

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

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

### CAPÍTULO III.

#### CONSIDERACION SUMARIA DE LA SUERTE ULTERIOR DEL DERECHO ROMANO.

##### §. 1.—En Oriente.

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

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

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

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

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

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

### §. 2.—En Occidente.

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

La division que, á la muerte de Teodosio (395), vino á hacerse del Imperio en dos mitades, no influyó mucho en el derecho privado. Este tampoco desapareció al verificarse la invasion arrolladora de las tribus germanas, que fundaron en la Galia meridional y en Italia nuevos reinos, y que conforme al principio del llamado *derecho personal*, que respetaba la diferencia de nacion, permitieron á los vencidos continuar viviendo segun sus leyes, mientras ellas seguian regulando sus

treuil, (fr.); y la *Historia del Derecho privado greco-romano*, de Zachariae, traducido del aleman al francés por Eugenio Lanth,—(A.)

BIBLIOTECA ALFONSO XIII

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPILLA ALFONSO

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

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

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

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

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

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

CAPILLA ALFONSO

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

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

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

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

BIBLIOTECA ALFONSO XIII

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

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

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

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

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

BIBLIOTECA ALFONSO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto al primero, después de haber in-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPILLA ALFONSO