

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY

ORIGEN DEL DERECHO POSITIVO



2015

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY

**ORIGEN DEL
DERECHO POSITIVO**



El presente texto recoge los capítulos I, II, III y IV de la obra *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho* de Friedrich Karl von Savigny publicada en Heidelberg el año 1814. El título original es *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. La traducción es de Adolfo G. Posada.

ÍNDICE

ORIGEN DEL DERECHO POSITIVO

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY

Prólogo	9
Introducción	15
Capítulo I: Origen del derecho positivo	18
Capítulo II: Leyes y códigos	22
Capítulo III: El derecho romano.....	27
Capítulo IV: El derecho civil en alemania	31

PRÓLOGO

Faltos de la preparación suficiente y sin tiempo para procurárnosla, no intentaremos poner al frente de esta traducción española de una de las obras más originales y más interesantes de Savigny, el estudio detenido que requeriría. Limitarémonos, pues, a decir breves palabras acerca del autor, y brevísimas sobre la significación e importancia que la obra tiene en la historia moderna del Derecho.

- I. Federico Carlos de Savigny, el célebre y conocidísimo iniciador y mantenedor de los principios de la escuela histórica del Derecho, nació en Fráncfort, el 21 de Febrero de 1779, de una familia oriunda de Francia. Huérfano de padre y madre a los trece años, vivió luego al cuidado de Neurath, asesor de la Cámara imperial de Wetzlar, quien hubo de dedicarle al estudio del Derecho con el propósito firme de hacer de él un verdadero jurisconsulto. En 1795, Savigny estaba en la Universidad de Marburgo, donde fue discípulo muy personal de Weiss, quien influyó muchísimo en la dirección que al fin habían de tomar sus estudios como romanista. Siguiendo la laudable y fecunda costumbre de los estudiantes alemanes que, como es sabido, emigran de Universidad en Universidad en busca del mejor profesor de la especialidad que estudian, pasó Savigny en 1796 a la Universidad de Göttinga, en donde siguió el curso del historiador Spittler, volviendo más tarde a Marburgo, para recibir en 1800 el grado de doctor, escribiendo entonces la célebre disertación acerca de *De Concursu delictorum formalí*¹.

Savigny estaba en circunstancias muy favorables para dedicarse con alma y vida a aquella de las profesiones, que siendo conforme con su vocación de jurista, le procuraba la libertad necesaria para la formación completa de su personalidad científica. Era rico, y estaba dotado de gran independencia de carácter: con tales condiciones, el profesorado universitario constituía la ocupación más adecuada a sus aspiraciones y gustos. Así que, a los veintiún años, doctor ya, se hizo *privata docent*, atrayendo muy pronto la atención de

1 V. Mignet, *Notice historique de la vie et des travaux de M. de Savigny* (cit. por el Sr. Durán y Bas en su prólogo a la trad. esp. *del Derecho romano actual*). V. también *Della vita scientifica e delle opere di Savigny e della importanza della scuola storica di Diritto*, publicada al frente de los *Trattati di Giurisprudenza storica*, de Savigny.

las gentes, que acudían en gran número a escuchar de sus labios las sabias enseñanzas que tan alto habían de colocar su nombre.

La primera obra verdaderamente importante que Savigny publicó, fue el célebre y discutidísimo *Tratado de la Posesión*. Realmente fue éste un fenómeno de extraordinaria precocidad, si vale la palabra. En efecto ese libro, que ha hecho gemir las prensas de un modo tan constante, que ha provocado la formación de una de las más ricas y potentes literaturas jurídicas modernas, fue publicado por Savigny el año 1803; es decir, cuando apenas tenía veinticuatro años. No es este el lugar propio de emitir un juicio acerca del *Tratado de la Posesión*. Sería, por lo demás, una pretensión ridícula, querer decir aquí nada original o nuevo acerca de ese libro, que ha sido analizado y criticado página por página quizá, que tantos defensores apasionados y tantos detractores violentos ha tenido, mucho más después de la revisión admirable que de sus ideas capitales hizo el ilustre Ihering². Baste sólo afirmar, que aunque de sus doctrinas capitales subsista tan poca cosa, como este insigne jurisconsulto afirma, siempre quedará como una de las obras en que se consagra el gran movimiento de renovación de los métodos de investigación histórica del Derecho. La escuela histórica que en Hugo tiene ya su primer impulso, encontró en el *Tratado de la Posesión* de Savigny su fórmula.

Una vez publicada esta obra, las principales universidades alemanas se disputaron el honor de contar a Savigny entre sus profesores. La amplia libertad y la positiva autonomía científica que de antiguo gozan los centros universitarios de Alemania, les permite este género de fecunda rivalidad. En cuanto un profesor sobresale, en cuanto se revela en el país un hombre eminente en cualquier ramo del saber, las universidades se lo disputan. Todas quieren tenerle en su seno para atraer a él la juventud estudiosa. Savigny no acudió entonces al llamamiento universitario; dedicóse algún tiempo a recorrer las bibliotecas de Heidelberg, de Stuttgart, de Tübinga, de Estrasburgo. En 1804 fue a París. Su afán entonces era acopiar materiales, hacer investigaciones sobre las fuentes, examinar los códigos, a fin de preparar su historia de los glosadores.

Hacia el año 1808, el ya célebre historiador jurisconsulto, aceptó el puesto de profesor en la universidad de Landshut, pasando en 1810, por llamamiento de Guillermo de Humboldt, ministro a la sazón de Instrucción pública, a una cátedra de la naciente universidad de Berlín. Allí fue donde conoció a Niebuhr, y allí fue donde acabó de formarse y producirse su gran personalidad científica.

2 *Teoría de la posesión* (edic. española).- La crítica, no solo de la doctrina de la posesión, sino del método formalista de investigación y construcción jurídica de Savigny, la hace Ihering en la Teoría de la posesión (primera monografía *De la protección posesoria*) y en *La Voluntad en la posesión* (que viene a ser continuación de la anterior).

Aunque Savigny fue ante todo un hombre de ciencia, cuya vida se consagró a la investigación de los más altos problemas de la historia del Derecho, sin embargo, desempeñó también importantes cargos oficiales, siendo, por otra parte, consagrado su mérito por las principales sociedades científicas de Europa. Savigny perteneció al Senado y Tribunal universitario: en 1817 entró a formar parte del Consejo de Estado, y desde 1819 fue consejero del Tribunal de Revisión y Casación, demostrando además en sus constantes relaciones con los más distinguidos jurisconsultos de Alemania y de fuera de Alemania, una actividad infatigable.

Savigny escribió muchísimo. La mayoría de sus trabajos son disertaciones monográficas acerca de puntos de historia jurídica, de Derecho romano sobre todo, y algunas relativas a problemas del momento. Muchos de estos estudios se encuentran en la Revista de Jurisprudencia Histórica, que para defender los principios de su escuela publicó (1815), con la ayuda de Eichörn y Gosscheng³. Como obras de mayor alcance y más conocidas pueden señalarse las siguientes: en primer término, el ya citado *Tratado de la Posesión* y el presente opúsculo sobre la *Vocación de nuestro tiempo para la legislación y para la ciencia del Derecho*; luego está la famosa *Historia del Derecho romano de la Edad Media*, en que modifica el primitivo plan de la historia de los Glosadores⁴, y la cual consta de seis volúmenes. Por último, tenemos la que puede considerarse como más importante entre todas, sobre el *Sistema del Derecho romano actual*, en la que se resumen orgánicamente los estudios todos de la escuela histórica, sistematizando sus principios y las conclusiones que de la larga y encarnizada lucha entre los jurisconsultos alemanes pueden inferirse. La parte general de esta grande obra háyase distribuida en ocho volúmenes, que comprenden, aparte de lo que constituye el verdadero corazón de la misma, varias magníficas monografías sobre puntos capitales del derecho, puestas siempre a guisa de *Apéndices*. De la que puede llamarse parte especial, se publicaron dos gruesos volúmenes relativos a *Las Obligaciones*.

- II. Veamos ahora, también muy brevemente, en qué circunstancias se publica *La Vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*. Debe verse en ella, de un lado, una manifestación, entre otras, de la fuerte tendencia realista, fundamentalmente histórica, que hacia fines del siglo pasado y principios del presente se acusa en Francia mismo, pero sobre todo en Alemania, bajo el especial influjo del estudio directo del Derecho romano. Pero además de esta significación general, el interesante opúsculo a que nos referi-

3 He aquí una indicación de las principales: Elementos para la historia de los testamentos romanos; Sobre el colonato romano: Tutela de los menores y la *Lex Plaetoria*: Origen y progresos de la Latinidad: Sobre el *Jus Italicum*: Relaciones de la centuria con la tribu: Del Interdicto *Quorum Bonorum*: Crítica de la historia del Derecho Romano de Hugo: Sobre la *Lex Cincia de donis et muneribus*: El sistema romano del impuesto: Savigny escribió también un estudio *Sobre la enseñanza del Derecho en Italia*, etc., etc.

4 Véase el Prefacio de este gran libro.

mos, tiene una más propia y especialísima en la historia de las ideas jurídicas modernas, y hasta en el desarrollo de la política legislativa de Alemania. Representa todo un programa de una gran tendencia científica y práctica a la vez en la filosofía del derecho positivo, la tendencia iniciada por Hugo y que tantos y tan preclaros partidarios tuvo en la Europa toda, y a quien tantísimo debe la formación sólida y fundamental de la ciencia del Derecho en nuestros tiempos. Lo que se dice en el libro de Savigny, hoy que el positivismo ha surgido y ha arraigado con sus métodos realistas en todas las ramas del saber, parecerá poco, acaso templado, quizá prudente con exceso, pero debe pensarse que ese libro se publicó cuando no se podía presumir siquiera la doctrina actual del positivismo, y entonces, a poco que se medite y se considere la perspectiva histórica, se pondrán en su punto, según su valor verdadero, las ideas *nuevas* y *atrevidas*, precursoras de toda una gran revolución científica en el porvenir, que *La Vocación de nuestro siglo para la Legislación* entraña.

Mas veamos cómo se publicó este libro.

Hacia el año 1814, cuando, destruido el gran imperio napoleónico, Alemania fue reintegrada en su independencia, ante el espectáculo que este pueblo ofrecía, maltrecho y dividido interiormente, produjéronse por doquier fuertes y vigorosas corrientes filosóficas, literarias jurídicas, sociales, políticas y de todo género, encaminadas a dar forma y vida a la unidad nacional. En el Derecho, manifestóse este universal deseo con la aspiración a unificar los derechos positivos de los diferentes países de la raza germánica. Ahora bien; entre las voces elocuentes y autorizadas que entonces se levantaron para procurar tal unificación, aconsejando el camino que debería seguirse, resonó, distinguiéndose entre todas, la del célebre adversario de Savigny, Thibaut. Proponía éste como el medio más adecuado para favorecer en las mejores condiciones posibles la unificación del derecho nacional, la formación de un Código común a todos los países de Alemania. Las ideas capitales en que este filósofo y jurisconsulto se apoyaba, expuestas están en la obra que puede considerarse como complemento a su modo, de la presente y la cual habla acerca de la *Necesidad de un Derecho civil común para Alemania*⁵. Son tales ideas sencillas, claras, de las que seducen fácilmente aunque encubran un fondo discutible y hasta erróneo. Una legislación, decía, debe ser tan perfecta como sea posible en su forma, y en su materia; esto es, de estilo claro, propio y preciso, y de instituciones verdaderamente nacionales. La aspiración íntima y fundamental de una legislación debe ser la fijeza en las reglas, la seguridad en las divisiones, la universalidad en las fórmulas; nada de esto hay, añadía luego, en las legislaciones alemanas, ni puede buscarse tampoco en el Derecho romano, derecho histórico, antiguo, de eruditos, mal conocido, y, en suma, perfectamente inadaptable al pueblo⁶. Thibaut, lleno de fe en las

5 Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814.

6 Thibaut, Ob. cit. passim.

obras artísticas y reflexivas del Derecho, confiadísimos en la eficacia de las fórmulas legales, proponía sintetizar en un Código las reglas jurídicas, claras, precisas, universales y adaptadas a la Alemania toda. La gran autoridad de Thibaut, el exterior simpático de su teoría, a más del sentimiento nacional en que se inspiraba, hicieron que de todas partes se levantaran voces amigas, y que poco a poco se produjeran corrientes de favor. Feuerbach en Múnich, Schmidt en Jena, Pfeiffer en Cassel, a más de Goenner, se pronunciaron en pro de la necesidad preconizada por Thibaut, de dotar a Alemania de un Código general, que aclarase la gran confusión reinante en el Derecho civil positivo, entonces vigente⁷.

En estos momentos fue cuando se publicó *La Vocación de nuestro siglo para la Legislación*. Savigny, jurisconsulto profundo, conocedor como pocos del Derecho romano, y además dotado de un sentido realista de la historia verdaderamente especial y admirable, veía, como Thibaut, la necesidad de unificar el derecho, de coadyuvar desde este lado a la formación de Alemania; pero no creía oportuno, para lograrlo, la formación de un Código, porque un Código no puede ser la obra del capricho: no se *hacen* los Códigos eficaces, orgánicos, expresión formal y sistemática del derecho positivo, en un momento dado y cuando se quiere, sino que se *producen* cuando las condiciones y las circunstancias de la cultura jurídica, del amor universal al derecho los permiten, o, mejor quizá, *los imponen*. En opinión de Savigny, estas condiciones no las poseía Alemania en 1814. Para defender esta tesis, capital en la lucha violentísima que entre la escuela *histórica* de Savigny y la *filosófica* de Thibaut, se produjo, desarrolló el primero las ideas profundas que llegaron a constituir más tarde el credo fundamental de una de las tendencias más importantes que en nuestro siglo han imperado en la filosofía del derecho positivo. Savigny demostró, con el apoyo efficacísimo del Derecho romano, el carácter esencialmente popular, nacional, humano, en suma, del derecho (el derecho es obra, no de la voluntad arbitraria, según pretendía Rousseau, sino de la conciencia, del espíritu del pueblo): afirmó la importancia de la costumbre, como fuente del derecho positivo; acentuó la necesidad de estudiar la historia íntima de los pueblos, como medio de penetrar en su espíritu y de comprender así, cómo en él se elabora el derecho, *su derecho*; por último, determinó, frente a las exageraciones de Thibaut, y contra la tendencia abstracta de la filosofía rousseauiana, la tarea modesta del legislador, cuyo papel no debe ser *crear* el derecho, *inventarlo*, sino más bien depurarlo y ordenarlo en vista de las corrientes dominantes en el seno mismo de las sociedades o mejor de los pueblos. Pero, ¿a qué insistir? Estas ideas, y muchas otras, puede verlas el lector desenvueltas, con el vigor de pensamiento y la claridad grandísima que son características en Savigny, en el folleto que va a continuación.

No nos sentimos animados a hacer aquí una crítica de las opiniones que Savigny mantiene en esta obrita, y menos de las que constituyen el amplio programa for-

⁷ V. *Della vita scientifica di Savigny*, etc., citado antes.

mulado a la larga, por los numerosos defensores de la escuela histórica⁸. Ya queda dicho que sólo brevísimas palabras dedicaríamos a dar cuenta de *La Vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*. Sin duda hay, en medio de lo mucho aceptable entre lo que dice Savigny, algo que suscitara graves reparos. Bastaría, sin fijarse en los detalles de su idea, contemplar el carácter general de la tendencia, para ver que envuelve el germen de posibles peligros y corruptelas perjudiciales. En los principios de la escuela histórica pueden encontrar no pocos argumentos, todos los quietismos políticos imaginables, todas las paralizaciones intencionadas del progreso, todas las oposiciones contra las reformas más necesarias y hasta los autoritarismos absolutistas. Por otra parte, una concepción de la historia humana, según los principios de la escuela histórica, no puede considerarse como la fórmula más exacta de la historia real y positiva. En efecto, lo que se llama el derecho no se ha formado sólo orgánicamente, y en pacífica evolución... la lucha (desgraciadamente), ha sido siempre una de las formas empleadas por la humanidad para hacer imperar lo que por derecho ha querido entender... Pero repito que no debemos hacer aquí crítica de ningún género. Quien quiera ver admirablemente expuestos estos y otros reparos de índole análoga contra la escuela histórica, que lea el precioso opúsculo del maestro Ihering acerca de *La Lucha por el derecho*⁹.

Para terminar, conviene advertir que, aunque se trata de un librito escrito hace tanto tiempo, no se puede considerar como anticuado. Nada de eso. Aparte de que, como obra de Savigny, no podía envejecer tan pronto, no hay inconveniente en afirmar que mucho de lo que en ella se dice, se debe conceptuar como de palpitante actualidad en España.

Una consideración brevísima justificará esto último. No nos referiremos a cuanto en el libro de Savigny se dice respecto del Derecho romano y de la enseñanza universitaria, que probablemente nos viene como anillo al dedo, pero sí recordaremos que poco ha se acometió entre nosotros y se llevó, no diremos que a *feliz* término, el Código civil; pues bien; hay párrafos en el libro de Savigny, que parecen escritos en honor de la obra imperfecta inorgánica, y superficial de nuestros desorientados legisladores.

Adolfo G. Posada

8 V. Stahl, *Historia de la filosofía del derecho*, edic. esp., p. 663. Puede consultarse Vanni: *I giuristi della scuola storica di Germania* (1885).

9 Traducido por Adolfo Posada. V. el Prólogo de Leopoldo Alas.

INTRODUCCIÓN

En muchos países de Alemania se ha sentido en estos últimos tiempos el deseo de una mejor organización de la justicia civil; y este deseo, después de haber pasado inadvertido durante largo período para nuestros gobiernos, ha llegado al fin a ser secundado por el común consejo de los hombres de Estado y de las gentes doctas. Un motivo, sin embargo, más noble que la mera necesidad, ha provocado esta adhesión; tal es el sentimiento de que, en virtud de la pasada opresión de la nacionalidad alemana, se ha producido en todos los ánimos no perezosos el deseo de mostrarse dignos de la época actual. Por eso no es una vana presunción, sino cosa justa y laudable, que quien sienta en su alma la vocación del siglo, lo proclame altamente, y que en esto los legistas se esfuercen por no ser los últimos. Precisamente en el Derecho civil es donde la diferencia entre la edad pasada y la actual se ofrece más palmaria. Muchas cosas, sin duda, pueden resultar malas entre los particulares, bien por defecto de inteligencia o por otra causa, pero siempre estarán en libertad de exigir lo justo y lo bueno. Ahora bien; la cosa lleva en sí su fin y su destino. Los príncipes pueden de nuevo secundar al propio convencimiento y poner su honor en el bien común. Mas ¿quién podría decir lo mismo de la época transcurrida? Cuando el Código francés se insinuara en Alemania, y a modo de gangrena se propagaba sin cesar su acción corruptora, nunca, o sólo muy raramente y con frases vacías, se aludía a ningún principio informador: todo tendía a un fin externo, completamente extraño a la esencia propia del Código: tendencia en sí misma condenable, sin considerar además que semejante fin era el más pernicioso de todos. Y por eso entonces todo esfuerzo resultaba infructuoso. Los que en aquella época hablaron, o estaban voluntariamente ligados a la mala causa, o bien parecían como engañados por no haberla comprendido: los más tomaban parte sólo en la ejecución como hombres de negocios, sin creerse en el caso de emitir un juicio: elevóse, sí, alguna que otra voz, ya a exhortar, ya a condenar, ya a anunciar, ya a dirigir; pero el suceso pasaba inadvertido. El poder de nuevo experimentar el efecto de una diversidad de opiniones, y de nuevo hacer surgir dudas y conflictos sobre las decisiones, es uno de los beneficios con que Dios nos ha colmado, porque sólo de un contraste semejante puede surgir una unidad viva y estable: la unidad del convencimiento, a la cual tendemos hoy en todas las cosas morales. Mas presentaremos dos especies de contiendas: la una batalladora y fuerte; la otra reposada y suave. Acudimos a aquélla cuando encontramos reprobables el objeto y el fin: nos mantenemos en

la segunda cuando se trata de indagar los medios para un fin digno y laudable. La primera encontraría aplicación oportuna, aun no tratándose del Código francés, si cualquiera quisiera sostener que estamos a tiempo para que los Estados particulares de Alemania se aislen unos de otros, haciendo concurrir a este fin el derecho, y debiendo cada gobierno realizar la obra de compilar un Código particular para cada Estado respectivo, con el objeto de destruir hasta en este punto cuanto exista de común y recuerde la unidad de la nación. Opinión esta que dista mucho de ser un producto espontáneo de las conciencias privadas, por más que ciertos gobiernos la sostengan abiertamente, si bien un cierto pudor les impide manifestar que la profesan, no habiendo sido, que yo sepa, defendida en escritos relativos al Derecho civil.

Muy de otra suerte se halla la cuestión respecto de otros proyectos, que hasta ahora se conocen sobre este asunto. Acerca de ellos es posible disentir y mantener una controversia tranquila, que conduzca, si no al acuerdo y conformidad entre los que discuten, a lo menos a un conocimiento más perfecto de la materia. De las dos opiniones de que tengo noticia acerca de la ordenación del Derecho civil, la una tiende a restablecer las antiguas condiciones, y la otra quiere la formación de un Código común para toda la Confederación Germánica. Para esclarecer la segunda, es menester hacer aquí algunas reflexiones, toda vez que suele ser considerada históricamente desde un doble punto de vista. Ante todo, se la encuentra estrechamente relacionada con muchas opiniones e investigaciones semejantes, de la última mitad del siglo XVIII. En aquel tiempo surgiera en Europa un ciego ardor por la organización: se había perdido todo sentimiento y todo amor por cuanto había de característico y de grande en los demás siglos, al par que por el natural desenvolvimiento de los pueblos y de las instituciones, es decir, por todo aquello que la historia produce de más saludable y provechoso, fijando exageradamente la atención en la época actual, que se creía destinada nada menos que a la efectiva realización de una perfección absoluta. Este movimiento se manifestó en todas direcciones: es notorio cuánto por él se ha perdido en religión y en política, no pudiendo por lo demás desconocerse cómo por una natural reacción, hubo de provocarse en todas partes una nueva y más vigorosa tendencia. Semejante movimiento no dejó de obrar también en el Derecho civil. En su virtud se pedían nuevos Códigos, los cuales, con sus perfecciones, debían garantizar una mecánica exactitud en la administración de la justicia; de modo que el magistrado, dispensado de todo juicio propio, debía limitarse a una simple aplicación literal de la ley. Debían, además, estos Códigos estar completamente libres de toda histórica influencia, y por obra de una solemne y extraña abstracción, debían adaptarse a todos los pueblos y a todos los tiempos. Sería, en verdad, injusto atribuir a meros e infatuados sofistas semejantes tendencias y aspiraciones sólo: había entre sus mantenedores no pocas excepciones honrosas, que traducían fielmente el pensamiento del pueblo; no estando, por lo demás, en manos de los gobiernos impedir todas las aplicaciones, siendo bastante si se conseguía templar y restringir tan fogosa tendencia.

Si ahora tratamos de comparar la edad presente con la que dejamos descrita, tendremos realmente motivos para congratularnos. El gusto histórico se ha despertado por doquiera, y ante él no encuentran apoyo aquellas arrogancias infundadas; y si aún se siente el contagio en los escritores noveles, ya no es ese el espíritu dominante. No resulta menos satisfactorio en parte, el parangón, respecto de los proyectos de Códigos a que antes nos referíamos. Apartándose de las teorías exageradas, los autores dirígense ahora hacia un fin práctico y determinado, fundando sus razones sobre sólidos motivos. Pero en el examen de aquel período encontramos la ventaja de poder consultar la experiencia, toda vez que bajo el imperio de aquellas opiniones se produjeron uno tras de otro tres Códigos para los tres grandes Estados de Europa. Estos, y en parte sus efectos, están ante nuestra vista, y sería imperdonable despreciar la lección que pueden darnos, alentándonos o deteniéndonos.

Por otro lado, aquellos proyectos van unidos a una opinión general sobre el origen del derecho positivo, la cual hace mucho tiempo que dominaba ya en la gran mayoría de los juristas alemanes. Según esta opinión, todo derecho, en su estado normal, no es más que el resultado de la ley, esto es, de los actos emanados de la potestad suprema del Estado; la ciencia del Derecho atiende únicamente a la materia de semejantes actos; así, el contenido de la legislación misma, al igual que el de la ciencia del Derecho es, completamente accidental y variable, siendo perfectamente posible que el derecho de hoy sea en un todo distinto del de ayer. Por donde un Código perfecto estímase una necesidad capital, y sólo cuando falta, se cree poder recurrir, como por triste necesidad, a la ayuda del derecho consuetudinario, que se conceptúa, por lo demás, vago e insuficiente suplemento.

Semejante opinión es bastante más antigua que la otra que dejamos indicada; ambas, sobre muchos puntos, se han combatido recíprocamente; pero en no pocos han llegado a un acuerdo. Muchas veces ha servido como término de concordia el convencimiento de que hay un práctico derecho natural o racional, o como quiera llamarse, una especie de legislación ideal buena para todos los tiempos y para todos los casos, la cual es preciso descubrir a fin de perfeccionar definitivamente el derecho positivo.

Si tal opinión, acerca del origen del derecho positivo, es o no fundada, es lo que va a verse en las consideraciones que siguen.

CAPÍTULO I

ORIGEN DEL DERECHO POSITIVO

Preguntaremos ante todo a la historia cómo se ha desenvuelto realmente el Derecho entre los pueblos primitivos, con el fin de procurar ver y juzgar qué es lo que hay en ese desenvolvimiento de necesario, de útil y de censurable.

En todas las naciones, cuya historia no ofrece duda, vemos al Derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar de aquél pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Todas estas diferentes manifestaciones no tienen en verdad, una existencia aparte, sino que son otras tantas fuerzas y actividades del pueblo, indisolublemente ligadas, y que solo aparentemente se revelan a nuestra observación como elementos separados. Lo que forma un solo todo es la universal creencia del pueblo, el sentimiento uniforme de necesidades íntimas, que excluye toda idea de un origen meramente accidental y arbitrario.

De qué modo se manifiestan semejantes actividades características, que hacen de cada pueblo un individuo, es una cuestión que no puede ser resuelta por medio de la historia. En ciertos tiempos, de que no estamos muy lejanos, ha dominado la creencia de que la infancia de la sociedad se ha pasado en una condición perfectamente animal, la cual, merced a un sucesivo desenvolvimiento, se fue cambiando en una existencia cada vez mejor, hasta que al fin llegó a alcanzar la altura de civilización en que ahora se encuentra. Podemos prescindir, desde luego, de tal doctrina y limitarnos al hecho de este primer estado en que indudablemente se ha encontrado el Derecho civil, tratando de determinar los rasgos generales de un período en que el derecho vive al igual que la lengua en la conciencia popular.

Esta juventud de los pueblos es ciertamente pobre de ideas, pero tiene la ventaja de una plena conciencia de su ser y de sus condiciones, y en ella vive sintiéndola profundamente, mientras en nuestra sociedad, tan artificiosamente complicada por tantos elementos, estamos oprimidos por nuestra misma abundancia, que no podemos gozar y aprovechar plenamente. Aquella clara y natural condición manifiéstase principalmente en el Derecho civil, y así como ocurre en cada hombre que en virtud de la propia estimación adquieren importancia sus relaciones familiares

y sus bienes, así por razones semejantes se hace posible que las decisiones del derecho lleguen a ser cosa del conocimiento popular. Estas funciones intelectuales necesitan pues de un organismo, por decirlo así, material, que procure estabilidad a su ejercicio. La lengua lo encuentra en el constante y no interrumpido uso que de ella se hace, el gobierno en la visible autoridad que le está confiada; pero, ¿dónde lo encontraremos para el Derecho civil? En nuestra época se nos ofrece en los cánones promulgados por medio de la escritura y de la palabra. Pero semejante arte de organización supone ya un grado de abstracción, al cual no pueden elevarse las edades primitivas. En éstas encontramos, por el contrario, actos simbólicos, en los cuales, los principios del Derecho toman vigor y fuerza, cuando no resultan absorbidos y dominados.

La sensible evidencia de estos actos es manifiestamente la que mantiene el derecho bajo una forma determinada, y su gravedad y solemnidades están en relación con la importancia en que se tienen en aquel período los principios jurídicos que se consideran como característicos.

En el uso dominante de estos actos formales concuerdan, por ejemplo, las razas germánicas con las antiguas italianas, sino que en las últimas esas formas aparecen más determinadas y más regulares, lo que puede muy bien depender de su diversa constitución. Semejantes actos simbólicos pueden considerarse como la verdadera gramática del derecho en el período a que nos referimos, siendo cosa digna de ser notada, que la tarea principal de los antiguos juriconsultos romanos, consistía precisamente en mantener y aplicar exactamente estos actos. En estos últimos tiempos con frecuencia los hemos despreciado, como patrimonio de la barbarie y como superstición indigna de nuestra civilización, habiéndonos estimado como superiores porque no los necesitábamos; sin embargo, no se ha tenido en cuenta siempre, que también nosotros nos hallamos rodeados por todas partes de formas jurídicas, a las cuales, por lo demás, falta la mejor ventaja que las primeras tenían, esto es, la evidencia o sea la fe popular, ya que sólo se ve en ellas una especie de traba arbitraria, algo así como un obstáculo inútil.

En esta manera parcial de considerar los tiempos primitivos, nos parecemos en verdad a aquellos viajeros que, visitando la Francia, se admiraban al oír que en esta tierra los niños sabían hablar desde muy temprana edad y fácilmente el francés.

Esa natural dependencia del derecho de la costumbre y del carácter del pueblo, se conserva también con el progreso del tiempo, no de otro modo que en el lenguaje.

Al igual que para éste, para el derecho no hay un solo instante de reposo. El mismo movimiento, el mismo desenvolvimiento se verifica en que él que en cualquiera otra tendencia del pueblo, y semejante desenvolvimiento está bajo la misma ley de intrínseca necesidad, como cualquiera otra primitiva manifestación. El derecho

progresa con el pueblo, se perfecciona con él, y por último parece cuando el pueblo ha perdido su carácter. Pero este interior progreso, existente también en los tiempos de mayor cultura, es en ellos muy difícil de estudiar. A la verdad, según hemos declarado antes, el derecho vive en el común conocimiento del pueblo; y a considerarlo por ejemplo, en el Derecho romano, es esto cierto respecto de sus rasgos fundamentales, así en lo tocante a la índole general del matrimonio, de la propiedad, etc., etc.; pero luego se ve que no se puede decir lo mismo en cuanto a la infinita suma de detalles que v. gr. nos presentan las Pandectas. Esta dificultad nos lleva a una nueva manera de ver el desenvolvimiento del derecho. De hecho se puede observar cómo en una civilización creciente, las varias actividades del pueblo se van constantemente separando, y cómo cuando en un principio era un mismo conjunto, se divide en múltiples ramas distintas: ahora bien; una de esas ramas toca a los juristas. En esta condición, el derecho se perfecciona del lado del lenguaje y toma un aire científico, y lo que antes vivía en la conciencia popular, conviértese en adelante en materia de la competencia de los juristas, que en tal concepto vienen a representar al pueblo. La existencia del derecho, a partir de aquí, se hace cada vez más artificiosa y más complicada, porque, sin dejar de vivir de la vida del pueblo, se produce al par otra vida, como obra especial de la ciencia, en manos de los juristas. El influjo simultáneo de este doble principio de vitalidad, explica todas las manifestaciones ulteriores, comprendiéndose también cómo aquella gran masa de detalles particulares, puede nacer espontáneamente de las costumbres, sin arbitrio ni designio preconcebido. En gracia a la brevedad, designaremos con la expresión *elemento político* del derecho, la dependencia en que está respecto de la vida social del pueblo, designando además su vida separada y científica como *elemento técnico*.

Según lo expuesto, el derecho será en el mismo pueblo en épocas distintas, derecho natural (en un sentido diferente del derecho natural de que comúnmente se habla) o bien derecho científico, según que predomine uno u otro elemento, ya que una separación absoluta entre ambos es seguramente imposible. En los Estados republicanos podrá el principio político conservar más tenazmente un influjo inmediato, que en los Estados monárquicos; en la república romana, como en ninguna otra parte, un gran conjunto de circunstancias contribuyeron a mantener vivo semejante influjo, aun en los momentos de incremento de la civilización. Pero en todo tiempo, y bajo cualquier forma de gobierno, este elemento muestra su acción en distintas aplicaciones, allí donde en una esfera menos amplia, una necesidad misma, frecuentemente renovada, hace posible un conocimiento general del pueblo. Así, en la mayor parte de las ciudades se formará y mantendrá un derecho particular acerca de las transacciones con los criados y los alquileres de las casas, independientemente por igual de las leyes promulgadas y de la jurisprudencia científica; y éstos, después de todo, son los únicos progresos del universal derecho primitivo. Antes de los grandes trastornos que hemos sufrido en casi todas las instituciones, eran estas en los pequeños Estados alemanes bastante más numerosas que al presente lo son, porque

algunas partes de las antiguas instituciones germánicas, se habían salvado a través del torrente de las revoluciones.

La síntesis de esta opinión es que todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a las cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador. Luego examinaremos si esta condición del derecho, que hasta ahora hemos designado sólo como un hecho histórico, es un beneficio o un daño, y si se debiera desear a perpetuidad, pero aunque sea del mero lado histórico, exige una más peculiar determinación. Hemos empezado por la hipótesis de un desenvolvimiento originario, puro y no interrumpido; más adelante el ejemplo de Alemania mostrará la acción de un primer contacto con el derecho extranjero, y hará ver cómo indudablemente el influjo parcial de la legislación sobre el Derecho civil puede resultar, ya benéfico, ya nocivo. Para terminar, diremos que existen grandes diferencias en los límites de la autoridad y de la aplicación del derecho. Así como, en efecto, un mismo pueblo se diversifica en ramas, y los Estados se unifican o se desmiembran, así también el mismo derecho debe ser ya común a varios Estados independientes, ya vario y distinto en un mismo Estado, guardando ciertos rasgos uniformes fundamentales, y revistiendo una diversidad grande en los detalles particulares.

Débase a Hugo, entre los juristas alemanes, el alto honor de haber combatido, en la mayoría de sus obras, esta opinión dominante, en lo que tiene de fundamental. Moeser es el otro a quien se ha aplaudido por haber tratado de aclarar la historia en relación con el Derecho civil: que su ejemplo no había de ser seguido durante largo tiempo por los juristas, era de esperar, porque, en realidad, no perteneció a su clase, y además no formó escuela ni escribió precisamente libros elementales.

CAPÍTULO II

LEYES Y CÓDIGOS

No es raro que ciertas leyes lleguen a modificar el derecho: y esto por varias razones.

En primer término, puede la modificación del derecho vigente ser una aspiración del legislador, cuando altos fines políticos así lo requieren. De hecho, cuando entre nosotros las gentes no conocedoras del derecho, hablan de la necesidad de una nueva legislación, de ordinario lo entienden de ese modo; una prueba palmaria la tenemos en la determinación de los derechos de propiedad. Ejemplos de esta naturaleza nos los da también la historia del Derecho romano: pocos durante la república: bajo Augusto dos tan sólo, aunque de gran peso, las leyes Julia y Papia Popena; muchas más bajo los emperadores cristianos. Que semejantes leyes son una inútil corrupción del derecho, y que se deben hacer muy parcamente, es cosa clara para quien no ignore la historia. A la parte *técnica* del derecho, atiéndese en ellas sólo por la forma, y en relación con el derecho anterior, relación esta que hace tal parte de la legislación, más difícil de lo que suele creerse.

Una segunda influencia, mucho menos conocida aún, ejerce la legislación sobre el Derecho civil. Pueden en verdad existir principios dudosos, que, por su naturaleza mudable, no tengan límites precisos, como, por ejemplo, las prescripciones, respecto de las cuales, sin embargo, la administración de justicia pide límites perfectamente definidos. Ahora bien; en ese caso puede intervenir una legislación de tal naturaleza, que purgue adecuadamente la costumbre, desvanezca tales dudas e indeterminaciones, y ponga en plena evidencia el derecho real, que es la verdadera voluntad del pueblo, manteniéndole puro. Roma tenía a este propósito una excelente institución en el derecho positivo, la cual aún podría, con ciertas reservas, encontrar su lugar propio en los Estados monárquicos.

Pero estas especies de influencias parciales no se consideran para nada, cuando se trata, como ocurre entre nosotros, de la necesidad de un Código general: atiéndese más bien a otros puntos. El Estado debe discutir y formular todo el conjunto de su derecho, de manera que resulte un libro, que vendrá a ser la fuente única,

sustituyendo todas aquellas que anteriormente hubieran podido tener alguna autoridad. Ahora bien, en primer término, se podría preguntar de dónde deberá derivarse el contenido de semejante Código. Según una opinión, a que antes nos hemos referido, se ha sostenido por muchos que la fuente debe ser el derecho racional, sin que se haga caso alguno del existente. Sin embargo, aquellos a quienes estaba confiada la ejecución, y aquellos que de otro modo tenían un conocimiento práctico del derecho, rechazaron una decisión tan atrevida y ampulosa, y convinieron en que se debía formular el derecho vigente, aportando aquellas mejoras y modificaciones que por motivos políticos se conceptuasen necesarias. Que tal ha sido propiamente el criterio que ha presidido a la formación de los Códigos modernos, es cosa que más adelante se pondrá de manifiesto. Como consecuencia de todo ello, el Código comprendería dos elementos: primero, el derecho ya existente; segundo, leyes nuevas. En lo relativo a estas últimas, es sin duda accidental que se promulguen con ocasión del Código o en otra época; podrían, en verdad, no ser necesarias al formarse el Código. Así, en Alemania principalmente, su promulgación resultaría con frecuencia una superfetación, porque lo que sería nuevo para un país se encontraría antiguo en otro, en el cual no se trataría ya de la introducción de un derecho nuevo, sino de una amplificación de aplicaciones del derecho ya vigente entre razas afines. Para que nuestra investigación resulte ordenada, prescindiremos de las nuevas leyes y consideraremos tan sólo el esencial y principal contenido del Código. Debemos, pues, considerar el Código como el conjunto de todo el Derecho existente, con la sanción exclusiva del gobierno. El supuesto de esta sanción, como necesaria en una empresa semejante, es cosa natural en una época como la nuestra, en la cual, a causa de la gran actividad de los escritores, de la variedad de libros y del inseguro crédito de los mismos, es imposible que un libro ejerza un influjo preeminente y duradero sin la fuerza del gobierno., Si alguna vez no se tuvieran en cuenta estas condiciones, es que cabe muy bien que tal trabajo sea obra de los meros cultivadores del derecho, sin injerencia ni sanción gubernativa. Tal fue, en verdad, el caso frecuente bajo el antiguo Derecho germánico, y tropezaríamos de seguro con grandes dificultades para hacer comprender a nuestros padres la diferencia entre un libro de derecho, obra privada, y un Código, diferencia que hoy nos parece tan natural y esencial.

Más preciso es que aquí nos atengamos a las opiniones actualmente dominantes. Realmente, es cosa clara, que la diferencia estará, propiamente en la ocasión y en la sanción, las cuales provienen del Estado, y no en la índole de la obra, la cual es en todo caso perfectamente técnica, y como tal propia de los juristas: en suspenso ya después de mucho tiempo la acción del elemento político del derecho en el Código que suponemos, se hace necesario escribirlo y adicionarlo, cosa que sin duda a los juristas toca. El deseo de un Código semejante y los efectos que de él se esperan son de dos especies.

El derecho, por su íntima condición, debe ante todo alcanzar el más alto grado de certeza, y a ésta debe acompañar una uniforme aplicación. Es preciso, pues, según esto, rectificar y definir los límites exteriores de esta aplicación, toda vez que en lugar de un derecho distinto para los diferentes lugares, se ha de procurar un derecho general nacional. Nos fijaremos aquí sólo en la primera de esas ventajas, pues de la segunda será mejor que hablemos más adelante, al tratar especialmente de Alemania.

Que aquellas intrínsecas ventajas dependen de la perfecta ejecución, es cosa evidente, resultando claro que por este lado lo mismo se puede perder que ganar. A este propósito, importa mucho notar lo que advertía con gran razón y sabiduría Bacon¹⁰. Según éste, una obra como es la de un Código, no se debe emprender sino bajo la acción de una necesidad extrema, siendo preciso tener siempre en cuenta las fuentes del derecho que estuvieren vigentes. Estimaba que todo debe aprovecharse mediante aceptación verbal, conservada con esmero e incesantemente consultada. Pero una obra semejante no se deberá emprender más que en aquellos tiempos en los cuales en punto a instituciones y a saber jurídico se esté sobre los precedentes, pues sería triste que por la ignorancia de los tiempos posteriores se mutilase la obra de la antigüedad¹¹. Lo que de esto puede inferirse fácilmente se ve: toda aquella parte del derecho vigente que no debe ser cambiada, sino conservada, se debe fundamentalmente reconocer y fielmente declarar, cosas estas que corresponden la una a la materia y la otra a la forma.

En lo que concierne a la materia, el problema más importante y más difícil es el de la perfección del Código, desde el punto de vista, de lo que comprende, de su amplitud necesaria. Destinado el Código a ser fuente única de derecho, es menester se dice, que contenga efectivamente la solución de cualquier caso que pueda presentarse. Frecuentemente se ha creído como cosa posible y buena, conocer por experiencia todos los casos particulares para resolverlos en el lugar correspondiente del Código. Pero quien haya parado mientes en la variedad de los casos de derecho, claro ha de ver cómo semejante empresa debe ser perfectamente infructuosa, siendo difícil prefijar qué límites se habrán de encontrar en el porvenir para recoger los casos más importantes. Verdad es que en los códigos modernos se ha eludido absolutamente tal propósito, aunque sin suplir de otro modo la deficiencia natural. Y eso que hay otro medio de llenar esa aspiración del Código, al modo cómo puede verse con este ejemplo de la geometría. En todo triángulo hay siempre ciertos datos, de cuya existencia y relación se infieren inmediata y necesariamente todos los demás; así el triángulo se tiene en cuanto son conocidos dos lados y el ángulo. Pues bien de análoga manera, cada parte del derecho tiene tales o cuales puntos, de los

10 Bacon: *De fontibus juris*, afor. 59-64. (*De augmentis scient.* L. 8. C. 3.)

11 L. c. aj. 64. "*Optandum esset ut hujusmodi legum instauratio illis temporibus suscipiatur, quae antiquioribus, quorum acta et opera tractant, literis et rerum cognitione praesliterint... Infelix namque res est, cum ex judicio et delectu aetatis minus prudentis et eruditae antiquorum opera mutilantur et recomponuntur.*"

que se derivan los demás, y los cuales se pueden denominar teoremas fundamentales. Señalar éstos, y a partir de ellos descubrir la íntima relación y la afinidad que tienen con todos los principios y teoremas jurídicos; he ahí lo más difícil en nuestra ciencia, y esto es lo que da a la obra de los juristas un carácter científico. Ahora bien; si el Código se forma en una época en que este arte esté poco avanzado, no se podrán evitar los imprescindibles escollos. La administración de la justicia estará aparentemente gobernada por el Código, pero de hecho lo estará por algo extraño al mismo, que será, en definitiva, la verdadera fuente dominante del derecho. Semejante apariencia falaz, es sin duda grandemente perniciosa, porque el Código, por su novedad, por la afinidad del mismo con las ideas del tiempo, y por su exterior importancia, atraerá hacia sí toda la atención, distrayéndola de la verdadera fuente del derecho, de modo que ésta, relegada en la sombra, se verá privada necesariamente de aquella fuerza que sólo la nación puede darle, y sin la cual es imposible que alcance un estado vigoroso y fuerte, de verdadero imperio. El carácter real y no quimérico del peligro que señalamos, se verá aún más claro luego, cuando discurremos acerca de los nuevos códigos. Allí haremos ver cuán mal se conocen, no sólo la sustancia, sino también la idea general y la índole de aquella fuente dominante del derecho a que más arriba nos referíamos, y que suele denominarse con tan raros nombres; como Derecho natural, jurisprudencia, o analogía de derecho.

Si con ese imperfecto conocimiento de los principios fundamentales se logra en el Código abarcar cuanto hemos dicho, ocurrirá con frecuencia, sin que sus autores se den cuenta, una lucha y una contraposición recíproca entre las decisiones particulares, lo cual se manifestará poco a poco en las aplicaciones aun sin caer en defecto la administración de justicia. Semejante consecuencia es sin duda inevitable por el momento, cuando un siglo a quien falta la conciencia de su vocación, ha fijado los principios del derecho con la autoridad de la legislación; pero su influjo se hará sentir más pernicioso aun en el porvenir. Realmente, en el supuesto de ciertas condiciones favorables para el desenvolvimiento del derecho, será una ventaja suprema, un contacto más extenso con la época sabia de la antigüedad; pero encontrándose por medio el Código, este le impedirá o a lo menos lo hará difícilísimo. Hay además en la exclusiva aplicación de un derecho positivo dado, el peligro de tropezar con el obstáculo de la letra, por lo que todos los medios de innovación deben ser constantemente muy escogidos: en rigor, un código incompleto debería mantener sobre todo este dominio de un derecho no sancionado.

Además de lo referente a la materia del Código, se debe también examinar su forma, pues puede muy bien ocurrir que los autores del Código hayan sentido perfectamente el derecho que formulaban, y sin embargo, la obra se frustre por falta de habilidad en la exposición. El cómo deba hacerse la exposición, es más fácil inducirlo de las aplicaciones que lograron su fin o de las que no lo consiguieron, que determinarlo mediante reglas generales. Ordinariamente se exige que el lenguaje de las leyes se distinga por un particular laconismo: y, sin duda, puede ser grande el

influjo de la concisión; de ello son una prueba los Plebiscitos y los Edictos romanos. Pero hay también una estéril concisión que nada dice, en la cual incurre quienquiera que no sabe usar el lenguaje como instrumento, y que por ello no puede usarle con toda eficacia: de esto tenemos numerosísimos ejemplos en las leyes y documentos de la Edad Media. De otro lado, la prolijidad, en las compilaciones destinadas a valer como fuentes de derecho, puede resultar condenable e inaceptable: véase esto claro en muchas Constituciones de Justiniano y en la mayor parte de las Novelas del Código Teodosiano; verdad es que también puede resultar una prolijidad habilidosa cuya eficacia es preciso reconocer, y de la cual encontramos ejemplos en no pocos pasajes de las Pandectas.

Si ahora resumimos todo cuanto llevamos dicho sobre las condiciones de un buen Código, véase bien claro que son pocas las épocas oportunas para formarlo.

En los primeros tiempos de los pueblos se encuentra, verdaderamente, la más espontánea intuición del derecho; mas para que sean aptos para la codificación, les falta el lenguaje y el arte lógico; la mejor parte no saben expresarla, de modo que la mayoría de las veces no dan a sus compilaciones verdadero sello de individualidad, aun siendo su derecho altamente personal. Ejemplo de esto lo tenemos en las leyes de los tiempos medios: y si conservásemos completas las leyes de las XII Tablas, seguramente veríamos, aunque en menor grado, algo análogo. En los tiempos de decadencia, por el contrario, hay impotencia casi por todas partes, ya se mire a la materia, ya se mire a la forma.

Queda en verdad una época media, en la cual varios de los elementos sociales y el derecho sobre todo, por necesidad natural, intrínseca, alcanzan su organización. Semejante época, sin embargo, no siente, por sí misma, la necesidad de un Código: podría compilarlo para una edad posterior y más necesitada, a guisa de provisión de invierno; pero es este un cuidado que los vivos en un siglo rara vez se imponen en pro de sus hijos, o sus nietos.

CAPITULO III

EL DERECHO ROMANO

Las ojeadas generales acerca del origen del derecho y de los Códigos, recibirán aún una mayor luz y alcanzarán una más grande exactitud en la aplicación al Derecho romano y al Derecho germánico. Los partidarios del Derecho romano no es raro que sostengan que el gran valor del mismo radica en que en él se encuentran en una pureza evidente los eternos cánones de derecho, hasta el punto de que se le debe mirar como un derecho natural sancionado. Sin embargo, si quisiéramos examinar de cerca el valor de un aserto semejante, veríamos rechazada por ellos mismos la mayor parte de ese derecho, como mezquina y pobre, limitándose aquella admiración en definitiva a la teoría del contrato. Por supuesto separando de ésta las estipulaciones y otras sutilezas, y dejando sólo aquello que es, en verdad, de una justicia extrema, y que con razón se considera como *la expresión de los sentimientos que Dios mismo ha puesto en el corazón de los hombres*¹². Pero, realmente, son tales principios de una naturaleza tan general, que la razón los descubriría por sí misma en su mayor parte y sin necesidad de forma jurídica alguna, de modo que no habría para qué invocar, en favor de una tan fácil adquisición, la ayuda o apoyo de leyes y juristas de hace dos mil años.

Por nuestra parte, trataremos de poner de manifiesto con mayor exactitud lo que hay de más característico en el Derecho romano, y que su excelencia debe ser muy distinta de la indicada, según puede inferirse del hecho de tratarse del único derecho de un pueblo grande, de larga vida, el cual tuvo un desenvolvimiento perfectamente nacional y no interrumpido, y que, por otra parte, fue administrado con celo verdaderamente religioso en todos los períodos de su historia. Si consideramos principalmente los libros Justinianos y la forma bajo la cual el Derecho romano ha llegado a los modernos Estados de Europa, no puede menos de vislumbrarse en aquellos libros una era de decadencia. El núcleo, por decirlo así, de los mismos es una compilación de documentos de una época clásica perdida e inaccesible, y de la cual el mismo Justiniano ignoraba el secreto; nos referimos al siglo de Papiniano y de Ulpiano. En este siglo debe detenerse nuestra mirada, para procurar revelar una imagen de la índole

12 *Motifs de la loi* du 3 sept. 1807 para el Código Napoleón de Bigot-Préameneu.

y del espíritu de aquellos jurisperitos. Ya hemos mostrado antes, cómo en nuestra ciencia toda verdad emana de un cierto número de principios fundamentales: ahora bien; éstos son los que verdaderamente constituyen la grandeza de los jurisperitos romanos. La idea y los teoremas del derecho no aparecen en ellos como creación arbitraria, antes bien, son verdaderos seres reales, cuya existencia y genealogía se las ha manifestado en virtud de un hábito familiar muy prolongado. Así nació en ellos una seguridad en todo su procedimiento, que se parece a la de las matemáticas; puede decirse, sin temor de exagerar, que calculan con sus ideas. Y cuenta que semejante método no es distintivo especial de uno en particular o de algunos escritores, sino que es propiedad casi común a todos, aunque manifestada en cada cual con grado distinto de energía en su aplicación. Si poseyésemos por completo sus escritos, encontraríamos en ellos menos individualidad que en cualquier otra rama de la literatura latina. Conspiran todos con más o menos fuerza a una misma grande obra, y por tal razón, la idea que preside en la formación de las Pandectas no debe ser rechazada por entero. La demostración de cómo esta conformidad de carácter científico en los jurisperitos romanos se funda en sólidas bases, la tenemos en la escasa importancia que dan al lado exterior; así, por ejemplo, sus definiciones resultan también en gran parte imperfectísimas, y sin embargo, la precisión íntima y la certeza de la idea no desaparecen nunca. Hay otro elemento de mucho mayor relieve y mucho menos arbitrario, que tienen gran cuidado de conservar, a saber, un excelente lenguaje técnico, el cual se relaciona con su ciencia particular para saber formar con aquellas diversas manifestaciones casi un solo todo. Verdad es, que a todas estas ventajas podría añadirse un gran exclusivismo.

Y realmente, si es cierto, como lo es, que el derecho no tiene una existencia por sí, sino que más bien se da en la vida del hombre, considerada en un cierto aspecto, siempre que la ciencia del Derecho se separe de este su propio objeto, tendrá que encaminarse por un sendero completamente arbitrario, sin ser guiado por una clara intuición de los principios, alcanzando un alto grado de formal construcción, pero sin base verdadera en la realidad. Ahora bien; en este punto se distingue principalmente el método de los jurisperitos romanos. Cuando tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica véase siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental véase a un mismo tiempo un caso de aplicación, al modo cómo en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa, revelando además una gran maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y viceversa. Realmente, en este método especial, para encontrar y exponer el derecho, radica su particular mérito, siendo de notar que en ellos el arte se ha perfeccionado con el conocimiento y la exposición científica, sin perder por ello la evidencia y la vida que son características de los tiempos primitivos. Esta maravillosa organización de la ciencia del Derecho entre

los romanos, a principios del siglo ni de la Era cristiana, es cosa de tanto interés, que es necesario estudiar su historia. Y a la verdad, sería erróneo reputarla simplemente como creación de una época muy propicia a dicho elemento, sin que en ello tuvieran parte alguna las edades precedentes. Sabido es que, no sólo los jurisconsultos de aquel siglo recibieron en gran medida la materia de su ciencia, de los tiempos de la república libre, sino que además todos los métodos plausibles tienen sus raíces en aquel período primitivo de la libertad romana. De hecho, lo que hace grande a Roma es su espíritu político, lleno de actividad y de vida en virtud del cual aquel pueblo resultaba tan hábil para renovar de modo incesante las formas de su constitución, de modo que lo nuevo no fuese más que una continua explicación de lo antiguo, logrando al fin una justa proporcionalidad entre el elemento estable y el elemento progresivo. Este espíritu obraba a la vez sobre el gobierno y sobre el Derecho civil, si bien cesó de obrar sobre el primero aún antes de que cayese la República, mientras que sobre el otro su influjo se ejerció durante varios siglos todavía, por no haberse manifestado en el derecho las mismas causas de corrupción que obraron sobre el gobierno. En el Derecho civil, pues, se revela con más persistencia la índole general de los romanos que se atenían a las costumbres, sin que por lo demás fuesen de ellas siervos, en cuanto la opinión se manifestaba contraria y no resultasen en consonancia con las nuevas necesidades del pueblo. De ahí que la historia del Derecho romano hasta la época clásica ofrezca en todos los sentidos un desenvolvimiento progresivo y plenamente orgánico. Si surge una nueva forma de derecho, es siempre en estricta conexión con otra antecedente y tiende a la determinación y al perfeccionamiento de la misma. De tal naturaleza es la idea de la ficción (*fictio juris*), de suma importancia en el desenvolvimiento del Derecho romano, aun cuando los modernos, por desconocer su propia índole, la hayan mirado frecuentemente con cierto desvío. Basta recordar la *bonorum possessio* respecto de la *haereditas*, la *publiciana actio* respecto de la *rei vindicatio*, las *actiones utiles* respecto de las *directae*. De mantener vivo siempre en el pensamiento jurídico el precedente, sin desviación ni interrupción, marchando de lo simple a lo más desenvuelto, proviene el que los jurisconsultos romanos de tiempos posteriores hayan encontrado tan fácil ejercer sobre las materias de su ciencia aquel patronato que tanto hemos admirado y admiramos. Ahora bien; si antes advertíamos que la ciencia del Derecho en Roma era en su siglo clásico propiedad común de los juristas, en este momento debemos ya reconocer una comunidad semejante en todos los tiempos de la historia romana, siendo forzoso afirmar el genio jurídico de aquel derecho que se sobrepone a cualquier otro, no sólo respecto una época dada, sino a las naciones en general. Y si luego consideramos el lado de la perfección literaria, por la cual, sólo al Derecho romano puede serle garantida una influencia perenne sobre los demás pueblos y sobre los demás tiempos, entonces la edad de Papiniano y de Pablo aparecerá en un lugar preeminente.

De lo expuesto resulta bien de manifiesto que el Derecho romano, como derecho consuetudinario, se ha organizado casi enteramente por virtud de intrínseca fuerza, y un exacto estudio de su historia hace ver cuán pasajera ha sido siempre la

influencia de las leyes particulares, y cuán firme se ha mantenido el derecho en condiciones de propia vitalidad. La historia del Derecho romano, es, por otro lado, muy instructiva para cuanto más arriba queda dicho sobre la necesidad de la codificación. Enseña por de pronto, que estando el derecho en progreso vivo no se siente necesidad alguna de codificación, y eso aun cuando haya habido condiciones favorabilísimas para llevarla a cabo. Y a la verdad, en el siglo clásico de la jurisprudencia era facilísimo compilar un código excelente. Los tres célebres jurisconsultos Papiiano, Ulpiano y Pablo, eran también *praefecti praetoris*, por donde, además del amor que ciertamente tenían por el derecho no les hubiera faltado la autoridad para dar vida a un Código, si lo hubieran conceptuado cosa buena o necesaria: ahora bien; no encontramos huella alguna de una empresa semejante. Sin duda, en otra época, cuando César, en el apogeo consciente de su fuerza, y ante la tristeza de los tiempos, quiso dar a su única voluntad un imperio exclusivo en Roma, tenemos por seguro, que debió cruzar por su mente la idea de una codificación¹³; así como en el siglo vi cuando se extinguía toda vida informadora del derecho, se buscaron por todas partes los adelantos de tiempos mejores para suplir las exigencias del presente. Por eso aparecieron en breve tiempo diferentes códigos: el Edicto de Teodorico (en el 500), el Breviario de los visigodos (506), el Código de los Borgoñones llamado *Papiano* (poco después del año 500), y, por último, los libros de Justiniano. Y ciertamente sin estos códigos, es difícil que se hubieran conservado los libros del Derecho romano, y difícilmente hubiera sido acogido éste por la Europa moderna, si entre aquellos códigos no hubieran estado los de Justiniano, que es en los que se puede verdaderamente reconocer el espíritu de aquel Derecho. Mas es cosa bien clara que esta marcha hacia la codificación ha sido ocasionada tan sólo por la incontrastable decadencia del derecho.

Las opiniones acerca del valor substancial del Derecho romano, pueden ser todo lo varias que se quiera, pero es indudable que las personas competentes en esta materia están unánimes en lo relativo a los métodos jurídicos. Pero téngase en cuenta que la competencia de que se trata sólo puede encontrarse en quienes son capaces de leer libremente, y con alcance literario, las fuentes del Derecho romano. Quienes lo conocen sólo por compendios o lecciones, aun cuando puedan haber consultado algún texto, no por ello son competentes; debiendo sorprendernos verles adoptar tal o cual opinión, como por ejemplo, la siguiente de cierto eximio orador francés. Sostiene este que el Derecho romano nació en la época de los antiguos juristas de un inmenso conjunto de decisiones y reglas particulares, para cuya ordenación no bastaría la vida de un hombre; pero que después, bajo Justiniano, *la legislación romana salió del caos*, pudiendo considerarse la obra de aquel emperador, como la menos imperfecta hasta el Código de Napoleón, que es la obra perfecta bajo todos los aspectos¹⁴.

13 Suetonio, *Cesar*, c. 44: *Jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensa difussa que legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimus conferre libros.*

14 Motivos de la ley de 3 de setiembre de 1807, de Bigot-Prémeneu

CAPITULO IV

EL DERECHO CIVIL EN ALEMANIA

Hasta tiempos muy cercanos a nosotros ha estado vigente en toda Alemania un derecho civil uniforme, llamado derecho común, modificado más o menos por el derecho municipal, pero establecido espontáneamente en todas partes, sin el concurso de fuerza alguna exterior. Las fuentes principales de este derecho común eran los libros Justinianos, en los cuales el mero hecho de ser aplicados a Alemania había producido ya significativas modificaciones. Sobre esto se ha ejercitado casi siempre la actividad científica de la mayor parte de los juristas alemanes. Pero hace ya bastante tiempo que se comenzó a levantar la voz contra semejante elemento exótico de nuestro derecho. El derecho romano, se ha dicho, se opone y destruye nuestra nacionalidad, y el estudio exclusivo que de él se hace por nuestros juristas, impide que el derecho indígena alcance una perfección científica y original. En tales querellas advierten desde luego algo de inconsistente, en cuanto se conceptúa como accidental y arbitrario aquello que sin una íntima necesidad no podría ser o lo menos no podría ser permanente; ya que, por otra parte, en el camino asignado por la naturaleza a los pueblos modernos para alcanzar su desenvolvimiento nacional, no puede éste ser completamente autónomo como el de los antiguos. Del propio modo que entre aquéllos la religión no es un producto espontáneo de sus peculiares condiciones, ni la literatura vive vida completamente aparte de todo influjo extranjero, no debe extrañar que un derecho extranjero sea su derecho civil común. Ahora bien este género de influjo extraño por lo que toca a toda la civilización y la literatura alemana, fue en gran parte romano, como romana fue la influencia sobre nuestro Derecho civil.

Pero la opinión que aquí examinamos es además errónea en sus fundamentos. Sabido es que, sin la intervención del derecho romano, hubiera sido imposible un perfeccionamiento no interrumpido del derecho alemán, dada la falta de todas las condiciones que en Roma favorecieron el desenvolvimiento de aquel elemento. Y entre éstas, debe recordarse, en primer término, la estabilidad en el lugar, merced a la cual, Roma, en sus primeros momentos, es el Estado mismo, y hacia la época de la caída del imperio de Occidente continúa siendo siempre el centro del Estado, mientras que las razas germánicas emigraban, dominando y siendo dominadas, de

modo que el derecho, esparcido y disperso de esa manera, nunca pudo encontrar un punto fijo de central desarrollo. Además, las razas germánicas han sufrido muy al principio revoluciones violentas, que en el mundo romano no se advierten. Por otra parte, los cambios en la constitución política bajo Augusto y Constantino no ejercieron verdadero influjo inmediato sobre el Derecho civil; dejaron en rigor intactas hasta las ideas fundamentales sobre el Derecho público: baste recordar como ejemplo la idea de la ciudad. Por el contrario, en Alemania, cuando el feudalismo fue organizado por completo, nada quedó en pié de la antigua nación; todo, hasta las formas y los nombres, fue radicalmente cambiado, habiéndose verificado ya al trastorno, cuando el Derecho romano llegó a ser acogido.

En el capítulo anterior hemos puesto de manifiesto la importancia del derecho romano, como modelo en los métodos jurídicos: ahora bien; su importancia es, históricamente hablando, mayor aún para Alemania, gracias a la relación que hay entre él y el derecho común. Sería, seguramente, un gran error querer restringirlo únicamente a aquellos problemas que se encuentran resueltos de un modo inmediato por aquel derecho; pues, aparte de todo, el mismo derecho municipal, no es fácil de entender sino atendiendo a su relación originaria con el romano, y aun en los casos, en que de propósito se ha abandonado la inspiración del derecho romano, este viene a ser la base y sostén del derecho nuevo de modo que un problema que se resuelva con este último, no puede entenderse plenamente sin el primero.

Ahora bien, esta importancia histórica, comunicada por el derecho mismo de Alemania al Derecho romano, que por doquier está conservado en el municipal, hace que éste resulte por completo incomprensible, si no se acude a las fuentes comunes.

Acerca de esta no poco confusa condición de las fuentes del derecho en Alemania, merced a la combinación del ya demasiado complicado derecho común con el derecho municipal, se han levantado los más vivos clamores. Los que se dirigen al estudio encontrarán su lugar propio más adelante. Algunos, sin embargo, dirígense a la administración de justicia. En primer lugar, afirmase que aquella combinación es la causa de la excesiva lentitud y duración del procedimiento, que se observa en muchos procesos alemanes; mal este que de seguro nadie negará ni conceptuará como de poca monta; pero se haría un honor excesivo a los jueces de estos países, si se creyese que su gasto, de tiempo, proviene de detenerse demasiado en las dificultades y embrollos de teoría porque la teoría se aclara acudiendo al primer compendio o manual que cae en sus manos, sin detenerse en su consideración más de lo que pudiera exigir el mejor Código. El mal de que hablamos nace principalmente de las defectuosas formas del procedimiento vigente en muchos países, y cuya reforma es, sin duda, una de las necesidades más imperiosas; en este punto, lo que menos influye son las fuentes del derecho civil. Que esto es así, lo confesaré quienquiera que sin prevenciones haya leído atentamente los actos legales que hay compilados. Y aun sin esto, la experiencia que se tiene de otros países lo confirma.

Así, por ejemplo, en el Hesse la administración de justicia ha sido, durante largo tiempo, regular y expedita, y eso que estaban vigentes en igual proporción el derecho común y el derecho municipal, ni más ni menos que en los países donde los procesos son interminables.

En segundo lugar, se clama contra la gran deformidad del derecho municipal, y este clamoreo no se limita, por lo demás, a lo que pasa con los varios Estados alemanes entre sí, toda vez que con frecuencia en un mismo Estado se encuentran las provincias y las capitales con un derecho distinto y particular. Esta deformidad ha sido acusada como nociva para la administración de la justicia, y como causa de graves males en las transacciones sociales; pero ninguna experiencia lo comprueba. Y es que, en rigor, la causa de todo esto tiene otro origen: está en el inmenso poder que desde hace mucho tiempo ejerce sobre Europa la idea de reducir todas las cosas a una absoluta uniformidad, poder cuyo abuso fue advertido ya por Montesquieu¹⁵. Será, pues, necesario considerar esta uniformidad más de cerca con relación al asunto que nos ocupa. La indicación más importante que en favor de la uniformidad del derecho se hace es la siguiente: que por efecto de ella crece el amor hacia la patria común, el cual se deshace como consecuencia de las complicaciones de tan varios derechos municipales. Si esta hipótesis es cierta, todo alemán sensato deberá hacer votos por que Alemania consiga también el beneficio de un derecho uniforme para todos sus Estados; pero, precisamente, la verdad de semejante hipótesis es lo que está por demostrar.

En todo ente orgánico, y de consiguiente en el Estado, el bienestar se obtiene a condición de que entre el todo y las partes haya un equilibrio perfecto y de que a cada cual se dé lo que es debido. Que un ciudadano, una ciudad, una provincia, olviden el Estado a que pertenecen, es un fenómeno más o menos ordinario, que nadie conceptuará, por tanto, como anormal, porque un verdadero amor por el todo no puede nacer sino de una efectiva participación en todas las variadas relaciones del cuerpo social, no siendo un buen ciudadano sino aquel que tenga la aptitud para presidir la propia familia. Es, sin duda, un grave error creer que la vida de la asociación obtenga ventaja alguna de la anulación de las individualidades que la componen. Si en toda ciudad, y aun en toda aldea, pudiera producirse en los individuos de todas clases un sentimiento de la propia personalidad, este aumento de vitalidad individual aumentaría con nuevas fuerzas la del conjunto. Si, pues, se trata del influjo del derecho civil sobre el sentimiento de la patria, el derecho particular de una provincia o ciudad no debe ser reputado como perjudicial. El derecho civil debe ser mirado con buenos ojos en el caso en que promueva o sea apto para promover el sentimiento y la inteligencia popular, del propio modo que debe despreciarse cuando, siendo producto del mero arbitrio, sea un elemento perfectamente heterogéneo, en el cual el pueblo no ha tenido ni tiene participación verdadera. Con mayor

15 Montesquieu, XXIX, 18.

frecuencia y con mayor facilidad se ofrecerá aquel caso respecto de un derecho particular de un distrito independiente, aunque semejante derecho municipal no sea una cosa verdaderamente popular. Estimamos, en virtud de todo esto, que para este fin político de que hablamos no podría darse una condición más favorable que aquella en que estaba el derecho civil en Alemania en una época no muy lejana: había en efecto, gran complicación y grandes diferencias entre los varios países, pero al propio tiempo un derecho común, elemento uniforme, bajo el cual desaparecían las numerosas variedades locales, y que recordaba de un modo incesante a todas las razas germanas su indestructible unidad.

Pero en este respecto lo más perjudicial, está en los cambios prontos y arbitrarios que puede sufrir el derecho civil, aunque sea ganando éste a veces en sencillez y facilidad de aplicación, ya que cuanto se hace ante nuestra vista, por obra de los hombres, será mirado siempre por la opinión popular de un modo distinto de aquello cuyo origen no es tan claro y patente: y cuando, con celo, por lo demás no condeñable, se quiera reprobear aquella distinción como un ciego prejuicio, recordándonos que toda creencia o sentimiento relativo a aquello que está por encima de nuestro, alcance es también un efecto de la misma causa, acaso nos sintamos menos inclinados a rechazar la indicada separación.