motiver, il les revêt de son autorité suprême, et les impose à titre de règles obligatoires. Où donc aller chercher les développements dont elles sont susceptibles? Dans les écrits des jurisconsultes romains, d'où on les a tirées.*»—Pág. 260.

Hacer las leyes es más árduo que aplicarlas; ser legislador tarea más espinosa que ser jurisconsulto. La ciencia de la *Legislación* exige el concurso de ciencias y conocimientos auxiliares; entre éstos ninguno tan poderoso como el conocimiento del Derecho romano.

«No basta, dice un escritor ya citado (*), estudiar Derecho para ser abogado ó juez; para dictar con sabiduría una sentencia ó defender con acierto los fueros del cliente. Debe aprenderse todo lo que la sociedad tiene derecho á exigir de nosotros como ciudadanos y como jefes de familia. Es indudable que no conviene perdernos en vanas abstracciones teóricas; pero es preciso no circunscribirnos á una exégesis estéril dirigida sólo á una profesion determinada; nuestras escuelas no deben ser meros centros de aprendizaje, á la manera que las de artes y oficios lo son para los jóvenes obreros.»

El Derecho de que se trata, decíamos, es importante para la carrera del legislador, y esto vamos á demostrar en los dos números siguientes.

El Derecho de Roma es guia del llamado á hacer las leyes:

Primero. *Como repertorio de decisiones para la formación de los códigos.*—Es imposible que el pensamiento humano, encerrado en sí mismo, prevea todos los casos que pueden ocurrir en las múltiples y variadas necesidades de la vida; sólo al tiempo corresponde irlos revistando y condensando. Las reglas del Derecho son el fruto largamente madurado de la vida y de la reflexion de generaciones enteras. Las *Compilaciones de Roma* son una fuente inagotable en este sentido, y el legislador que las despreciara cerraria los ojos á un trabajo elaborado en una dilatada serie de siglos, para empezar de nuevo su tarea.

(*) Fresquet.

Prueba de lo importante de tesoro tan rico para la formación de los nuevos códigos la vemos cuando se publican éstos concordados con los romanos. Tal es la edición del Proyecto del patrio de 1851, hecha por el Sr. García Goyena. Y Portalis decia en los motivos del de Napoleon: «Hemos levantado en parte nuestro edificio legislativo con los materiales que nos han transmitido los jurisconsultos de Roma. Roma ha subyugado á la Europa con sus armas y la ha civilizado con sus leyes.»

Segundo. *Como medio poderoso de induccion.*—Sabido es que la Historia es conjunto de lecciones de experiencia muy valiosas para el legislador. En vista de las ventajas é inconvenientes que han presentado leyes é instituciones de lo pasado, deduce la oportunidad de aplicarlas al presente. La razon discute: la observacion comprueba. El contemplar el magnífico espectáculo del mundo social corrige los sistemas de mera fantasía y nos aproxima á la verdad. Con frecuencia suelen construirse *à priori* los principios filosóficos de las ciencias morales y políticas, desdeñándose de compulsarlos con lo que la Historia nos aconseja. Y entre aquellas lecciones ningunas de tanto interes como las que nos ofrece el pueblo Rey. Por lo colosal de su existencia, véanse en él en relieve y en gran escala las consecuencias de las leyes más secundarias, á la manera que se perciben con mayor facilidad los tejidos microscópicos de los vegetales en las plantas de elevada talla. Reunion de tantos pueblos, la Ciudad Eterna viene á ser el epílogo de la civilizacion antigua, el gran cuadro con que termina aquella edad. Imperio colosal, gigante en vicios y adelantamientos, á donde van á inspirarse todos los que al cultivo de las ciencias sociales se dedican: el economista, el filósofo, el artista y el jurisconsulto. El economista tiene ocasion de presenciar en aquel

occéano de fuerzas sociales el advenimiento de una esclavitud inmensa (*); la competencia del trabajo servil con el de la mano libre, y la concentracion más pasmosa de riqueza que se ha registrado en época alguna de la Historia, efecto de la rapacidad de la conquista y de las depredaciones de los gobernadores de las provincias. Craso era tan rico, que podia equipar por su cuenta un ejército entero; y el gran Sacerdote del Sol un dia caminó por una via sembrada de oro. El filósofo y el moralista pueden recoger lecciones de lo que es el corazon humano; la perversion de todo sentimiento de humanidad, y las consecuencias del hábito: los sentimientos, efecto de las guerras continuas y los espectáculos del circo, tienen en aquella sociedad un carácter especial; formaba las delicias de los romanos el contemplar las entrañas palpitantes de los gladiadores arrastradas por las fieras sobre la arena. Al que dude de la necesidad de organizar la familia y ponga en tela de juicio si el matrimonio es una de las bases más sólidas de los Estados, le diremos que dirija su vista á los últimos tiempos de la República. Entónces la corrupcion llegó á tal extremo, que ya nadie se casaba; y como los frutos de las uniones pasajeras son una grave carga para los padres, es una consecuencia indeclinable de la relajacion del vínculo conyugal el exponer los hijos: al rayar el alba veíanse en grandes montones en la columna Lactaria las criaturas abandonadas por sus padres, y de las que iban á proveerse los traficantes de esclavos: la ciudad del Capitolio se despoblaba: Augusto, al subir al trono, comprendió que faltaba á su Estado una base, y procuró alentar al matrimonio por las célebres leyes Julia y Papia Popea, erigiendo casi en delito el celibato.—Si el

(*) Hubo ciudadano que dejó á su muerte más de tres mil esclavos.

legislador quiere encontrar ejemplos del sistema de reformar las leyes de una manera paulatina, evitando las teorías de los cambios radicales, también se los presenta la misma Legislación. El pueblo romano, como el pueblo inglés, tenía un carácter esencialmente conservador, unía con estrechos lazos el pasado con el presente, sólo cedía á las reformas cuando la resistencia no era posible; pero al mismo tiempo recibían cumplida satisfacción todas las necesidades de la práctica. Esta tendencia conservadora, ha dicho Ihering, se fundaba en una fuerza activa, y nó simplemente en una fuerza de inercia. Es la fuerza con que un carácter firme sigue los principios que se ha trazado y se sostiene en lo que ha reconocido verdadero y justo.

Y, por último, el profesor de Derecho romano tiene ocasión de presentar en estos estudios uno de los acontecimientos más notables de la humanidad, el choque de dos civilizaciones, el de la civilización antigua y el de la cristiana. Sobre aquel cadáver corrompido de la sociedad pagana se levantaba majestuoso, desde los primeros tiempos del Imperio, el sol de la palabra revelada. Nada más notable que la aparición de los primeros Apóstoles en la Ciudad Eterna: nada más grande que el valor de un San Pablo, desprovisto de toda arma, predicando por las calles de Roma, y ante la tiranía de Neron, las máximas de la verdadera igualdad y fraternidad entre todos los hombres, como hijos que son todos de un solo Padre, que es Dios; proclamando los derechos del esclavo y echando las bases de la familia y de la sociedad en todos sus órdenes y manifestaciones. Grandioso es ver la influencia del cristianismo en medio de las persecuciones. Desde que se le declaró religión del Estado; desde que Constantino y sus sucesores se rodearon de teólogos y de los Padres de la Iglesia, su influencia es directa, pero no por eso dejó de ser

también poderosa, aunque indirecta, desde un principio (*). En aquel movimiento civilizador de la edad imperial, la voz del cristianismo, con sus máximas universales, no pudo menos de impresionar el espíritu pensador de los filósofos. Séneca, sin querer, hablaba en estos tiempos el lenguaje de los cristianos: bajo la influencia, pues, de un elemento tan poderoso, todo se modifica; se dan las primeras leyes en favor de los esclavos; se mejora la condición de la mujer y del hijo de familia; cambian ó se transforman por completo las leyes referentes al matrimonio, á los impedimentos por parentesco, á las segundas nupcias, al divorcio, al concubinato, al celibato, á las sucesiones intestadas, etc., etc.

Hé aquí, á grandes rasgos, algunas de las lecciones tomadas al acaso de las mil y mil que nos presenta aquella Legislación, síntesis de la de tantos pueblos que formaron el Imperio, y que recibe en sí los primeros gérmenes de la religión del Evangelio (**).

(*) Troplong. *Influencia del Cristianismo en el Derecho civil de los romanos*.

(**) Dos palabras más sobre esta materia para el alumno. Digo que en el estudio de la Legislación romana tiene el jurisconsulto filósofo un medio poderoso de inducción para conocer la humanidad y las leyes que han de regirla. En el Derecho romano, como en toda ciencia histórica, muchas veces investigamos los hechos para conocer las causas generales que los producen, ó, lo que es lo mismo, sus leyes: observamos las operaciones del ave, para conocerla íntimamente, puesto que aquéllas no son más que productos de su naturaleza, manifestaciones de su modo de existir, y grave error sería creer que sólo nos interesa el hecho en sí, cuando más bien nos interesa su conocimiento como medio para llegar al conocimiento de la causa. El físico observa los fenómenos y trata de averiguar su causa productora, y cuando la halla la formula y dice que ha hallado una de las leyes de la materia, ó que conoce mejor la naturaleza del mundo corpóreo. Lo mismo sucede con la sociedad, ese ser complicado, de relaciones delicadas, de causas misteriosas como el resultado de múltiples fuerzas, que es el hombre con su libertad, con sus instintos y pasiones. El pensador que

§. XI

Otras utilidades secundarias de esta asignatura.

El Derecho romano, sobre la importancia principal, tiene otras de segundo orden. No hay educacion científica posible, se ha dicho, y muy bien, sin el conocimiento de la historia romana: el estudio de esta civilizacion es importante, además de los motivos indicados, por otros muchos que sería largo enumerar, siéndolo hasta para el conocimiento de la Literatura clásica; y sabido es que el mejor modo de estudiar la historia de un pueblo es estudiar su Derecho. Las leyes,

á las ciencias sociales se dedica inquiera el mecanismo racional de esta organizacion, y una de sus manifestaciones de más interes, como queda indicado, es aquel colosal Estado que ofrece vasto campo á las meditaciones del jurisconsulto. Las leyes romanas no interesan muchas veces por lo que son en sí, sino por la causa que les dió nacimiento: debajo de esos hechos está una causa general, como bajo las erupciones de un volcan una fuerza constante que las produce; como bajo una planta vivaz una raíz que no muere y que se manifiesta en vegetacion todos los años: y esta causa es la que se trata de investigar en los estudios modernos. Libros hay dedicados á las particularidades; otros más profundos que, remontándose con mirada generalizadora, procuran abarcar todos los hechos en una clave que los explique: la unidad del conocimiento es el destello más brillante de la inteligencia humana. Trabajos analíticos son los antiguos muy dignos de aplauso, porque sin análisis no es posible llegar á la síntesis, á la manera que sin datos históricos no se puede caracterizar una época: son de esta naturaleza los de Heinecio y Vinnio. Son síntesis del genio los de Savigny, Troplong é Ihering.

El que creyera que sólo se estudia Derecho romano para las necesidades de la práctica, ó para el despacho de los negocios, se formaría una idea muy mezquina de los límites de la carrera del jurisconsulto, cuya facultad tiene horizontes más dilatados y miras mucho más elevadas.

segun la expresion de Montesquieu, se aclaran por la Historia, y la Historia por las leyes. «Y cualquier hombre de talento claro, ha repetido Pasquier, sin necesidad de leer la historia completa de una nacion, puede casi imaginar cuáles fueron sus costumbres y sus necesidades al leer sus estatutos y ordenanzas.»—Renunciar á la historia romana sería renunciar á las luces de la laboriosidad de los numerosos talentos que hoy dia, con afan y sin descanso, á ella se dedican. Todos los grandes pensadores, como dice otro escritor, han asociado su nombre al de Roma, y la aureola de gloria de la Ciudad inmortal aparece más brillante con los rayos de su genio.

Laboulaye acusaba en 1847 á su nacion del atraso en este punto, apesar que tenian un Troplong, un Ortolan, un Faustin Helie, y á Giraud, Pellat y Mortreuil.

§. XII

Pero hay más todavía; la importancia de este Derecho tambien se deduce del entusiasmo con que se desentrañan hasta los menores accidentes de aquella civilizacion. Mr. Dureau de la Malle acaba de examinarla bajo el aspecto económico: en el prólogo de su obra confiesa que es el resultado de diez años de meditaciones (*). Mr. Ampère, el célebre académico frances, hace tambien poco daba á la prensa una historia topográfica, visitando para ello los principales puntos de Italia que han sido teatro de los acontecimientos. De antiguo poseíamos ya la monumental obra de antigüedades de Mont-

(*) *Economie politique des Romains*. Dos vol.

faucon: sólo nos faltaba ver lo externo de una ciudad del tiempo del Imperio, y el descubrimiento de Pompeya vino á satisfacer esta necesidad.

Al prescindir del Derecho de los romanos habria, por consiguiente, que dar de mano tambien á toda su arqueología.

Por último; vamos á demostrar nuestro propósito recorriendo ligeramente el estado de esta enseñanza en los demas pueblos y las opiniones de los escritores que la defienden.

§. XIII

Estado de la ciencia y de los estudios jurídico-romanos fuera de España.

En todas las universidades del continente europeo se está explicando en la actualidad Derecho romano: ante este argumento es muy difícil poner en duda la necesidad de sus estudios. Para comprobarlo dirijamos una ligera mirada sobre estas naciones, concretándonos á las principales Escuelas, pues de otra manera se haria demasiado pesada la tarea.

FRANCIA

En todas sus universidades, París, Rennes, Caen, Lion, Grenoble, etc., existen dos cursos de Derecho romano, que se estudian en los dos primeros años de la carrera: además, *en el cuarto hay conferencias sobre textos escogidos de las Pandectas* (*).

Y téngase en cuenta que Francia está ya bajo el estado

(*) Lo mismo se hace en las católicas de París y de Lion.

de la codificación moderna desde que se promulgó el nuevo Código.

ITALIA

Dos cursos, tambien en los dos primeros de la carrera.

SUIZA

Universidad de Ginebra, lo mismo, con la diferencia que el segundo se llama de Pandectas.

ALEMANIA

Hé aquí el cuadro de los profesores encargados de dar la enseñanza en el último curso (1878 á 79) en el primer semestre (*).

HEIDELBERG.

Bekker.—Pandectas.

Karlow.—Historia del Derecho romano.—Instituciones de Derecho romano.

Buhl.—Procedimiento civil romano.—Repetición y práctica de Pandectas.

BERLIN.

Dernburg.—Instituciones de Derecho romano.—Historia externa é interna del Derecho romano.—Instituciones de Gayo.—Derecho romano de sucesión.

Baron.—Instituciones de Derecho romano.—Historia y antigüedades de Derecho romano.—Enciclopedia del Derecho.—Derecho romano de sucesiones.

Ryck.—Instituciones de Derecho romano.—Historia y antigüedades del mismo.

(*) Sabido es que en esta nacion, á la manera que en nuestras escuelas militares, los cursos se dividen en semestres, el primero de los cuales termina el 10 de Febrero.

Bernstein.—Instituciones y antigüedades del Derecho romano.—Su historia y la del procedimiento civil en particular.

Bruns.—Pandectas.—Derecho romano de sucesion.—Academia de Derecho romano.

TUBINGA.

Mandry.—Pandectas, primera parte.

Bülow.—Derecho de concurso.—Procedimiento civil romano.—Ejercicios exegéticos.

Degenkolb.—Instituciones é historia del Derecho romano.—Pandectas, segunda parte.

PORTUGAL

Esta nacion es la que presenta una enseñanza más limitada en la materia. En la universidad de Coimbra no se da más que un curso de Legislacion romana.

INGLATERRA

En ésta tambien estuvo más descuidada la enseñanza referida que en el Continente; pero hoy se despierta, segun manifiesta lord Mackenzie, un notable deseo de elevar su nivel: así lo demuestra el hecho de haberse establecido nuevas cátedras en algunas universidades y colegios, y haberse publicado considerable número de obras sobre Derecho romano.

Visto el cuadro de la enseñanza hagamos todavía algunas observaciones sobre el estado de la ciencia en general.

En Francia, dicen Ortolan y Giraud, desde los descubrimientos de la *Instituta* de Gayo, la publicacion de la *Themis* y los trabajos de Jourdan, se ha despertado una gran actividad; tanto que desde entónces no se estudia el Derecho de Roma más que históricamente. Y Mr. Demangeat, despues de consignar que en la facultad de París hay cuatro

catedráticos de este Derecho, y en las demas dos, concediéndose á cada profesor dos años para explicarle, añade (*): «Tal situacion se justifica fácilmente. Suprimir ó restringir la enseñanza del Derecho romano sería indudablemente destruir uno de los principales elementos de la civilizacion francesa, de que estamos tan orgullosos y con legítimo título: sería comprometer uno de los intereses más preciosos del hombre en sociedad; el interes que tenemos todos en una buena administracion de justicia.»

Respecto á Italia, se lee en Mittermaier (**): «Frecuentes conversaciones con jueces y abogados napolitanos nos han probado que sus estudios se cultivan con ardor en aquel país y las memorias impresas que, segun una antigua costumbre, los abogados distribuyen en todos los asuntos importantes, se distinguen con frecuencia por un conocimiento profundo y por un uso inteligente de las leyes de los romanos (***).»

Y, por último; en Alemania sabido es que, desde los descubrimientos citados y el desarrollo de los estudios históricos, las miradas se han fijado en Gayo, y se detienen con preferencia en la edad clásica: prueba de ello es, como puede observarse en el anterior cuadro de la enseñanza, que parte de una de las asignaturas se dedica al comentario de la *Instituta* de aquel gran jurisconsulto.

(*) Decia esto hace poco; 1867.—Obra citada.

(**) *Rev. de la Legis. et de la Juris.* 1846.

(***) En 1877 ha sido creada en Pisa una escuela de Historia del Derecho: el encargado de la seccion de *Exegesis del Corpus juris* es M. Serafini. En las primeras sesiones de 1878 fué objeto de un estudio colectivo el título del *Digesto de Pignoribus et hypothecis*.

§. XIV.

Opiniones de los autores á favor del Derecho romano.

Comprobemos ya lo que hemos dicho por el criterio de autoridad. Son tantos los escritores que con entusiasmo declaran indispensable el estudio del Derecho que nació en las márgenes del Tiber y cerró sus últimas páginas en las orillas del Bósforo, que podemos decir que constituyen todo el mundo jurídico ilustrado. La dificultad en este punto está en poderlos enumerar. Hacerlo sería escribir un volumen bibliográfico: basta dirigir el pensamiento á esa inmensidad de obras magistrales y de monografías que en competencia ven la luz pública en todas las naciones sobre este Derecho. Es el lazo jurídico de los países civilizados en materia de Jurisprudencia civil. Cada Estado tiene su Derecho privado; el romano relaciona á los jurisconsultos entre sí.

En la dificultad de revistar dichas autoridades, teniendo en cuenta las anteriormente presentadas y omitiendo las que son de todos conocidas, examinaré algunas de las que considero principales.

IHERING. Este profesor de Derecho de Giessen acaba de decir al frente de su obra *Espíritu del Derecho romano* (*): «Me he esforzado en hacer participar á los demás del sentimiento de profunda admiración y de respeto que yo mismo he experimentado en presencia de esa grandiosa creación, y

(*) Leipzig; 1852.

he destinado mi obra principalmente á la clase de lectores que todavía no están bien familiarizados con el Derecho del pueblo Rey.»

Y en otro lugar consigna: «La autoridad del Derecho romano reside en la profunda revolución interna, en la transformación completa que hizo sufrir á todo nuestro pensamiento jurídico por entero: vino á ser para el mundo moderno *un elemento de civilización*, cuya influencia no está reducida á las instituciones que de él hemos tomado.»

MITTERMAIER. «El Derecho romano es hoy día en toda la Europa un elemento tan esencial de la doctrina jurídica, que basta saber cómo es comprendido y estudiado en un país y qué influencia ejerce en él, para darse cuenta del estado de la Jurisprudencia en general. Se puede decir que el mejor medio de reconocer si los estudios legales están más ó menos florecientes, es averiguar cómo se cultiva la Legislación del pueblo que llevó sus leyes hasta los últimos confines del mundo entonces conocido.»

TROPLONG, el notable comentador del Código francés: «El poderío del espíritu analítico de los jurisconsultos de Roma es superior á todo lo que yo conozco, y no hay quizá en nuestro Código un solo artículo que pueda compararse por su precisión, por su energía y por la belleza del estilo á los innumerables fragmentos que Triboniano sacó de sus escritos.»

LERMINIER. «El Derecho romano, además de su fuerza positiva, subsiste en medio de las legislaciones modernas como un monumento indestructible, como la eterna y misteriosa escuela de jurisconsultos y pensadores.»

LOS REDACTORES DEL CÓDIGO DE NAPOLEON. Todos ellos, y no se les podrá tachar de poco afectos á la codificación moderna, sostuvieron que, aun reformada la Le-

gislacion de la Francia, el conocimiento de la romana era indispensable para ser jurisconsulto. Hé aquí cómo se expresaba Bigot Preameneu: «Haber previsto el mayor número de convenciones á que da lugar el estado social, haber pesado todos los motivos de decision entre los intereses más opuestos y complicados, haber disipado las nubes en que frecuentemente se encuentra oculta la equidad, tales son los trabajos acopiados en ese depósito que servirá á la civilizacion del mundo entero. Dificil sería esperar que se pudiera progresar aún en esta parte de la ciencia legislativa.»

MR. CHAUFFOUR decia en 1845 (*): «Si se emprende en Alemania la gran obra de una codificacion uniforme, estamos profundamente convencidos que el Derecho nuevo sólo será viable combinando en justas proporciones el elemento filosófico y la tradicion nacional con la tradicion romana.»

LAFERRIERE. «El Derecho, es necesario reconocerlo con Portalis, no puede elevarse en nuestros dias sino por los medios y por el poder que lo hicieron grande bajo el genio de Cujas, inspirado por los jurisconsultos de Roma y por el conocimiento profundo de la antigüedad. El descubrimiento del manuscrito de Gayo constituye una nueva era. El siglo actual no puede tener, sin duda, la pretension de renovar los trabajos inmortales del siglo de la jurisprudencia, pero puede aspirar al ménos á marcar, á seguir la filiacion de las ideas con el auxilio de los preciosos restos de la antigüedad romana, y conquistar en muchos puntos una teoría más precisa y más completa (**).

MR. GIRAUD, uno de los que más han trabajado para introducir los estudios históricos en Francia, decia en 1846 (***):

(*) Revista alemana de Derecho, dirigida por MM. Reyscher y Wilda.

(**) *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français*. 1846.

(***) *Essai sur l'histoire du Droit français*.

«Es indudable que los jurisconsultos han olvidado la Filología, la Filosofía y la Historia. *Las más recomendables de nuestras obras de Derecho muestran, bajo este aspecto, una lamentable ignorancia; lo digo íntimamente convencido: nuestra educacion juridica es á todas luces insuficiente é incompleta.* La condicion del progreso es á precio de la reunion de las ramas inseparables de la Ciencia. *Los filólogos eminentes conocen el Derecho romano tan bien como nosotros: M. Guerard y M. Leclerc saben el Derecho de la Edad Media mejor que nosotros, catedráticos de Derecho. Si permanecemos estacionados, nuestro papel estará bien pronto reducido al papel de profesores de práctica judicial.*»

Y en un discurso pronunciado en la facultad de Derecho de Dijon en 1845 añadia: «El estudio del romano es, señores, una introduccion necesaria, indispensable para el de todas las Legislaciones modernas de la Europa. Él debe iniciar á los alumnos en los principios elementales de la ciencia; el profesor de Derecho romano les abre el santuario del Derecho. De sus manos hábiles recogen los otros profesores sus jóvenes inteligencias completamente preparadas para recibir el conocimiento especial y profundo de las diversas partes de nuestra Legislacion positiva.»

Y en otro párrafo se expresa así: «No temo decirlo; las investigaciones de la influencia del Derecho romano en la civilizacion francesa son el objeto más importante que se puede ofrecer. Así, con su Historia de esta Legislacion en la Edad Media, uno de los más eminentes jurisconsultos modernos ha impulsado á la Francia y á la Italia á un movimiento parecido en sus sábias y luminosas investigaciones.»

MERLIN repelia en 1820: «Jóvenes que vais á seguir la carrera de Jurisprudencia, estudiad, estudiad sin descanso las leyes de Roma y familiarizáos con su lenguaje, que tiene

con frecuencia un carácter completamente particular: sin esto no seréis nunca más que meros prácticos, siempre expuestos á tomar los errores más graves por las verdades más evidentes» (*).

Si en vista de todo esto alguno aún dudara de la importancia del Derecho producto de la elaboración de tantos sabios, le diríamos: pues le han admirado Bacon, Leibnitz, Bossuet y Kant.—Y los ingleses atribuyen la superioridad de los tribunales escoceses sobre los suyos propios al estudio de este Derecho (**).

§. XV

Valor de la Legislacion latina derogado el Derecho actual.

Ya sólo nos falta contestar á algunas observaciones y refutar las doctrinas de nuestros adversarios.

Hechas en nuestra Jurisprudencia las reformas que se desean, derogado el actual de las Siete Partidas por un nuevo código, ¿continuarían con valor los estudios en que nos ocupamos? Si el Derecho romano no ofreciera más utilidad que la presentada en el §. IX, núm. 2; es decir, por la relacion directa que tiene con el código Alfonsino, la respuesta sería todavía dudosa; pero siendo importante por las demas razones que hemos apuntado, la solucion ha de ser necesariamente afirmativa. Así ha ocurrido en la vecina nacion. En Francia ántes de 1804 el Derecho de Roma tenía una utili-

(*) Merlin. *Questions de Droit*.—Tercera edicion, 1820.

(**) Tomo esta opinion de los tribunales ingleses de M. Matile. *Revue Historique de Droit français et étranger*.—Tomo I, pág. 543.

dad esencialmente práctica; era la ley por lo general observada en el Mediodía, y la supletoria en el Norte: despues de la promulgacion del Código civil quedó como letra muerta; y, sin embargo, sus estudios se elevan allí cada dia á mayor altura.

Portalis, de la Comision de dicho Código, decia en la Academia de Jurisprudencia en 1803: «Acaba de darse una Legislacion civil á la Francia, pero no creais que podeis abandonar todo lo que no está contenido en ella. Jamás sabréis el Código civil si no estudiáis más que este Código. Los filósofos y los jurisconsultos de la ciudad del Capitolio son todavía los maestros del género humano.»

Lo mismo han repetido todos los escritores. Citaré las palabras de Dubois: «El Derecho actual de la Francia contenido en el Código de Napoleon y otras leyes modernas está unido al romano por lazos de afinidad muy estrechos. Esta Legislacion permaneció vigente entre nosotros por más de diez y ocho siglos, y no pudo vivir tanto tiempo sin dejar profundos y numerosos vestigios. De ella está tomado gran número de reglas que todavía nos rigen. Independientemente de su bondad artística debe estudiarse, pues, el Derecho de la gran Ciudad entre nosotros, por ser fuente y origen de la Legislacion actual» (*).

§. XVI

Contéstase á otra observacion.

En la premura con que suelen hacerse los trabajos para

(*) Obra citada, pág. 9.—Ginoulhiac dice lo mismo.

la prensa periódica se emiten á veces, y mucho más cuando de las reformas de la enseñanza se trata, ideas que no hubieran sostenido sus autores á haberlas meditado. Tal es la de que la asignatura que nos ocupa bastaría que figurara en el período del Doctorado.

Derívase semejante juicio de la propension á separar demasiado la teoría de la práctica, muy comun en el vulgo, y á que no se sustraen los mismos hombres de la ciencia, que suelen olvidarse de como ellos propios se han formado. Para estas personas el abogado debe ser un mero aplicador del Derecho, ó, como si dijéramos, un simple pintor de brocha gorda.

En tal sentir, para el abogado práctico están casi de sobra toda historia y cuanto no sea las leyes vigentes. Y en conformidad de criterio tan exclusivo, al jurisconsulto basta saber que en nuestros códigos, en la sucesion abintestato, el abuelo es preferido al hermano de doble vínculo, por más que éste sea una persona tan querida como aquél, y no importa que desconozca por qué la Legislacion toma esta forma determinada, ó por qué el cónyuge superviviente sólo es llamado á la herencia á falta de colaterales del cuarto grado. Sentiria expresarme con un poco de dureza en la presente materia, pero yo creo que hasta los artistas tendrían mayor cultura respecto á su arte que la que se pretende dar al abogado. El músico y el pintor conocen las transformaciones del Arte al traves de los siglos: recorren la historia de los procedimientos empleados: distinguen las Escuelas, y hasta llegan á saber las biografías de los grandes maestros. Al abogado, segun el sistema de alejarle de la generacion de sus leyes, se le limita el horizonte y encierra en el siglo en que vive. Separada así lo que ellos llaman teoría de lo que denominan práctica, el Licenciado nó Doctor es el opera-

rio de la fábrica de instrumentos de óptica que coloca lentes y pinta de negro el interior de los aparatos sin saber por qué lo hace; sólo posee la Física el ingeniero que está al frente del establecimiento.

La ciencia de la Justicia debe ser un poco más elevada que todo esto. Una de dos: ó exigimos el grado de Doctor á todos los que vayan á ocupar puestos distinguidos en el Estado, y entónces estamos en el mismo caso que ahora, ó colocamos en la magistratura, en la administracion y en los consejos aplicadores empíricos del Derecho.

¡De cuán diferente manera han visto los romanos la carrera del jurisconsulto! La Jurisprudencia, han dicho, es *Divinarum atque humanarum rerum notitia, justí atque injusti scientia*: la ciencia de lo justo y la noticia de las cosas divinas y humanas, ó, como si dijéramos, con el apoyo de otros muchos conocimientos auxiliares; ó, lo que es lo mismo todavía: para ver con claridad en ese criterio de donde arrancan la verdades de la justicia es necesario dirigirle los rayos de diversas ciencias para que se presente cada vez más radiante y clara la que ha de dirigir la vida humana en el vasto cuadro de las manifestaciones de la libertad, á la manera que el médico busca el auxilio del análisis del mundo corpóreo que nos rodea por la influencia que sus elementos tienen en la vida que nos agita.

§. XVII

Refutacion de las doctrinas de los impugnadores del Derecho romano.

Hemos llegado al último punto de la tarea.

Á tres categorías pueden reducirse las opiniones de los que miran con desden la Legislacion del Lacio.

En la primera están los que la censuran porque la desconocen, respecto á los que dice Mr. Dubois: «Éstos no se han servido del Derecho de Roma porque sabian poco de él. Han olvidado lo poco que sabian y sólo recuerdan el trabajo estéril que han empleado en aprender esa pequeña parte. Su testimonio no debe tener valor al lado de los otros que en igual posicion han sabido aprovecharse de sus conocimientos y han proclamado lo mucho que debian al Derecho de los Gayos y Ulpianos «En iguales términos se ha expresado Mr. Demangeat (*): «Blasfeman de lo que desconocen,» han dicho los redactores del Código de Bonaparte.

En esta seccion aparecen tambien comprendidos los que sólo han saludado sus elementos. El que por prisma tan estrecho mirara las ventajas de los estudios jurídico-clásicos se pareceria al que con sólo la tecnología de la equitacion juzgara de la utilidad de este ejercicio para la higiene. Los elementos en todas las ciencias sólo son útiles en cuanto abren la puerta para los conocimientos superiores. Los estudios del Derecho romano, si han de ser del todo fructíferos, tienen que completarse con el manejo del *Digesto*. Pero el mal en este punto en la actualidad reconoce una raíz profunda, que es la ignorancia por parte de los alumnos del idioma latino; y como este defecto no es de esperar que se corrija en breve tiempo, de desear sería, para el progreso de la Jurisprudencia, la publicacion de un *Digesto* vertido al español: edicion que, para hacerla de más fácil manejo y de más accesible valor, convendria redactar suprimiendo los títulos que á las materias ajenas á nuestras instituciones se refieren. Sé de positivo que el alum-

(*) Tomo I, pág. 2.

no ó el abogado que con el conocimiento de las reglas generales del Derecho, versado ya en el mecanismo y estructura de la ciencia por los libros elementales, leyera los diferentes casos del *Digesto* sobre restitucion *in integrum* de los menores, de la prestacion de culpas en los contratos, de las modificaciones de éstos, de cómo un depósito puede degenerar en mutuo, etc., etc., veria con claridad suma lo abstracto de los preceptos; y, animado de lo ventajoso de los resultados, no dejaria hasta el fin la lectura de tan gran libro. Lo mismo podríamos decir de las obras de Papiniano.

Forman la segunda categoría de detractores de los estudios en cuestion los que sin distinguir esa parte de instituciones muertas de la Legislacion romana que corresponde á su evolucion histórica porque ha atravesado y que, recargada de sutilezas, se hace demasiado pesada para el alumno, extienden al todo su anatema, que sólo es justo aplicado á la parte. En este caso está la disertacion de Bravard Veyrières citada en el presente trabajo (*). Contestaremos á éstos que hagan la separacion que hemos sostenido, y encontrarán indudablemente infundada su censura.

Por último; vienen, y son la tercera clase, los que pertenecen á la Escuela que en codificacion se llama filosófica, ó al ménos participan poco ó mucho de sus doctrinas cuando de la enseñanza del Derecho del gran pueblo se trata. Detengámonos breves momentos en este punto.

(*) Así es que, cuando este escritor exclama al terminar su memoria. «¡La época de los casuistas y de los glosadores ha pasado para no volver más!» debiera restringirlo sólo á cierta parte del Derecho.

Escuela filosófica. La Escuela histórica cree que las reformas en la legislación de los Estados deben hacerse muy paulatinamente, y sólo cuando los hechos hayan demostrado la necesidad del cambio. Fúndase en que es muy difícil determinar cuáles son las mejores leyes para un país: que éstas no han de ser el producto de la imaginación de un legislador ó de las lucubraciones del sabio, sino que deben guardar relación con las costumbres y manera de existir de la sociedad; el mismo pueblo es el que las va transformando según las nuevas necesidades, del mismo modo que va elaborando su idioma. Los preceptos y las instituciones no se arraigan cuando cambian con frecuencia, de la manera que no se arraigan las plantas cuando se remueve de continuo el terreno en que viven.

La Escuela filosófica, por el contrario, juzga que un código puede ser forjado en la cabeza de un legislador, á la manera que Minerva salió de repente del cerebro de Júpiter, y que el jurisconsulto puede sacar por deducción todas las leyes de su inteligencia como la araña extrae de su interior el hilo de su tela. Y los más extremados de sus partidarios sostienen, como tuve ocasión de apuntar, que el edificio no debe reformarse, sino demolerse y levantarse de nuevo. En esta Escuela no existe pasado para los pueblos; y, en su espíritu de destrucción, nada tiene de particular que arrebatan las tradiciones romanas como arrastran en su corriente devastadora las germánicas y todos los elementos de nuestro actual modo de ser. Y, por consiguiente, cuando hemos enumerado los escritores opuestos al Derecho romano, hubiéramos podido aumentar su catálogo con todos los de esta secta y añadir á los textos allí enumerados los no ménos curiosos de los referidos pensadores. Nada más desacertado que una Escuela tan absoluta: errónea y exagerada es la histórica, pero és-

ta presenta todavía resultados más perniciosos. No es de mi incumbencia refutarla, pero voy á hacer ligeras indicaciones al caso.

Los códigos, hemos dicho, no pueden ser en muchos puntos el producto espontáneo y arbitrario de un sabio. El Derecho, como las demás ciencias, no nacen en un solo momento. Es tan complicado este llamado organismo social; entran en él tantas fuerzas y elementos; crúzanse y trábanse de tal manera; son tan múltiples, finas y delicadas sus relaciones, que es imposible conocer muchas de ellas *à priori* y que las abraza de una sola mirada el talento y la meditación del pensador más distinguido: es necesario dejar que las demuestre la experiencia y nos determine cómo deben formularse en el gran libro que ha de regir los destinos de las naciones.

Además: los pueblos aman su pasado, viven en sus instituciones y sus hábitos, y, siempre que éstos no se aparten de lo que dicta la razón, el poder legislativo no debe cambiarlos de una manera brusca: en fin; como poco há decíamos, conviene reformar, pero no destruir. Así lo han creído los hombres más esclarecidos y experimentados.

Decían los legisladores de 1855 al dar las bases de nuestra actual ley de Enjuiciamiento civil:—«Primera. Restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la Ciencia y la experiencia aconsejan, y destruyendo todos los abusos introducidos en la práctica.»

Y los del Código frances proclamaban también el mismo principio. «Es conveniente, decían, conservar todo lo que no es necesario destruir; las leyes deben respetar los hábitos, cuando no son viciosos. Se discurre muchas veces como la humanidad concluyera y volviera á nacer á cada mo-

mento, sin ninguna clase de comunicacion entre unas generaciones y las que las reemplazan. Las generaciones, sucediéndose, se mezclan, se entrelazan y se confunden. Un legislador aislaria sus instituciones de todo lo que puede naturalizarlas sobre la tierra, si no observara con cuidado las relaciones naturales que unen siempre más ó ménos lo presente á lo pasado, y á lo futuro con lo presente, y que hacen que un pueblo, á ménos que sea exterminado, ó caiga en una degradacion peor que la destruccion, no cesa jamás, hasta cierto punto, de pertenecerse á sí mismo.»

CONCLUSION

En resúmen, dirémos: Deben descartarse del estudio de la Legislacion romana todas las instituciones y leyes que no tengan una relacion directa con las nuestras, ó cuando más estudiar ligeramente aquellas de que podamos sacar una leccion de interes para lo porvenir y para no romper la unidad del cuadro. Por el contrario; á las desenvueltas por la *Instituta* conviene añadir todas las que consigna el *Digesto*, siempre que cumplan el fin indicado, pues no hay razon para la preferencia de que hangozado aquéllas en algunos tratadistas.

El segundo punto, tambien capital, se refiere al modo de enseñar esas mismas instituciones y reglas que viven aún entre nosotros y formarán siempre el patrimonio de todos los códigos. Deben estudiarse con crítica racional. Si se consignan sin juzgarlas queda un inmenso vacío; se les priva de interes y del lazo que las une á nuestra razon.—Criticar un Derecho es compararlo con lo que debe ser, y por tanto es-

toy sumamente conforme con Bravard Veyrières cuando dice:

«Il faut éclairer l'étude du Droit romain par le flambeau de la critique, de la Philosophie et de la Legislation comparée: il le faut, sous peine de rendre cette étude aussi rebu- tante que stérile.»

Por último; como los monumentos romanos son los mejores análisis para comprender lo abstracto de los preceptos, y segun el estado de la enseñanza no es de esperar que los jóvenes alumnos lleguen en breve á poseer el idioma en que están escritos, es llegado el caso de verterlos á las lenguas vivas. Con esto se les entregará un tesoro que se habituarán á manejar, y al que acudirán en las dificultades de su carrera, dejándose por fortuna de mirar con desden y como un arcano esas lecciones del saber, admiracion de los siglos pasados y objeto del estudio entusiasta de los sabios actuales.

FIN DE LA PRIMERA PARTE

PLAN DE LA PRIMERA PARTE

¿PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO ROMANO?

	Págs.
§ I. —PRELIMINAR.	7
§ II. —Opiniones en contra del Derecho Romano. . .	9
§ III. —	
§ IV. —Tratados inútiles de este Derecho.	14
§ V. —Base de la distincion de tratados útiles é inú- tiles de la Legislacion romana.	22
§ VI. —Método de exposicion de las instituciones me- ramente históricas ó extrañas á nuestra so- ciedad.	24
§ VII. —Tratados importantes de la Legislacion romana.	25
§ VIII. —Los tratados de la Instituta deben adicionarse con los del Digesto.	26
§ IX. —Método de enseñanza del Derecho romano, con exclusion de los tratados inútiles.	27
§ X. —Importancia del Derecho romano: su demos- tracion.	34
	Importancia para la Jurisprudencia. 35
	Importancia para la Legislacion. 40
§ XI. —Otras utilidades secundarias de esta asignatura.	46
§ XII. —	
§ XIII. —Estado de la ciencia y de los estudios jurídico-	

621864421

	Págs.
romanos fuera de España	48
§ XIV. —Opiniones de los autores á favor del Derecho romano.	52
§ XV. —Valor de la Legislacion latina, derogado el Derecho actual.. . . .	56
§ XVI. —Contéstase á otra observacion.	57
§ XVII.—Refutacion de las doctrinas de los impugnadores del Derecho romano.	59
Resúmen de la cuestion.	64

