

CAPÍTULO II.

DE LA NATURALEZA DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL.

§ IV.—*Relacion de derecho.*

Para determinar las bases del derecho romano actual, se hace preciso reconocer sus fuentes, estudio que necesariamente exige una investigacion sobre la naturaleza de las del derecho en general.

El derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro sér, nos aparece como un poder del individuo. En los límites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder ó facultad lo llamamos nosotros *derecho*, y algunos, derecho en sentido subjetivo. El derecho no se manifiesta nunca más claramente que cuando, negado ó atacado, viene la autoridad judicial á reconocer su existencia y extension; pero un exámen más atento nos manifiesta que la forma lógica de un juicio satisface solo una necesidad accidental, y que, lejos de agotar la esencia de la cosa, supone dicha forma una realidad más profunda, esto es, la *relacion de derecho*, de la cual, cada derecho no es más que una faz diversa abstractamente considerada: así, un juicio sobre un derecho especial no es racional y verdadero, sino cuando se deriva del entero concepto de la relacion de derecho. Esta relacion tiene una naturaleza orgánica que se manifiesta,

ya sea por el conjunto de sus partes constitutivas que se equilibran y limitan mutuamente, ya sea por sus desenvolvimientos sucesivos, su origen y sus descensos. Esta reconstitucion viva del conjunto, dado un caso particular, forma el elemento intelectual de la práctica, y distingue su noble vocacion del simple mecanismo, que la ignorancia le atribuye. Con el fin de que no aparezca este punto importantísimo como pura abstraccion, creo necesario mostrar, por medio de un ejemplo, la extension de las consecuencias que encierra. Tomemos el caso de una ley célebre, la ley *frater a fratre* (l. 38, XII, 6): estando dos hermanos bajo el poder paterno, presta uno al otro una suma de dinero, la cual se paga despues de la muerte del padre: se pregunta si hay derecho á repetir esta suma como indebidamente pagada. ¿Procede ó no la *condictio indebiti*? Tal es la única cuestion sometida á la apreciacion del juez; pero para resolverla debe tener en cuenta el conjunto de la relacion de derecho, que se descompone de la siguiente manera: poder paterno sobre los dos hermanos, préstamo del uno al otro, peculio recibido del padre por el deudor. La relacion de derecho se ha desenvuelto por la muerte del padre, la apertura de la sucesion, y el pago de la deuda. Tales son los diversos elementos cuya combinacion debe entrar en la decision del juez.

§ V.—*Instituciones de derecho.*

El juicio de un caso práctico, no es posible sino refiriéndolo á una regla general, que domine los casos particulares. Esta regla se llama derecho, ó derecho general, ó, algunas veces tambien, derecho en sentido objetivo. Se manifiesta sobre todo en la ley, es decir, la regla promulgada por la autoridad suprema de un Estado.

Si el juicio de un caso particular es de naturaleza restringida y subordinada; si encuentra su raíz viva y su fuerza de conviccion en la apreciacion de la relacion de derecho, la regla jurídica y la ley, que es su expresion, tienen por base las instituciones cuya naturaleza orgánica se muestra en el conjunto mismo de sus partes constitutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos. Así, pues, cuando no se quiere limitarse á las manifestaciones exteriores, sino penetrar la esencia de las cosas, se reconoce que cada elemento de la rela-

cion de derecho, se refiere á una institucion que lo domina y le sirve de tipo, de la misma suerte que cada juicio está dominado por una regla (a), y este segundo encadenamiento, ligándose con el primero, encuentra allí la realidad y la vida.

La ley citada en el párrafo precedente, puede servir para esclarecer este último punto. Las instituciones de derecho que se refieren á aquel caso, son: la sucesion de los hijos al padre, el antiguo peculio, y, sobre todo, la *deductio* que á él se refiere, la transmision de los créditos á los herederos, la confusion en sus personas de créditos y deudas, y la *condictio indebiti*. En cuanto á la manera, segun se ofrecen á la inteligencia estas ideas, existe esta diferencia natural: cuando las instituciones de derecho se perciben aisladas, pueden ser combinadas arbitrariamente; mientras que cuando la relacion de derecho se revela por los acontecimientos de la vida real, nos aparece directamente y bajo su forma concreta. Pero un exámen más detenido nos muestra, que todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y que la armonía de este sistema en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos su completa inteligencia. Cualquiera que sea la distancia que separe una relacion individual de derecho, del sistema del derecho positivo de una nacion, no existe entre ellos otra diferencia que la de la proposicion: el procedimiento en virtud del cual llega el espíritu á conocerlos, es absolutamente el mismo.

Por lo dicho, se ve claramente cuán falsa es la opinion que considera la teoría y la práctica de derecho como cosas diversas y opuestas. Sin duda que el teórico y el práctico tienen cada uno sus funciones, y la aplicacion que ellos hacen de sus conocimientos, es diferente; pero siguen un mismo orden de ideas, sus estudios deben ser los mismos, y nadie puede ejercer dignamente una ni otra profesion sin la conciencia de su identidad (b).

(a) V. Stahl, *Philosophie des Rechts*, (F^o. del Derecho) II, I. p. 165, 166.

(b) He adquirido estas convicciones con el estudio profundo de los jurisconsultos romanos, tan grandes bajo este punto de vista, y la experiencia de una larga práctica judicial no ha hecho más que afirmarlas.

§ VI.—*Qué debe entenderse por fuentes del derecho.*

Se denominan fuentes del derecho las bases del derecho general, y, por consiguiente, las instituciones mismas y las reglas particulares que separamos de ellas por abstracción. Esta definición presenta una doble analogía, que puede dar lugar á un doble yerro.

1.º Cada relacion individual de derecho tiene su base en un hecho (*a*), y, el lazo existente entre estas relaciones de derecho y las instituciones que la dominan, puede llevar á confundir el origen de dichas relaciones individuales con el de las reglas de derecho. Si, pues, queremos examinar todos los elementos que entran en una relacion de derecho, encontraremos, infaliblemente, una regla de derecho y un hecho que responde á esta regla, por ejemplo, una ley, que reconoce el contrato y el contrato mismo. Pero estos elementos son de naturaleza esencialmente diversa; y colocar al mismo nivel las leyes y los contratos, considerar los contratos como fuentes del derecho, es confundir lastimosamente las ideas (*b*).

2.º Otro error, ocasionado por la identidad de los nombres, es el de confundir las fuentes de derecho con las fuentes históricas del derecho. Estas últimas comprenden todos los monumentos que nos proporcionan hechos relativos á la ciencia, pero ambas son cosas independientes, cuya reunion es accidental, por más que se verifique frecuentemente y tenga una gran importancia. Así, por ejemplo, el Digesto de Justiniano, es á la vez fuente de derecho y fuente histórica de la ciencia; la ley Voconia, una de las fuentes del antiguo derecho, no es fuente histórica, puesto que no existe; por último,

(*a*) Expondré los principios generales sobre esta materia en el capítulo III del libro II.

(*b*) Esta confusion se encuentra, sin hablar de los autores modernos, en muchos pasajes de Ciceron (v. §. 22, nota *m.*) Mientras que unos colocan, equivocadamente, los contratos entre las fuentes del derecho, otros, por un error inverso, colocan en la misma línea las leyes y las causas de obligacion, para establacer la falsa doctrina del *titulus* y del *modus acquirendi*. Höpfner, COMMENTAR. § 293. La palabra *autonomía*, á causa de sus diversas significaciones, ha contribuido mucho al primero de estos errores.

los pasajes de los historiadores y de los poetas de la antigüedad contienen nociones de derecho, que pertenecen exclusivamente á las fuentes históricas de la ciencia.

Añadiré, que las fuentes del derecho, en la mayor parte de los casos de que vamos á ocuparnos, reúnen estos dos caracteres, por lo cual una doble acepción de la misma palabra ofrece pocos inconvenientes. Las diversas partes del cuerpo del derecho (*Corpus juris*), por ejemplo, fuentes del derecho para el antiguo derecho romano, como leyes de Justiniano y fuentes del derecho moderno en virtud de su adopción, forman parte, como textos, de las fuentes de la ciencia. Del mismo modo, las recopilaciones de derecho alemán de los siglos XIII y XIV, fuentes de derecho como monumentos de derecho consuetudinario, son, como textos, fuentes de la ciencia. No podríamos, pues, censurar á la mayor parte de los autores que hablan de las fuentes del derecho, sin distinguir sus dos significaciones.

§ VII.—*Del origen del derecho.*

¿Cuál es, sin embargo, la base del derecho general, ó en qué consisten las fuentes del derecho?

Pudiera creerse que el azar, las circunstancias ó la sabiduría, pueden crear el derecho de una manera diferente, según la influencia que á su creación presida. Pero esta suposición cae ante un hecho incontestable: que siempre que la existencia de un derecho se revela á la inteligencia humana, aparece sometido á una regla preexistente, y la invención de esta regla como inútil é imposible. Considerado el derecho general como anterior á todos los casos dados, se le llama derecho positivo.

Si preguntamos ahora cuál es el sujeto, en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es el pueblo. En la conciencia común de éste, vive el derecho positivo, por lo cual puede ser llamado *derecho del pueblo*.

No ha de pensarse, sin embargo, que los diversos individuos de que aquel pueblo se compone, hayan creado el derecho arbitrariamente, pues, aunque estas voluntades individuales hubiesen podido sin duda producir el mismo derecho, es más verosímil que hubiesen creado multitud de

derechos diferentes. El derecho positivo sale de ese espíritu general que anima á todos los miembros de una nacion; la unidad del derecho se revela necesariamente á su conciencia, y no es producto de la casualidad.

Asignar al derecho positivo un origen invisible, es, pues, negar el testimonio de los documentos. La dificultad para resolver esta cuestión, nada tiene de extraña, en mi sentir: se presenta infaliblemente en todas las explicaciones del origen del derecho. En efecto, al comenzarse la historia fundada en documentos, se encuentra en todos los pueblos un derecho positivo ya existente, cuyo origen se remonta más allá de los tiempos históricos. Puedo, todavía, invocar consideraciones de otro orden que sugiere la naturaleza misma del asunto. Citaré el reconocimiento unánime del derecho positivo, el sentimiento de necesidad que acompaña á sus manifestaciones; sentimiento tan claramente expresado por la antigua creencia, que atribuye al derecho un origen divino. No se podía negar de una manera más formal la intervencion del accidente ni de la voluntad humana. Consignaré además, la analogía que presentan muchos elementos característicos de cada pueblo, los usos de la vida comun, y, sobre todo, la lengua, cuyo origen se oculta más allá de los tiempos históricos. No es la casualidad ni la voluntad de los individuos, sino el espíritu nacional el que crea las lenguas; pero su naturaleza sensible hace que este origen aparezca más evidente y comprensible que el del derecho. Las diversas manifestaciones del espíritu general de un pueblo, son otros tantos rasgos característicos de su individualidad, entre los cuales, la lengua, como el más notable, ocupa el primer lugar.

El derecho que vive en la conciencia del pueblo, no es un compuesto de reglas abstractas; es percibido en la realidad de su conjunto, y la regla, bajo su forma lógica, aparece cuando se hace sentir su necesidad; se separa entonces de este conjunto, y se traduce en una forma artificial. Tales son las acciones simbólicas, que dan al derecho una apariencia sensible, cuyo origen popular se revela con más claridad é intensidad que en las leyes.

Al exponer este origen del derecho positivo, no he tenido en cuenta el tiempo, en el seno del cual se desenvuelve la vida de los pueblos. Se ve, al primer golpe de vista, que la accion del tiempo aumenta la fuerza del derecho: así una idea ju-

ridica recibida y aceptada por un pueblo, se arraiga cada día más; se desenvuelve por la aplicación y la conciencia del derecho, que hasta entonces solo en germen existía, y toma una forma determinada. Pero el tiempo modifica también el derecho. Púedese, en efecto, comparar la vida de los pueblos, y cada uno de sus elementos constitutivos, á la vida humana, que nunca aparece estacionaria y ofrece una continua sucesión de desenvolvimientos orgánicos. Tanto las lenguas como el derecho ofrecen en su existencia una série de transformaciones no interrumpidas, cuyas transformaciones proceden del mismo principio que su origen, están sometidas á la misma necesidad y son igualmente independientes del acaso y de las voluntades individuales. Estos desenvolvimientos continuos siguen una marcha regular, obedecen á un encadenamiento de circunstancias invariables, cada una de las cuales se liga de una manera especial con las diversas manifestaciones del espíritu, en el seno del cual el derecho toma su nacimiento. En la infancia de los pueblos, es cuando este elemento obra con más fuerza y libertad, pues entonces, el lazo que une á la nación es más estrecho, más generalmente sentido, y la diversidad de los desarrollos individuales no oscurece la conciencia de este sentimiento. Pero cuanto más desiguales é importantes llegan á ser estos desenvolvimientos, mientras más conocimientos y ocupaciones aíslan á los individuos y las diferentes condiciones, tanto más difícilmente se desenvuelve el derecho, que tiene su fuente en el espíritu general de la nación, y esta forma de desarrollo desaparece del todo si, las nuevas circunstancias no crean nuevos órganos: la legislación y la ciencia del derecho, cuya naturaleza y carácter serán pronto examinados.

Estos nuevos órganos ejercen notable influencia sobre el derecho primitivo. Pueden crear nuevas instituciones, modificar las antiguas, ó anularlas, si no responden al espíritu y á las necesidades del tiempo.

§ VIII.—*El pueblo.*

He considerado hasta aquí al pueblo como el sujeto activo y personal del derecho: ahora voy á examinar la naturaleza y carácter de este sujeto.

Cuando se estima el derecho de una manera abstracta,

independientemente de su contenido, aparece como una regla, según la cual viven en sociedad un cierto número de hombres. Considerada ésta como una agregación cualquiera de individuos, se llega á ver el derecho como invención suya, sin la que la libertad exterior de los individuos no podría subsistir. Pero la reunión accidental de un cierto número de hombres, es una hipótesis arbitraria sin sombra alguna de verdad; y, aunque existiese una sociedad parecida, sería impotente para crear el derecho, pues no basta que se despierte una necesidad para que tengamos los medios de satisfacerla, sino que, por el contrario, en donde quiera que veamos hombres reunidos, y apelo al testimonio de la historia más remota, siempre encontramos una comunidad de relaciones intelectuales, como lo comprueba el uso de una lengua común que sirve para fijar y desenvolver dichas relaciones. En este conjunto real, es donde tiene su origen el derecho y el espíritu nacional, que circula por todos los miembros, es el que puede satisfacer esta necesidad cuya existencia hemos reconocido.

Entre pueblos diferentes no hay límites rigurosamente determinados, y esta indeterminación aparece también en el derecho que ellos realizan. Así, el parentesco que existe entre ciertos pueblos, nos deja algunas veces en la incertidumbre de saber si debemos reunirlos ó distinguirlos; y sus derechos, sin ser del todo semejantes, reproducen este carácter de parentesco.

En el seno mismo de las naciones, cuya unidad es menos dudosa, se encuentran algunas veces ciertas subdivisiones, asociaciones de ciudades y pueblos, corporaciones de todo género, que sin estar desligadas de la nación, tienen sin embargo una existencia individual y distinta. Dentro del círculo de estas subdivisiones, pueden formarse derechos *particulares*, que se colocan al lado del derecho *común* de la nación, y sirven también para modificarlo y completarlo (a).

La idea expuesta, según la cual se considera el pueblo como un sér individual, sujeto natural y persistente del dere-

(a) Así, en Roma se ven ciertos derechos consuetudinarios particulares pertenecientes á determinadas *gentes*. Dirksen, *civil. Abbaullungon* (*Ensayos de derecho civil*) II, página 90.

cho positivo, no debe restringirse á la reunion de los individuos existentes en una misma época; debése, por el contrario, considerar al pueblo como una unidad, en el seno de la cual se suceden las generaciones, unidad que enlaza el presente con el pasado y el porvenir. La tradicion es la que vela por la conservacion del derecho, y la tradicion es una herencia que se trasmite por la sucesion continúa é insensible de las generaciones. Esto explica por qué el derecho no depende de la existencia de los individuos, por qué las reglas se mantienen y se verifican las insensibles transformaciones indicadas más arriba (§ 7). Bajo este punto de vista la tradicion forma un elemento muy importante del derecho.

He dicho que cada pueblo era el creador y el sujeto del derecho positivo. Acaso esta definicion parecerá muy estrecha, y se mire el derecho positivo como obra del espíritu humano en general y no de los pueblos individualmente considerados: estas opiniones no se contradicen en manera alguna. El espíritu que obra en los diferentes pueblos y reviste rasgos individuales, no es otra cosa que el espíritu humano mismo. Pero la creacion del derecho es un hecho, y un hecho verificado en comun. Ahora bien, la cooperacion no es posible, sino en donde existe, en realidad, una comunidad de pensamientos y de accion, y como una comunidad semejante sólo se encuentra en el seno de cada pueblo, de aquí que ellos son los que producen el derecho positivo, aunque se revele en todos constantemente el espíritu general de la humanidad. Por eso no se encuentran creaciones de derecho arbitrarias, de las cuales nos ofrezca algun rasgo el derecho de otros pueblos. El derecho de cada nacion tiene ciertos rasgos peculiares á la nacion, y otros comunes á todos los pueblos. Mostraré más abajo (§ 22), cómo los romanos comprendian bajo el nombre de *jus gentium* estos elementos generales del derecho.

§ IX.—*El Estado.—Derecho político.—Derecho privado.*
Derecho público.

Hasta aquí, he considerado al pueblo como un ser invisible, sin límites determinados; pero jamás se le encuentra en tal estado de abstraccion. La necesidad de traducir en caracteres visibles y orgánicos su unidad invisible, existe cons-

tantemente en todos los pueblos. El Estado da cuerpo á la unidad nacional, con lo cual se fijan rigurosamente sus límites. Si investigamos ahora lo que da nacimiento al Estado, encontramos, como para el derecho en general, una necesidad superior, una fuerza interna que trata de extenderse hácia fuera, é imprime al Estado un carácter individual. Esta fuerza crea el Estado como crea también el derecho, y puede considerarse la realización del Estado como la más alta manifestación de su poder.

Llegados á este punto, si dirigimos una ojeada sobre el conjunto del derecho, lo veremos dividido en dos ramas: el derecho *político* y el derecho *privado*. Tiene el uno por objeto el Estado, es decir, la manifestación orgánica del pueblo; el otro, contiene todas las relaciones de derecho existentes entre particulares, y es la regla y la expresión de estas relaciones (a). Tienen, sin embargo, estos dos órdenes de derecho muchos rasgos de semejanza y muchos puntos de contacto. Así, la constitución de la familia, la autoridad del poder y la obediencia de los hijos, ofrecen una analogía grande con la constitución del Estado, al mismo tiempo que muchas corporaciones tienen casi las mismas condiciones de existencia que los individuos. Pero lo que distingue profundamente el derecho político del derecho privado es, que el uno se ocupa del conjunto, y considera á los individuos como un objeto secundario, y el otro tiene por objeto exclusivo al individuo mismo, y no se ocupa más que de su existencia y de sus diferentes estados.

Sin embargo, el Estado ejerce sobre el derecho privado numerosas influencias, sobre todo en cuanto á su realización. En efecto, el Estado es el que personifica al pueblo y le da la capacidad de obrar. Aunque fuera del Estado puede concebirse, por abstracción, un derecho privado fundado en una comunidad de ideas y de costumbres, la realidad y la vida no la adquiere este derecho sino en el Estado, en virtud del cual existe el poder judicial. Pero no debe creerse que haya

(a) L. 1 de J. et J. (1, 1). «Publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem.» Sunt enim quedam publice utilia, quedam privatim.» Véase, L. 2, § 46, de orig-jur. (1, 2.)

habido en la historia una época anterior á la fundacion del Estado, y en que el derecho privado tuviese una existencia incompleta (estado de naturaleza). Todo pueblo, desde que su vida aparece, está ya constituido como Estado cualquiera que sea, por otra parte, su forma. El Estado de naturaleza, es, pues, una hipótesis que crea nuestro espíritu, cuando considera al pueblo abstraccion hecha del Estado.

Las relaciones de los individuos con el derecho general, reciben del Estado su realidad y su complemento. El derecho es la expresion del espíritu comun nacional (§ 7, 8), y por consiguiente, de su voluntad, que es tambien la voluntad de todos los individuos; pero cada individuo puede, en virtud de su libertad, obrar contra la idea y la voluntad manitestada por él como miembro de la nacion, y esta contradiccion es la injusticia ó la violacion del derecho, que debe ser reprimida si se quiere conservar al derecho su imperio y su existencia. Para que la represion no sea casual, para que se ejecute de una manera regular y cierta, es preciso la intervencion del Estado. Solamente en el Estado es posible oponer á los individuos la regla del derecho como algo exterior y objetivo; y, bajo este concepto, la violacion del derecho, siempre posible á la libertad individual, se encuentra encadenada y absorbida por la voluntad general.

El Estado tiene tambien una influencia decisiva en la formacion del derecho privado, y no solamente sobre su contenido, de lo que hablaré más abajo, sino también sobre los límites, dentro de los cuales esta formacion se verifica. En efecto: la comunidad nacional, concentrada en un solo Estado, tiene mucho más poder y más accion que tendria si se extendiese á muchos Estados, áun de un origen comun, pues, entónces, mil obstáculos aflojarian los lazos que debieran juntarlos. La unidad del Estado, no excluye el establecimiento de ciertos derechos particulares (§ 7), puesto que éstos no se oponen á los caractéres generales de su unidad. Es preciso, sin embargo, no atribuir al Estado una influencia exagerada y exclusiva sobre toda clase de relaciones. En la Edad Media, por ejemplo, despues de la caida del imperio de Occidente, existen diversos Estados germánicos, compuestos á la vez de Germanos y de Romanos.

En estos diversos Estados, los súbditos romanos seguian todos el mismo derecho romano, los súbditos germánicos, el

derecho germánico; y esta comunidad de derechos, más ó ménos perfecta, subsistia siempre á pesar de la division de los Estados.

Para no dejar incompleta la clasificacion de los derechos que existen en concurrencia dentro de los límites del Estado, he de añadir algo á lo expuesto. Sin establecer restricciones á la creacion del derecho, ni pretender que el Estado se limite exclusivamente á la proteccion del derecho, puede decirse que su primera mision, la más indispensable, es la de traducir el derecho en caractéres visibles, y asegurar su autoridad, lo que comprende dos esferas de accion: 1.º El Estado, debe proteccion al individuo atacado en su derecho, y se llama *procedimiento civil*, las reglas que existen para el cumplimiento de esta funcion; 2.º Independientemente de todo interés privado, debe el Estado mantener el derecho en sí mismo y reprimir su violacion. Este fin se consigue por medio de la pena, y aquí, en el dominio más restringido del derecho, la voluntad humana imita la ley de expiacion moral que domina en una más elevada esfera (a). Las reglas que imperan en esta segunda funcion, se comprenden bajo el nombre de *derecho criminal*, del cual es una parte el *procedimiento criminal* (b). De esta manera, el procedimiento civil, el derecho penal y el procedimiento correspondiente forman parte del derecho político. Tal era el punto de vista de los romanos; y, si ha habido una desviacion en los tiempos modernos, ha sido á causa de haberse confiado frecuentemente la práctica del derecho criminal, á los mismos encargados del derecho privado: la reunion en una misma mano de ambas funciones, les ha dado cierto carácter de

(a) En este sentido se puede decir que la doctrina moral de la separacion, considerada bajo cierto aspecto, es un derecho que el Estado debe hacer respetar. (Hegel, *Natur recht*, (*Derecho Natural*) §§ 102, 103, 220), Klenze, *Lehrbuch des Strafrechts*, (*Manual de Derecho Penal*) p. x, xvii.

(b) El derecho positivo de cada pueblo determina si el Estado ha de ejercer el derecho por sí mismo ó abandonar su prosecucion á los particulares lesionados. Este último sistema, era el de las penas privadas de los romanos; pero los progresos de la autoridad pública, tienden á establecer en todas partes el sistema contrario.

semejanza. En cuanto al procedimiento civil, se encuentra la accion del Estado de tal suerte ligada á los intereses de los particulares que, en realidad, es imposible separarlos completamente; pero esto no cambia en nada la naturaleza esencial de las diferentes partes del derecho. Por esto, para abrazar á la vez un doble punto de vista, se tiene costumbre, y no sin razon, de sustituir á la expresion de derecho político, la más general, de derecho público que se entiende comprender el procedimiento civil y el derecho penal; de este nombre me serviré en adelante.

El derecho público, está tambien en contacto con el derecho eclesiástico. Humanamente hablando, la Iglesia, considerada como comunidad, como corporacion, podria pertenecer á la vez al derecho público y al derecho privado, y ser comprendida en sus respectivos dominios; pero su imperio sobre el hombre interior, rechaza una asimilacion semejante: la historia nos muestra que la Iglesia y su derecho han ocupado en el Estado, segun las épocas, un lugar muy diferente. Entre los romanos, el *jus sacrum*, formaba parte del derecho público y, era regulado por el Estado (a). El Cristianismo no podria ser sometido, á causa de su universalidad, á una direccion puramente nacional: la Iglesia, en la Edad Media, trató de elevarse por cima de los Estados y dominarlos: nosotros debemos considerar las diversas iglesias cristianas, existiendo al lado del Estado; pero teniendo con él una multitud de puntos de contacto é íntimas relaciones. De esta suerte el derecho eclesiástico nos aparece como un derecho especial á la vez independiente del derecho público y del privado.

§ X. — *Diversidad de opiniones sobre la formacion del Estado.*

La teoría precedente sobre el origen y naturaleza del Estado, está léjos de ser generalmente admitida. Se le ha considerado frecuentemente como una reunion indeterminada de hombres, independiente de la unidad nacional. Pero esta opinion cae por su base, por el solo hecho de que, en todas las épocas, los pueblos son los que constituyen los Estados, y

(a) L. I § 2, de J. et J. (I, I).

que, en todas partes, el pueblo es el que forma su base. Algunas veces, en los Estados esclavistas de América, por ejemplo, se ha tratado de reunir grandes masas de hombres, sin tener en cuenta su origen; pero estos ensayos han tenido resultados funestos, y la organizacion del Estado ha tropezado con obstáculos insuperables. En contra de esta opinion, basta oponer la afirmacion de que, en su origen, y segun la naturaleza de las cosas, todos los Estados han sido formados en el seno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

Se representan otros la creacion del Estado como un acto de voluntades individuales, como el efecto de un contrato, sistema cuyas consecuencias son perniciosas al par que falsas. De esta manera se supone que si los individuos han creido conveniente formar un Estado hubieran podido tambien no formarlo ó incorporarse á otro, ó, por último, adoptar una constitucion diferente. Sin repetir aquí lo que he dicho de la unidad natural de los pueblos y de sus necesarias consecuencias, haré notar solamente que, donde hay semejante acuerdo, existe ya infaliblemente el Estado de hecho y de derecho; por lo que, bien mirado, no se trata entonces de constituirlo sino de su descomposicion. Este erróneo sistema se basa en un doble error. Las numerosas variedades que presenta la organizacion de los Estados, es decir, el elemento histórico é individual han sido considerados como otros tantos actos arbitrarios de la voluntad humana. Se han confundido constantemente, y sin apercibirse de ello, las diversas significaciones de la palabra genérica pueblo. Por él se ha entendido: 1.º, la unidad natural en cuyo seno toma nacimiento el Estado perpetuándose de generacion en generacion: tomado en este sentido, no puede haber cuestion de voluntad ni de eleccion; 2.º, la reunion de los contemporáneos que existen en el Estado en una época determinada; 3.º, la reunion de los individuos extraños al poder, es decir, los gobernados sin los gobernantes; 4.º, en las repúblicas, la antigua Roma por ejemplo, la asamblea de los ciudadanos organizada por la Constitucion, y en donde reside la soberanía. La confusion de todas estas ideas ha inducido á atribuir al conjunto de los ciudadanos el derecho ideal del pueblo, considerado como unidad natural, así como tambien los privilegios del *populus romanus* y á colocar la soberanía en manos de los súbditos. No se llega á un resultado más ver-

dadero cuando se atribuye la soberanía á la reunion de todos los individuos contemporáneos, gobernantes y gobernados, pues el Estado no se compone de todos los individuos contados por cabezas, sino de ciertas categorías que lo constituyen conforme á su peculiar organizacion. En efecto, la totalidad de estos no es la que quiere y obra, y si separamos las mujeres, y los menores que constituyen el mayor número quédase reducido á la vana sombra de la representacion. Por último, el conjunto de todos los individuos contemporáneos no es bastante para formar el pueblo, pues éste, bajo un punto de vista, continúa en el porvenir y tiene una imperecedera existencia (§ 7, 8).

En la opinion que combato, hay un elemento de verdad. El acaso y la voluntad arbitraria del hombre ejercen tambien su influencia en la formacion de los Estados: la conquista ha destruido, con frecuencia, fronteras naturales, desmembrado pueblos y roto su unidad. Suele también el Estado asimilarse un elemento extraño, pero esta asimilacion no se opera sino por grados y segun ciertas leyes naturales, bajo una unidad fuertemente constituida, con la cual tenga el nuevo elemento una relacion íntima. Pero semejantes acontecimientos, aunque frecuentes en la historia, son verdaderas anomalías: el pueblo y su desarrollo orgánico constituyen siempre la base y el origen natural y ordinario del Estado. Si, en medio de este trabajo, los acontecimientos exteriores le traen ese elemento extraño, puede un pueblo sano y vigoroso apropiársele en virtud de su energía moral, sin cuya absorcion seria una enfermedad el resultado de esta lucha. Así se explica como, lo que fué en su origen injusticia y violencia, sometido á un poder de asimilacion, puede transformándose, convertirse en legítimo elemento del Estado. Pero no es lícito presentar estas anomalías, estas pruebas que debe sufrir la fuerza moral como el verdadero origen de los Estados, recurrir á esta opinion como único refugio contra la dañosa doctrina de un contrato social (a), seria un remedio peor que la enfermedad misma.

(a) Haller, *Restauration des Staatswissenschaft*. (*Restauracion de la Ciencia Política*).

§ XI.—*Derecho internacional.*

Si se trata de saber la relacion de los pueblos y de los Estados entre sí, encontraremos precisamente la que existiria en cierto número de individuos de diferentes naciones á quienes el acaso hubiera reunido. Si todos son hombres civilizados y están animados de buenas intenciones, aplicarán en esta sociedad accidental, las ideas de derecho que tenían anteriormente y se crearán de esta manera un derecho nuevo más ó ménos imitado, más ó ménos propio. Los Estados independientes pueden tambien, en sus mútuas relaciones, aplicar sus derechos particulares en la medida de las conveniencias y de su interés, sin que constituya esto un derecho. Puede existir tambien entre muchas naciones una comunidad de ideas semejante á la que crea el derecho positivo de cada pueblo. Dicha comunidad de ideas, fundada en relaciones de origen y de creencias religiosas, constituye el derecho internacional tal como lo vemos entre los pueblos cristianos de Europa, derecho que no era desconocido en los pueblos de la antigüedad y que encontramos entre los romanos con el nombre de *jus feciale*. Puede, pues, considerarse el derecho internacional como un derecho positivo, pero imperfecto, á causa de la indeterminacion de su contenido y de la falta de base real sobre la cual repose el derecho positivo de cada pueblo, á saber, el poder del Estado y sobre todo la autoridad judicial (§ 9).

Los progresos de la civilizacion fundada por el cristianismo, han originado un derecho análogo en nuestras relaciones con todos los pueblos del mundo, cualquiera que sea su creencia y sin reciprocidad de su parte. Pero la aplicacion de estos principios, tiene un carácter puramente moral, que en nada se parece á un derecho positivo.

§ XII.—*Derecho consuetudinario.*

(G. F. Puchta, das Gewohnheitsrecht, B, 1, 2. Erlangen, 1828, 1887-8).

El derecho del pueblo, que se desenvuelve de una manera invisible, y cuyo origen no puede referirse á un hecho exterior ó á una época determinada, ha sido reconocido en todos los tiempos; pero este reconocimiento ha sido hasta cierto

punto estéril, porque se le asignaba un objeto muy restringido y se tenía una falsa idea de su naturaleza. El primer punto, no puede ser esclarecido hasta haber hablado de la legislación: el error sobre la naturaleza del derecho del pueblo respecta al derecho consuetudinario, denominación que se le ha dado algunas veces.

La expresión, derecho consuetudinario, puede dar lugar á una série de inducciones falsas. Puede suponerse que, en su origen, fué abandonada como cosa indiferente, una cuestión de derecho al arbitrio ó á la casualidad, y que, volviéndose á presentar el mismo caso, en lugar de buscar una solución nueva, se halló más fácil adoptar la primera, é introducida esta práctica, pareció cada día más natural: tal solución, adoptada con la misma razón que podía haberlo sido la contraria, vino á ser regla de derecho al cabo de cierto tiempo, y hé aquí cómo el derecho ha sido engendrado por la costumbre.

Pero, examinando la verdadera base de todo derecho positivo, encontramos un orden de consecuencias y de principios enteramente diversos. La base del derecho positivo tiene su existencia y su realidad en la conciencia general del pueblo. ¿Y esta conciencia, invisible de su naturaleza, dónde la reconocemos? En los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Una série de actos uniformes, acusa un origen común: la esencia del pueblo; lo más contrario, precisamente, á la arbitrariedad y al acaso. Así, pues, la costumbre no engendra el derecho positivo, sino que es el signo por medio del cual se reconoce.

Hay, sin embargo, en la opinión que refuto, un lado de verdad que trataré de reducir á su justo valor. En efecto, si los principios fundamentales del derecho positivo, que viven con la conciencia de un pueblo, no pueden jamás ser desconocidos, la realidad de los principios secundarios, es menos evidente: para que el pueblo tenga de ellos una conciencia clara y distinta, necesita verlos aplicados frecuentemente (a),

(a) *Puchta* II, p. 8, 9: «La costumbre, para el pueblo que la establece, es un espejo en donde él se reconoce.»

y esta necesidad se hace sentir en un pueblo tanto más vivamente, cuanto menor es la energía con que desenvuelve la fuerza creadora del derecho. Añadiré, también, que hay ciertas ramas del derecho positivo que ofrecen tal carácter de indeterminación que, piden ser fijadas por una regla cualquiera. Tales son las disposiciones que expresan un número, cuyos límites extremos dejan siempre ancho campo á la arbitrariedad; las reglas sobre prescripciones, por ejemplo, ó las relativas á la forma exterior de los actos. En casos semejantes, nuestros juicios y determinaciones anteriores, se convierten para nosotros en verdaderas autoridades, y en este sentido, la costumbre es uno de los elementos del derecho (*a*).

Esta reacción de la costumbre sobre el derecho, no tiene carácter alguno de inferioridad, sino cuando nos representamos la adopción de una costumbre, como un acto irreflexivo, determinado por circunstancias puramente accidentales. Pero si esta adopción es el resultado de una deliberación de la inteligencia, nada hay que menoscabe la dignidad del derecho. Aunque la expresión derecho consuetudinario, bajo su doble faz, tenga también su legitimidad, debemos huir de restringir su dominio, á causa de los numerosos errores que, mezclados con su origen, nos ha transmitido.

Una vez reconocida la costumbre como signo del derecho positivo, y como uno de los elementos que concurren á la formación del derecho, encontramos, respecto á su manifestación, dos clases de hechos que se colocan en primera línea en razón de su importancia y de su fecundidad: estas son las formas simbólicas que nos ofrece la historia del derecho y los juicios de los tribunales populares (*b*). Los unos traducen en

(*a*) Como, por ejemplo, cuando se trata de determinar á quién corresponde la prueba, para cambiar un orden de cosas existente. Igualmente ejercen su influencia sobre la posesión, la usucapion, la prescripción de la querrela, los precedentes judiciales (§ 20), pero combinándose con otros elementos. Este es un punto de vista general que no hago más que indicar aquí; entraré en detalles, cuando trate de estas diversas materias.

(*b*) La importancia particular de los juicios populares existe en oposición á las decisiones que en los tiempos modernos emanan de los tribunales permanentes (§ 14). Este carácter se encuentra evidente-

caractères visibles el sentido de las instituciones; los otros, llamados á resolver un conflicto entre pretensiones rivales, determinan necesariamente el derecho con una precision rigurosa.

Al decir que la aplicacion del derecho es un signo de su existencia, debe entenderse un signo *mediato*, necesario solamente á los que le consideran de una manera exterior y sin pertenecer á la comunidad, en cuyo seno encuentra el derecho su origen y su desenvolvimiento (§ 7, 8). Para los miembros de esta comunidad, el derecho existe, independientemente de su aplicacion: es una realidad de la que tienen inmediata conciencia (§ 30).

§ XIII.—*Legislacion.*

Aunque el derecho positivo haya alcanzado el más alto grado de evidencia y certidumbre, puede haber quien se sustraiga á él, por ignorancia y por mala voluntad. Puede ser necesario, el darle un signo exterior que lo coloque por cima de todas las opiniones individuales, y facilite la represion de la injusticia. El derecho positivo, traducido por la lengua con caractères visibles y revestido de una autoridad absoluta, se llama ley, cuya confeccion es uno de los más nobles atributos del poder supremo del Estado. Tanto el derecho público, como el derecho privado, pueden ser objeto de la legislacion;

mente en los juicios de regidores de los pueblos germánicos—(Nota de la traduccion: Refiérese aquí el autor á los *Weisthume* (fallos ó sentencias de los jurados ó *proudhomes*, hombres buenos, etc.), institucion exclusivamente peculiar de Alemania), y en los *res judicatæ* de los Romanos, no como pudiera creerse, porque los *judices* fuesen personas privadas, pues el punto de derecho, que es aquí lo importante, se regulaba siempre por el pretor, sino porque éste, elegido cada año y no perteneciendo á ninguna corporacion, sabia que representaba el espíritu general de la nacion. Los mismos Romanos miraban los *res judicatæ* como fuentes del derecho que emanaban del pretor. Auctor ad Herennium, II, 13. Esto debe entenderse solamente de los negocios ordinarios, para cada uno de los cuales nombraba el pretor un juez ó un pequeño número de jueces. En los negocios centunvirales, los centunviroc conocían del hecho y del derecho, pues no se les daba fórmula, y tal es el origen de la *querela inofficiosi*.

pero yo la considero especialmente en sus relaciones con el último.

Si nos preguntamos cuál es el asunto de la ley, hallaremos que está determinado por la naturaleza misma del poder legislativo, y que lo constituye el derecho popular ya existente: ó, en otros términos, la ley es la expresión del derecho popular. Para dudar de ello, sería necesario figurarse al legislador fuera de la nación y sin lazo alguno con ella; pero puesto que en realidad existe en medio de la nación, y, puede decirse, ocupando su centro, refleja su espíritu, sus creencias, sus necesidades, y debe ser considerado como el verdadero representante del espíritu nacional. Y no se crea que esta posición depende de la forma dada al poder legislativo por la constitución política del Estado. Ya sea la ley obra del príncipe, de un senado, de una asamblea electiva ó hecha por el concurso de estos diversos poderes, son siempre esencialmente las mismas las relaciones entre el legislador y el pueblo: es un verdadero error, ya señalado más arriba, el creer que para representar el espíritu de la nación deba la ley de emanar de una asamblea electiva.

La doctrina que acabo de exponer sobre la naturaleza y el sujeto de la ley, ha sido frecuentemente mal comprendida; se ha creído que asignaba al legislador un papel secundario por bajo de su dignidad, y que condenaba la legislación entera como inútil y dañosa. Trataré de refutar este error mostrando la influencia real ejercida por la legislación sobre la formación del derecho, influencia que se manifiesta bajo un doble punto de vista, pues la legislación completa el derecho positivo y le ayuda en su progresivo desenvolvimiento. Recordaré aquí lo que he dicho más arriba (§ 12) con motivo del derecho consuetudinario. Cualquiera que sea la certidumbre de los principios fundamentales de derecho positivo, pueden quedar indeterminados una multitud de detalles, sobre todo en aquellos pueblos cuya actividad no se ha dirigido preferentemente á la formación del derecho. Así, en lo que respecta á las reglas que dejan ancho campo al arbitrio, por ejemplo, las que fijan los plazos, el derecho popular necesita un complemento; y aunque éste pueda venir de la costumbre, la legislación lo ofrece de una manera más pronta y segura.

La legislación tiene todavía mayor influencia sobre el des-

envolvimiento progresivo del derecho. Cuando el cambio de las costumbres, de las opiniones y de las necesidades, exige la reforma del derecho, ó la marcha de los tiempos exige nuevas instituciones, estos nuevos elementos, puede proporcionarlos la fuerza invisible que ha creado el derecho positivo. Pero aquí es donde la intervención del legislador es más bienhechora, y resulta indispensable. Como las diversas causas expuestas más arriba, no obran sino lentamente y por grados, hay necesariamente una época de transición en la que el derecho es incierto, y la ley está llamada á hacer cesar esta incertidumbre. Por otra parte, las diversas instituciones del derecho se enlazan y reobran unas sobre otras; cada principio nuevo puede, pues, sin que nadie se aperciba, contradecir otros principios no puestos en duda. Para obviar tales dificultades, son precisas ciertas combinaciones que los pongan á todos de acuerdo; obra de que solamente es capaz una acción personal y reflexiva (a).

Estos principios adquieren un nuevo grado de evidencia, cuando el derecho que se trata de modificar está fijado por una ley. La fuerza oculta que trabaja sin descanso en la formación del derecho, se encuentra entonces atada, ó sensiblemente sujeta por la autoridad inherente á los textos (b); vemos también en la historia de todos los pueblos, épocas en que las circunstancias se oponen á que el derecho salga, como en los tiempos primitivos, de la conciencia común de la nación

(a) Stahl, *Philosophie des Rechts* (Filosofía del Derecho), II, I, p. 140.

(b) Tal es el verdadero sentido de este pasaje de Goëthe, generalmente mal comprendido: «Las leyes y el derecho, semejantes á un mal hereditario, se transmiten de generación en generación y se extienden insensiblemente de pueblo en pueblo. La inteligencia se convierte en necedad, el beneficio en tormento. ¡Desgraciado de tí por haber nacido nieto! Pero respecto al derecho nacido con nosotros, ¡ay! no se hace nunca cuestion.» Por esto se ha creído, equivocadamente, que el poeta hacia una sátira contra el derecho positivo, deplorando que el derecho natural no fuera el único que rigiese. Lejos estoy de pretender que las ideas que expongo se le hayan presentado á Goëthe con el mismo encadenamiento, pero es privilegio del génio el de llegar por una intuición directa, á los resultados que nosotros hemos obtenido con gran esfuerzo y por una larga série de deducciones.

y, entonces, el legislador verifica directamente este trabajo, que no puede quedar interrumpido. Nunca se ha verificado este cambio de una manera más visible y más rápida que bajo Constantino, y á partir de su reinado, las numerosas leyes de los emperadores fueron las únicas fuentes del del recho.

Por las explicaciones que preceden, se vé que la legislacion no es de ninguna manera inferior al derecho popular puro, es decir, no formulado por una ley; pero no ménos grande error seria el creer que el derecho popular está destinado únicamente á llenar las lagunas accidentales de la legislacion, y que deba desaparecer desde el momento en que se escriben las leyes, pues de aquí se seguiria necesariamente, que una ley no puede ser abrogada por un uso contrario. Si, pues, se colocan estas dos formas del derecho bajo la misma línea, no se comprende por qué, una circunstancia accidental, como la adopcion de un principio por la legislacion, ha de enadenar el derecho popular y detener su accion.

Hasta aquí, sólo me he ocupado del contenido de la ley; réstame hablar de su forma. La forma de la ley está determinada por la naturaleza misma del poder de quien ella emana y por la autoridad absoluta de que está revestida. Nada responde mejor á su origen y á su objeto que la forma abstracta de la regla y del mandato. Todo lo que puede añadirsele, exposiciones y desenvolvimientos propios para procurar la conviccion, es extraño á la ley, y entra en otra esfera de ideas. Hay aquí un defecto de proporcion entre la ley y la institucion de derecho, cuya naturaleza orgánica, no puede ser agotada por una regla abstracta. Sin embargo, para hacer una buena ley debe el legislador abrazar en su conjunto la naturaleza orgánica de la institucion, y, por un procedimiento artificial, sacar de ella la prescripcion abstracta de la ley, de la misma manera que el juez, por una operacion diversa, debe recomponer el conjunto orgánico, del que la ley muestra una sola faz. Cuando la ley se limita á ayudar el desenvolvimiento del derecho y á llenar sus lagunas, este defecto de proporcion y la necesidad de suplirla por un procedimiento artificial, son menores, porque dichas lagunas tienen un carácter de particularidad y de abstraccion que se presta á la forma tambien abstracta de la ley.

§ XIV.—*Derecho científico.*

Por la marcha natural de la civilización, que trae como consecuencia la división del trabajo y de los conocimientos, aparecen en la sociedad diferentes clases, cada una de las cuales dirige su actividad hacia un objeto especial. Así el derecho, que antes vivía en la conciencia del pueblo, por consecuencia de las nuevas relaciones que crea la vida real, adquiere tal desarrollo, que su conocimiento cesa de ser accesible á todos los miembros de la nación. Entonces, se forma una clase especial, la de los jurisconsultos, que, en el dominio del derecho, representan al pueblo de que forman parte. Es esta una forma nueva, bajo la cual prosigue el derecho popular su desenvolvimiento, que, desde entonces, tiene una doble vida. Sus principios fundamentales subsisten siempre en la conciencia de la nación, pero su determinación rigurosa y las aplicaciones de detalle pertenecen á los jurisconsultos.

Las formas exteriores que reviste la actividad de los jurisconsultos, son la imagen de la progresiva cultura de esta clase. Ante todo, dan consejos en ciertos casos especiales, concurren á la decisión de un proceso (a), indican las formas necesarias para la solemnidad de un acto, y sus primeros ensayos literarios son ordinariamente recopilaciones de fórmulas é instrucciones, enteramente prácticas, sobre las formalidades requeridas para la confección de los actos solemnes. Poco á poco, toman sus trabajos un carácter más elevado. La ciencia comienza á nacer, á tener su teoría y su práctica: su teoría, en las doctrinas expuestas por los libros y los informes orales; su práctica, en las decisiones de los tribunales, que difieren de los antiguos juicios populares por la instrucción científica de los magistrados y las tradiciones que se establecen en el seno de los colegios permanentes. Así, pues, los jurisconsultos ejercen sobre el derecho una doble acción: la una creadora y directa, pues, reuniendo en sí toda la actividad intelectual de la nación, desenvuelven el derecho como representantes de esta nación; la otra, puramente científica, pues, se apoderan del derecho, cualquiera que sea

(a) Primero hubo consultas verbales de los *advocati*, después *responsa* por escrito.

su origen, para recomponerlo y traducirlo en una forma l6gica. Esta 6ltima funcion de los jurisconsultos, nos los presenta en una especie de dependencia y obrando sobre una materia determinada. Pero la forma cientifica que ellos le imprimen, y que tiende si6mpre 6 desenvolver y 6 completar su unidad, reobra sobre el derecho mismo, le proporciona un procedimiento org6nico, y la ciencia llega 6 ser un nuevo elemento constitutivo del derecho. Se ve al primer golpe de vista, la utilidad y la importancia de esta reunion de la ciencia sobre el derecho; pero tiene tambien sus peligros. Antiguamente, compusieron los jurisconsultos romanos, para el cumplimiento de ciertos actos jur6dicos, axiomas de derecho —muchos en Gayo se encuentran—que, trasmitidos por la tradicion, conservaron largo tiempo su autoridad; pero los jurisconsultos, y Justiniano que acepta sus expresiones (a), nos advierten que no debemos someternos servilmente 6 estos axiomas, ni mirarlos como el fundamento del derecho (b), sino como simples tentativas de resumir el derecho y concentrar sus resultados. En los tiempos modernos, la reaccion de la forma, est6 m6s extendida, es m6s variada y m6s poderosa; y este es, precisamente, el peligro de los c6digos completos. Fijan estos el derecho en el estado en que se encuentra, lo inmovilizan y lo privan del mejoramiento sucesivo que traen naturalmente los progresos de la ciencia.

Si se examinan las relaciones de la clase de jurisconsultos con la legislacion, las encontramos en gran n6mero y de diverso g6nero. El derecho por ellos elaborado es, como el

(a) L. 102 de R. J. (L. 17). «Omnis definitis in juri civili periculosa ets; parum (rarum) est enim, ut non subverti possit.

(b) L. I de R. J. (L. 17). «Regula est, quæ rem quæ est breviter enarrat. Nom (ut) ex regula jus sumatur, sed (ut) ex jure quod est regula fiat... quæ, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.» Esto quiere decir que, no se debe sacrificar 6 una regla, una verdad concreta, evidente. El axioma: no hay regla sin excepcion, se presenta aqu6 naturalmente; pero en este caso, admitir una excepcion, es reconocer que la regla ha sido establecida de una manera incompleta. Algunas veces, tambien el legislador expresa sus prescripciones bajo la forma de regla y, entonces, las expresiones no pueden ser admitidas sino con mucha precaucion.

derecho popular primitivo, la materia de la legislación; pero sus conocimientos especiales tienen además sobre ella muchos grados de influencia. Ellos rehacen las leyes y las hacen pasar á la vida real; la libertad y la variedad de formas que emplean les permiten mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta y la institucion viva del derecho; identidad que da nacimiento á la ley, pero que no es visible inmediatamente (§ 13). Así, los trabajos de la ciencia facilitan la aplicacion de la ley y aseguran su imperio.

Se ve, pues, que los jurisconsultos tienen sobre el derecho positivo una gran influencia. Los que rechazan esta influencia como pretension injusta, tendrían razon si los jurisconsultos formasen una casta inaccesible para todos; pero como cada cual puede ser jurisconsulto haciendo los estudios necesarios, su pretension se reduce á decir que, el que consagra al derecho el trabajo de su vida entera, podrá, en virtud de sus conocimientos, tener sobre el derecho más influencia que otro.

El derecho que se deriva de esta fuente, lo llamo *derecho científico*: otros lo llaman derecho de los jurisconsultos.

Al indicar el desenvolvimiento intelectual, como condicion del derecho científico, no quiero decir un alto grado de cultura, basta á menudo una simple iniciacion; prescindamos sobre esto de minuciosos detalles. Más importante es la observacion de que, en un estado de civilizacion poco adelantado, puede nacer el derecho científico, cuando la constitucion política atribuye el conocimiento casi exclusivo del derecho á una cierta clase de ciudadanos. Así, veremos en Roma una *auctoritas prudentium*, en un tiempo en el que no habia la menor sombra de necesidades científicas. Esta autoridad se atribuye, á la vez, á los conocimientos especiales de los pontífices y á los privilegios de los patricios (a).

§ XV.— *De las fuentes del derecho en su conjunto; naturaleza y origen de su contenido.*

De la exposicion que precede resulta que, en su origen, todo derecho positivo es popular, y que al lado de

(a) L. 2, § 5, 6, *de orig. jur.* (I, 2). No es este el lugar de examinar qué grado de confianza merezca el presente punto histórico.

este derecho popular, y frecuentemente con su asentimiento, viene la legislación á colocarse como complemento y garantía. Y puesto que los progresos de la civilización hacen nacer el derecho científico, tiene el derecho popular dos órganos que viven de su propia vida. Si, trascurriendo el tiempo, se retira del pueblo la fuerza creadora del derecho, se concentra ésta en esos dos órganos, donde continúa subsistiendo. Entónces, el derecho popular primitivo desaparece, por decirlo así, pues pasando sus partes más importantes á la legislación ó la ciencia, sólo son visibles bajo tales formas. Como el derecho popular puede encontrarse, de esta manera, oscurecido por la ley y por la ciencia, en el seno de las cuales prosigue su desarrollo, cabe sea su verdadero origen olvidado y desconocido (a). La legislación, sobre todo, por su autoridad exterior, tiene tal preponderancia que induce fácilmente á ser considerada como la única fuente de derecho, y á no ver en lo demás sino complementos secundarios; error que debe rectificarse, pues el derecho no existe en su estado normal sino donde reina un armonioso concurso entre estas diversas fuerzas creadoras, allí donde ninguna se aísla de las otras; y para que la ciencia y la legislación, cuyo origen es esencialmente individual, no marchen al acaso, importa que el legislador y los jurisconsultos tengan ideas sanas sobre el origen del derecho positivo y sobre la relación de las diversas fuerzas que lo constituyen.

(a) La transformación de las antiguas fuentes del derecho se manifiesta, sobre todo, en el lenguaje constante de los tiempos posteriores. Lo que se llamaba, otras veces, fuentes del derecho, *leges, plebiscita, senatus consulta*, etc., había ya desaparecido de los libros de los jurisconsultos, en los cuales incluíanse leyes imperiales, cuyo número aumentaba cada día. Desde entónces, se dijo que el derecho se componía de *leges* ó de *constitutiones* (constituciones imperiales), y del *jus* ó *prudentia* (la literatura jurídica). Así se expresan muchos pasajes del *Commonitorium*, á la cabeza del Breviario visigodo Int. L. 2, C. Th., de dot. (III, 13). Int. L. un C. Th., de respons. prud. (1, 4). Int. C. Greg. II, 2, I.—*Edictum Theodorici in epilogo*.—Proem. Inst., § 2, 4. Const., *Deo auctore*, § 1, 2, 9, II, Const., *cordi*, pr. § 1, L. 5, C. *quorum apell.* (VII, 65). *Justiniani Sanctio pragmatica*, § II.—El derecho inglés descansa sobre una doble base: el *statute law*, y la *common law*, y los actos del Parlamento, valen como las constituciones imperiales.

Esta íntima relación de la legislación y de la ciencia, con el derecho popular que les sirve de base, nos conduce á examinar más atentamente la naturaleza y el contenido de este derecho. Encontramos en él dos elementos, uno individual y peculiar de cada pueblo, otro general, fundado en la naturaleza común de la humanidad. Ambos elementos son reconocidos científicamente por la historia y la filosofía del derecho. Entre los autores que se han ocupado de profundizar la naturaleza del derecho, muchos lo han considerado como una idea absoluta, sin cuidarse de las formas que reviste en su aplicación real y de la influencia de dichas formas. Los mismos que han tomado la realidad del derecho como objeto de sus trabajos, reconocen uno solo de estos dos elementos y son conducidos á puntos de vista exclusivos é incompletos. Así, los unos miran el contenido del derecho como cosa indiferente y accidental, y se contentan con hacer constar los hechos; los otros establecen por cima del derecho positivo un derecho absoluto y normal que todos los pueblos podrían adoptar, sustituyéndolo al suyo propio. Estos reducen el derecho á una abstracción sin vida; aquéllos desconocen la dignidad de su vocación. Este doble escollo se evita asignando al derecho un fin general, que cada pueblo está llamado á realizar históricamente. Si los debates animados á que ha dado motivo esta discusión, han puesto en claro la verdad, ha sido acontecimiento también, que se ha sacrificado uno de los elementos en el calor de la polémica. No puede negarse que un estudio dirigido en apariencia á los detalles, puede poner de manifiesto el conjunto y el sentido más elevado de las instituciones del derecho, de la misma suerte que una investigación general puede estar animada por el estudio de la vida histórica de los pueblos. Si, dejando á un lado el espíritu de partido, cosa vana y perecedera, examinamos la marcha científica de nuestro tiempo, reconocemos con satisfacción que las opiniones contrarias tienden á aproximarse, y que estamos realmente en camino de progreso.

El fin general del derecho se desprende de la ley moral del hombre, bajo el punto de vista cristiano. El Cristianismo, no existe solamente como regla de nuestras acciones, sino que ha modificado la humanidad y se encuentra en el fondo de nuestras ideas, aún de aquellas que parecen serle más

extrañas y hostiles. Reconocer este fin general del derecho, no es sacarlo de su centro ni despojarlo de su independencia, pues el derecho es, en efecto, un elemento particular que concurre al fin comun, y, referirlo á la universalidad de las cosas, es solamente considerarlo bajo un punto de vista más elevado. Es inútil añadir á este fin, que es el propio del derecho, otro, del todo diferente, con el nombre de bien público, colocando así, al lado de un principio de moral, un principio de economía política. Tratando ésta de extender nuestro imperio sobre la naturaleza exterior, ha de ser su resultado la multiplicacion y ennoblecimiento de los medios que conducen al cumplimiento del destino moral del hombre; pero tal mision no constituye un fin nuevo.

Considerando bajo este punto de vista la creacion del derecho en los diferentes pueblos, se ve, frecuentemente, que los dos elementos no difieren en nada, y que obran como dos fuerzas idénticas. Algunas veces, aparecen opuestas la una á la otra, se combaten y se limitan mutuamente, para reunirse despues en una unidad superior. En medio de esta oposicion, se manifiesta el elemento especial ó nacional, y todas las consecuencias lógicas que de él se derivan, nos aparecen como la letra del derecho (*jus strictum, ratio juris*) (a). En dicho punto muéstrase el derecho limitado y restringido; pero tiene la facultad de engrandecerse, adoptando los principios generales conformes á su naturaleza.

De otro lado y sobre todo, allí donde más resalta la naturaleza moral del derecho, nos aparece el elemento general bajo diferentes aspectos. Así, la dignidad moral y la libertad comunes á todos los hombres, el desenvolvimiento de esta libertad por las instituciones del derecho, todas las consecuencias prácticas que se derivan de dichas instituciones, y lo que

(a) Cito aquí las expresiones técnicas de los romanos, no como exposicion histórica de sus ideas en este respecto, sino con el fin de hacer resaltar mejor estos principios generales, refiriéndolos á expresiones técnicas bien conocidas. Mostraré, § 22, cómo se relacionan estos principios, con las ideas adoptadas por los romanos, sobre el origen del derecho. Hé aquí un texto que pone de manifiesto sus consecuencias lógicas, L. 51, § 2, *ad. L. Aquil.* (IX, 2): *Multa autem juri civili, contra rationem disputandi, pro utilitate communi recepta esse.*

los autores modernos llaman *la naturaleza de las cosas* (*æquitas ó naturalis ratio*), son otras tantas manifestaciones inmediatas y directas del elemento general. Aparécenos también indirectamente: 1.º, en lo respectivo á la moral fuera del dominio del derecho (*boni mores*) y, desde Constantino, en lo que se refiere á los principios de la Iglesia; 2.º, en lo tocante al interés del Estado (*publica utilitas, quod reipublicæ interest*); 3.º, en las precauciones naturales tomadas en interés de los particulares (*ratio utilitatis*), por ejemplo, las garantías dadas al comercio, la protección concedida contra ciertos perjuicios á ciertas clases, á las mujeres y á los menores. Según este exámen pueden establecerse las clasificaciones siguientes: el derecho es puro y sin mezcla de otro elemento (*strictum jus, æquitas*), ó se combina con otros principios extraños á su dominio, pero que concurren al mismo fin (*boni mores* y todas las clases de la *utilitas*).

Una vez reconocidos los dos elementos del derecho positivo, el elemento general y el individual, se abre un nuevo horizonte para la legislación. En efecto, como los progresos del derecho se verifican conforme á la acción recíproca de estos dos elementos, debe el legislador tener siempre ante su vista el fin general y dirigirse á él constantemente, sin poner obstáculo por esto á la energía de la vida individual. En tal camino se presentan muchas lagunas que llenar, y muchos obstáculos que destruir; pero la autoridad legislativa presta el más eficaz auxilio á la acción insensible del espíritu popular. Hay que cuidar mucho, sin embargo, de ponerse en guardia contra los puntos de vista exclusivos y arbitrarios que ahogarian la vida y el progreso del derecho. Sobre todo, es indispensable que el legislador se inspire en la libertad verdadera, que es precisamente lo que falta á los que tienen siempre en los labios el nombre de libertad.

§ XVI.—*Derecho absoluto.—Derecho supletorio.—Derecho normal.—Derecho anormal.*

Los elementos constitutivos del derecho objetivo nos presentan un contraste que debe ser estudiado aquí, á causa de las numerosas influencias que ejerce sobre las materias de que voy á ocuparme.

Considerando la relacion que existe entre las reglas de derecho y las relaciones jurídicas que aquellas dominan (§ 5), se nota en estas reglas un doble carácter. Unas mandan de una manera necesaria é invariable, sin dejar espacio alguno para la voluntad individual: á tales reglas las llamo absolutas ó imperativas. Su carácter de necesidad puede referirse al organismo del derecho, á los intereses políticos ó, en fin, á la moral (§ 5). Otras, por el contrario, dejan campo libre á la voluntad individual, y solo cuando ésta ha descuidado manifestarse es cuando se presenta la regla para determinar la relacion de derecho. A dichas reglas, destinadas á suplir la expresion incompleta de las voluntades individuales, las llamo derecho supletorio. Esta distincion ha sido formalmente reconocida por los jurisconsultos romanos; así, para designar las reglas de la primera clase, emplean ordinariamente las siguientes expresiones: *jus publicum* (a), *jus* (b), *jus commune* (c), *juris forma* (d); y frecuentemente tambien indican el motivo de estas reglas absolutas por el interés del Estado (e) y las buenas costumbres (f). En cuanto á las reglas de la segunda clase, cuya naturaleza se determina por su oposicion á las de la primera, no son designadas con términos tan precisos (g). Los autores modernos reproducen la misma idea, cuando dicen que la ley manda, prohíbe ó permite (h); pero se equivocan empleando estas clasificaciones.

(a) L. 38 *de pactis* (II, 14), L. 20 *pr. de relig.* (XI, 7), L. 42, *de op.* (L. xxxviii, 1), L. 45, § I, *de R. J.* (L. 17).

(b) L. 12, § I *de pactis dot.* (xxiii, 4), L. 27 *de R. J.* (L. 17), etc.

(c) L. 7, § 16 *de pactis* (II, 14).

(d) L. 42 *de pactis* (II, 14), L. 114, § 7 *de leg.* (I, 30) L. 49, § 2 *de fidej.* (x L. VI, 1).

(e) L. 27, § 4, L. 7, § 14 *de pactis* (II, 14). pública causa, *rex publica*.

(f) *Consultatio*, § 4 *passim*.

(g) *Rex familiares, privata, ad voluntatem spectaus.* L. 7, § 14, L. 27, § 4, *de pactis* (II, 14), L. 12, § I *de pactis dot.* (xxiii, 4), L. 27 *de R. J.* (L. 17). Trataré en el cap. iv de la diferencia que existe entre dos especies de reglas de derecho.

(h) *Glück* I, § 14.—Lo que ha dado lugar á esta division es la L. 7 *de Leg.* (I, 3), donde se encuentra sin embargo un miembro de más:

solo para las leyes, puesto que ellas existen igualmente para el derecho consuetudinario. Además, la distincion entre leyes imperativas y prohibitivas se establece, segun qué es afirmativa ó negativa la forma empleada por el legislador, circunstancia indiferente en sí misma y que no puede fundar una clasificacion; finalmente, no es exacto decir que la ley permite, pues solo suple una voluntad incompleta, y este permiso podria referirse exclusivamente á una prohibicion anterior, que la ley levantase ó restringiese en parte. Se colocan de ordinario en esta tercera clase, las leyes que permiten ciertas cosas á determinadas personas y que, por consiguiente, destruyen una incapacidad.

Entre las expresiones técnicas antes mencionadas, hay una que merece un exámen particular, á causa de los numerosos errores á que sus significaciones diferentes han dado lugar: la de *jus publicum*. *Publicum*, es, en general, sinónimo de *populicum*, lo que se refiere al pueblo. *Populus* puede designar el *populus romanus*, en cuyo sentido se usa con frecuencia, ó el *populus* de una ciudad determinada (a). *Publicum*, puede referirse al *populus*, tomado en su conjunto: ej, *ager publicus*, *bonorum publicatio*, etc., ó á todos los miembros del pueblo considerados aisladamente, por ejemplo, las *res publicæ* de que han hecho uso (b) todos los pueblos. En cuanto á la expresion *jus publicum*, puede designar relaciones muy diferentes respecto al *jus populus*: Así, *publicum jus*, parece designar el derecho público, es decir, las reglas de derecho que tienen al pueblo por objeto, (§ 9, a,) las reglas de derecho en general (el derecho objetivo) que tienen su origen en el consentimiento del pueblo (§ 7, 8) (c); y, por último, las reglas de derecho privado, en las cuales tiene un

«*Legis virtus est imperare, vitare, permitere, pemire.*» Pero en este pasaje el jurisconsulto ha querido simplemente indicar los principales efectos de la ley y no establecer las bases de una clasificacion.

(a) L. 15 de verborum significatione, L. 16, cod., L. 9 de usurpacion (XLI, 3.) L. 5 pr. de div. rer. (1, 8), L. 7, § 5. L. 14, pr. L. 30, § I, L. 65, § I de adq. rer. dom. (XLI, I), L. 6.

(b) Pr. L. 72, § I, de cont. emp. (XVIII, I), L. 45, pr. de usurpacion (XLI, 3.)

(c) L. 8 de tut. (XXVI, I), L. 77, § 3 de cond. (XXXV, I), L. 116, § 1 de R. J. (L. 17), L. 8. 14. C. de Judæis (I, 9).

interés el pueblo (*publice interest, publica utilitas*), y que no podrían ser sustituidas por las voluntades individuales, ó, en otros términos, las reglas absolutas (nota *a*). No solamente se aplica la frase *jus publicum* á las reglas del derecho (derecho objetivo), sino tambien á los derechos de los particulares (al derecho subjetivo). Así, se llama *jus publicum*, al derecho de todos al uso de los rios y de las calles (*a*), y *publica jura*, á los derechos particulares de los senadores, como miembros del Senado, y al de los ciudadanos, como miembros de la Asamblea del pueblo (*b*). La analogía que presentan las diversas acepciones de esta palabra, las ha hecho confundir á menudo dando lugar á graves errores (*c*).

Las reglas del derecho, difieren tambien por la naturaleza de su origen, puesto que ellas pueden nacer del derecho propiamente dicho (*jus ó cequitas*), ó tener un origen extraño á él. (§ 15). Estos elementos extraños que se introducen en el derecho, alteran la pureza de sus principios, y van, por lo mismo, *contra rationem juris* (*d*). Hé aquí por qué los denomino derecho anormal.

Los romanos, lo llamaban *jus singulare*, y le daban por base una *utilitas* ó una *necessitas* diferente del derecho (*e*).

(*a*) L. I, § 16, 17, L. 3, § 4, L. 4 de O. n. n. (XXXIX, I), L. 40, *ad leg. Jul. de adult.* (XLVIII, 5).

(*b*) L. 5, § 2, d. 6 de cap. núm (IV, 5).

(*c*) Esto ha acontecido á Buchardi en su obra titulada: *Grundsätze des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht entwickelt.* (Principios del sistema del derecho de los romanos, desenvuelto desde sus ideas del derecho). Bom 1822. Considera el derecho de las personas como perteneciente al *jus publicum*; el derecho de las cosas al *jus privatum*, y las acciones como pertenecientes al uno y al otro. Estos principios me parecen erróneos; pero la sagacidad con que Burchardi las desenvuelve, dá un gran valor á su obra.

(*d*) L. 14, 15, 16 de leg. (I, 3), L. 141, pr. de R. J. (L. 17). Estos son en el fondo los principios expuestos por Thibaut *Versuche* (Ensayos), II, N. 13.

(*e*) L. 16 de leg. (I, 3) «*Jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate, constituentium introductum est.*» La expresion *jus singulare*, se encuentra tambien L. 23, § 3 de fid. lib. (XL, 5), L. 23, § I, L. 44, § I de adq. poss. (XLII, 2), L. 44, § 3 de usurp. (XLI, 3), L. 15 de reb. cred. (XII, I). (Singularia quodam recepta). *La utilitas* (v. § 15) se presenta tambien como motivo del

Al derecho que tiene su origen en el dominio propio del derecho, le llamo derecho normal. Los romanos no le dan ordinariamente ningún nombre particular; sin embargo, algunas veces, lo llaman *jus commune* (a). La expresion que ellos emplean más á menudo, con ocasion del *jus singulare*, es la de *privilegium*. De esta manera, existen privilegios para los testamentos militares (b), para ciertas clases de personas exentas de tutela (c), para diversos acreedores favorecidos en caso de concurso (d), por ejemplo, el fisco, los menores, las mujeres casadas que reclamen su dote, etc., es decir, los acreedores cuya mayor parte han obtenido el favor, aún más grande, de una prenda tácita (e). En todos estos casos, el *privilegium* tiene el sentido de *jus singulare*.

Profundizando el carácter del *jus singulare*, aparece que es un derecho puramente positivo, que casi siempre ha sido creado por la voluntad del legislador (f); sin embargo, algunas veces se refiere á antiguas costumbres nacionales,

jus singulare, L. 44, § I de adq. poss., L. 2, § 16 pr. emt. (XLI, 4).—*Necessitas* que, en el fendo, no difiere de la *utilitas*, se lee en la L. 62 de R. J. (L. 17).—El *jus singulare* se dice algunas veces *benigne receptum*. L. 34, pr. *mandati* (XVII, I), emp. *Brissonius* V. *benigne et benignus*.—En muchos otros textos, este derecho singular puramente positivo, se llama *jus constitutum*, sin ninguna relacion á las constituciones imperiales.—L. 25 de *don inter. v. et uxorem* (XXIV, I). L. I, *rer. am.* (XXV, 2). L. 20, § 3 de *statu lib.* (XL, 7), d, 9, pr., § 1 de cond. (XXXV, 1). *Alciali* parerg., VII, 26; (algunas veces tambien *jus constitutum* designa las constituciones imperiales). L. 1, § 2, *quæ sent.* (XLIX, 8). El sentido de esta expresion es dudoso en los *Frag.*, *Vat.*, § 278 y L. 22, de *usuris* (IV, 32). Al derecho singular (*jus constitutum*) se opone el *jus vulgatum*, L. 32, § 24 de *don. inter. v. et ux.* (XIV, 1).

(a) L. 15 de vulg. (XXVIII, 6).

(b) L. 15 de vulg. (XXVII, I), L. 40 de admin. (XXVI, 7).

(c) L. 37, § 2 da escus (XXVII, 1), F. V. § 152. Pero esta expresion se encuentran rara vez.

(d) V. el *tit. de reb. auct. jud.* (XLII, 5), y sobre todo, L. 24, § 2, 3, L. 32, donde son llamados *privilegiarii*.

(e) La expresion de hipotecas tan frecuentemente empleada en los tiempos modernos, no fué conocida de los romanos.

(f) *Auctoritate constituentium*. V. n. K.

y entonces es indeterminado su origen, por ejemplo, la prohibición de las donaciones entre esposos, que obedece á consideraciones morales y no á un principio de derecho (a). El derecho normal es al derecho anormal como la excepción es á la regla; pero esta relacion puramente lógica no atañe á la esencia de las cosas. El derecho anormal, y esta es una consecuencia de su excepcional carácter, nos aparece como restringido á ciertas clases de personas, de cosas ó de negocios. Pero dicha relacion es indeterminada, pues estas clases no presentan ninguna idea fija; así el derecho sobre la venta sólo se aplica á los vendedores y á los compradores. Además, la relacion es excepcional y seria un error, tomarla como el signo distintivo del *jus singulare*; y en efecto, si esta proposicion fuese verdadera, podria convertirse en la recíproca, y decir que todo derecho que concierne á una cierta clase de personas ó de cosas, es un *jus singulare*, lo que no podria admitirse. Así, la usucapion de tres años, restringida por Justiniano á las cosas muebles, no es, en manera alguna, un *jus singulare*; el privilegio concedido al pupilo por la *actio tutelæ*, es un *jus singulare*, y no lo es su incapacidad; el Senado-consulto Velejano, es un *jus singulare* de la mujer, y no lo es su exclusiva facultad de contraer matrimonio con el hombre. La limitacion del derecho á una cierta clase de personas, no es, pues, lo que constituye un *jus singulare*. Cuando se establece un *jus singulare* para una cierta clase de personas, no se trata entonces, como en el derecho normal (*æquitas*), de establecer una regla comun á todos los intereses, sino—en virtud de un principio de utilidad extraño al derecho—de constituir para esta clase una ventaja ó un perjuicio. En el primer caso, el más frecuente, el *jus singulare* se llama tambien *beneficium* (b). Como ejemplos del segundo caso, se pueden citar las prescripciones del derecho romano nuevo relativas á los herejes y á los judíos.

Por lo que precede se vé que el *jus singulare* tiene un carácter general y no histórico. Sin embargo, puede llegar á revestir este último, si aquel principio, extraño al derecho, acaba por asimilársele, resultando que lo que antes

(a) L. 1 de don. int. v. *et ux.* (xxiv, 1).

(b) Por ej. L. 1. § 2 *ad munic* (L. 1).

era *utilitas* se convierte en *ratio juris* por el trascurso del tiempo. Esto se verificó, sin duda, respecto de los modos de adquirir por medio de personas libres, como respecto á los *singularia* del préstamo (a).

Lo que ha producido la confusion en esta materia, es que se ha confundido el *jus singulare* con lo que se llama hoy *privilegio*, es decir, la exencion de las reglas del derecho concedida por el poder supremo del Estado á ciertas personas. Para esclarecer este asunto es preciso examinar las cosas en sí mismas independientemente de la fraseología (b). Dichas exenciones individuales, en general, no forman parte del derecho comun, y difieren esencialmente del *jus singulare*, si bien son como las excepciones á la regla, y se establecen por la autoridad legislativa; pero esta última semejanza es puramente accidental, pues los privilegios resultan algunas veces de los contratos.

Paso al exámen de la fraseología. En los primeros tiempos de la antigüedad, las excepciones se llamaban efectivamente *privilegia* (c). En las fuentes del derecho que poseemos, *privilegium* significa ordinariamente el *jus singulare*, y se encuentra, como he dicho, en multitud de textos. En cuanto á las excepciones individuales, rara vez hacen de ellas mencion las fuentes del derecho, y entonces, en lugar de emplear una expresion técnica las designan por una circunlocucion (d), ó bien por estas palabras: *personales constitutiones*, *privata privilegia* (e).

(a) L. 1, C. de adq. poss. (VII, 42), L. 53 de adq. rer. dom. (XLI, 1) L. 15 de reb. cred. (XII, 1).

(b) Volveré á ocuparme de estos derechos en sí mismos cuando trate de las leyes.

(c) Así en muchos pasajes de Ciceron (*Ernesti v. privilegium*). Gelio X, 20, V. Dirksen *Civilistische Abhandlungen*, (Ensayos de derecho civil) tomo 1, p. 246 y siguientes.

(d) L. 3 inf. C. de leg. (I. 14), Const. Summa, § 4.

(e) L. I. § 2 de const. princ. (I. 4), L. 4 C. Lh. de itin. num. (xv, 3), Cf. § 24.