

	Págs.
Primeros indicios del derecho de Justiniano en las Galias.	487
Renacimiento de los estudios y de la enseñanza sobre los textos de Justiniano hácia fines del siglo XI.	491
<i>Brachilogus et Petri exceptiones legum romanorum.</i>	498
Manuscritos y texto del cuerpo de derecho de Justiniano.—Las <i>Florentinas</i> y la <i>Vulgata</i> .—El Digesto antiguo, el <i>Infarciado</i> y el Digesto nuevo.	499
Escuelas de los jurisconsultos que resumieron y reemplazaron á las de los glosadores hasta el curso del siglo XVI.	505
El derecho romano considerado como uno de los elementos de la generacion del derecho francés.	512
Períodos comunmente admitidos en la historia del derecho romano.	516
Índice ó catálogo de las obras de los jurisconsultos de donde fueron sacadas las Pandectas de Justiniano.	518

FIN DEL ÍNDICE.

GENERALIZACION

DEL

DERECHO ROMANO.

CAPILLA ALFONSINA

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

CAPILLA ALFONSINA

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

GENERALIZACION (1)

DEL

DERECHO ROMANO.

IDEA DE ESTA GENERALIZACION (2).

Su utilidad.

Esta parte preliminar no debe considerarse como cosa superflua: Antes la recomiendo eficazmente á los alumnos, para quienes no olvido que escribo este libro.

Para empezar el estudio del derecho romano son indispensables ideas generales, lo mismo que para el de la legislacion francesa y de toda legislacion.

Considerar el derecho en su totalidad, la naturaleza diversa de las materias que trata, y su enlace recíproco, y en fin, comprender su lenguaje; tal es la utilidad que se puede sacar de esta parte.

Estas exposiciones generales se usan muy poco, y áun podria añadir que se hallan muy desacreditadas entre nosotros: con todo, nosotros ménos que nadie podemos omitirlas.

En efecto, nuestro método de enseñanza es generalmente exegético, es decir, que consiste en la explicacion de los textos. Poned al alumno desde luégo y sin una preparacion general en este

(1) No sin razon he adoptado el título de *Generalizacion*. Las reglas del derecho romano, principalmente en las constituciones imperiales y en los fragmentos de jurisprudencia, se hallan generalmente contenidas en decisiones particulares de diversas especies: para sacarlas de aquí es preciso hacer una verdadera operacion de generalizacion. Esta operacion es todavia más necesaria cuando se quiere, como yo he tratado de hacer en esta introduccion, compendiar en pocas palabras las vicisitudes históricas de la legislacion, y explicar en cada materia el pensamiento más general de cada época. Sé por experiencia que mi trabajo en esta parte se ha reducido las más veces á generalizar.

(2) Hallándose los textos y autoridades cuidadosamente indicados en el cuerpo de la obra á medida que cada parte del derecho se explica especialmente, me he abstenido casi siempre de citar en esta *Generalizacion*: he querido evitar las repeticiones.

estudio: desde los primeros textos de la ley toca todas las materias, y pueden presentársele todas sin tener ninguna idea de ellas.

Así es que respecto de la Instituta de Justiniano, que forma en Francia el objeto especial de la enseñanza del derecho romano, y por consiguiente, de este libro, desde los primeros párrafos se trata de *obligaciones, de dominio, de acciones, de excepciones*: cosas todas de que el alumno no sabe todavía ni una palabra, y cuya relación ignora completamente.

Principiad el estudio por ideas generales, y todo se esclarece.

Su espíritu.

La primera regla que establecemos es que el derecho romano debe estudiarse como derecho romano, haciendo que conserve siempre y exclusivamente su figura, su lenguaje, su genio.

Este derecho se halla muerto; quien lo estudie debe hacer abstracción del tiempo presente para trasladarse con su imaginación á la época en que vivió, y descender después por la serie de los siglos hasta llegar á nuestro derecho actual. Cada época tiene su sello particular que la distingue.

Renunciemos á toda mezcla extraña; renunciemos á la introducción de nuestras ideas modernas: cuando comparemos unas con otras, que sea para precavernos con toda apariencia de mentida semejanza, para que resalte el carácter distintivo de cada época: nada de aquellos textos ó adagios, ni de aquellas divisiones ó distinciones, ni de aquellas definiciones ó locuciones que tradicionalmente se apropian al derecho romano, y que le son completamente extrañas.

Queda exento de toda doctrina apócrifa. En una palabra, no se le atribuya nada que en efecto no le pertenezca.

Su estudio para nosotros es un estudio histórico; pues la primera condición de la historia es la verdad.

Orden de esta exposición general.

Segun este principio dominante, no somos independientes ni aun en la expresión de las ideas generales.

No se trata de crear ni de ordenar un sistema á nuestro arbitrio, segun el espíritu de análisis y deducción filosóficas que mejor nos pareciese.

Se trata, hasta en las generalidades, de someternos á las ideas romanas.

Seguramente nos hallamos más adelantados que los romanos con respecto al método. Véanse los principales monumentos de su derecho: las XII tablas, de las que sólo por conjetura conocemos el orden; el Edicto del Pretor, el Código de Teodosio, el Digesto y el Código de Justiniano, y se verá que es muy difícil descubrir en estas obras un orden metódico, un encadenamiento racional de las materias (1).

En cuanto á los escritos de los grandes jurisconsultos, que el genio de Cujacio se ha empeñado en arreglar, han llegado hasta nosotros en fragmentos demasiado inconexos para que podamos juzgar del sistema que ha presidido á su totalidad.

La deducción más uniforme de su derecho, y que parece haber sido tradicional, es la que se halla indicada en la *Instituta* de Gayo, casi seguida en las *Reglas* de Ulpiano, y adoptada en la *Instituta* de Justiniano, y que divide el derecho en tres capítulos á que todo se refiere: *personas, cosas y acciones* (2).

Una vez establecido este principio clasificador, no parece siempre bien claramente aplicado á los detalles sucesivos de las materias. En el Digesto se halla reproducida la misma regla (3), sin que inmediatamente después se haya tenido presente en la distribución ulterior.

La escuela alemana moderna está dividida en este punto: unos se adhieren á la división romana; otros han creído que debían substituir á ésta una división más filosófica, más acomodada á la filiación de las ideas; y han adoptado una que ha prevalecido generalmente con algunas variaciones de un autor á otro (4).

Este último sistema, en que, por otra parte, no se halla nunca unidad, tiene sus ventajas, y las tiene sobre todo en los países en que no existe, como sucede en Alemania, codificación nacional, en que el derecho romano forma la base de la ciencia legislativa vigente, y en que se estudia éste como mezclado íntimamente con las leyes actuales.

Pero entre nosotros la tesis es diferente: el derecho romano se

(1) Lo mismo sucede con las *Sententias* de Paulo.

(2) Gayo, l. 1, § 8.—Inst. l. 2, § 12.

(3) Dig. l. 5, l. f. Gayo.

(4) Véase el *Manual* de Mackeldey.

halla muerto, y sólo lo consideramos como punto de partida. En el estudio de toda legislación muerta la historia debe predominar sobre la filosofía. Variar su clasificación es quitarle alguna cosa. Darle una de creación moderna es revestirlo de una forma, de una apariencia exterior que no le corresponde.

Seremos fieles á nuestro principio histórico; pero sin subyugarlos á él de un modo servil de tal modo que dejemos de completar las ideas, de reunir los elementos semejantes y de terminar las deducciones.

Bajo este concepto daremos tanta mayor latitud á nuestra exposición general, cuanto que lo demás de nuestra obra está dedicado al texto de la Instituta, y que por otra parte el método filosófico que hace principiar el estudio por un exámen general de la ciencia, no pertenece verdaderamente al sistema romano, pues es moderno.

Pero en todos los casos haremos distinguir cuidadosamente lo que sólo es propio del método de lo que realmente pertenece al derecho romano.

PRIMERA PARTE.

DEL DERECHO Y DE LOS ELEMENTOS DE SU GENERACION.

TÍTULO PRELIMINAR.—NOCIONES CONSTITUTIVAS.

1. Idea del derecho.

El derecho (*jus*), orden imperativa y severa (*jussum*), fórmula técnica y rigurosa, misterio y arma aristocrática en su primitivo establecimiento en Roma, ha tomado despues, por el progreso de la civilización y de la ciencia, un carácter absolutamente diverso.

A medida que se generaliza su estudio, que pasa de la iniciación secreta de los patricios á la publicidad de los plebeyos, que se asocia al cultivo de las letras y de la filosofía, que penetran en él y lo modifican las nuevas costumbres, que el magistrado en sus edictos annuos trabajaba incesantemente en hacerlo más templado, que los escritos y respuestas de los prudentes se organizan en

ciencia, experimenta en su principio fundamental una transformación radical.

Al tiempo en que llega esta empresa á su más alto grado de esplendor, en que la hermosa creación del derecho romano, al que se ha dado el nombre de razón escrita, ha alcanzado su complemento, el derecho no es ya la orden inflexible del orden público, la regla impuesta y absoluta: su fundamento no es ya la *autoridad*, sino la *razón*; la idea del derecho llegó á ser eminentemente filosófica.

En la exposición de esta idea general, y de cuanto á ella se refiere, puede principalmente verse que los grandes jurisconsultos romanos habían asentado la ciencia del derecho sobre la filosofía.

Así el derecho, según Paulo, consiste en aquello que es siempre equitativo y bueno: *quod semper æquum ac bonum est, jus dicitur* (1). Según la definición de Celso, reproducida por Ulpiano, es el arte de lo bueno y equitativo: *Jus est ars boni et æqui* (2). El principio es siempre el mismo.

Sin duda alguna estas definiciones carecen de la exactitud que en el día tenemos derecho á exigir del análisis metafísico. ¿Qué es lo bueno? ¿Qué es lo equitativo? ¿No se ha hecho, por ventura, más que reemplazar una palabra con otra? (3). Indudablemente no se encuentra en ellas una noción suficiente de la distinción entre la *ciencia*, conocimiento de las verdades primeras, y el *arte*, colección de preceptos sacados de la ciencia ó de la práctica. Mas no por eso deja de haber una revolución en la manera de entender el derecho los jurisconsultos romanos; al principio de la

(1) Dig. 1. 1. de *just. et jur.* 11. f. Paul. El jurisconsulto aplica esta definición al derecho natural: *ut est jus naturale*, añade; y á ésta opondrá el derecho civil, es decir, el que en cada ciudad es útil á todos ó al mayor número: *quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est*. Así el principio del uno, según este jurisconsulto, es lo bueno y equitativo, y el del otro lo útil.

(2) *Ibid.* 1. princ. fr. Ulp.

(3) El derecho no es otra cosa que una concepción metafísica que nuestra razón deduce de toda relación de hombre á hombre, y en el que se tiene la facultad de exigir del otro una acción ó una inacción; derecho puramente racional, si esas necesidades de acción ó de inacción nos son demostradas por sólo la razón; derecho positivo, bueno ó malo, si nos son impuestas, con razón ó sin ella, por la autoridad; el uno tiene su punto de apoyo en la razón, el otro en el poder. El derecho positivo, en contradicción con el derecho racional, no es verdaderamente derecho.

Para el jurisconsulto no hay derecho posible más que de hombre á hombre (ya se considere á éste colectivamente, como un pueblo ó una corporación, ó bien individualmente). Si una rama de un árbol desgajada por el viento me produce una herida, si una fierra me muerde, si el rayo incendia mi casa, ó un pedrisco tala mis mieses, no diré que mi derecho ha sido violado. Haced intervenir al hombre, y la idea de las acciones ó inacciones que le son impuestas con respecto á nosotros hará parecer el derecho.

autoridad sustituyeron el de la razon; y Ciceron indicaba ya su verdadero origen cuando decia que para explicar la naturaleza del derecho era necesario ir á buscarla en la naturaleza misma del hombre (1).

Este imperio de la razon, del bien y de la equidad, como dogma constituyente del derecho, se manifiesta en una multitud de fragmentos de los jurisconsultos romanos, y ha llegado hasta las constituciones imperiales. Celso, Juliano, Marcelio, Paulo y Modestino invocan en caso necesario, y aún contra la regla positivamente establecida, el predominio de la razon del derecho, del *bonum et æquum* (2); y posteriormente los emperadores Constantino y Licinio anuncian en una de sus constituciones este predominio de la razon como una doctrina generalmente recibida y por nadie disputada. *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitasque quam strictis juris rationem* (3).

Caracterizado el derecho como el arte de lo bueno y equitativo, Ulpiano eleva el ejercicio y profesion de él al rango del sacerdocio. «Porque cultivamos la justicia, dice, la ciencia del bien y de la equidad, separando lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito, deseando hacer á los hombres buenos, no sólo por temor á las penas, sino por el estímulo de las recompensas: ¡verdadera filosofía, si no me engaño, y no aparente!» (4).

¡Y cuánto encarece el honor y singular decoro de esta profesion! Porque si concede á los retóricos, á los gramáticos, á los geómetras, á los médicos, á los que profesan las artes liberales, que recurran ante la jurisdiccion extraordinaria del presidente de

(1) «Natura enim juris nobis explicanda est, eaque ab hominis repetenda natura.» (Ciceron *De legibus*. 1. 5.)—«Nos ad justitiam esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse jus.» (*Ibid.*)

(2) «Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.» (Dig. 1. 3. *De leg.* 14. f. Paul.)—«In his que contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris.» (Ib. 15. fr. Julian.)—«Nulla juris ratio, aut æquitas benignitas patitur, ut que salubriter pro utilitate hominum introducantur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.» (Ib. 25. fr. Modestín.)—«Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet.» (Ib. 39. f. Cels.)—«In omnibus quidem, maxime tamen in jure æquitas spectanda sit.» (Dig. 50. 17. *De reg. jur.* 90. f. Paul.)—«Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est.» (Ib. 183. f. Marcell.)—Otros muchos fragmentos podrian añadirse á los que acabamos de citar.

(3) *Cod.* 3. 1. *de Judic.* 8, constituit. Constant. et Licin.

(4) «Jus est ars boni et æqui, cujus merito quis nos sacerdotes appellet. Justitiam namque colimus, et boni et æqui notitiam profiteamur, æquum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes; bonos non solum metu pœnarum, verum etiam premiorum quoque exhortatione effecere cupientes: veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes.» (Dig. 1. 1. 1. 15. fr. Ulp.)

la provincia para demandar el pago de sus honorarios, niega este medio á los filósofos y á los profesores del derecho: «En verdad es cosa santa la sabiduría civil, es decir, la ciencia del derecho, y no debe estimarse ni deshonrarse á precio del dinero: hay cosas que pueden admitirse, pero no pedirse con honor» (1).

Bajo el punto de vista filosófico de los jurisprudentes romanos, el derecho (*jus*) es, en un sentido abstracto y general, lo que siempre es bueno y equitativo, ó en un sentido colectivo, como cuerpo de preceptos, de doctrinas, el arte de lo que es bueno y equitativo.

No hablaremos aquí de la division del derecho entre los romanos; en derecho público: *quod ad statum rei romanæ spectat*; y en derecho privado: *quod ad singularum utilitatem*;—ni de las subdivisiones de éste;—ni de la clasificacion filosófica, perfectamente establecida por la jurisprudencia, y que, al ménos en sus dos últimos términos, ha pasado á la realidad de la vida social: en *derecho natural*, ó comun á todos los seres animados; *derecho de gentes*, ó comun á todos los hombres; y *derecho civil*, ó exclusivamente propio de los ciudadanos.

A esto llegaremos en adelante siguiendo el texto de la Instituta. Bástenos decir que se trata principalmente en esta obra del derecho privado.

2. Consecuencias inmediatas del derecho.

Después de la primera idea que hemos dado del derecho, la deducción lógica conduce á la idea de sus consecuencias inmediatas; éstas son las facultades y ventajas que proporciona. La palabra reconocida para expresar estas ventajas es la misma de *jus*, derecho, que aquí se emplea frecuentemente en plural, *jura*, derechos. Así en esta acepcion, *jus*, un derecho es la facultad de hacer, de omitir ó de exigir alguna cosa. En el caso anterior era causa, en éste es efecto (2).

(1) «§ 4. An et philosophi professorum numero sint? Et non putem: non quia non religiosa res est; sed quia hoc primum prosteri eos oportet, mercenariam operam spernere.—§ 5. Proinde ne juris quidem civilis professoribus jus dicent: est quidem res sanctissima civilis sapientia; sed quæ pretio nummario non sit æstimanda nec dehonestanda, dum in judicio honor petitur qui in ingressu sacramenti efferri debuit: quædam enim, tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur. (Dig. 50. 13. 1. §§ 4 y 5. fr. Ulp.)

(2) Respecto del primer caso, dice la escuela alemana que la palabra *jus* está tomada en un sentido *objetivo*, y respecto del segundo, en un sentido *subjetivo*, es decir, con relacion al sujeto que goza de la facultad, ó que tiene la obligacion que resulta del derecho.

Con este motivo descubrimos en los jurisconsultos romanos las huellas ó indicios de un principio de propiedad filosófica, cual es, que no debe ser permitido á nadie ejercer su derecho con el solo objeto de perjudicar á otro, sin tener, por otra parte, en ello ningun interes (1).

Explicada la idea del derecho en estas dos principales acepciones, como causa y como efecto, pasemos á los elementos constitutivos de su generacion.

3. Elementos constitutivos de la generacion del derecho.

Estos elementos son tres:

1.º Las personas (*personæ*), es decir, los hombres, ó los seres abstractos, de pura creacion jurídica, considerados como capaces de tener y deber derechos.

2.º Las cosas (*res*), es decir, todos los objetos corporales, ó los objetos abstractos, de pura creacion jurídica, considerados como sometidos, ó pudiendo estar sometidos á las necesidades, á la utilidad, ó á los placeres del hombre, y capaces, por consiguiente, de formar objetos de derechos.

El método romano habia reconocido y clasificado estos dos primeros elementos (véase pág. 13); las personas primero, pues segun Hermogeniano, todo derecho se ha establecido para los hombres (2), y en segundo lugar las cosas.

Pero la deducccion se habia parado aquí, y no se hallaba completa. En las personas tenemos el sujeto activo ó pasivo de los derechos; en las cosas, el objeto de los derechos; pero aún no se ha verificado la generacion del derecho. Falta la causa eficiente, la causa generatriz, la causa que hará nacer, que transmitirá del uno al otro, que modificará, que destruirá los derechos. Este tercer elemento es el siguiente:

3.º Los acontecimientos, los hechos, los actos del hombre, jurídicos ó no; lo que comprende la idea del tiempo, del lugar, de la intencion, de la forma; cosas todas que entran en la composicion de los hechos y de los actos humanos.

Reunid y combinad estas tres ideas: las personas, sujeto activo pasivo; las cosas, objeto; y los acontecimientos, los hechos, los

(1) Dig. 6. 1. 38. *in fin.* fr. Ceis.—39. 3. 1. § 12. fr. Ulp.

(2) Dig. 1. 5. 1. f. Gay., y 2. fr. Hermogenian.

actos del hombre, causa eficiente; los derechos se forman, se transmiten, se modifican y se extinguen.

El conocimiento del hecho, la apreciacion de los acontecimientos y de los actos humanos, en cuanto á la generacion y modificacion de los derechos, aparece continuamente en la jurisprudencia romana, y en ella se halla introducido: no podia ser de otra manera, porque lo exige la naturaleza misma de las cosas; pero la idea no está aislada, clasificada aparte, y tratada metódicamente.

Esta especializacion, este desarrollo teórico particular es obra del análisis moderno. Ha llegado á ser vulgar en los métodos alemanes.

Reconocidos y señalados los tres elementos constitutivos de la generacion del derecho, darémos algunas ideas generales sobre cada uno de ellos.

TÍTULO PRIMERO.—DE LAS PERSONAS.

CAPÍTULO PRIMERO.—NOCIONES CONSTITUTIVAS.

4. Idea de persona.

La palabra persona (*persona*) no designa en el lenguaje del derecho, como sucede en el lenguaje vulgar, al hombre físico (1).

Esta palabra en derecho tiene dos acepciones:

En la primera expresa todo sér considerado como capaz de tener y deber derechos; de ser el sujeto activo ó pasivo de los derechos.

Decimos todo sér, porque no se comprenden únicamente los hombres. En efecto, la ley, por su poder de abstraccion, crea personas, como veremos que crea cosas que no existen en la naturaleza. Así es que constituye en personas al Estado, las ciudades, las comunidades, los establecimientos de beneficencia y otros, aún objetos puramente materiales, como el fisco y la herencia yacente; porque hace de estos objetos seres capaces de tener y deber derechos.

En sentido inverso, todo hombre, en el derecho romano, no es una persona; no lo son los esclavos, al ménos en sus relaciones

(1) En este sentido la usó Ulpiano: Dig. 50. 17. 22. f. Ulp.

con su señor y en todo el rigor de la legislación primitiva; porque no son capaces de tener ni deber ningún derecho (1).

Vamos á distinguir y á estudiar dos clases de personas:

Las personas que se llaman personas *naturales* ó *físicas*, pero para las cuales no hallamos en la jurisprudencia romana otra denominación que la usada por Ulpiano, de personas individuales (*singularis persona*); es decir, hombre-persona.

Y las que se llaman personas *morales*, ó *abstractas*, ó *ficticias*, ó *civiles*, ó *jurídicas*, es decir, las que son de pura creación jurídica (2).

5. Segunda acepción de la palabra *persona*.

En otro sentido, muy frecuentemente empleado, la palabra *persona* designa el papel ó personaje que el hombre está llamado á representar en la escena jurídica; es decir, cada cualidad, en virtud de la cual tiene ciertos derechos ú obligaciones, como, por ejemplo, la persona de padre, de hijo de familia, de marido y de tutor. En este sentido un mismo hombre puede representar á un mismo tiempo distintas personas; es la máscara de la comedia ó del drama:

«Personam tragicam forte vulpes viderat»,

según el fabulista, y

«.....Personæ pallentis hiatum
In gremio matris, formidat rusticus infans»,

según el poeta satírico (3).

(1) Inst. 1. 16. § 4.—Sin embargo, el derecho romano, por riguroso que fuese, no ha podido destruir completamente la personalidad de los esclavos; porque es imposible que un ser humano viva en relación con otros hombres, sin que entre unos y otros haya derechos y deberes recíprocos. Así el esclavo era punible por sus delitos, y tenía la facultad de ser instituido, de ser honrado con un legado, y aún de adquirirlos para sí, si se hallaba libre en el momento de la devolución del derecho; la facultad de ser propuesto por su señor para un comercio, para una operación, para la gestión de su peculio; de figurar en los contratos ó en otros actos privados, por los cuales su señor contrajese obligaciones ó adquiriese derechos reales; todo esto constituye una aptitud de derecho, que sólo puede corresponder á una persona. En fin, los esclavos han tenido derechos aún contra su señor desde el momento que no le ha sido á éste permitido darles la muerte ni tratarles mal.

(2) Estas expresiones no son del lenguaje del derecho romano, aunque se halle bien marcada la diferencia entre estas dos clases de personas.—Se halla en Ulpiano la expresión *singularis persona*, para expresar la persona natural en oposición á *populus, curia, collegium, corpus*. (Dig. 4. 2. 9. § 1. f. Ulp.)

(3) Phaedr. 1. fab. 7.—Juvenal, sátira 3, v. 174.—Y el poeta epigramático:

CAPITULO II.—DEL ESTADO (*status*) EN EL DERECHO ROMANO.

6. Idea y elementos constitutivos del estado (*status*).

Estos elementos son tres:

La libertad (*libertas*);

La ciudad (*civitas*);

La familia (*familia*).

Su reunión constituye lo que los romanos llamaban *status*, estado; ó *caput*, cabeza (1).

Esta palabra *status* es, pues, en el lenguaje del derecho romano, una palabra técnica. Es preciso comprender bien el sentido especial que le es propio, y que corresponde exclusivamente á estos tres elementos, la libertad, la ciudad y la familia, lo que no impide que no pueda usarse en el sentido vulgar y general del lenguaje ordinario.

El estudio relativo á las personas, para que sea metódico, debe encerrarse en el círculo en que se comprenden estos tres elementos: la *libertad* primero, la *ciudad* después, y en último lugar la *familia*, con todas las reglas é instituciones que se refieren á cada una de ellas: de esta manera se representará el principal cuadro de las personas en la sociedad civil de los romanos.

§ I. LA LIBERTAD (*libertas*).

7. Libertad; esclavitud (*servitus*); colonato (*colonatus*).

La libertad (*libertas*), y la idea opuesta á ella, la esclavitud, la servidumbre (*servitus*); de aquí procede la división primera de los hombres en libres (*liberi*), y esclavos (*servi, mancipia*, tomados con la mano).

En tiempo del primitivo derecho, cuando reinaba éste en su pereza civil, la idea y la condición de la servidumbre se hallaban organizadas en toda su rudeza.

«Sum figuli lusus Rufi, persona Batavi:

Que tu derides, hæc timet ora puer.»—(Marcial, lib. 14, 167).

Añádase esta frase tan propia de Plinio: «*Persona adfertur capiti, densusve reticulus.*» (Plinio, lib. 12, cap. 14).—Por eso se dice en el lenguaje del derecho: *sustinere personam*, sostener una máscara, una persona: *hereditas personam defuncti sustinet* (Dig. 41. 1. 34. pr. f. Ulp.); la herencia yacente sostiene la máscara, la persona del difunto.

(1) Véase acerca de esta última expresión la Inst. 1. 16. § 4.

Posteriormente, cuando bajo la influencia del estoicismo el derecho pasó al estado filosófico, reconocieron y proclamaron los juriscultos romanos, en la definición misma que de aquél daban, que la *libertad* es el orden natural, y la servidumbre una institución *contra naturam*; pero que se halla establecida por derecho de gentes y por la costumbre general de las naciones (1). Sin embargo, ya las leyes templan sus consecuencias, y las acomodan más á lo que prescribe la humanidad.

• Siguió despues el cristianismo con su dogma santo de la igualdad de los hombres, y á su vez trabajó en dulcificar la esclavitud, mostrando cada dia mayor tendencia hacia la abolicion de ella.

Estos tres períodos bien marcados de la legislacion romana deben tenerse muy presentes en el estudio de estas materias.

La division de los hombres en cuanto á la libertad se presenta simplemente en el primitivo derecho de los romanos. Está reducida á dos términos: libres y esclavos.

En tiempo de la ruina de la agricultura y del frecuente abandono de las tierras por no poderlas cultivar con utilidad; en tiempo principalmente de la conquista de las provincias distantes y de la admision de las hordas bárbaras en las tierras del imperio; ántes de Constantino, se ve aparecer un tercer término que expresaba un derecho absolutamente nuevo: los colonos (*agricolæ ó coloni*), ya tributarios (*censiti, adscriptitii, ó tributarii*), ya libres (*inquilini, coloni liberi*); una especie de siervos, adheridos, no ya á un señor individualmente, sino á una tierra (2). Esta es la gradacion que se prepara, y que atraviesa los siglos: de la esclavitud á la servidumbre del terruño, y de ésta á la domesticidad y al proletariado modernos.

Las teorías que el derecho debe explicar en este lugar se refieren á la resolucion de los puntos siguientes:

Cómo se nace con la libertad;—cómo se adquiere;—cómo se pierde;

(1) «*Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.*—§ 1. *Servitus est constitutio juris gentium, quo quis dominio alieno contra naturam subicitur.*» (Dig. 1. 5. 4, fr. Florentin.)

(2) Véanse los pormenores con la indicacion de los textos en mi *Historia del derecho*, p. 312; Véase tambien entre los fragmentos del código Teodosiano, debidos al descubrimiento de Amadeo Peyron, una constitucion de Honorio, que presenta un establecimiento semejante de bárbaros en las tierras del imperio, bajo la condicion del colonato. (C. Th. 5. 4. *De bonis militum*, const. 4.)

Cómo se nace en esclavitud;—cómo se cae en ella;—cómo se emancipa uno de ella;

Cómo se nace colono;—cómo se puede llegar á serlo;—cómo se deja de serlo.

8. Manumision (*manumissio*); ingenuos (*ingenui*), y emancipados (*liberti, libertini*).

Corresponde á este lugar la teoría de la manumision (*manumissio*), acerca de la cual conviene observar la diferencia de carácter que se descubre hasta en las variaciones de forma. Bajo el derecho romano primitivo es un acto de derecho político: la ciudad debia intervenir siempre en esto como parte, porque se trata de constituir un ciudadano; despues, como ha sucedido con tantas otras instituciones, públicas en su origen, y que despues han venido por tierra, la emancipacion hubo de venir gradualmente á quedar abandonada á la discrecion del simple derecho privado; cuando por una parte el título que confiere de ciudadano perdió su valor, y por otra el espíritu legislativo tendia á multiplicar el número de las emancipaciones y á extender sus efectos.

Del resultado de la manumision ó emancipacion procede, respecto de los hombres libres, otra division de personas; los ingenuos (*ingenui*), que son libres por nacimiento; y los emancipados, que han venido á serlo por la emancipacion. Estos últimos se llaman *liberti*, con relacion á su patrono, y *libertini*, cuando sólo se trata de designar su estado.

9. Modificaciones sucesivas en la condicion de los emancipados.

La condicion de los emancipados, principalmente en el derecho romano puro, es muy diferente de la de los ingenuos, tanto bajo el aspecto público, cuanto bajo el aspecto privado. Sin embargo, la sucesion histórica del derecho introdujo en esto notables modificaciones, que es importante conocer.

Por una parte, bajo el derecho primitivo no se conocia más que una clase de emancipados: todos eran ciudadanos romanos, pero de una condicion inferior. En tiempos de Augusto y de Tiberio se introdujeron dos nuevas clases, que no tenían el derecho de ciudad, y que se hallaban colocadas bajo la primera, y una despues de otra, con la denominacion de emancipados latinos Junianos

(*latini Juniani*), y dediticios (*dedititii*). En fin, Justiniano los puso todos á un mismo nivel, todos ciudadanos: éste era el derecho primitivo en toda su pureza, pero extendido á emancipaciones privadas, que este derecho no reconocía.

Por otra parte, la condicion de los ciudadanos emancipados se inclinaba progresivamente á asemejarse á la de los ingenuos y á nivelarse con ella. Bajo las últimas novelas de Justiniano, sólo se diferencia ya por el derecho y por los vínculos del patronato.

§ II. LA CIUDAD (*civitas*).

10. Ciudadano (*civis*); peregrino, enemigo, bárbaro (*peregrinus, hostis, barbarus*).

La palabra ciudad nos recuerda el *civis sum romanus*, que por sí sólo significa tantas cosas. En efecto, en ninguna parte tiene tanta fuerza la idea de ciudad como en el derecho primitivo de los romanos: en ninguna parte se halla un concepto más enérgico para explicar lo que verdaderamente es el *derecho civil*, expresion degenerada en nuestros dias, y que no es otra cosa que el derecho de los ciudadanos, el derecho propio exclusivamente de los que forman parte de la ciudad.

Jus Quiritium, en su antigua y característica denominacion: *Optimum jus civium romanorum*; posteriormente *jus civitatis, jus civile*: ésta es la denominacion de este derecho, exclusivamente propio de la ciudad por el territorio, y de los ciudadanos por las personas.

Este título de ciudadano habia impreso á los vínculos de familia, á los matrimonios, á su propiedad, á sus herencias, á sus testamentos, á sus enajenaciones, á sus obligaciones, y por último, á todas sus instituciones, un carácter de fuerza y de rudeza, que no procedía ni de la naturaleza, ni de los vínculos de la sangre, ni de la opinion, ni de la equidad, y al cual en vano habria aspirado un extranjero.

Título indeleble en el derecho puro de los romanos, una vez que se hubiese adquirido; porque el juicio del pueblo podía privar á un ciudadano de la vida, pero jamás de la ciudad (1).

(1) «Civitatem vero nemo unquam ullo populi jussu amittet invictus.» (Cicero, *pro Domo*, c. 29 y 30.) Para que esta pérdida se verificase, habia que recurrir á medios sutiles, tan en uso en la jurisprudencia romana.

Toda la extension del derecho romano, tanto en el orden privado como en el público, dependía de este título: si no existía, no habia estado (*status*), no habia cabeza.

Lo opuesto á *civis*, ciudadano, es el *peregrinus*, peregrino, *hostis*, extranjero ó enemigo, porque en Roma republicana, hasta que hubo terminado la conquista del mundo conocido, estas dos palabras eran sinónimas (1); *barbarus*, el bárbaro.

Peregrinus, hostis, barbarus son siempre una misma cosa en el derecho civil; son todos extranjeros, sin que ninguno de ellos tenga relacion con el derecho civil; pero cada una de estas palabras envuelve una idea diversa respecto de Roma.

Peregrinus, en el sentido más estricto, era el extranjero que se hallaba en Roma, á quien la curiosidad, el gusto por los viajes, el amor al estudio, negocios propios, ó el poder absorbente de la gran ciudad, habian llevado á ésta, ó que se habia establecido en ella. El número de éstos se aumentaba cada dia hasta llegar, si no excedió, al de ciudadanos. Pero eran extranjeros á las instituciones y á los derechos civiles. Un pretor especial, el pretor de los extranjeros (*praetor peregrinus*), estaba encargado de administrarles justicia, no segun las formas y principios del derecho civil del derecho de los ciudadanos, sino segun el derecho de gentes, el derecho comun á todos los hombres.—La calificacion de *peregrini* correspondía más generalmente á todas las poblaciones sometidas al gobierno de Roma, sin formar parte de la ciudad.

Hostis era el extranjero áun no sometido á la dominacion romana: hasta el acto de la sumision era considerado como enemigo.

Barbarus era el que se hallaba fuera de los límites de la civilizacion y de la geografia romanas. La circunferencia se dilatava cada dia más. De los galos cisalpinos pasó aquel título á los galos del otro lado de los Alpes, á las costas del Océano, á los insulares de la gran Bretaña, á los bosques de la Germania, y por último, á las hordas desconocidas del Norte y del Asia, que debían un tiempo derribar el imperio de Roma.

Tal es la diferente relacion que tenían con ésta el *peregrinus*, el *hostis* y el *barbarus*: el uno se hallaba en el recinto ó bajo la dominacion de Roma, el otro fuera de su dominacion, y el último fuera de su civilizacion y de su geografia.

(1) Véase la ley de las XII tablas: «*Adversus hostem aeterna auctoritas*», en mi *Historia del derecho*, p. 89.

Pero la condicion de todos, en cuanto á gozar los beneficios del derecho civil, era la misma: todos eran extranjeros. En derecho la expresion de *peregrinus* era suficiente. Adquirió con el tiempo un sentido más general, sobre todo cuando Roma llegó á conquistar casi todo el mundo conocido; y acabó por que los jurisconsultos la usasen en el lenguaje jurídico más moderno para expresar lo opuesto á *civis*.

¿Cómo se nace con la cualidad de ciudadano?—¿Cómo se puede adquirir?—¿Cómo se pierde?

Tales son las teorías de derecho que deben exponerse sobre esta materia.

Dos órdenes de alteraciones deben notarse aquí en la progresion histórica del derecho romano.

11. Comunicacion sucesiva del derecho de ciudad á personas que se hallaban fuera del recinto de Roma.

En primer lugar, la subdivision; la comunicacion parcial ó total del derecho de ciudad; su extension gradual fuera del recinto de Roma.

En el derecho primitivo era cualquiera ciudadano ó extranjero, sin haber término medio. Posteriormente se hicieron concesiones particulares á los habitantes de ciertos territorios, y que eran, ya graciosas y benévolas, ya arrancadas por la fuerza de las armas ó por medio de tratados. Las ventajas de este *jus Quiritium*, de este *jus civitatis*, se dividen y distribuyen más ó menos ámpliamente por la ciudad soberana, y con el tiempo, sólo por los emperadores, á los pueblos, y áun individualmente, á los hombres y á los reyes (1) que lo solicitaban.

Esta comunicacion se verificó bajo un doble aspecto: ó para el territorio ó para las personas. Ahora sólo tratamos de las personas.

Se las admite á la participacion más ó ménos ámplia del *jus Quiritium*, ya en el órden político y en el privado á un mismo tiempo, siendo admisibles en los cargos públicos y con derecho de votar (*jus honorum; jus suffragii*); ya únicamente en el órden privado.

En este órden se distinguen algunas desmembraciones notables del *jus civitatis*:—El *connubium*, que otorga á los concesionarios la facultad de contraer entre sí, ó con ciudadanos romanos, justas

(1) Gayo, 1, §§ 93 y 94.

nupcias; nupcias romanas, que produzcan los efectos del derecho civil (1);—el *commercium*, que confiere la facultad de contratar con los ciudadanos, y de adquirir y enajenar segun el derecho civil (2);—la *factio testamenti*, que es la facultad de recibir de ellos ó de disponer en su favor por testamento segun la ley romana; lo que parece una consecuencia, no ya absoluta, sino al ménos ordinaria, del *comercium*, desde que el testamento se practica en la forma ficticia de una venta solemne, de una mancipacion (3).

Estas desmembraciones del *jus civitatis*, en el órden privado se otorgan reunidas ó separadas. Así es que los ciudadanos de tal ciudad, por ejemplo, pueden tener con los ciudadanos romanos el *commercium* sin el *connubium*: todo depende del acta de concesion.

De aquí procede una variedad irregular en la participacion al *jus civitatis*, ya política, ya privada. No se trata ya, como en el derecho puro, de ser absolutamente ciudadano ó absolutamente extranjero, sin que exista una posicion intermedia.

Las ciudades del Lacio y de Italia y de las provincias exteriores fueron sucesivamente participando de estas concesiones. Á esta materia se halla íntimamente asociada la cuestion del origen, de la organizacion interior de cada ciudad, y de la naturaleza de sus relaciones con Roma. Considerando aquí únicamente la posicion de los habitantes, de las personas, y dejando á un lado lo que concierne al suelo, se refieren nociones relativas á los colonos romanos (*romani coloni*, ó simplemente *coloni*); á los aliados latinos (*socii latini*; ó simplemente *latini*); á los colonos latinos (*latini colonarii*); á los aliados que gozan del derecho itálico (*socii ex jure italico*); á los latinos junianos, que son emancipados de clase inferior casi en todo asimilados á los *latini colonarii* (4), y en fin, á los pueblos *dediticios*, y á los emancipados que les fueron asimilados.

Pero en tiempo de Antonino Caracalla desaparecieron todas estas diferencias en cuanto á las personas, y todos los súbditos del imperio fueron declarados ciudadanos romanos (5).

(1) Gayo 1, § 56.

(2) Ulp. Reg. 19, § 4. «*Commercium est emendi vendendique invicem jus.*» (Ib., § 5.)—*Connubium, de nubere cum; commercium, de mercari cum.*

(3) Ulp. Reg. 20, § 8, 22, § 3.

(4) Gay. 3, § 56. Fragmento de *Manumissionibus*, conservado por Dositheo, § 6, y segun otra division, § 8.—Tenian el *Commercium*. Ulp. Reg., 10, § 4. Véase también á Gayo 1, §§ 66 y siguientes.—Pero no el *connubium*. Ulp. Reg., 5, § 4.

(5) Véase sobre estas diversas participaciones al derecho de ciudad, mi *Historia del derecho*, p. 130.

Como vestigio de las antiguas distinciones no quedó más que las dos clases inferiores de emancipados (los latinos junianos y los detiticios), que se conservaron, si no de hecho, al menos en la legislación, hasta el tiempo de Justiniano, cuyo emperador las suprimió.—Los *peregrini* no eran ya otros sino los enemigos y los bárbaros, pues el sentido de la palabra se hallaba desnaturalizado.

12. Alteracion gradual del derecho civil.

El segundo orden de hechos en que debe fijar su atención el que estudia la legislación romana, y que es tan importante como los anteriores, consiste, á medida que el título de ciudadano se comunica y se propaga por una parte, en la alteracion gradual que experimenta por otra el verdadero derecho civil; en su semejanza progresiva con el derecho de gentes, por medio de rodeos, de ficciones y de instituciones pretorianas ó imperiales. En fin, casi totalmente desapareció su carácter en tiempo de Justiniano.

La ciudad desaparece: las personas y los derechos se nivelan.

§ III. LA FAMILIA (*familia*).

13. Noción general de la familia romana.

La familia en el origen aristocrático y teocrático de la constitución romana es una agregación particular en el orden político, en el religioso y en el privado.

En el orden político dominan las familias patricias. Cada una de éstas lleva consigo en su esfera á las familias plebeyas, que le están unidas por el vínculo público y religioso de la clientela. Si algunas de estas familias plebeyas quedan libres y fuera de toda relación de clientela, se ven reducidas á un aislamiento público, sin importancia y sin apoyo. Este núcleo crecerá, se multiplicará, y levantará contra los patricios la poderosa rivalidad de la plebe.

La alteración de la familia es un negocio que toca á la comunidad, á la asociación entera: los comicios deben decidir de esto; y estas formas se conservan como un simulacro en el derecho hasta mucho después, y como revelación de lo que había existido en otro tiempo.

En el orden religioso la familia se halla unida por los vínculos de un culto que le es propio, por la obligación de ofrecer ciertos

sacrificios en días y parajes determinados (*sacra familia, sacra gentis*). Aun sin tomar en consideración los lares y dioses domésticos, puede hallarse obligada á reconocer tal ó cual Dios, Hércules, Minerva, ó cualquier otro (1). Carácter religioso de la agregación, que necesita también la intervención del derecho y del poder pontificio cuando se trata de alterar la familia.

En fin, en el orden privado la familia es también una agregación en la que se concentran la propiedad, los efectos de las obligaciones, el derecho de heredar y de suceder, es decir, el derecho de tomar y de continuar en la ciudad la persona del muerto: para transferir este derecho á otro fuera de la jerarquía de la familia, debería necesitarse la intervención de la asociación entera, la intervención de los comicios.

Estos caracteres primitivos desaparecen, y lo mismo la agregación política á medida que la constitución se modifica. La agregación religiosa se confunde con el paganismo. El derecho privado se introduce en el derecho público. Pero el recuerdo de lo pasado puede únicamente explicarnos ciertos rasgos y caracteres que se han conservado en el derecho.

15. Fundamento de la familia romana.

El fundamento de la familia en el derecho romano, en el derecho general de las sociedades, es el matrimonio. Entre los romanos el matrimonio civil, las nupcias romanas forman un elemento importante; pero su base y su fundamento se hallan en otra parte.

La familia romana, aún en el orden privado, no es una familia natural; es una creación del derecho civil, del derecho de ciudad.

La mujer, esposa con respecto al marido, y madre con respecto á sus hijos, no se halla comprendida en ella por el derecho solo del matrimonio: ella da los hijos á la familia, pero no es de su familia. Los hijos mismos y sus descendientes pueden ser extraños á ella. En sentido inverso, personas extrañas por la sangre pueden formar parte de ella misma.

Y, sin embargo, de la existencia en la propia familia dependen todos los derechos civiles que á los miembros de ella corresponden

(1) Tales son los sacrificios expiatorios de los Horacios por la muerte de su hermana: «*Sacrificia piacularia gentis Horatiae.*» Trt. Liv., I, 26.—Tales son aquellos que los Fabios debían ofrecer á Hércules en el monte Quirinal.—Tit. Liv., V, 46;—y los que los Naucios ofrecían á Minerva, Dionis., VI, 69.

á unos respecto de otros.—¿Está uno en ella? Pues participa de estos derechos.—¿No está? Ya sea hijo, padre, madre, hermano, hermana ó pariente cualquiera, no tiene ninguno.

El vínculo de familia no es el vínculo de la sangre; el vínculo producido por el matrimonio y por la generacion es un vínculo de derecho civil, un vínculo de poder.

La familia romana no se hallaba fundada principalmente sobre el matrimonio, sino *sobre el poder*.

Así la exposición del derecho relativa á aquélla en la legislación romana principia siempre por la teoría del poder: la del matrimonio sigue despues en segundo orden.

16.—El poder.—El jefe de familia (*paterfamilias*); personas *sui jures* ó *alieni juris*.

La idea de poder, sobre la cual se halla fundada la familia romana, está tomada en el sentido más absoluto y más despótico.

Uno solo, el jefe de ella, es el señor, el propietario de todos los demas y de todo el patrimonio. La propiedad concentrada en cada familia se halla á su libre y entera disposicion: personas y bienes todo es suyo. En cuanto á él es independiente.

De aquí procede bajo el aspecto de la familia una nueva division de personas:

Las personas *sui jures*, que tienen un derecho suyo y una condicion propia, es decir, que son independientes de todo poder: tambien se llaman *paterfamilias* cuando son hombres, y *materfamilias* cuando son mujeres. Sea casado ó no, tenga hijos ó no, sea de ménos edad, y áun en el momento de nacer, si no se hallara sujeto á ningun poder, el ciudadano romano era *paterfamilias*; era el padre, el jefe de la familia.

Lo opuesto á *sui jures* es ser *alieni juris*, de la condicion de otro, *alieno juri subjectus*, sometido al derecho de otro, es decir, en poder de otro.

El primero puede haber, adquirir, ejercer derechos civiles y tener otras personas bajo su poder. El segundo, hablando rigurosamente en principio, no tiene ni adquiere ni ejerce ningun derecho por sí mismo, y no es más que el representante y el instrumento de la persona de quien depende: no puede tener á nadie bajo su poder. En una palabra, no tiene á nadie consigo, ni lleva

otra máscara política, ni tiene otra personalidad que la del jefe de quien depende: su individualidad desaparece bajo la máscara que lo cubre, y se absorbe en otra persona. Si es reputado como parte en la copropiedad de familia, sólo es como identificándose y no formando más que una sola persona con el jefe de la familia. Todo esto se verifica únicamente en el orden privado; porque trasladándose al orden público, al foro, á los comicios y á las magistraturas, el hombre *alieni juris*, si es libre y ciudadano, recobra su independencia y ejerce como tal ciudadano los derechos y los cargos públicos (1).

17. Diversas especies de poderes (*potestas*, *manus*, *mancipium*).

El poder del que se llama *sui jures*, del *paterfamilias*, del jefe de familia, sobre las personas *alieni juris*, es de tres especies:

Potestas, el poder propiamente dicho, que designa á un tiempo, en el lenguaje del derecho romano, el poder del señor sobre los esclavos (*potestas dominorum*), y el poder paternal del padre sobre los hijos (*patria potestas*).

Manus, la mano; expresión simbólica empleada á veces, y probablemente en su origen, para designar todo poder (2); pero que ha venido á quedar aplicada especialmente al poder del marido sobre la mujer, en el caso en que esta última se hallase sujeta á él, lo que no sucede siempre, y lo que no es resultado únicamente del matrimonio.

Mancipium, mancipio; poder sobre el hombre libre de quien se ha adquirido la propiedad romana por enajenacion solemne, ó venta civil, llamada mancipacion (*mancipatio*).

Así los esclavos, los hijos y la mujer cuando ha sido colocada ó ha caído *in manu*, bajo su mano, los hombres libres que ha adquirido por la mancipacion, lo que no les impedia de continuar libres

(1) Nadie duda, sin embargo, sobre todo en la constitucion primitiva de Roma, que la personalidad absorbente del jefe no ejerciese su influjo hasta en el orden público. Y la prueba incontestable de esto se halla en los comicios por centurias, en que los ciudadanos se hallaban clasificados por la jerarquia de fortuna; mas los hijos de familia no tenían nada, absolutamente nada, sino su participacion en la copropiedad de familia, como que se confundian con la persona del jefe de ella:—¿hasta qué punto el hijo de familia en el orden político y en el ejercicio de los derechos de ciudadano continuaba conservando la máscara jurídica, la personalidad del jefe? Esto es un problema interesante, pero que sale del cuadro de esta obra, consagrada especialmente al derecho privado.

(2) Por ejemplo, el *manumissio*, *mancipatio* y áun *manciptum*.