

COLECCIÓN DE DERECHO *serie* Tratados Clásicos

Reimpresión facsímil: Savigny, M. F. C de; Durán y Bas, Manuel (pról.); Mesía, Jacinto (trad.); Poley, Manuel (trad.) *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid, Centro editorial de Góngora, sf. tomos I-II.

ISBN obra completa: 84-96012-42-5

ISBN volumen I: 84-96012-43-3

DL: NA-829/2004

-oOo-

© Analecta ediciones y libros SL
Monasterio de Irache 35 bajo
31011, Pamplona (Navarra)

correspondencia

Apto. 4352
31080, Pamplona (Navarra)

-oOo-

info@analecta-editorial.com
www.analecta-editorial.com

SISTEMA

DEL

DERECHO ROMANO ACTUAL

POR

M. F. C. DE SAVIGNY

vertido al castellano por

JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY

Profesores de Derecho Romano en la Institución Libre de Enseñanza

y precedido de un prólogo de

D. MANUEL DURÁN Y BAS

CATEDRÁTICO DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Segunda edición.

03705/2004



1200403705

FGV-SP / BIBLIOTECA

~~~~~  
TOMO PRIMERO  
~~~~~

MADRID

CENTRO EDITORIAL DE GÓNGORA

Calle de San Bernardo, 50

PROLOGO DEL AUTOR

Cuando una ciencia como la del Derecho descansa sobre los esfuerzos no interrumpidos de muchos siglos, constituye una herencia inapreciable, cuya posesión quieta y pacífica goza la generación de que formamos parte.

Además de las verdades comprobadas, que forman como la base de este patrimonio, tenemos á nuestra disposición todas las tentativas del espíritu científico, bien ó mal dirigido, cuya experiencia nos señala el camino que es preciso seguir ó el que debemos evitar, pudiendo de esta manera en algún modo añadir á nuestros esfuerzos el trabajo de los siglos pasados. Ahora bien; renunciar por presunción ó por pereza á las ventajas de nuestra posición ó contentarnos con dirigir una mirada superficial á la obra de nuestros antecesores, abandonando al acaso la parte de influencia que deben ejercer sobre nuestro desenvolvimiento, sería repudiar esta rica herencia, destruir la comunidad de las convicciones científicas y romper la continuidad viva del progreso, sin la cual la comunidad de convicciones degeneraría en verdadero estacionamiento. Es cierto que, á veces, resulta aparentemente rota esta continuidad y disuelta la unidad de las ideas por las disidencias graves que separan á los depositarios de la ciencia, aun dentro de una misma época; disidencias que son todavía más pronunciadas cuando se comparan dos épocas diferentes; mas por eso es necesario que de tiempo en tiempo se concentren bajo un solo punto de vista las tentativas y los resultados individuales que la ciencia nos ofrece, no con el objeto de aceptar ó rechazar ciertas doctrinas, sino con el de resolver las opo-

siciones en el seno de una unidad superior, único camino por el cual marcha la ciencia con más segura planta. Respetar todo lo que nuestros antepasados han hecho de grande, es la disposición más favorable para esta obra de concentración; pero á fin de evitar que este respeto nos conduzca á ideas exclusivas y ofusque la libertad de nuestros juicios, debemos volver constantemente los ojos hacia el último fin de la ciencia, considerado el cual, nos aparece imperfecta la más acabada producción del hombre.

No obstante, si la sabiduría de los siglos pasados ha contribuido á enriquecer la ciencia, la posesión misma de estos tesoros nos expone á grandes peligros. En la masa de las ideas, de las reglas y de las expresiones técnicas, que nuestros antepasados nos han transmitido, existe un fondo considerable de errores, necesariamente mezclado con las verdades adquiridas y sostenido por la autoridad tradicional de un antiguo consentimiento, el cual puede usurpar fácilmente una autoridad injusta; por cuya razón, es provechoso someter de vez en cuando esta masa de ideas á un nuevo examen, volver á poner en cuestión su verdad, indagar y preguntar por su origen. Con este objeto, debemos suponer en presencia de un individuo, que ignorase completamente las tradiciones de la ciencia, ó dudara ó desconociera su legitimidad. Y así como anteriormente poníamos por condición el respeto al pasado, en este punto, la libertad de espíritu, la independencia de toda autoridad, son las disposiciones más favorables para este examen crítico, el cual, si no ha de degenerar en presunción, debe medir nuestra propia debilidad y despertar en la conciencia un sentimiento de humildad saludable, único capaz de hacer fecundo el espíritu de independencia.

Estos dos opuestos puntos de vista nos llevan al reconocimiento de una sola y única necesidad para la ciencia: la revisión periódica de los trabajos de nuestros antepasados, la crítica de sus errores, la confirmación de sus verdades y una nueva toma de posesión, que en la medida de nuestras fuerzas nos haga dar un paso hacia el objeto definitivo. Someter la época actual á la aplicación de estos procedimientos, es el fin de mi obra.

Pero quizá los sucesos acaecidos en nuestros días en el dominio de la ciencia levanten contra mi empresa una pre-

vención, que debo desvanecer. Al nombre solo del autor, muchos se verán tentados á poner en duda la generalidad del objeto asignado á la obra; la creerán inspirada, más bien que en el interés puro de la ciencia, en el criterio exclusivo de la escuela histórica y dictada por un espíritu de partido, contra el cual debe ponerse en guardia todo el que no pertenezca á esta dirección.

Ante todo, voy á explicar el significado que tiene la frase «escuela histórica». Es indudable, que ni una facultad, ni un punto de vista determinado son bastantes para satisfacer las exigencias científicas; antes por el contrario, la ciencia necesita de la acción combinada de muchas facultades y principios diferentes. Ahora bien: para designar una de estas facultades y la dirección científica á que principalmente responde, ha sido empleada por mí y por otros la denominación de «escuela histórica», sin ningún otro pensamiento ulterior; y al dirigir la atención hacia esta faz de la ciencia, no es que desconozcamos ni despreciemos ninguna otra; solamente hemos creído, que por haber sido descuidado principalmente el elemento histórico, pedía ser desde luego rehabilitado y restablecido en sus derechos.

A este nombre de escuela histórica se liga una polémica, larga y animada, que, aun en los últimos tiempos, ha aparecido con formas duras y acres, de tal manera, que la naturaleza del ataque hace inútil y en cierto modo imposible la defensa: porque poniéndose en juego, más bien las repugnancias personales que la ciencia, los adversarios de la escuela histórica han comprendido y condensado bajo este nombre toda producción literaria que despertaba su susceptibilidad ó contrariaba sus gustos. ¿Qué justificación oponer á este sistema de crítica? Existe, sin embargo, una censura que, á causa de su generalidad, merece refutación. Se ha pretendido que los partidarios de la escuela histórica, desconociendo el espíritu de su siglo, querían sujetarlo al pasado y, sobre todo, fundar la tiranía del derecho romano, en detrimento del derecho germánico y de las instituciones nuevas, que la teoría y la práctica han sustituido á las instituciones romanas. Esta censura tiene un carácter científico y no podría pasarla en silencio.

Pretender, como se ha hecho á menudo, que la ciencia mirada bajo el punto de vista histórico, establece la forma

antigua del derecho como tipo absoluto é inmutable para el presente y para el porvenir, es desfigurar completamente este punto de vista, cuyo verdadero sentido nos enseña, por el contrario, á reconocer el mérito y la independencia de cada siglo, y trata, sobre todo, de aclarar el lazo vivo que liga el presente con el pasado, bajo el concepto de que, si esta relación se nos oculta, podríamos ver las manifestaciones exteriores del derecho, pero no penetrar su espíritu. Esta doctrina, en su aplicación particular al derecho romano, no le reconoce, como á menudo se piensa, una autoridad sin límites; sino que estudia el conjunto del derecho moderno, á fin de descubrir y de fijar todo lo que tiene un origen romano cierto, para evitar que, inconscientemente, seamos por él dominados; después, descompone el elemento romano, y si alguna de sus partes, muertas en realidad, no conservan más que la apariencia de la vida, la elimina, abriendo así un campo más libre al desarrollo y á la acción saludable del elemento existente.

La presente obra, lejos de exagerar la autoridad del derecho romano, rechazará su aplicación á muchas materias; aplicación generalmente admitida hasta aquí, aun por los adversarios de la escuela histórica. Y el autor no tiene nada que retractar, porque estos principios son los que profesa desde hace cuarenta años: prueba evidente de que la censura dirigida á la escuela histórica está desprovista de fundamento, sobre todo en lo que á él toca.

Acaso estas consideraciones determinen á los espíritus no prevenidos á concluir las querellas de partidos y á abandonar poco á poco los nombres que las designan. Por otra parte, los motivos que han hecho emplear la frase «escuela histórica», no subsisten hoy, y el objeto que llevaban parece haberse extinguido. Sin duda, que trayendo á consideración una polémica de este género ciertos principios, los determina más claramente; pero esta ventaja sería comprada á muy alto precio, si nos impidiera juzgar con imparcialidad los trabajos de nuestros contemporáneos, y si se gastasen en luchas de partido fuerzas que estarían mejor aplicadas al fin común de indagar desapasionadamente la verdad. No ignoro que la discusión es una de las condiciones vitales de la ciencia, y estoy lejos de negar su utilidad: sé que la individualidad de los espíritus y la variedad de sus direcciones

nes crearán siempre bastantes diferencias; que la acción simultánea de tantas fuerzas diversas constituye la vida científica, y que aquellos á quienes se ha debido en parte, deberían considerarse como obreros que trabajaban en el mismo edificio; pero si nos dividimos en dos campos enemigos, si repetimos continuamente las denominaciones que dan á la lucha un carácter enteramente personal, falseamos la verdad de nuestra naturaleza y llegamos á resultados deplorables. El espíritu y las obras de cada cual pierden á nuestros ojos sus rasgos individuales; las aprobamos ó condenamos en masa como miembros de un partido, y la acción que hubiesen ejercido sobre nuestro desenvolvimiento se encuentra detenida en daño propio.

Al mismo tiempo que rechazo como injustificado el cargo que se dirige á la escuela histórica, de conceder al derecho romano una exagerada autoridad, afirmo también el principio de que el conocimiento profundo de este derecho es para el estudio del derecho actual de la más alta importancia, y más diré, es una necesidad: el solo hecho de haber emprendido un trabajo tan vasto, manifiesta esta creencia. Síguese ahora tratar de sus motivos y de su alcance.

En este punto se cree por unos, que, en los países donde está en vigor el derecho romano, su estudio detenido es indispensable para el juriconsulto; pero que en los países regidos por los Códigos modernos, no existe tal necesidad, notándose que el estado del derecho es mucho más próspero, porque el juriconsulto puede reservar su tiempo y sus fuerzas para las materias de más vivo interés. Si fuera así, el conocimiento del derecho romano, aun en los países mismos en que reina, tendría un valor muy precario, puesto que el legislador podría siempre fundar un estado de derecho más próspero adoptando uno de los Códigos modernos ó haciendo uno nuevo. Créese por otros, que el mérito y verdadera utilidad del derecho romano consiste en una comparación que se estableciera entre este derecho y el moderno, para lo cual, pretenden que debe resumirse todo el derecho romano en un cierto número de axiomas prácticos y ponerlos después en paralelo con los axiomas del mismo género formulados en la Edad Media ó en los tiempos modernos, de cuyo paralelo había de resultar siempre la inmensa superioridad de los romanos. Claramente se verá

leyendo esta obra que no entiendo de igual manera el mérito del derecho romano; y, por lo demás, salvo un pequeño número de casos excepcionales, tampoco ofrecería esta comparación asunto alguno importante; un libro hecho bajo este punto de vista únicamente nos recordaría la cuestión que formulan los niños cuando se les cuenta alguna historia de guerra: ¿cuáles son los buenos? ¿cuáles son los malos?

Tomando por objeto el derecho, la actividad humana es susceptible de dos direcciones. Puede ocuparse del conjunto del sistema científico, lo cual comprende la ciencia, los libros, la enseñanza, ó hacer la aplicación particular de las reglas á los acontecimientos de la vida real; la distinción de estos dos elementos, el uno teórico, práctico el otro, está, pues, fundada en la naturaleza misma del derecho. El desenvolvimiento de la civilización moderna ha separado estas dos direcciones y asignado la una ó la otra á ciertas clases de la sociedad: así, todos los que se ocupan del derecho, salvo algunas excepciones, hacen de la teoría ó de la práctica su vocación especial, si no es su vocación exclusiva. Este hecho, considerado en sí mismo, no merece alabanza ni vituperio, porque resulta del curso natural de las cosas, no de una voluntad arbitraria; pero la división, buena y legítima en su principio, podría degenerar en aislamiento funesto, y esto es lo que importa distinguir con toda claridad. La división es buena, si no se pierde de vista la unidad primitiva, si el teórico conserva y cultiva la inteligencia de la práctica y el práctico la inteligencia de la teoría. Allí donde esta armonía se destruye, allí donde la separación de la teoría y de la práctica es una separación absoluta, la teoría corre el gran riesgo de convertirse en vano ejercicio para el espíritu y la práctica en un oficio puramente mecánico.

Al decir que el teórico debe cultivar el elemento práctico me refiero á la inteligencia de este elemento, no á su aplicación real, aunque una aplicación práctica bien dirigida sea de ordinario el camino más seguro para conocer su espíritu. Los entusiastas de la ciencia encuentran algunas veces en el estudio de un asunto particular la mejor de las enseñanzas y alcanzan una vivacidad de intuición que no habrían podido darles los libros ni sus propias reflexiones. Es-

te género de instrucción, suministrado por el azar, podemos nosotros indagarlo voluntariamente y aplicarlo á todas las materias del derecho. El teórico más perfecto sería el que, para vivificar su teoría, tuviese una experiencia completa de la vida real y abrazase con una mirada toda la combinación de relaciones entre las costumbres, la religión, la política y la economía política. ¿Tendré yo necesidad de decir que no exijo de ninguna manera la reunión de tantas cualidades? Aquel que, para juzgar á los demás, tomase este tipo de perfección, debería reconocer, ante todo, cuán distante se encuentra de él. Sin embargo, este ideal debe permanecer delante de nuestros ojos como objeto final que la humanidad ha de proponerse como guía de nuestros esfuerzos y un preservativo contra las ilusiones de que tanto trabajo cuesta desprenderse al amor propio.

Si comparamos ahora la teoría actual del derecho con lo que era hace un siglo y también hace 50 años, encontraremos mezclados en cada una el bien y el mal. Nadie desconocerá que no se tenía entonces idea alguna de los resultados que se han obtenido después, ó que han llegado á ser posibles, y es evidente además, que la masa de conocimientos adquiridos se ha aumentado de una manera considerable. Pero si se considera el conocimiento de la práctica, que debe vivificar la ciencia de los teóricos, la comparación no resulta en ventaja nuestra; y esta inferioridad nace de la dirección misma dada á los trabajos teóricos. Nada más digno, sin duda, de alabanza, que desear enriquecer la ciencia con nuevos descubrimientos; pero esta aspiración ha trazado en nuestros días una tendencia exclusiva y perjudicial. Así, la importancia exagerada que se concede á los puntos de vista nuevos, hace olvidar el espíritu de organización que se complace en poner en su verdadero punto los antiguos materiales, cuya tarea tiene también su originalidad y es para la ciencia instrumento de progresos menos brillantes, pero no menos reales; y como un gran desenvolvimiento de la fuerza creadora es patrimonio de muy pocos, este amor exclusivo de novedad ha conducido á más de un autor á encerrarse en un estrecho círculo de ideas y de doctrinas, impidiéndole esta preocupación la vista de la ciencia en su conjunto. En esto nos eran muy superiores nuestros antepasados, porque los hombres capa-

ces de representar el espíritu general de la ciencia, eran menos raros en su tiempo que en el nuestro. Mas si se mira el asunto desde más alto, nos convenceremos fácilmente de que tal fenómeno no es privativo del derecho, sino que se encuentra en todas las ciencias y nace de la disposición general de los espíritus.

He dicho que el práctico ha de poseer el elemento teórico, no en el sentido de que deba componer obras ni hacer un estudio profundo de los libros, pues la multiplicidad de los quehaceres de su profesión se lo impediría, sino que manifieste constantemente en sus trabajos el espíritu de la ciencia, no olvidando nunca que esta es el conjunto de las reglas, que él considera separadamente, al respecto de sus aplicaciones particulares. Cuando se trata de apreciar el mérito de un práctico, las solas cualidades que se tienen en cuenta son la prontitud y la facilidad del trabajo, cualidades estimables, sin duda, pero que pueden muy bien acompañarse de la más culpable ligereza; y, sin embargo, si consideramos los resultados generales de la práctica moderna, encontramos á menudo la ausencia de todo espíritu científico. Y téngase en cuenta que allí donde renaciera este espíritu, la práctica afirmaría la marcha del derecho; vendría en ayuda de la teoría, reprimiendo sus extravíos; prepararía, sobre todo, el camino al legislador, de manera que la ley y su aplicación, estrechamente ligadas, siguieran la misma carrera de progreso. ¿Todo esto, no es precisamente lo contrario de lo que vemos?

Siendo la separación cada día más pronunciada entre la teoría y la práctica, el mal que principalmente trabaja al derecho actual, sólo puede encontrarse el remedio en el restablecimiento de su unidad propia. Ahora bien: el derecho romano, sanamente interpretado, puede servirnos, á este propósito, de un gran auxilio. Entre los jurisconsultos romanos la unidad nos aparece en su pureza primitiva y en su realización viva, que es el carácter del tiempo en que ellos pensaban, de la misma manera que hoy la destrucción de la unidad no es la obra de los individuos, sino el curso general de las cosas; y si, por un estudio serio y natural, sabemos transportarnos á un punto de vista tan diferente del nuestro, podremos apropiarnos el espíritu de estos jurisconsultos y entrar así en el buen camino.

Pero como hay diversas maneras de estudiar el derecho romano, importa determinar la que conduce al fin propuesto: debe comprenderse que me refiero á un estudio profundo según un método verdaderamente científico. Muchos, sin embargo, abandonarían el propósito de emprenderlo si creyesen que abrazaba la totalidad de las investigaciones sobre la antigüedad y la crítica completa de las fuentes; pero reconociendo la importancia de esta parte de la ciencia no debe abandonarse el saludable principio de la división del trabajo, y los más podrán contentarse con los resultados obtenidos por los autores que han tratado especialmente estas materias. Y adviértase que se engañaría completamente quien, para el objeto que yo me propongo, pensara sacar la menor utilidad de los principios generales del derecho romano, tales como los enseñan los compendios de Institutos ó los cursos de las escuelas de Derecho en Francia, porque estos conocimientos elementales sólo sirven para conservar para mejores tiempos la letra del derecho romano; y respecto al que con ellos se contenta, apenas valen el poco esfuerzo que les ha costado adquirirlos. El solo medio apropiado al fin que nos proponemos, es la meditación y la lectura de los mismos escritos de los antiguos jurisconsultos. En su vista, no nos espanta la inmensidad de la literatura moderna: una enseñanza bien dirigida, nos indicará lo poco que nos es necesario de ella como preparación á este estudio directo de las fuentes y abandonaremos lo restante á los teóricos de profesión, que no podrán rehusar esta laboriosa tarea.

El objeto especial de mi obra es el de encaminar hacia el estudio serio del derecho romano, disminuir las dificultades, y apartar los obstáculos que estorban á los prácticos el acceso á las fuentes. Las doctrinas contenidas en los libros elementales modernos, de los que tienen necesidad de servirse los prácticos, ejercen sobre ellos una autoridad ilegítima; y si la ejecución de esta obra responde al pensamiento de su autor, la práctica, emancipada ya, cesará de hallarse sujeta por una falsa teoría.

Estas ideas encontrarán, sin duda, su aplicación inmediata en los países en que el derecho romano forma la base de la práctica, pero no dejarán de tenerla también en aquellos en donde los Códigos han reemplazado al derecho ro-

mano. Para los unos como para los otros, el estado del derecho es en el fondo el mismo; el mal y el remedio difieren menos de lo que pudiera creerse. Así, pues, allí en donde existe una legislación nacional, el derecho romano, estudiado con el espíritu que indico, vivificará la teoría, la desembarazará de los errores subjetivos y arbitrarios y, sobre todo, la relacionará con la práctica, que es lo más esencial. Verdaderamente esta regeneración de la ciencia es aquí más difícil que en los países del derecho común, pero no es de ninguna manera imposible. Citaré como ejemplo á los jurisconsultos franceses, que se sirven á menudo del derecho romano, con habilidad suma, para esclarecer y completar el Código civil. Entonces obran conforme al verdadero espíritu de este Código; y cuando lo tergiversan, no es á causa de un empleo poco juicioso del derecho romano, sino de un conocimiento imperfecto de este derecho. Inferiores, evidentemente, á nosotros para este conocimiento, pueden ellos servirnos de modelo en el arte de aplicarlo al derecho moderno.

Es verdad que el uso del derecho romano encuentra dificultades particulares en Prusia. La forma didáctica del Código y la prolijidad de sus disposiciones, obscurecen á menudo la relación íntima que existe entre el antiguo y el nuevo derecho; pero estos obstáculos no son invencibles, y si el uso del derecho romano estuviese rehabilitado entre nosotros, se repararía el mayor mal que produce el nuevo Código, á saber: la separación absoluta, que aísla la práctica de las teorías científicas del derecho común, privándolo de una fuente fecunda de progreso: el comercio de pensamientos con los jurisconsultos de los tiempos anteriores y de las naciones extranjeras. Ya sé que en la época en que fué redactado el Código prusiano, la ciencia del derecho en Alemania estaba en gran decadencia y no podría tener sobre la práctica una influencia bienhechora. El estado deplorable de la ciencia fué lo que determinó al legislador á romper con ella y á renovar por medio de un Código nacional, la base de la práctica. Hoy, en que el estado de las cosas ha cambiado completamente, si llegamos á renovar nuestras comunicaciones con la ciencia del derecho común, ganaría notablemente la práctica y no se presentarían los inconvenientes de otras veces.

Acaso creerán muchos, que continuar tomando el derecho romano como medio de perfeccionar nuestra jurisprudencia, es prescindir del espíritu del siglo y de la nación; que siguiendo semejante camino no podemos hacer más que imitar imperfectamente, ó más bien reproducir, la obra de los romanos, y que sería más noble empresa proclamarse independientes y reservar nuestros esfuerzos para una obra original. Hago justicia á la generosidad de este sentimiento; pero en la cuestión presente lo estimo muy mal consejero. La multiplicidad de materiales acumulados por tantos siglos hacen nuestra tarea bastante más penosa que la de los romanos, y coloca nuestro fin mucho más alto; y si nos fuere dado alcanzarlo, no solamente igualaríamos en mérito á los romanos, sino que nuestra obra sería mucho más grande. Finalmente, si sabemos manejar los materiales del derecho con la habilidad y poder que admiramos en los romanos, podremos cesar de tomarlos como modelos, dejando al historiador el cuidado de celebrar su gloria. Sin embargo, un orgullo mal entendido, ó el interés de nuestra comodidad, no deben hacernos desatender un socorro, que no podía suplir toda la energía de nuestros esfuerzos. Nuestra posición con respecto á la antigüedad nada tiene de extraordinaria: es la misma que la de otro orden cualquiera del dominio de la inteligencia. No se crea que recomiendo el derecho romano con perjuicio del germánico, cuyo detenido estudio ofrece ya tan brillantes esperanzas. Adviértase que un amor exclusivo por el objeto de nuestras indagaciones nos lleva á menudo á despreciar las de nuestros vecinos; pero la injusticia de este error debe perjudicar al agresor que lo comete, y no al que lo rechaza y trata de defenderse de él.

Por el plan que he trazado, se verá que mi obra tiene un carácter crítico. Podrá esto disgustar á los lectores que deseen afirmaciones positivas sin preocuparse de su procedencia, ni inquietarse por sus diferentes aspectos. Fácil y cómoda sería la vida científica si pudiésemos abandonarnos con plena confianza á la acción de la verdad pura y marchar así, sin obstáculos, de descubrimiento en descubrimiento; pero tenemos necesidad de abrírnos camino á través de los errores y verdades incompletas que por todas

partes nos asedian. ¿Pretenderemos luchar contra el destino, que nos impone este penoso trabajo? A una necesidad de nuestra naturaleza no podemos oponer más que la resignación.

Pero este trabajo á que nos condena la condición humana, lleva en sí su recompensa y sus frutos: desenvuelve las fuerzas de la inteligencia y cada verdad penosamente adquirida, luchando contra el error, nos pertenece mejor y llega á ser más fecunda que si la hubiéramos adquirido pasivamente y sin esfuerzo.

El carácter crítico de esta obra se muestra bajo muchas fases. Lo manifiestan, en primer lugar, las indagaciones cuyo resultado es puramente negativo; como, por ejemplo, cuando demuestro que una institución de derecho romano es hoy institución muerta y extraña al derecho actual, ó cuando señalo las ideas falsas ó doctrinas vacías, que los autores modernos han introducido en la ciencia, por no haber penetrado en su espíritu.

Tales son, precisamente, las investigaciones que muchos lectores soportan con más impaciencia; pero el que desembaraza el camino y lo fija, presta un importante servicio á los que vienen después de él, aunque el hábito de gozar estas ventajas pueda hacer olvidar alguna vez que hubo un tiempo en que el camino era mucho más difícil.

Aparte de estos resultados puramente negativos, muéstrase también de otra manera su carácter crítico, en cuanto, para establecer una verdad positiva, no basta negar en términos absolutos el error, sino que, ante todo, importa determinar el grado de nuestra convicción. En efecto, de diferentes modos puede combatirse y rechazarse una creencia: frecuentemente el sentimiento de una completa certidumbre acompaña á nuestra convicción, puesto que vemos la causa del error como un defecto de lógica, de la ignorancia de un hecho ó de un método vicioso; entonces, declaramos científicamente inadmisibles la opinión de nuestro adversario, lo cual implica una censura absoluta y formal: otras veces, después de haber examinado maduramente todas las opiniones, adoptamos una de ellas, sin condenar las otras decididamente; nos reducimos entonces á contentarnos con una verosimilitud, la cual admite muchos grados y cuya

apreciación leal y justa interesa tanto á la exactitud como á la moralidad de nuestros trabajos (1).

Importa, en muchas materias controvertidas, precisar rigurosamente los puntos debatidos, determinar el valor de la controversia y su grado de importancia para la ciencia, pues el calor de la discusión y el sentimiento de personalidad que despierta, nos expondrían á inducir á los otros al error. Por último, cuando combatimos una doctrina, debemos apreciar cuidadosamente lo que yo llamaría su verdad relativa. A menudo una opinión que rechazamos como falsa, encierra un elemento verdadero; pero que mal aplicado, ó considerado bajo un solo aspecto, se ha convertido en una causa de error; tales son los casos en que se transforma la regla general en regla concreta, ó la regla concreta en regla general. La apreciación de este elemento de verdad tiene para la ciencia un gran interés, sirve para reducir un adversario leal y de buena fe, y termina la controversia de una manera definitiva y satisfactoria, resolviendo el antagonismo en una verdad más alta.

Conforme al objeto que me propongo, he adoptado la forma del tratado; pero como todo el mundo no está de acuerdo sobre la naturaleza de las condiciones que debe reunir un tratado general sistemático, debo entrar aquí en algunos detalles. En mi entender, la condición esencial de una obra de su clase, es la de penetrar y poner en claro el lazo íntimo, las afinidades que existen entre todas las nociones de derecho, constituyendo su unidad. Ahora bien: estas afinidades se encuentran á menudo ocultas, y nosotros tenemos interés en descubrirlas; además, son muy numerosas, y mientras más podamos seguir las y observarlas en sus fases diferentes, podremos llegar mejor á su inteligencia. Ciertas afinidades, por último, no tienen más que aparien-

(1) *Lebensnachrichten über* (Noticias biográficas sobre), B. C. Niebuhr, tomo II, pág. 208. «Es preciso, ante todo, conservar en el estudio de la ciencia, una veracidad inalterable; huir completamente de todo lo que pudiera parecer alusión á otros, no dar nunca como cierto el más pequeño detalle sin tener la convicción profunda de su certidumbre, y, si proponemos una conjetura, emplear todos los medios para fijar su grado de verosimilitud.» Niebuhr habla aquí de la filología, pero muchos pasajes de su notable carta, son perfectamente aplicables á todas las ciencias.

cia de realidad, y el propósito es entonces destruir esta falsa apariencia.

El orden seguido en la disposición de las materias está, sin duda, determinado por ese lazo íntimo, cuya imagen debe aquél reflejar. Suele éste ser el único punto que se discute cuando se habla de la composición de un tratado; procuraré señalar algunos errores contra los cuales es preciso ponerse en guardia. En la riqueza de la realidad viva, todas las relaciones de derecho forman un solo cuerpo orgánico; pero si nosotros queremos estudiarlas ó enseñarlas á otro, estamos obligados á descomponer este cuerpo y á examinar sucesivamente sus diversas partes. Ahora bien; la afinidad que juzgamos dominante, determina el orden que ha de seguirse en esta descomposición; pero las otras afinidades secundarias, aunque no menos reales, sólo más tarde pueden ser indicadas. Una cierta tolerancia llega entonces á ser necesaria: es preciso que el autor pueda consultar la propia é individual dirección de su espíritu y adoptar el orden que le permita hacer la exposición más clara y fecunda en resultados.

Quieren muchos que un tratado sometido á un método riguroso marche de consecuencia en consecuencia, sin contener nada que no se explique por lo que precede. Yo me expongo á su condenación, porque pienso que el principio no es de ninguna manera aplicable á una obra como la mía. Este principio implica necesariamente, que el lector ignora del todo la materia y que la estudia por primera vez; por eso es muy apropiado para enseñanza elemental. Muy raro será que se trate de comenzar el estudio del derecho por una obra tan detallada como la mía. Aquellos á quienes la cátedra ó la lectura de los autores han iniciado en la ciencia del Derecho, se servirán de una obra de este género para comprobar sus conocimientos, rectificarlos, extenderlos y profundizarlos, y se debe suponer que estos lectores tendrán presente en su espíritu las nociones que poseen sobre una materia, cualquiera que sea el lugar que ocupa en el tratado. No emplear este método sería renunciar á hacer resaltar las afinidades del derecho más importantes y fecundas, ó, colocándolas en lugar desfavorable, hacerlas menos notables é instructivas. Si el orden que adopto esclarece cada materia presentándola con todo su relieve, no

tengo necesidad de otra justificación. Aquellos á quienes no convenzan estas razones, deben recordar que los autores de monografías especiales suponen una multitud de cosas que no dicen sus libros. ¿porqué, pues, negar el mismo privilegio al autor de un tratado general?

Previendo una crítica que pudiera hacerseme, puesto que he citado las monografías, composiciones muy importantes, por medio de las cuales se realizan hoy los progresos de la ciencia, no debo olvidarme de notar un error, bastante común respecto á las relaciones de estas composiciones especiales con los tratados generales.

Suele considerarse la monografía como un capítulo de un tratado general, desligado por casualidad y publicado separadamente, bajo cuyo punto de vista parece que es suficiente reunir un cierto número de buenas monografías, para tener un buen tratado general sobre el conjunto del derecho. Pero el autor de una monografía estudia un asunto especial y, desde este punto de vista arbitrariamente escogido, examina sus afinidades con las otras partes del derecho; y seguramente que la elección y disposición de los materiales serían del todo diferentes, si hubiese mirado el mismo asunto como parte integrante del todo. He creído necesarias estas reflexiones para explicar y justificar de antemano las diferencias que se notaran entre mi tratado de la posesión y el capítulo de esta obra consagrado á la misma materia.

He unido á mi tratado, bajo el nombre de apéndices, diversas investigaciones separadas. Varios motivos me han determinado á ello: á veces, una cuestión particular exige de sí tan gran desenvolvimiento, que no guardaría proporción con el conjunto del tratado y turbaría el orden artístico que debe ofrecer. A veces también, un punto toca á tantas materias diferentes, que para tratarlo completamente es preciso considerarlo aparte, como por ejemplo, el apéndice sobre el error (VIII). Por último, las investigaciones puramente históricas, exceden del plan de mi obra; pero, en ocasiones, una institución de la antigüedad se liga tan estrechamente á una institución del Derecho romano actual, que no podía esclarecerse por completo la una sin dar á conocer también especialmente la otra; en estos casos, trato la cuestión histórica en un apéndice. La determinación de las

materias que hubieran de ser objeto de apéndices, no puede ser precisada con rigurosa exactitud: y acaso más de un lector hubiera querido ver ciertos asuntos relegados al apéndice, é insertados otros en el texto. Pero es esta una cuestión, en la que puede sin inconveniente dejarse al libre arbitrio del que escribe.

Antes, los autores trataban todas las materias del derecho, siguiendo un método uniforme. De esta manera tenían la costumbre, después de haber definido una institución, de ocuparse de todas las subdivisiones que podían hacerse del asunto. Varios escritores modernos rechazan este método como pedantesco é inútil y no admiten división alguna, como si se expusiera solamente una regla particular de derecho. No puedo aprobar, exclusivamente, ni á los unos ni á los otros: todo principio de uniformidad exterior me parece censurable. Los dos métodos son buenos, cuando de ellos resulta la inteligencia clara y profunda del asunto y el autor debe, según los casos, escoger el que mejor responda á este fin. Si, por consiguiente, el sentido de una institución presenta contrastes que se refieren á su esencia, convendrá después de haber definido la institución, hacer tantas divisiones formales cuantos sean aquellos.

Pondré el mayor cuidado en precisar rigurosamente en mi obra el lenguaje auténtico de las fuentes: esto pide una apología porque muchos piensan que se exagera hoy la importancia de este asunto. Y sin embargo, dicha importancia es verdadera, pues entre la fraseología viciosa y el pensamiento erróneo ó el falso razonamiento, existe una dañosa reciprocidad de acción. Pero, después de haber señalado el vicio de la fraseología y haber destruido esta causa de error, es preciso inventar expresiones técnicas nuevas, cuando es insuficiente el lenguaje de las fuentes. Reconozco, por lo demás, que el purismo ha sido llevado demasiado lejos, debiéndose solamente evitar siempre los términos inexactos que inducen á falsas ideas, cuyo peligro he mostrado.

Aunque he consagrado un capítulo (§ 32-51) á explicar el uso que haré de las fuentes, no estarán aquí fuera de lugar algunas reflexiones generales. Suele censurarse á los jurisconsultos el lujo de sus citas; se les ha ridiculizado por invocar tantos textos, cuando se les creería sin esfuer-

zo alguno bajo su palabra. Mas la crítica podría, acaso, ser fundada, si las citas no se hiciesen sino en apoyo de doctrinas contra las cuales no se suscitaban dudas ni objeciones; pero deben ser miradas bajo otro aspecto muy diferente. Si se admite conmigo que el estudio bien dirigido de los antiguos jurisconsultos es propio para enriquecer y vivificar la ciencia del juriconsulto moderno, resultará que ofreciendo este estudio, completamente irremplazable, dificultades particulares, deben acogerse favorablemente las indicaciones que traten de facilitarle. Ahora bien: como mi obra no tiene otro objeto, la cita de los textos no se hace únicamente para justificar los principios que expongo, sino que estos principios deben servir de comentario y de guía para el estudio de los textos mismos, cuyo sentido, en virtud de esta elección y de su orden en relación con el tratado, aparecerá muy claro y serán más accesibles. Acontece á menudo, que dos personas igualmente inteligentes, emprenden un estudio con los mismos materiales y obtienen resultados diametralmente opuestos; lo cual sucede á consecuencia de la elección de los textos que se toman como punto central de la indagación, y á los que se subordinan todos los demás. En este punto, difícilmente podrían establecerse reglas: estudiando los grandes modelos y ejercitándose por sí mismo, es como se adquiere el tacto necesario para no extraviarse.

Otros, por el contrario, habrían deseado mayor número de citas del que doy en la obra, y verán defraudadas sus esperanzas. Pero yo me he limitado voluntariamente á aquellas que, bajo algún aspecto, entran en el fin de mi libro. No me he propuesto dar la lista completa de los escritos producidos sobre cada materia, sin exceptuar los más medianos, porque en este caso el lector me hubiera tomado á mal el haberlo llevado á un estudio infructuoso. Si hubiere yo emprendido más joven la obra que comienzo hoy, habría dado más extensión al uso de la literatura del derecho. Se compone ésta de dos grandes masas de obras cuyo peso sería difícil sostener, pero que nos aprovecharían en gran manera: una comprende la exégesis, desde los glosadores en adelante, seguida con preferencia por la antigua escuela francesa; abraza la otra la práctica, es decir, las consultas, respuestas, etc., igualmente partiendo desde los glosadores.

Para hacer servir estos materiales al edificio de un tratado general como el mío, sería necesario leer todas las obras bajo el punto de vista del tratado, quiero decir, tomándolas como término de comparación, con el fin de rectificarlo y de completarlo; trabajo de gran utilidad para los detalles, pero que no trascendería al conjunto ni á las doctrinas fundamentales; mas habiendo empezado un libro al declinar mi vida, sería insensato formar semejante proyecto. Si alguno creyese aquél una obra durable, aumentaría considerablemente su valor, añadiéndole estos complementos literarios. No sería esta empresa aventurada, porque podría ejecutarse progresivamente, escogiendo, por ejemplo, los autores de una época ó alguno entre ellos, á fin de estudiarlos con este objeto. Se echará de menos el no encontrar, como introducción á este tratado, una indicación general de los libros más útiles y recomendables para el estudio del Derecho moderno. Pero esta necesidad, cuya importancia reconozco, me parecería mejor satisfacerla por medio de bibliografías separadas, de la misma manera que los detalles históricos sobre el conjunto de fuentes, sus manuscritos y sus ediciones, están mejor colocados en una historia del derecho, que en la introducción de un tratado general en donde su exposición completa aparecería inmotivada.

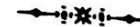
Los materiales de este tratado, reunidos sucesivamente, han servido para los cursos de derecho romano, que el autor explica desde principios del siglo; pero la forma en que aquí se presentan, es un trabajo enteramente nuevo, del cual los cursos son un simple bosquejo. El profesor, al hablar á sus discípulos, les expone una materia enteramente nueva y extraña para ellos; debe acomodar su enseñanza á los conocimientos y al desarrollo intelectual de la mayoría de su auditorio: el escritor, por el contrario, trabaja para lectores iniciados en la ciencia, los supone al nivel de su actual estado y tal es su punto de partida para pasar con ellos revista al conjunto de sus nociones científicas, comprobarlas, rectificarlas y extenderlas. Ambas clases de trabajo, apesar de la incontestable diferencia de sus caracteres, tienen, sin embargo, puntos de contacto naturales y legítimos: así, el escritor, por la manera de tratar un asunto, entra, sin que se aperciba, en las primeras nociones de

la ciencia, haciéndolas pasar todas ante los ojos del lector. Este método es bueno para esclarecer ideas y principios que han sido arbitrariamente desfigurados, en cuyo caso, el autor, si ha ejercido la profesión de la enseñanza, sentirá inclinación y facilidad para exponer como profesor las materias de que trata.

He concebido el plan de esta obra en la primavera de 1835; la he emprendido en el otoño del mismo año; y cuando comencé la impresión tenía terminados los cuatro capítulos del libro primero y los tres del segundo.

En el momento de publicar este libro, no puedo prescindir de echar una ojeada sobre el destino que le espera. Como toda obra humana, tendrá sus buenos y sus malos días. Más de un crítico me reprochará sus defectos; pero nadie los conoce mejor que yo, ni los siente más vivamente. Apenas he acabado una parte, cuando descubro puntos en que hubiera deseado más vida y más profundidad. La conciencia de estas imperfecciones, ¿me quitará el valor de continuar esta vasta empresa? Una reflexión debe consolarnos del sentimiento de nuestra debilidad: no le es dado al hombre conocer ni mostrar la verdad en toda su pureza: es servir su causa, preparar el camino, esclarecer los puntos esenciales, señalar las condiciones absolutas de su triunfo y hacer accesible á nuestros sucesores el fin que no hemos podido alcanzar. De esta suerte, tengo la conciencia de haber depositado en mi libro gérmenes fecundos de verdad, que harán otros fructificar un día; y poco importa que la riqueza de este desenvolvimiento obscurezca y haga olvidar tan humilde principio. La obra individual del hombre es, como éste mismo, perecedera, bajo su apariencia visible; pero el pensamiento no perecerá nunca: transmitido de generación en generación, reúne á los servidores de la ciencia en una vasta comunidad donde la parte más pequeña de un individuo encuentra una duración inmortal.

Septiembre, 1839.



TRATADO DE DERECHO ROMANO

LIBRO PRIMERO

FUENTES DEL DERECHO ROMANO

CAPÍTULO PRIMERO

OBJETO DE LA PRESENTE OBRA

§ I. — *Derecho romano actual.*

La parte de la ciencia tratada en esta obra, es el derecho romano actual. Procuraré determinar lo que este título contiene.

1.º Esta obra tiene por objeto el derecho *romano*; deberá, pues, limitarse á las materias del derecho, que proceden de un origen romano y á seguirlas en sus desenvolvimientos sucesivos, cualesquiera que sean la naturaleza y el origen de éstos; pero las materias de origen germánico se encuentran naturalmente excluidas de ella.

2.º El derecho romano *actual*. Así, pues, no se consignarán, ni la historia del derecho propiamente dicho, ni las partes del antiguo derecho extrañas á la legislación justiniana, puesto que bajo esta última forma hemos recibido nosotros el derecho romano, ni las partes de dicha legislación extrañas al derecho moderno.

3.º El derecho *privado*, y no el derecho público, esto es,

el derecho que los romanos llaman algunas veces *jus civile* y que, en tiempo de la república, constituía el estudio exclusivo del jurisconsulto, *jurisprudencia* (1). Esta limitación se comprende en las dos que la preceden, pues el derecho privado de los romanos es el que únicamente forma parte del derecho moderno. Sin duda, no nos es completamente extraño su derecho criminal, pero nosotros no hemos tomado de él más que un pequeño número de principios de una importancia secundaria.

4.º Finalmente, la exposición sistemática del derecho mismo, con exclusión del procedimiento ó de las formas asignadas á la reclamación de los derechos: esto es lo que algunos llaman el derecho privado *material*. En efecto, formado nuestro procedimiento de una mezcla de elementos históricamente diversos, se ha desenvuelto de una manera tan especial, que pide ser tratado separadamente, mientras que los jurisconsultos romanos miraban la reunión del procedimiento y del derecho, no solamente como posible, sino también como necesaria. Su división, cuyo principio es incontestable, ofrece á menudo incertidumbre en su práctica, pues, en efecto, la misma materia puede algunas veces pertenecer al uno ó al otro dominio. Así, los juicios, por sus formas y sus condiciones, entran en el procedimiento; pero, una vez terminados, producen como consecuencia: 1.º la *actio* y la *exceptio*, derivadas de la *res judicata*; 2.º la ejecución. Ahora bien; la una forma parte del derecho mismo, la otra del procedimiento. Resumiendo todo lo que acabo de decir, se ve que el derecho romano, así entendido, es, el que constituye el derecho común de una gran parte de Europa, es el objeto de la presente obra.

(1) Dice bien Cicerón, cuando afirma que él no es jurisconsulto; pero que estaba lejos de pensar que él ó cualquiera otro hombre de Estado conociese más imperfectamente que un jurisconsulto la Constitución política, el *jus sacrum*, etc. Ulpiano da, verdaderamente, mucha más extensión á la *jurisprudencia* (L. 10, § 2, D. de J. et J.), y no se debe censurar su definición ó acusarlo de haber exagerado la importancia de su ciencia, por que él no hace más que expresar el cambio ocasionado por el tiempo en la posición de los jurisconsultos y de los hombres de Estado.

§ II.—Derecho común de Alemania.

El derecho romano actual, ya definido (§ I), tiene una gran analogía con el derecho común alemán. Este derecho se refiere á la constitución política de la Alemania, cuyas diversas partes estaban reunidas bajo la dominación imperial, y cada Estado obedecía á un poder doble, bajo cuya influencia se desenvolvía un doble derecho positivo: el derecho territorial y el *derecho común*. Muchos autores han pretendido, que después de la disolución del imperio, el derecho común había desaparecido con la autoridad que le servía de base; pero esta opinión, que es consecuencia de ideas erróneas sobre la naturaleza del derecho positivo, no ha tenido la menor influencia en la práctica (1).

Dicho derecho común no es otra cosa, que el derecho romano actual considerado en su aplicación particular en Alemania, es decir, con las modificaciones que ha experimentado; modificaciones que, contenidas todas ellas en las leyes del imperio, son de poca importancia, pues las grandes desviaciones del antiguo derecho romano, por ejemplo, la autoridad reconocida á todos los contratos independientemente de la *stipulatio*, los efectos atribuidos á la *bona fides*, etcétera, nada tienen de especial en el imperio de Alemania y han sido generalmente adoptadas á medida que el derecho romano se ha propagado en Europa. Así, pues, esta obra, que trata del derecho romano actual, podría, con algunas adiciones, ofrecerse como el derecho común de Alemania.

§ III.—Límites de mi propósito.

Estableciendo los límites de mi propósito, me prohibo tratar todo lo que le sea extraño. Aquí se me presentan dos escollos, que ofrecen un doble peligro: el uno es violar los límites por predilección hacia una materia, que se relacio-

(1) Parten del principio erróneo de que cuando sucumbe un poder político, todas las instituciones que se habían desenvuelto bajo su influencia, cesan también necesariamente. Así, se dice que después de la caída del imperio de Occidente, la conquista de los bárbaros debió aniquilar el derecho romano, y que la aniquiló en efecto. Pero esta opinión muy difícilmente encontraría hoy partidarios.

na con el contenido de la obra, ó hacia ciertas partes de la ciencia; el otro, verme encerrado muy estrechamente cuando una digresión fuera indispensable para la profundidad del asunto ó para la claridad de lo expuesto (1). Mas yo es- pero que el lector me concederá alguna tolerancia, pues sobre este punto, no puede darse regla fija; el tacto es el que decide, y debe dejarse algún campo á las ideas subjetivas del autor.

Según el uso adoptado hasta aquí, sobre todo en los cursos de Pandectas de las Universidades alemanas, expondré los principios fundamentales, comunes á todo derecho positivo y que nada tienen de especial en el derecho romano; pero, independientemente de la forma original que reviste y de su influencia sobre otras legislaciones, el derecho romano, por su carácter de generalidad, se presta mejor que todo otro derecho positivo, al estudio profundo de estos principios fundamentales.

(1) Así, hablaré de ciertas partes del derecho caídas en desuso á causa del lugar que ocupan en las fuentes y para no destruir la unidad.



CAPÍTULO II

DE LA NATURALEZA DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL

§ IV.—*Relación de derecho.*

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

El derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro ser, 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 extensión; pero un examen más atento nos manifiesta que la forma lógica de un juicio satisface sólo una necesidad accidental, y que, lejos de agotar la esencia de la cosa, supone dicha forma una realidad más profunda, esto es, la *relación 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 relación de derecho. Esta relación 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 descen-