

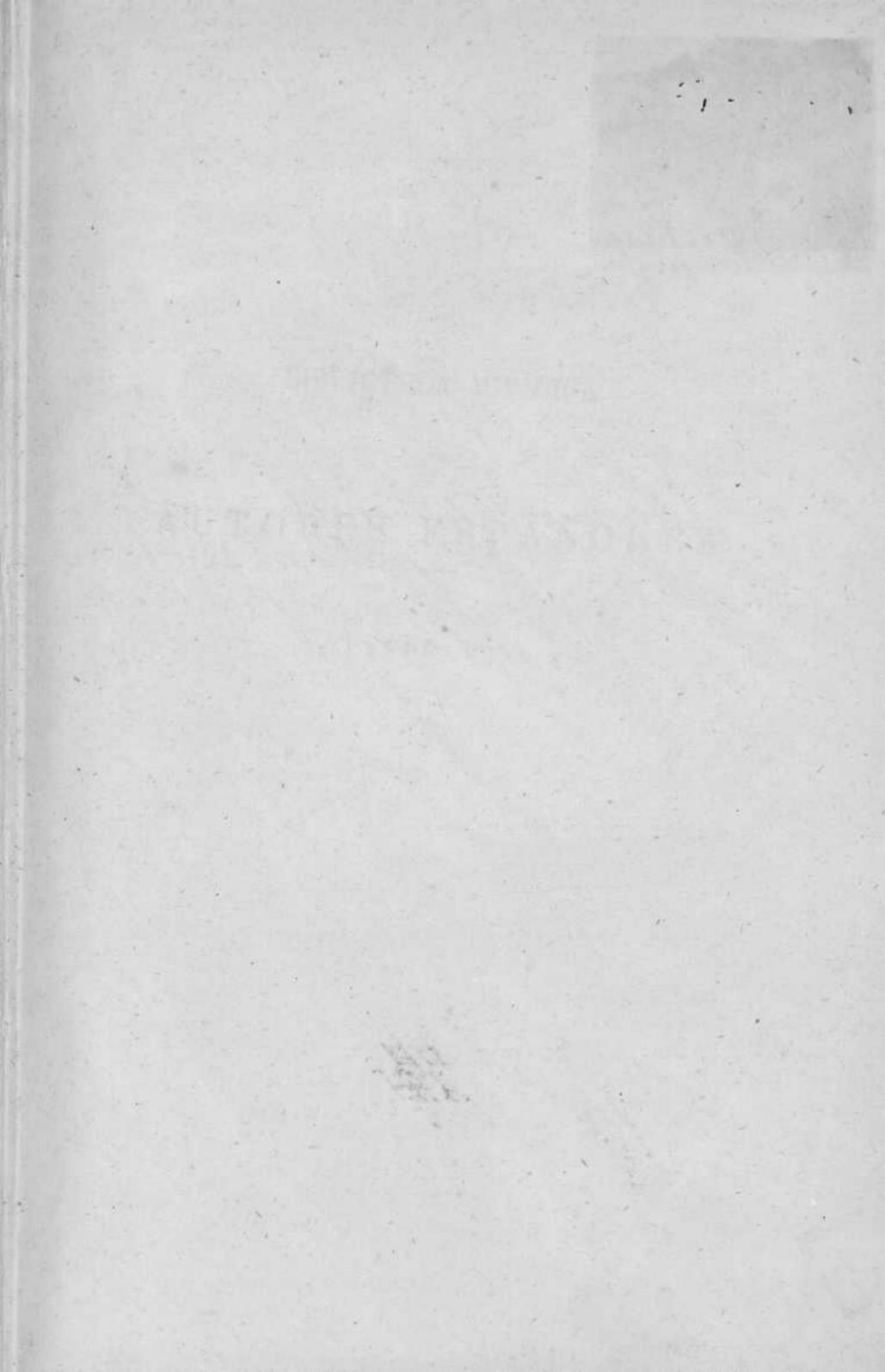
BIBLIOTECA JURÍDICA
= =
AUTORES
ESPAÑOLES

A. - 22. - T^o 2^o

4209

LA

Historia Universal, con referencia
a Filantropía del Derecho
en lo que contiene de esta
materia.



BIBLIOTECA JURÍDICA

DE

AUTORES ESPAÑOLES

VOL. 2º

Regalada á la Biblioteca
por el autor

BIBLIOTECA JURÍDICA

Es propiedad. — Quedan reservados
los derechos que concede la ley.

ACTORES ESPAÑOLES

ENSAYO

SOBRE LA HISTORIA DEL

DERECHO DE PROPIEDAD

Y SU

ESTADO ACTUAL EN EUROPA

POR

GUMERSINDO DE AZCÁRATE

Profesor en la Institución libre de Enseñanza,
y Ex-Presidente de la Sección de Ciencias morales y políticas del Ateneo de Madrid.



TOMO I.

TIEMPOS PREHISTÓRICOS Y PRIMITIVOS.

ORIENTE. — GRECIA. — ROMA.

LOS CELTAS. — LOS ESLAVOS. — LOS GERMANOS.

ÉPOCA BÁRBARA.

LA IGLESIA. — EL IMPERIO BIZANTINO. — LOS ÁRABES.



MADRID

IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACION

Ronda de Atocha, número 15.

—
MDCCCLXXIX.

ENSAYO

SOBRE LA HISTORIA DEL

DERECHO DE PROPIEDAD

OBRAS DEL MISMO AUTOR

- Ensayo de una Introduccion al estudio de la legislacion comparada, y Programa de esta asignatura, un tomo en 4º, 10 rs.*
- Estudios económicos y sociales; 8º, 10 rs. en Madrid y 12 en provincias.*
- El Self-government y la Monarquia doctrinaria; 8º, 14 y 16 rs.*
- Estudios filosóficos y políticos: 8º, 12 y 14 rs.*
- El poder del Jefe del Estado en Francia, Inglaterra y los Estados-Unidos; un folleto, 2 rs.*
- Minuta de un testamento, publicada y anotada por W.....; 8º, 6 rs.*
- Resumen de una discusion sobre el problema social (en prensa).*
- La Democracia en Europa, exposicion del libro de T. Erskine May sobre este tema; un folleto, (en prensa.)*

TRADUCCIONES

- Estudios de Derecho romano, comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés, por Lord Mackenzie, traducido, anotado y comparado con el español, en colaboracion con D. Santiago Innerarity; 4º, 20 y 22 rs.*
- El libre-cambio y la proteccion, por el profesor Faweelt, traducido del inglés en colaboracion con D. Vicente Innerarity (en prensa).*

M A D R I D
 IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACION
 Calle de Alcalá, número 12
 M D C C X X I X

PRÓLOGO

Cada época de la historia tiene su grandeza y sus peligros en relación con la misión que le toca cumplir en la vida y con las dificultades que está llamada á resolver. Por eso mismo quizá, en ninguna otra son tan manifiestos esos peligros y esa grandeza como en la actual, en cuanto es esencialmente crítica, y no en ésta ó en aquella esfera de la vida, sino en todas ellas á la vez, de donde resulta que por todas partes surgen problemas graves y temerosos: problema religioso, problema científico, problema social, problema político, en una palabra, problemas en cada uno de los órdenes de la actividad. Pero entre éstos revisten un carácter especial los políticos y sociales. Los religiosos, los científicos y los filosóficos son quizá más hondos, tocan más al interior y á la médula, por decirlo así, de la vida humana, pero no tienen una manifestación exterior tan señalada, ni alcanzan una trascendencia práctica tan inmediata como aquellos. Por esto vemos cómo planteada una

cuestion en la esfera filosófica, planteada una reforma en la esfera religiosa, pasan años y á veces siglos ántes de trascender las consecuencias de tales problemas á la realidad; miéntras que los sociales y políticos tienen un carácter tal, que de golpe é inmediatamente conmueven á aquella, alientan aquí esperanzas, suscitan allá recelos, produciéndose así un estado de inestabilidad y de agitacion, en medio del cual por todos se pide solucion al conflicto que lo determina. Y esto es lo que acontece en los momentos actuales, con la circunstancia de que, al paso que el problema político puede decirse que está en gran parte resuelto, (pues si bien no han encarnado todavía en las instituciones todos los principios afirmados por la conciencia social en este órden, es lo cierto que en la esfera de la ciencia alcanzan un reconocimiento casi universal y está en la conviccion de todos que es sólo cuestion de tiempo el dar á la obra los últimos perfiles), se encuentra en muy distinto caso el problema social.

Este se nos presenta con unos caracteres peculiares. Es tan grande, es tan manifiesto, de una parte, que ya ha llegado el momento de que por nadie se ponga en duda su existencia, salvo por alguno que otro preocupado por el interés de clase ó de partido; mas al mismo tiempo, cuando se va á precisar, á concretar, á determinar los caracteres que lo constituyen, parece como el incoercible para el pensamiento; y sin embargo, resulta algo exterior que á nadie se oculta; queda una manifiesta lucha de clases, significada, más que por la guerra abierta, por el antagonismo, por la desconfianza y por el alejamiento entre ellas; queda la lucha entre adversarios, que, aún cuando movidos por el deseo de armonizar la sociedad con el individuo, esto es, el todo con la parte, caen en

uno ó en otro extremo sosteniendo las soluciones y las doctrinas de las escuelas llamadas individualista y socialista, y mientras los unos desean mantener la libertad, palabra que viene á simbolizar las conquistas de la civilizaci3n y de la revoluci3n hasta el momento presente, otros desconfian de ella creyendo que á su sombra ha nacido una nueva desigualdad, y pretenden sacrificar la igualdad á la libertad; queda la lucha entre un tradicionalismo empírico que sostiene lo que existe y aspira al *statu quo*, y un radicalismo revolucionario, que abraiga el propósito de destruirlo y arruinarlo todo; entre los que dicen: *noli me tangere*, cuando se trata de la propiedad, á la cual consideran como un nuevo Dios y como un dogma indiscutible, y los que contestan á esto con la conocida frase: *la liquidacion social*, que significa la falta de todo respeto á lo existente.

Que esto es manifiesto, que esto es visible, que existe, que se toca, que se palpa, nadie lo puede poner en duda, así como que por encima de todas las diferencias de apreciacion, al determinar en qué consista el problema (y no digamos nada de las soluciones que acusan diferencias todavía mayores), ya se trate de buscar la armonía entre el todo y la parte, entre la sociedad y el individuo, entre la libertad y la igualdad; ya de extender hasta donde sea posible la participacion del proletariado en todos los bienes de la vida; ya de aspirar á acercarnos á una ecuacion entre las aspiraciones y los medios de realizarlas, en medio de todas esas diferencias, es lo cierto que se nota en la sociedad un estado que se caracteriza por estas dos circunstancias: primera, el antagonismo entre las clases; segunda, la inestabilidad social. Los peligros que de aquí se originan á nadie importa tanto conjurarlos como á la democracia, entendien-

do por esta palabra, no una clase que haya de sobreponerse á las demás, ni un procedimiento más ó ménos violento de llevar á cabo y realizar estas ó las otras ideas, y sí esta nueva fuerza, este nuevo principio, este nuevo sentido del derecho y de la vida política, más ámplio, más universal, más humano, que ha encarnado en la conciencia de los pueblos después de haber sido madurado en la esfera del pensamiento, y que está hoy inspirando (á veces hasta ignorándolo los mismos que por él se dejan llevar y conducir) á las sociedades modernas. Por lo mismo que lleva la democracia consigo algo que parece la inestabilidad, aunque no es más que el movimiento propio de la vida libre, le importa procurar á los pueblos condiciones sólidas de estabilidad real, porque la Historia enseña, como habremos de ver en el curso de nuestros estudios, las consecuencias que ha tenido el dejar sin resolver estos problemas, y como es interés de la democracia el evitar que se formen aquellos dos Estados que, segun Platon, se encontraban frente á frente en las repúblicas griegas: el de los ricos y el de los pobres. En una palabra, interesa á la democracia hacer coexistir con la más ámplia y plena libertad la absoluta igualdad de derecho y la social que la razon consiente y que libremente debe desenvolverse al amparo de aquella; sólo así podrá alejar los peligros que escritores de muy distinto sentido han mostrado que corre la sociedad moderna, pues lo mismo Laveleye que Le Play y que Cairnes consideran esos antagonismos de clase y esa inestabilidad social como dos enfermedades de la sociedad que piden pronta curacion.

Ahora bien: como en más de una ocasion hemos sostenido, el problema social no es, como suele decirse, un problema puramente económico, ni puramente jurídico;

antes, por el contrario, tiene tantos aspectos como la vida, porque se trata de hacer que cierta clase, que el proletariado, que el cuarto estado, llámese como se quiera, tenga una mayor participacion en los bienes de la vida moderna, y claro es que estos son tantos cuantos los órdenes de la actividad. En el orden de la ciencia, el bien es el conocimiento y el mal la ignorancia; en el orden moral, aquél es la virtud y éste el vicio; en el orden material, el uno es la riqueza, el otro la miseria, así como en el orden religioso el bien es la piedad, el mal la impiedad, y en el jurídico aquél la justicia, y éste la injusticia. Y que esto es exacto, lo demuestra que los mismos que no ven más que el aspecto jurídico y el económico, luego ventilan y suscitan cuestiones que nada tienen que ver con aquellos. Así no hay quien, al hablar del malestar de las clases obreras, deje de ocuparse de sus ideas religiosas, de si la impiedad se ha apoderado del espíritu de los unos ó el fanatismo lo está todavía del de los otros, de su ignorancia, y de aquí lo relativo á la instruccion primaria, profesional, integral, etc.; puntos todos ellos que muestran los varios aspectos que presenta esta grave cuestion. Pero por razones en cuyo exámen no podemos entrar aquí, es evidente que los dominantes son el económico y el jurídico. Este último se relaciona con los demás, en cuanto cada uno de éstos cabe considerarlo bajo el punto de vista jurídico que todos ellos tienen necesariamente. Por ejemplo: si se trata de la instruccion de los obreros, la cuestion en sí toca al orden científico, pero luego se trata, v. gr., de si la primaria ha de ser obligatoria ó gratuita, si debe haber una profesional sostenida ó no por el Estado, y estas son cuestiones jurídicas, que tocan al orden del derecho. Pues de igual manera, cuando se trata del aspecto económico del

problema, esto es, de la propiedad, del salario, del interés, de la renta, etc. etc. cabe considerar estas cuestiones en sí mismas ó considerarlas en relacion al fin del Estado, que es lo que vamos á hacer respecto de una de ellas.

De aquí el diferente sentido, que importa mucho notar, que envuelven dos términos con frecuencia usados como sinónimos: la propiedad y el derecho de propiedad, y sin embargo son tan distintos como lo son el fondo y la forma, la parte y el todo. La propiedad es una relacion que el hombre mantiene con la Naturaleza á fin de hacer que esta le sirva para la satisfaccion de sus necesidades; el derecho de propiedad no es más que el conjunto de *condiciones* necesarias para el nacimiento, subsistencia y desarrollo de esa relacion. De suerte que ni es la relacion misma ni comprende todo lo que á ella se refiere, sino tan solo las condiciones esenciales para que esa relacion sea posible. Hay la misma diferencia que entre la familia y el derecho de familia, la personalidad y el derecho de la personalidad, la obligacion y el derecho de obligaciones. Ahora bien: así como en la familia hay muchas cosas, muchos problemas, un sinnúmero de relaciones, de las cuales para nada se ocupa el Derecho, como sucede, por ejemplo, con mucho de lo que se refiere á la educacion é instruccion de los hijos por los cónyuges, y de éstos entre sí, punto que toca al maestro, al sacerdote, al pedagogo, y no al juriconsulto, el cual se ocupa tan sólo de las condiciones que por ser necesarias para que la familia cumpla su mision tiene carácter juridico, lo propio sucede con la propiedad y el derecho de la propiedad; y de aquí el límite que separa á dos ciencias, la del Derecho y la Economia política. Todas las cuestiones puras de propiedad atañen á la Economía política; todo lo que se refiere al derecho de

propiedad entra en la esfera de la ciencia jurídica, y por eso invaden el terreno ajeno aquellos economistas que en sus tratados consagran un capítulo al derecho de propiedad y á las varias teorías expuestas sobre él por las distintas escuelas.

No vamos á estudiar la historia de la propiedad, y sí la del derecho de la propiedad; y por eso, aunque haremos sobre aquélla á veces las indicaciones precisas para comprender éste, ya que hay entre ellos la relacion que existe entre lo condicionado y lo que condiciona, entre la forma y el fondo, no nos ocuparemos como asunto directo é inmediato de la propiedad misma sino de las condiciones dadas en las distintas épocas y pueblos para el desenvolvimiento de la misma.

Claro está que esto se relaciona de una manera estrecha con el problema social, porque en suma puede decirse con completa exactitud que bajo el punto de vista jurídico no es aquél más que un problema de derecho civil, el cual, en medio del inmenso y constante movimiento progresivo que alcanza á todas las ramas del derecho público: al político, al administrativo, al penal, al procesal, parece como algo inmóvil, que ni se desarrolla ni se desenvuelve, que queda fuera de esa corriente reformista característica de los tiempos presentes, resultando así una como antinomia entre el derecho público y el privado, cual si fuesen dos cosas completamente distintas y heterogéneas. En el momento en que se trata de una reforma de derecho político, penal ó administrativo, los políticos de profesion, la parte del público que los sigue y todos los que se inspiran en los nuevos ideales se agitan y conmueven, mientras que si se trata del derecho civil, parece que este es asunto que sólo interesa al abo-

gado y al jurista, y al cual no llegan las diferencias de escuela, ni alcanza el espíritu de reforma. Ahora bien, el problema social es producto, á mi juicio, bajo el aspecto jurídico, de este desnivel, de esta contradicción que hay entre el derecho público y el derecho privado, en virtud de la cual es aquél un derecho esencialmente filosófico, nuevo, revolucionario, creación de la época moderna, y es éste todo lo contrario. En todos los pueblos es el derecho civil, con la sola excepción del de la personalidad, un derecho puro y esencialmente tradicional, es aquí el derecho romano, allí el germano, allá el canónico etc., dominando uno ú otro, según las instituciones, la raza y los precedentes históricos. Que esta antítesis tiene que resolverse, lo demuestra una ley biológica que preside el desarrollo de la humanidad, porque si los pueblos viven la vida tradicional y aprovechan lo que reciben de los que les precedieron, por virtud de la unión entre la tradición y el progreso, de la sucesión y continuidad de la vida jurídica, llega un momento en que no se contentan con lo que han recibido de lo pasado, sino que producen una obra propia y nueva. Así la humanidad, que en la esfera del derecho civil ha utilizado y vivido hasta el presente todo el derecho tradicional histórico, ha de producir también en esta esfera un derecho nuevo, el que corresponda á la nueva vida social producida, tanto más cuanto que si aquél es condición, es forma, ha de cambiar cuando el fondo y lo condicionado cambian. Por eso hace cuarenta años, decía con profundo sentido Rossi, que el Código Napoleón era molde estrecho para las nuevas exigencias sociales. Pues siendo este el problema, ¿de dónde ha de venir la luz para resolverle? ¿Qué elementos han de contribuir á conseguirlo?

Todo problema que toca á la vida social tiene un punto de partida, que es el hecho, lo existente; tiene una aspiracion, un ideal, que es aquello á cuya realizacion camina.

Ahora bien: este doble auxilio sólo puede prestarle á la sociedad moderna la ciencia: de una parte la Filosofia del derecho, y de otra la Historia del derecho. La Filosofia del derecho habrá de darnos el ideal en este orden, el ideal del derecho de propiedad: cosa que es tanto más de desear que se convierta en asunto preferente de atencion para los Filósofos del derecho, cuanto que hasta el presente apenas si lo ha sido; pues mientras hoy contamos con una verdadera Filosofia del derecho penal grandemente desenvuelta, y con una riquísima literatura tambien de estudios políticos con este carácter filosófico, cuando se trata del derecho civil, no se ve por ninguna parte nada que á eso se parezca, si se exceptúan algunos ensayos de los socialistas, que son los que en una esfera puramente racional y á veces idealista y utópica han estudiado estas cuestiones; pues los Filósofos del derecho se contentan con tomar lo que encuentran en el derecho positivo, ya sea el romano, ya el germano, segun las tendencias de cada uno, y con formar así un derecho de propiedad, que no es otra cosa que una generalizacion y como depuracion del derecho histórico. Si la Filosofia del derecho es la que ha de dar el ideal para la solucion de este problema, los datos de hecho, el conocimiento de lo pasado y de lo existente en que ha de encarnar aquél, lo ha de dar la Historia del derecho de propiedad porque, para saber qué sea lo existente, no basta abrir los ojos, no basta contemplar las instituciones sociales en lo que tienen de exterior y puramente formal; es menester pe-

netrar en su corazon , en su entraña , en su vida íntima , viendo el principio que las anima y las ha traído á la vida ; y como cada estado social histórico se relaciona estrechamente con el inmediato y con todos los anteriores , de ahí que no es posible conocer el valor , la trascendencia , el sentido del modo de ser de una época sin ver cuáles han sido los precedentes de la misma en el tiempo.

Pues hé aquí la razon de estos estudios , porque , si el problema tiene tanta trascendencia que la falta de condiciones para resolverlo puede producir el grave peligro de que la pasion y el interés tomen el lugar que sólo corresponde á la razon y á los principios , y de que , en vez de resolverse por virtud de la resultante á que dé lugar el choque de ideas y aspiraciones , que dentro de la libertad propia de los tiempos modernos se produce en la sociedad , para que sea como obra de ésta la solucion del mismo , tiene lugar una de esas luchas de clases que tienen tantos precedentes en la historia , pero que es estrecho deber de la época moderna el evitar , claro es , que todos estamos obligados á contribuir en la medida de nuestras fuerzas á que se reunan esas condiciones necesarias para llegar á la solucion racional y pacífica del problema ; unos consagrándose á nuevas investigaciones , así en la esfera del conocimiento racional como en la de la realidad , otros , contentándonos con la más humilde tarea de despertar la atencion de las gentes , sobre todo de los interesados más especialmente en el estudio de estas cuestiones , y de divulgar el resultado de los esfuerzos de los científicos á fin de que sea aprovechado por la sociedad y se forme en el seno de la misma una opinion ilustrada sobre aquellas.

Tiene un interés particular este estudio en los momentos actuales. Hace treinta años , cuando de estas materias

se trataba, los campos estaban perfectamente divididos y deslindados. Los conservadores invocaban siempre la realidad; los revolucionarios, los socialistas, presentaban en frente de aquella la utopía, lo que suponían verdades de pura razón, ante las cuales creían ellos que no tenía ningún valor el hecho, fuera pasado ó existente, y así resultaban de un lado la historia, y de otro la filosofía; de uno el empirismo, y de otro el idealismo. Hoy ya no se plantea así la cuestión. Los que aspiran á la solución del problema social con lo que suele llamarse sentido socialista, han tomado otro camino, consecuencia en gran parte de los procedimientos determinados por el predominio del positivismo, del afán por los estudios experimentales y de observación, y por tanto de los históricos; resultando así que los escritores que representan las tendencias que hace treinta años representaban ciertos utopistas, han tomado hoy el camino inverso al seguido por aquellos; llegan á las mismas soluciones, pero en lugar de hacerlas derivar de una doctrina puramente racional, las muestran viviendo en la historia, y dicen «esto que pedimos, es ó ha sido una realidad.» Y de aquí la frecuencia con que se encuentran, enfrente del individualismo moderno filosófico y liberal, á la par los conservadores y los socialistas, colocándose unos y otros en el terreno histórico, aunque luego aspiren á distintos fines y utilicen de distinto modo los datos que les dá la historia.

No seremos nosotros quienes censuremos este afán por las investigaciones históricas á las que hemos consagrado algunas vigilias por gusto y por deber; pero como ante todo es la verdad, debemos declarar que esto envuelve un gran peligro, el que lleva consigo la tendencia positivista; porque este regreso al estudio de la historia y este afán

por los estudios experimentales no significan tan sólo el deseo de conocer la verdad de los hechos, de seguir el movimiento de las instituciones y de comparar las obras de unos siglos con las de otros y las civilizaciones de los distintos pueblos y de depurar el hecho conociéndolo en sus antecedentes para hacer encarnar en la realidad las nuevas ideas, sino que significa la desestima y la anulación de los principios, la pretension de sustituir la filosofía con la historia, empeño que es y será siempre un imposible. En la historia no podemos jamás hallar el ideal, el principio que nos autorice para decir; «esto es bueno ó esto es malo, esto es justo ó es injusto.» Este criterio, este ideal, este principio, lo dará en todas las esferas del derecho, la Filosofía del mismo. De que se encuentre una institucion en la historia, aunque sea desde el comienzo de la humanidad, sólo por eso no puede decirse que sea una institucion esencial que habrá de permanecer en la vida. El estudio histórico, cualquiera que él sea, y especialmente el de la propiedad, del cual decia Proudhon, que con su ayuda se podian explicar todas las revoluciones de la historia, así como ha dicho otro escritor que «la historia de la propiedad era la historia de la humanidad», no necesita de eso para tener por sí un valor que no necesita pedir prestado á la Filosofía. ¿Es poco el mostrar ese rico, complejo, inmenso desenvolvimiento y desarrollo de la vida humana en todos los siglos y en todos los pueblos, y el contribuir á desvanecer muchas preocupaciones, precisamente de las hoy más dominantes, que se apoderan de los espíritus? Este estudio mostrará á los unos, en primer lugar, cómo es una ilusion el pensar que en medio de este movimiento universal que llega á todas partes, va á quedar la propiedad estraña á él, como el peñasco que está

inmóvil en medio del mar. El *noli me tangere*, que invocan los que pretenden hacer de la propiedad un nuevo Dios, un dogma indiscutible, sin que sea lícito censurar su actual modo de ser, se desvanece con el estudio histórico, porque él muestra su constante y continuo desenvolvimiento; y cuando vean como hay abismos entre el modo de ser la propiedad de unos y otros siglos, no se asombrarán de que alguien presente ideales respecto de la propiedad, que estén separados también por abismos de su modo de ser al presente, y reconocerán la razón con que decía Lerminier, que aquella no es una entidad metafísica, sino una institución social, que como todas muda, cambia, progresa y se desenvuelve. Cesará así mismo esa otra preocupación, esa especie de alarma, esa predisposición, que da lugar á que en el momento en que se trata de reformas en la propiedad, se supone que lo que se dice es una utopía, cuando no una insana pretensión, sólo comparable á las del radicalismo revolucionario; porque la historia muestra cómo en medio de tentativas vanas y utópicas, ha habido reformas reales que, por serlo, han subsistido y servido de base á ulteriores mejoras. Este estudio servirá también, de otro lado, para desvanecer la preocupación contraria en que incurren aquellos reformistas que juzgan posible cambiar y organizar la propiedad como si se tratara de trazar á capricho un dibujo en el papel; porque la historia enseña así mismo que tanto por virtud de las relaciones vastas y numerosas de aquella con otras instituciones, como por su carácter é índole propia y especialísima, son en ella las reformas más difíciles, piden más circunspección, más arte; y claro es que si importa que los unos se curen de esa desconfianza que les hace ver la utopía en toda tentativa de mejora, no conviene ménos, que

los otros se curen de la falta de respeto y de estima en cuanto á la tradicion y á la realidad.

Además, la historia nos suministra otra enseñanza. La propiedad existe hoy y existía en los siglos xi y xv, por ejemplo, pero ¿es al presente lo que era entónces? La propiedad continúa, las formas desaparecen, cambian, y por eso importa no confundir la forma con el fondo, lo esencial con lo puramente transitorio é histórico. Pues bien; el estudio de la historia nos hará ver el modo cómo se ha transformado la propiedad, cómo se han sucedido esos diferentes modos de ser, y en tanto las consecuencias buenas ó malas que ha tenido el hacer las reformas de la manera que se han hecho, el papel que ha jugado la propiedad en las cuestiones políticas y en todas las revoluciones, sus relaciones con el Estado y con la familia, este conjunto de datos de que podrá sacarse una provechosa leccion el dia que se ponga mano en la solucion de ese género de problemas para que se resuelvan con sano criterio y con el arte debido, que es quizás lo más difícil en los tiempos actuales.

Por último, importa hacer notar, para que se comprenda la índole y extension de este ensayo, no sólo la diferencia entre la propiedad y el derecho de propiedad ántes notada y que circunscribe nuestro estudio á la esfera puramente jurídica, quedando como extraño á ella el orden económico, sino que, siendo el derecho un todo, cada una de sus partes tiene relaciones inmediatas con las otras, y por este motivo el derecho de propiedad las tiene con las demás instituciones jurídicas: con el derecho de la personalidad, porque, rigurosamente hablando, es aquél una derivacion y parte de éste; con el derecho de sucesion, el cual realmente es, por el contrario, parte y derivacion del

de propiedad, pero que constituye hoy generalmente en los Códigos y en los tratadistas una rama de grandísimo interés que merece ser estudiada aparte; con el derecho de familia, ya porque ésta tiene su régimen económico, ya por el influjo que ejerce en la herencia; y con el derecho de obligaciones, porque las de carácter patrimonial vienen á resolverse en cuestiones de propiedad. Claro está que no entra en nuestro propósito el estudiar estas relaciones más que en lo absolutamente preciso para comprender el derecho particular que estudiamos, y con más ó ménos detencion según la institucion de que se trate, así que naturalmente aludiremos con más frecuencia al derecho de sucesiones que á las otras ramas ó esferas indicadas, por lo mismo que tiene con nuestro asunto una conexion más estrecha.

de propiedad, pero que cuando por circunstancias de los hechos y de las familias que caso de cambio de las cosas por estado de guerra, con el derecho de familia, se porque está libre en ningún momento por el interés que tiene en la herencia y con el derecho de obligaciones, porque las de carácter patrimonial vienen a resolverse en cuestiones de propiedad. Claro está que no es como en el caso de las relaciones de familia, que en el momento preciso para comprender el derecho patrimonial que establece, y con más o menos de libertad según la institución de que se trate, así que naturalmente establece con una intención al derecho de obligaciones que a las otras cosas o cosas jurídicas, por lo mismo que tiene una misma regla con respecto a las

relaciones de familia, que en el momento preciso para comprender el derecho patrimonial que establece, y con más o menos de libertad según la institución de que se trate, así que naturalmente establece con una intención al derecho de obligaciones que a las otras cosas o cosas jurídicas, por lo mismo que tiene una misma regla con respecto a las

relaciones de familia, que en el momento preciso para comprender el derecho patrimonial que establece, y con más o menos de libertad según la institución de que se trate, así que naturalmente establece con una intención al derecho de obligaciones que a las otras cosas o cosas jurídicas, por lo mismo que tiene una misma regla con respecto a las

relaciones de familia, que en el momento preciso para comprender el derecho patrimonial que establece, y con más o menos de libertad según la institución de que se trate, así que naturalmente establece con una intención al derecho de obligaciones que a las otras cosas o cosas jurídicas, por lo mismo que tiene una misma regla con respecto a las

relaciones de familia, que en el momento preciso para comprender el derecho patrimonial que establece, y con más o menos de libertad según la institución de que se trate, así que naturalmente establece con una intención al derecho de obligaciones que a las otras cosas o cosas jurídicas, por lo mismo que tiene una misma regla con respecto a las

relaciones de familia, que en el momento preciso para comprender el derecho patrimonial que establece, y con más o menos de libertad según la institución de que se trate, así que naturalmente establece con una intención al derecho de obligaciones que a las otras cosas o cosas jurídicas, por lo mismo que tiene una misma regla con respecto a las

relaciones de familia, que en el momento preciso para comprender el derecho patrimonial que establece, y con más o menos de libertad según la institución de que se trate, así que naturalmente establece con una intención al derecho de obligaciones que a las otras cosas o cosas jurídicas, por lo mismo que tiene una misma regla con respecto a las

relaciones de familia, que en el momento preciso para comprender el derecho patrimonial que establece, y con más o menos de libertad según la institución de que se trate, así que naturalmente establece con una intención al derecho de obligaciones que a las otras cosas o cosas jurídicas, por lo mismo que tiene una misma regla con respecto a las

CAPÍTULO PRIMERO

TIEMPOS PREHISTÓRICOS

Los tiempos prehistóricos y los tradicionales.—Naturaleza de las fuentes para el estudio de aquéllos.—Division de los mismos en periodos y carácter de cada uno: periodo arqueolítico; id. neolítico; id. de los metales.—¿Existía la sociedad desde los comienzos de esta edad?—El derecho de propiedad en cada uno de estos periodos; propiedad mueble é inmueble; ¿es la propiedad individual ó social?—Datos relativos á las costumbres de los salvajes actuales.—Consideraciones generales.

Antes de entrar en el exámen del derecho de propiedad en los pueblos de Oriente, con los cuales se suele comenzar toda investigacion histórica, preciso es que digamos algo respecto de tiempos que caen más allá de éstos, y que comienzan en aquellos cuyo estudio ha hecho interesante la llamada *ciencia prehistórica*, nacida al calor de los adelantos llevados á cabo por la geología y la paleontología.

Antes de los tiempos verdaderamente históricos, se encuentran dos épocas ó periodos: *el prehistórico* y *el primitivo ó tradicional*; y si bien es cierto que son escasos los datos y pocas las fuentes que tenemos para el estudio de esa remota edad, tambien lo es que nos importa aprovechar cuanto sea posible, para aspirar á hacer una verdadera historia universal de cada institucion jurídica, al modo que se intenta ya hoy cuando se trata del derecho todo. Es interesante además este estudio, porque no ha caminado lá humanidad á saltos, como suele pen-

sarse, siguiéndose las épocas de suerte que haya desaparecido todo lo producido en cada una para ser sustituido por algo que es completamente nuevo, de manera que haya una diferencia esencial y radical entre ellas, sino que, por el contrario, se suceden las unas á las otras coexistiendo algo de cada una, en términos que puede asegurarse que hoy mismo podemos ver los tipos de todos los grados del desarrollo de la civilización, puesto que saltan á la vista los distintos matices de cultura que se encuentran entre los pueblos modernos, desde los más salvajes hasta los más cultos; y no sólo ésto, sino que dentro de estos últimos, es fácil observar en las distintas capas sociales, en las distintas clases, esos mismos diferentes grados sin más que atender á la distancia inmensa que media entre el zafio pastor, que habita con sus ganados en las montañas y sin bajar apenas al llano ni tener trato alguno con las gentes, y el hombre educado é instruido que dispone de todos los medios que la civilización suministra. Así que no tiene un interés meramente científico el estudio histórico de estos tiempos primitivos; sino que sirve además para comparar lo que de ellos se va conociendo con lo actual, á fin de ver si tiene semejanza con algo de lo que hoy existe, y si quedan vestigios ó elementos de organizaciones que se puedan parecer á las de aquellos tiempos ó derivarse de ellas.

Veamos, pues, en este capítulo, lo que pudo ser el derecho de propiedad en los tiempos prehistóricos.

Decíamos ántes que eran escasas las fuentes de que al efecto disponemos, porque el derecho se encuentra en un caso especial. Cuando se trata de la religion, del arte ó de la industria, en las capas de la tierra se hallan objetos que son monumentos vivos por cuyo medio podemos sospechar al ménos, á veces conocer realmente, cuáles eran las costumbres en aquella remota edad. El arte se muestra en el tosco dibujo que hizo el hombre primitivo en la piedra, en el asta del rengífero ó en el hueso del mammoth, así como su industria y su género de vida se revelan en las armas é instrumentos de piedra ó de metal que cada dia se están descubriendo en esas mismas capas de la tierra; pero el derecho no puede dejar tras de sí esos

vestigios, esas fuentes de estudio, y de ahí que lo que de él se diga con relacion á este primer período de su historia, del llamado derecho prehistórico, es en gran parte una induccion que se hace partiendo de los datos y de los hechos conocidos. ¿Será posible sustituir esta escasez de medios de conocimiento con lo que hoy se sabe de las costumbres de los actuales salvajes? Este es el empeño de algunos escritores, sobre todo de los afiliados á cierta escuela filosófica que creen encontrar en esta analogía ó semejanza una comprobacion de sus doctrinas respecto á determinadas cuestiones; pero, aparte de que se da por resuelto un problema que no es tan llano decidir, cual es el de averiguar si el estado actual de los salvajes es un comienzo de civilizacion ó es un retroceso, una decadencia de otra más progresiva, es lo cierto que, como luégo veremos al hacer algunas indicaciones respecto de esas costumbres, hay tal variedad entre las de los distintos pueblos salvajes cuya vida nos es hoy conocida, que, sobre hacer más difícil la solucion de ese problema, es inaceptable su uso como medio para llenar esos vacíos, puesto que salta á la vista que el contrario carácter de unidad es el que debe mostrarse en aquella remotísima época. Veamos, pues, en general, en qué consistia y cuál era la vida del hombre en aquella lejana edad, y luégo haremos algunas indicaciones respecto de su derecho de propiedad.

Suele dividirse esta edad prehistórica en tres períodos, denominados: *arqueolítico*, *neolítico* y *de los metales*, los cuales comprenden miles y miles de años, pues sabido es cuán profunda y radicalmente han alterado éstos estudios la antigua y tradicional cronología. El período *arqueolítico*, llamado así, como lo indica la misma denominacion, porque en él se usó de la piedra toscamente trabajada ó preparada, es aquel en que el hombre, al parecer, debió pasar su vida luchando con las bestias salvajes, con el mamúth y demás animales análogos á éste, de cuyos restos se servia alimentándose con su carne y con el tuétano de sus huesos, utilizando éstos como armas y cubriéndose con sus pieles; período en que el hombre se albergaba en las cavernas, y en el que, aún después de la invencion del fuego, que indudablemente debió ejercer una gran influencia

en el desarrollo de la vida, aún después de la que se llama segunda época dentro de este período, (la época del rengífero), en la cual ya se ven señales de un mayor desenvolvimiento, la ocupacion del hombre debió ser la caza, pero con el doble fin de atender á la satisfaccion de sus necesidades y de defenderse de los ataques de las bestias feroces. Es de notar, que ya entónces se encuentran restos de enterramientos, de sepulcros á cuya entrada se colocaban alimentos y armas, lo cual revela claramente que tenian idea de la inmortalidad, y que la entendian de tal modo que á su juicio el muerto necesitaba de alimentos para vivir y de armas para defenderse.

En el segundo período, llamado *neolítico*, se encuentran instrumentos y armas de piedra, pero ya pulimentada; hay en él señales de un mayor desarrollo, como objetos de alfarería, utensilios para la pesca y para la navegacion, piedras para moler trigo; su ocupacion no fué ya sólo la caza, sino tambien el pastoreo; se hallan los enterramientos como en el período anterior, pero los sitios donde éstos se verificaban son ya los célebres monumentos megalíticos: *dolmenes*, túmulos, etc., de que quedan tantos vestigios; juegan un importante papel los animales domésticos, como el caballo, el perro, la oveja, el buey, etc.; y en él se han encontrado los llamados *kioken-moedingos*, depósitos inmensos de conchas, espinas y restos de peces, cuya formacion se atribuia á los movimientos del mar, á la accion de los agentes naturales, pero que luego se ha demostrado habian sido acumulados por el hombre mismo, lo cual indica que eran aquéllos puntos de estancia fija para el ejercicio de la pesca.

Por último, en el período de los *metales*, primero del bronce, mucho más tarde del hierro, el hombre aumenta la aplicacion y el uso de los animales domésticos; se consagra, á la par que á la caza, pesca y pastoreo, á la agricultura; construye verdaderas poblaciones, como lo demuestran las famosas habitaciones *lacustres* descubiertas en los lagos de Suiza y en algunos otros puntos de Europa, y se muestra tambien el respeto á los muertos en la incineracion, que es la forma que se da en ella á los enterramientos.

Ahora bien : lo primero que ocurre preguntar, es: ¿existió la sociedad desde el principio de la vida humana, ó hubo un tiempo en que no se conoció, debiéndose luego su formación á la voluntad del hombre mediante un pacto expreso ó tácito? Los hechos que brevemente acabamos de consignar, son bastantes para resolver negativamente esta cuestión. La necesidad de la defensa y los enterramientos, en el primer período; el pastoreo, los *kioken-modingos* y los *dolmenes*, en el segundo; las habitaciones *lacustres*, en el tercero, demuestran la existencia de aquella desde los comienzos de la civilización y de la vida humana. Los hombres necesitaron estar asociados primero para defenderse, para sostener con ventaja una lucha que hubiera sido imposible si hubiesen hecho lo que se llama vida salvaje, individual ó antesocial. Los enterramientos acusan la existencia de relaciones previas y anteriores entre los que tributaban aquella señal ó muestra de respeto al muerto, al cual suministraban los que eran á su juicio medios necesarios para que continuaran el cumplimiento de su destino en la otra vida. Los *kioken-modingos* muestran de una manera manifiesta cómo en un mismo punto de la costa coexistieron muchos individuos, una verdadera sociedad, puesto que apenas se comprendería de otro modo la formación de esas masas inmensas de restos reunidos allí por la mano del hombre. Los *dolmenes* lo prueban asimismo, porque por su número y por su inmensidad se comprende bien que no podían ser obra de un individuo, ni aún de varios aislados, mucho ménos en tiempos como aquellos en que se desconocían en absoluto los medios mecánicos de hoy, que ellos tenían que reemplazar con la suma de fuerzas individuales. En el tercer período, las habitaciones *lacustres* son una prueba evidente de lo mismo, puesto que se han encontrado á veces verdaderas poblaciones de 50 y 60.000 metros de superficie. De suerte que la formación de la sociedad no es un hecho que ha ocurrido en la historia en un momento dado; no ha nacido por virtud de un pacto ni expreso ni tácito, sino que desde los primeros momentos en que nos es dado conocer, aunque sea indirectamente, por esos escasos datos de que disponemos, cuál era la vida del hombre, encontramos que era ya vida social.

¿Qué podía ser el derecho de propiedad en esos tiempos? Ante todo, debemos, ahora y siempre, prescindir de ciertas preocupaciones que suelen estorbar el estudio imparcial de esta materia. Cuando se pregunta hoy qué ha sido y cómo nació el derecho de propiedad, instintivamente nos fijamos en los caracteres con que al presente se nos muestra, de tal suerte, que nos parece que como no aparezca revestida de condiciones ó circunstancias análogas, la propiedad no es ya propiedad, sino negacion de la misma. Así, por ejemplo, instintivamente atendemos á la propiedad individual, como si la social no fuese tal propiedad; y de igual modo, cuando se trata de este género de cuestiones, nos fijamos, sin darnos cuenta de ello, en la propiedad inmueble, como si no fuera la mueble también tal propiedad. Esto nace de que la cuestion grave que hoy á todos preocupa, recae sobre la propiedad inmueble y no sobre la mueble, y de que las soluciones que se han pretendido dar á esos problemas han hecho que se presenten frente á frente la propiedad individual y la social como si fueran incompatibles y como si hubiera de resolverse la cuestion dando la victoria á la una ó á la otra. Claro está que por encima de toda distincion entre la propiedad individual y la social, entre la mueble y la inmueble, está la propiedad misma y el derecho de propiedad; institucion social aquélla, institucion jurídica ésta, que tienen un fundamento y una esencia que son superiores á todas sus formas transitorias, á todos los diferentes modos de ser con que se presentan en la historia. Así, pues, dado que esta relacion de la propiedad, esta relacion esencial entre el hombre y la naturaleza, se ha realizado siempre, constantemente, porque de otra suerte hubiera sido imposible la vida, ya que el fin de aquella es el procurarse los medios necesarios para la del cuerpo en cuanto éste forma parte de la naturaleza y necesita de ella para su existencia, lo que importa es ver cómo se ha concretado, desenvuelto y realizado históricamente hasta hoy.

Ahora bien; ¿qué podían ser la propiedad y el derecho de propiedad en estos tiempos prehistóricos, en cada uno de los tres períodos que hemos indicado? En el *arqueolítico*, claro

está que existía desde luego la propiedad mueble, porque se apropiaron los hombres los frutos espontáneos de la tierra de que se alimentaban, y se apropiaron las armas de que se valían para la defensa y para la caza; pero no podía existir entonces la propiedad de la tierra; y no podía existir, no porque fuera la caza la ocupación del hombre en ese período, sino por la índole de esa caza, porque si se tratara de la de aquellos animales que abundan en un país, en una comarca dada, y que huyen de nosotros, dicho se está que pudieron las tribus hacer asiento en ella y constantemente estar cazando y viviendo de su trabajo, como hacen hoy algunas de salvajes que son cazadoras á la par que sedentarias; pero como se trataba además de una verdadera guerra defensiva contra animales de fuerza extraordinaria, dicho se está que tenía que ser constantemente nómada la vida del hombre en ese tiempo.

En el período *neolítico*, en primer lugar, la pesca podía exigir ya un asiento fijo en un punto dado de la costa, como lo acredita la existencia de los *kioken-modings*; luego la índole de la caza pudo haber variado, dejando por lo mismo de ser nómada la tribu para convertirse en más ó menos sedentaria por la razón ántes dicha, ya que no es esencial que sea lo último como por algunos se ha pretendido. Además, encontramos en este período como ocupación del hombre el pastoreo, el cual, al modo que sucede con la caza, no lleva por necesidad consigo uno ú otro género de vida, esto es, la vida nómada ó la vida sedentaria, pero dadas las circunstancias de los tiempos, debieron ser las tribus dedicadas á aquel ambas cosas á la par: sedentarias, mientras la tierra daba medios para alimentar sus ganados; nómadas, en cuanto por su agotamiento tenían que abandonarlas y cambiar de uno á otro parage incesantemente.

En el período de los *metales* encontramos más desarrollado el pastoreo, merced en gran parte al mayor número de animales domésticos de que el hombre se servía; y hallamos desenvuelta la agricultura que en el período anterior sólo está como iniciada, puesto que no puede deducirse que fuera en él principal ocupación del hombre sólo del hecho de haberse encon-

trado piedras para moler trigo y hacer harina. Se ha dicho por algunos escritores, entre otros por Goguet (1), que con ella es incompatible la comunidad de la propiedad de la tierra, esto es, que lleva necesariamente consigo la individualización de la misma, error contradicho por toda la historia como veremos más adelante. Es más, la profesión agrícola no lleva ni siquiera consigo, como necesidad, la vida sedentaria; porque así como ha habido tribus que han tomado y dejado sucesivamente los terrenos en que apacentaban sus ganados mientras que éstos servían para ese fin, de igual modo las ha habido que han cultivado un terreno y luego por circunstancias varias, ya porque dejara de ser bastante productivo, ya porque por lo imperfecto del cultivo no supieran conseguir de él fruto uno y otro año, ya por causa de las guerras y emigraciones, es lo cierto que han abandonado aquel terreno y se han apropiado otro.

Resulta que en todos estos períodos encontramos, lo primero, la propiedad mueble que nació como de suyo, esto es, la de los alimentos que el hombre toma para satisfacer sus necesidades y de las armas de que se sirve tanto para la caza y para la defensa como para la pesca. Encontramos luego ya una propiedad mueble más importante, que es la de los ganados, y además, como consecuencia del pastoreo, una posesión, siquiera sea temporal, de la tierra, la necesaria para apacentar aquellos. Hallamos también una propiedad mueble, la de la pesca, que está en el mismo caso que la de la caza; y una inmueble que aquella puede llevar consigo, tal como lo acreditan estos *kioken-modingos* de que hemos hablado, esto es, la estancia fija en un paraje de la costa que se ha considerado como un punto de partida conveniente para la pesca y para la navegación. Y encontramos, por último, la apropiación de la tierra, la que era condición necesaria para el desarrollo de la agricultura, y que, si no permanente por completo, hubo de ser menos transitoria que la que exigía el pastoreo.

¿Esta propiedad fué desde su origen individual, ó fué social? ¿Era propiedad del individuo, de la familia, ó de la tri-

(1) En su obra sobre el *Origen de las leyes, de las artes y de las ciencias*.

bu? En el primer período, la propiedad mueble, la de los frutos naturales y espontáneos de la tierra y de las armas pudo ser á veces individual; quizás tambien fué propiedad de la tribu misma, puesto que, obligados todos los que la constituian á defenderse de las bestias feroces que por todas partes los acosaban, era posible que por virtud de una sencilla division de trabajo unos se dedicasen al acopio de los frutos espontáneos de la tierra, y otros á la defensa y á la caza peligrosa, lo cual llevaria consigo la comunicacion de los productos de ambos géneros. Viene luégo la vida de pastoreo, durante la cual no eran individuos aislados los que iban de un punto á otro con sus ganados, sino que eran familias, grupos, verdaderas tribus; y en la historia hay datos para poder asegurar cómo era objeto de pendencia la ocupacion de los campos y la posesion de los pozos donde abrevaban sus ganados los unos ó los otros, como sucedió primero con Abraham y luégo con Isaac (1). Y por último, cuando se desenvuelve la vida agrícola, léjos de haber datos en contrario, los hay para afirmar que la tierra, ya fueran las tribus nómadas, ya fueran sedentarias, era propiedad de la tribu misma; hecho que lo veremos confirmado de una manera indubitable al estudiar el derecho de propiedad en la época siguiente.

¿Pueden servirnos para llenar los vacíos que se encuentran en el estudio del derecho de propiedad de estos tiempos prehistóricos las costumbres de los salvajes actuales, como pretenden los escritores á que ántes aludimos? Precisamente la variedad que se muestra en su vida enseña, á nuestro juicio, lo infundado de semejante pretension. El mismo Lubbock (2), en su obra sobre los *Orígenes de la civilizacion* cita el caso de unos salvajes de Australia, donde cualquiera, con tal que sea varon, dispone de su propiedad inmueble y la divide en vida entre sus hijos, y al propio tiempo cita como opuesto el caso de los pieles-rojas de América, en que sucede todo lo contrario,

(1) Gen., XXI, 30—XXVI, 15, 18.

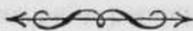
(2) Véanse sus obras: *El hombre anterior á la historia* y *Los orígenes de la civilizacion*, estado primitivo del hombre y costumbres de los salvajes modernos, traducidas ámbas al francés por Ed. Barbier en 1867 y 1873.

pues que el terreno de la tribu cazadora es de la tribu misma y no de sus individuos; y habla además de Tahiti, en la Polinesia, donde cada uno tiene una propiedad particular, y hasta tal punto debe estar dividida y desmenuzada, que se dan casos en que, como sucede en Galicia, el terreno es de un dueño y el árbol de otro; y cita, aparte de otros hechos que se refieren á tiempos antiguos, como el de los vaceos, tribu celtíbera de España, el caso de Nueva-Zelanda, donde se encuentran coexistiendo á la par tres clases de propiedad: la de la tribu, la de la familia y la del individuo; y recuerda, por último, hasta los principios que sirven para resolver la propiedad del animal herido por varios cazadores en Groelandia, segun los cuales es la vaca marina del primero que la ha herido con la flecha, y si se trata de pesca con arpon, miéntras la cuerda queda intacta, es del que la ha lanzado, miéntras que si se rompe, pierde su derecho; así como cuando un rengífero es herido por varias flechas á la vez, pertenece á aquél cuya flecha se ha acercado más al corazon de la bestia, para lo cual hacen señales en las mismas á fin de conocer su procedencia, etc. Ahora bien: estos hechos son tan varios, tan heterogéneos, que no pueden servir de base ni de comprobacion para afirmar sobre ellos una ley general. Esto nace de que se trata de pueblos salvajes, que lo son unos más, otros ménos, que pertenecen á distintas razas, que viven en distintos continentes y que, por lo tanto, dentro de su estado general, han alcanzado distinto grado de desenvolvimiento.

Esto es lo poco que se puede decir respecto del derecho de propiedad en los tiempos prehistóricos: claro es que él existió desde el principio en la historia humana, porque, como ántes decíamos, sin eso la vida hubiera sido imposible. Fué desarrollándose segun fueron desenvolviéndose las necesidades de aquella; mas dentro de este período que comprende miles y miles de años, evidentemente no fueron poco numerosas, ni poco trascendentales, las evoluciones que hubo de experimentar en armonía, sobre todo, con la ocupacion de las tribus, segun que eran cazadoras y pescadoras primero, y más tarde pastoras, y por último, agricultoras, y áun puede decirse res-

pecto del período de los metales, industriales. La propiedad hubo de variar, existiendo siempre la mueble, y en parte, desde el principio, con aquel carácter absoluto que consiente su misma naturaleza, y de que fueron objeto los frutos espontáneos de la tierra, los restos de los animales cazados, las armas é instrumentos de que se servían para esta misma caza, y después ya también los ganados y animales domésticos; así como la propiedad de la tierra nace ante todo como posesion temporal en cuanto se aplicaba al mantenimiento de los ganados para el pastoreo; luego aparece como posesion más duradera, cuando se destina á fines agrícolas, y por fin conviértese en una posesion definitiva cuando las tribus dejaron la vida nómada para hacer una completamente sedentaria.

Antes de concluir, importa notar que este período, correspondiente á los tiempos prehistóricos, se enlaza y confunde con el siguiente, ó sea el llamado primitivo ó tradicional, no siendo fácil discernirlos, pues en esta remotísima edad, más aún que en las posteriores, son las épocas históricas, no como las capas de un terreno cuyo límite desde luego se señala, sino más bien como lo que á la simple vista son los colores del arco íris, que parecen perderse los unos en los otros.



CAPÍTULO II

TIEMPOS PRIMITIVOS Ó TRADICIONALES.



Carácter general de este período. — Carácter del derecho de propiedad en los comienzos del mismo. — Transformaciones ulteriores. — El comun y la familia troncal ó agrupada. — Principios generales de la sucesion hereditaria. — Consideraciones sobre el derecho de propiedad de este período. — Vestigios que quedan de esta organizacion de la propiedad.

Entre los confines del período estudiado en el capítulo anterior y los tiempos verdaderamente históricos, corre el llamado tradicional ó primitivo por qué han pasado todos los pueblos. En él ya no es por virtud de una mera induccion el afirmar si existia ó no la sociedad, pues que su existencia es manifiesta. Nace y arranca de la familia, que va desenvolviéndose y desarrollándose hasta constituir grupos de familias y luego la tribu, y con ella se muestra igualmente el derecho, un derecho religioso, simbólico, escaso y sencillo, en armonía con los caracteres de aquella civilizacion.

En este período se presenta el derecho de propiedad en todas partes, sin excepcion alguna, con un carácter eminentemente social: el sujeto de la propiedad es en todo caso un grupo de hombres unidos por los vínculos de la sangre ó de parentesco; es la familia, es un grupo de familias, la familia

troncal ó la familia agrupada, como quiera que se la llame (1), ó es en último caso la tribu. De aquí es que en todas partes hallamos que la propiedad es comun, no en el sentido de que no sea de nadie y pueda ser por todos utilizada, sino comun en cuanto no es objeto de apropiacion individual, y sí propiedad de la tribu, del grupo de familias ó de la familia; en una palabra, eminentemente social.

Que esta propiedad ha existido en muchos pueblos, lo demuestran tradiciones recogidas por los historiadores más inmediatos á la época de que se trata, y cuya exactitud no es posible poner en duda; y respecto á los demás, lo prueban hechos que no tendrían explicacion, si no hubiera estado organizada la propiedad de esa manera. Así, por ejemplo, Laveleye (2) ha hecho notar que la circunstancia tan frecuente de emplearse el ganado como moneda, demuestra la existencia de la comunidad de los bosques y de los pastos, porque dice, que si no hubiesen tenido derecho los individuos ó las familias, como miembros de la tribu, á apacentar sus ganados en estos sitios, habria sido imposible la continua trasformacion, el continuo cambio en el número de cabezas que cada cual tuviera, puesto que no cabia que tuvieran á su disposicion los pastos necesarios para mantener las que adquirieran, y luego, cuando á su vez las entregaran, abandonarlos, miéntras que se explica facilmente siendo de la tribu, porque no cambiaba el número total de cabezas. Asimismo, es un hecho con respecto á otros pueblos, que hubo una verdadera division de trabajo, en virtud de la cual, miéntras unos se encargaron de la defensa de la tribu, otros, entre tanto, cultivaban la tierra, con cuyos frutos se alimentaban y vivian lo mismo los unos que los otros. De igual modo, las comidas públicas que se encuentran en varios pueblos, como veremos más adelante, son un vestigio del primer disfrute en comun de todo cuanto producía la tierra. Además, cuando llegó el caso de repartir esta entre las familias ó grupos de familias que componian la tribu, se hizo so-

(1) Esto es, la *γένος*, la *gens*, el *clan*, etc.

(2) *La propriété et ses formes primitives*, cap. 3^o.

bre una base de igualdad, lo cual demuestra la preexistencia de una organizacion de la propiedad tal, que, siendo dueña de ella la tribu, la distribuia de ese modo precisamente por lo mismo que todos eran miembros iguales de esa sociedad. Sin esto, no tendria tampoco explicacion el carácter de inalienable con que se nos muestra en los comienzos de la civilizacion la propiedad, principalmente la inmueble, puesto que no se podia enajenar ni por contrato ni por última voluntad, cosa que tiene llana explicacion siendo la tribu dueña de ella. Y por último, añade Laveleye ¿qué significa la llamada *edad de oro* cantada por poetas, como Tibulo, Virgilio y Ovidio, en la cual se supone que no existian ciertos inconvenientes, que más tarde ocurrieron, precisamente porque no habia propiedad privada, sino que era la propiedad comun? Cualquiera que sea el fundamento de esas tradiciones, y no obstante que siempre nos sentimos inclinados á considerar mejores los tiempos que pasaron, siempre sirve ese himno entonado en honor de aquellos tiempos para confirmar el hecho de la propiedad social.

Siendo la propiedad de la tribu ó del grupo de familias, es evidente que no era ningun individuo, ni siquiera el jefe de ese grupo ó de esa tribu, el dueño de la propiedad. El jefe, padre ó patriarca, era tan sólo el administrador, el gerente de aquella sociedad (1); el verdadero propietario era la tribu ó el grupo de familias, los cuales se consideraban como imperecederos é inmortales, porque naturalmente la constante renovacion de los miembros que los constituian impedia el que desaparecieran; hecho que importa hacer notar, porque veremos como trasciende á toda la historia del derecho hasta nuestros dias.

La propiedad, así organizada, se la hacía servir para su fin de un modo que variaba segun las circunstancias, los pueblos y los tiempos. En unos, sin dividirla, se cultivaba en comun y

(1) «El jefe no es un *pater-familias*, no es dueño de la propiedad de la familia; es tan solo el *manager* de sus negocios y administrador de sus posesiones.» S. Maine: *The early history of institutions*, cap. 4: la tribu y la tierra, p. 117.» «El hombre vivo no era más que el representante por algunos años de un sér constante é inmortal que era la familia.» (Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, lib. II, cap. 6º.)

en comun se gozaba ó disfrutaba; en otros, se dividía, pero temporalmente, ya atribuyendo los frutos de cada parte á cada uno de los miembros, ya obligándoles á formar un acervo comun con esos mismos productos para luego distribuirlo entre todos. Son de esto ejemplo el hecho atestiguado por Diodoro de los vaceos, tribu celtíbera de España, que distribuian cada año las tierras para su cultivo y ponian en comun los frutos, así como el caso citado por Strabon de los Dálmatas, que hacian esa misma distribucion de las tierras cada ocho años. Más tarde se hace la tierra propiedad de las familias, pero queda viva la obligacion de aportar una parte de los frutos para atender á ciertas necesidades de la tribu.

Hemos dicho ántes que la propiedad era por esencia inalienable, hecho en que se hallan conformes los historiadores, aunque no lo estén en la explicacion. Para Fustel de Coulanges la razon y el nacimiento de la propiedad misma como propiedad de la familia y su carácter de inalienable procedian del enlace que aquélla tiene con la religion, con el culto de los antepasados. Desde el momento en que el hombre encendió el hogar para tributar aquel culto, hubo domicilio y con él propiedad; y claro está que como ese hogar no podia abandonarse, ni dejarse á la suerte de las vicisitudes y cambios que experimenta la propiedad, ésta llevaba consigo el carácter de inalienable. No puede ponerse en duda la exactitud de los datos aducidos por Fustel de Coulanges, pero es lo cierto que el hecho es más general, pues que se encuentra en todas las tribus de la raza indo-europea, en varias de las semíticas y aún entre los pueblos extraños completamente á nuestra civilizacion, sin que respecto de algunos pueda explicarse por esa relacion con la religion. Si la propiedad era de la tribu y si cuando ésta la distribuia lo hacia con un carácter temporal, claro es que no podia ser enajenable; y de esto se conservan muchos vestigios, aún después de trasformarse en gran manera esta primitiva organizacion de la propiedad. La inalienabilidad es una consecuencia de la forma colectiva ó social de aquella, hecho que, como decíamos ántes, es general en la historia. Se encuentra en los comienzos de la civilizacion de

todas las tribus germanas, escandinavas, eslavas, entre los indos, en los primeros tiempos de Grecia y de Roma, en algunos pueblos semíticos, en la Edad Media, y aún hoy se conservan no pocos vestigios (1).

La propiedad de la tierra empieza por ser de la tribu, sobre todo cuando ésta se hace sedentaria y se consagra á la vida agrícola. La tribu comienza por cultivar en comun, así la tierra arable como los pastos y los bosques. Más tarde continúa disfrutando los últimos de ese modo, distribuyendo la primera entre sus miembros, pero con un carácter distinto, segun el tiempo mayor ó menor por que se concede esa posesion de la tierra. Cuando la tribu realmente cultiva esta por sí, entónces la distribucion que hace entre los miembros de la misma no tiene otro carácter que la distribucion de trabajos que hace hoy el empresario entre sus obreros; y por esto dice, á mi juicio con razon, Sumner Maine, que en un principio se llevó aquella á cabo *per capita*. Pero más tarde se distribuye la tierra por un tiempo mayor ó menor, y entonces la distribucion, sobre todo si se deja á aquéllos á quienes se concede el goce de los frutos de la tierra, ya no se hace entre los individuos, sino que como se les atribuye un como derecho en la tierra, se confiere á los grupos de familias; esto es, se hace la distribucion *per stirpes*. Luego esta distribucion de carácter meramente temporal llega á hacerse permanente, y queda la propiedad en cabeza de esas familias troncales ó agrupadas, pero subsiste siempre como vestigio del antiguo derecho de la tribu la obligacion de suministrar medios, frutos, etc., á la tribu misma, obligacion que en algunas partes consiste en poner en comun todos los frutos, la

(1) Véanse las obras: S. MAINE, *Ancient law*. 7ª ed. Lóndres, 1878; *Early history of institutions*, Lóndres, 1875; las dos citadas en la última de éstas: SOHM, *Fränkische Reichs und Gerschwerfassung*; NASSE, *Land Community of the Middle Ages*; LAVELLEYE, *La propriété et ses formes primitives*, PARIS, 1874; PAUL VIOLLET, *Caracter collectif des premières propriétés immobilières*, PARIS, 1872; FUSTEL DE COULANGES, *La Cité antique*, 8ª edit., PARIS, 1870. LE PLAY, *La Reforme sociale en France*, PARIS, 1872.

prohibicion de ciertos modos de cultivo, etc. Más tarde, continuando este movimiento de desintegracion, si vale la palabra, lo que era propiedad de la familia troncal ó agrupada, de la *gens*, se convierte en propiedad de la familia aislada, en la cual se hace forzosamente hereditaria.

De aquí un hecho general en esta época, consecuencia de ese carácter inalienable que tiene la propiedad, y es, que se puede asegurar, sin temor alguno de incurrir en error, que en ella es completa y absolutamente desconocido el testamento, y la razon es óbvia. El testamento supone una propiedad individual y absoluta, en virtud de la cual el testador al morir dispone de ella como bien le parece, y como faltaba entónces ese supuesto, como no existia semejante propiedad individual, como la propiedad era de la tribu, del grupo de familias, siendo el jefe sólo su administrador ó gerente, era claro que con su muerte no cambiaba la situacion de las cosas, no desaparecia el sujeto de la propiedad, sino que continuaba siendo siempre el mismo; pues, al modo que un pueblo, por ejemplo, no muere porque mueran sus individuos, con la *gens* y la familia sucedia lo propio. En la misma sucesion intestada, que es la única propia de aquellos tiempos, tanto como lo es la testamentaria de los actuales, precisamente, porque si en los unos dominaba la propiedad social, en los otros domina la individual, en la misma sucesion intestada repito, hay dos principios que muestran este carácter de la primitiva organizacion de la propiedad: el de masculinidad y el de primogenitura.

El principio de masculinidad es un hecho casi universal que explica Fustel de Coulanges, partiendo siempre de la base que sirve de fundamento á toda su doctrina, esto es, la religion, por el culto de los antepasados; pues como las mujeres no tenian participacion en éste en cuanto al contraer matrimonio pasaban á otra familia, (paso que se significaba precisamente dejando de rendir culto á los antepasados de la propia y penetrando en el hogar de la del marido), era lógica la exclusion de las mujeres de la herencia, dada la relacion estrecha que habia entre la propiedad y la religion de la familia. Pero tambien, por ser el hecho general, necesita asimismo

otra explicacion. Siendo evidente que la propiedad fué primitivamente de la tribu, más tarde de los grupos de familia, y por último, de la familia misma; que se distribuyó entre estas comunidades, y no entre los individuos, sobre una base de igualdad dando la misma porcion á cada una de ellas, y que la mujer al contraer matrimonio salia de la familia del padre para entrar en la del marido, la consecuencia que se hubiera seguido, si se le hubiesen reconocido derechos sucesorios, habria sido la destruccion de la primitiva organizacion de la propiedad, mientras que los varones continuaban la misma familia haciéndola como imperecedera é inmortal.

El de primogenitura no se encuentra establecido con la misma generalidad, pero sí lo bastante para que merezca ser tomado en cuenta. Fustel de Coulanges, lógico siempre con su principio, lo explica diciendo, que siendo el mayor el encargado de rendir el culto debido á los antepasados, él era el jefe de la familia que estaba constituida para el cumplimiento de este fin, que era lo esencial y lo primero, y consiguientemente dueño de la propiedad. Hay una parte de verdad en esta explicacion, como en los capítulos sucesivos tendremos ocasion de ver, pero lo cierto es que el mayor heredaba ó sucedia en un principio, no al modo que en tiempos más cercanos á los nuestros lo hizo el primogénito, sino por la razon que ántes indicábamos, esto es, porque siendo la familia el verdadero propietario, y su jefe como administrador ó gerente de ella, lo que hacia el hijo mayor verdaderamente era sustituir al padre en el ejercicio de esta funcion.

De todas suertes, la ausencia manifiesta del testamento, junto con el principio de masculinidad y el de primogenitura, revelan el carácter peculiar que tenía la sucesion, que es consecuencia lógica de ser la propiedad, cuando más propiedad de la familia y no del individuo, y de la necesidad de que se cumpliera el fin que habia movido á la tribu á distribuirla.

En cuanto á la propiedad que continuó poseyendo la tribu, pueblo, comun ó comunidad agrícola, es un hecho universal, sobre todo en la raza indo-europea, y hecho del cual existen hoy

numerosos é importantes vestigios (1). Es verdad que aunque se formaron al principio esos vínculos sociales sobre la base del parentesco, más tarde hubo de trasformarse esta, mediante la llegada de personas extrañas que no estaban unidas por el vínculo de la sangre; en cuya virtud cesó de ser el parentesco la razon de las relaciones y vínculos sociales, para serlo el territorio. Pero una prueba de que aquél habia sido el origen y fundamento de esta convivencia social, es la generalidad de una institucion jurídica que, como la adopcion, venia á crear de un modo artificial vínculos análogos ó parecidos á los naturales de la sangre, así como se muestra en principios como el llamado de la *endogamia*, ó sea la prohibicion de contraer matrimonio fuera de la tribu, que hoy mismo encontramos entre muchos salvajes.

Ahora bien: si la propiedad en su origen fué social, y en modo alguno ni en ninguna parte individual, es claro que la explicacion dada hasta há poco por los más de los juriconsultos acerca del nacimiento de aquella, es completamente infundada. Se decia que la propiedad habia comenzado por la *ocupacion*, la cual daba derecho al disfrute exclusivo de la tierra temporalmente, y que luégo la continuacion en este goce exclusivo se habia convertido en propiedad; y de aquí que el ilustre Savigny hiciera arrancar aquella de la posesion contradicha y consagrada por la prescripcion; es decir, que suponía que habia: primero, el hecho de la posesion; segundo, el de la oposicion por parte de los demás; y tercero, la prescripcion que venía á consagrar aquel hecho. En toda esta explicacion se ve siempre el constante error de ver al individuo frente á frente sólo del individuo, cuando el exámen que acabamos de hacer demuestra cómo no comienza por esa ocupacion individual, puesto que es ocupacion de la tribu que se asienta en cada territorio; ni hay oposicion, puesto que siendo de aquella la propiedad, no podia venir de parte alguna, ni necesita luégo la prescripcion, porque la propiedad primero es de la tri-

(1) Véase la obra de Sumner Maine; *Village - Communities in the East and in the West*.

bu y luégo de los grupos de familias y después de las familias, merced á la distribucion que el primer propietario, la tribu, hace de la misma. De suerte que es un error suponer que la propiedad de la tierra ha nacido por la ocupacion individual, por este llamado modo natural de adquirir de los romanos y al modo que hoy se adquieren las llamadas cosas *nullius*. Esto ni se encuentra en ninguna parte, ni se puede encontrar, porque para ello sería preciso que hubiera sido verdad el llamado estado antesocial ó salvaje, esto es, que el individuo hubiera sido como elemento independiente y exclusivo, la unidad fundamental de la sociedad en su origen, y que hubiera entablado, por decirlo así, una especie de lucha con los demás á propósito de la posesion de la tierra (1).

Que el derecho de propiedad de esta época tiene una relacion estrecha con el de la personalidad, se demuestra en la circunstancia de que precisamente si no hay más propiedad que la de la familia, la del grupo de familias ó la de la tribu, es por que esas son las personalidades vivas y fundamentales de aquella sociedad; porque, como ha dicho Sumner Maine, entónces el individuo, como tal, no es nada; está como perdido y absorbido en la familia ó en la *gens*, y sólo vale en cuanto es miembro de ellas. Todo lo que hoy es el individuo en correspondencia con la exaltacion de su personalidad, carácter de la civilizacion moderna, y que lleva consigo el predominio de la propiedad individual, eso eran en los tiempos primitivos la familia aislada, la familia agrupada ó la tribu. Que tiene relacion con el político, lo demuestra el que cuando la familia fué extendiéndose y desarrollándose hasta constituir la tribu, (esto es, una sociedad demasiado ámplia para que fuera posible mantener en ella los que son caracteres propios de la familia), se trasformó el carácter del poder del jefe ó patriarca, dejando de ser padre para convertirse en jefe del Estado, lo cual hubo de llevar consigo la distribucion de la propiedad; porque si miéntras era patriarca, el grupo á cuyo frente se hallaba

(1) Véase: *Ancient law*, de S. Maine, cap. 8^o.

pudo continuar siendo dueño y propietario de la tierra, desde el momento en que se extendió éste hasta convertirse en un Estado que por su amplitud no pudo mantenerse al propio modo de ser de la familia, la tribu perdió parte de su propiedad comenzando en ella ese movimiento de desintegración que hemos examinado. Por esto la propiedad pasó á manos de las familias y quedaron tan sólo al jefe ciertos derechos que eran vestigios y recuerdo de los que tuviera la comunidad y medio de atender á ciertas necesidades colectivas.

No es esta organización de la propiedad una cosa exclusiva de los tiempos primitivos que estudiamos; pues por la razón apuntada en el capítulo anterior, esto es, que las épocas no se suceden de suerte que desaparezca el carácter de una para ser sustituido completamente por el de las otras, durante todo el trascurso de la historia habremos de encontrarla, desde los tiempos antiguos, como pronto vamos á ver, hasta hoy que se nos muestra viva en el *comun* indo, todavía subsistente en las Indias inglesas, en las comunidades agrarias de los árabes, en el *mir* ruso, en la *marke* holandesa, en el *allmend* suizo, en las organizaciones comunales de Sérvia, Iliria y Dalmacia, en los bienes comunales de Francia, de Bélgica y de España, etc. Habremos además de encontrar en los pueblos cultos instituciones que son un vestigio, recuerdo ó consecuencia de ese primer modo de ser de la propiedad, por más que á veces parezca que no hay relación alguna entre las instituciones cuando se les considera sin atender á su enlace histórico á través de los tiempos. Nadie sospecharía, por ejemplo, á primera vista que el derecho llamado de *albinagio* ó de *aubana* tenga relación alguna con esta organización primitiva; y sin embargo es manifiesto que en ambos casos lo que se hace es afirmar el derecho de la nación, de la tribu ó del feudo, según los tiempos, sobre la propiedad, sobre el territorio, lo cual lleva consigo la exclusión del extranjero. Nadie sospecharía que instituciones aún hoy vivas, como el retracto, pueden enlazarse sucesivamente con esa misma primitiva organización de la propiedad. Nadie sospecharía que son un reflejo de ésta ciertos aprovechamientos comunes y ciertos derechos que los pueblos

se atribuyen áun hoy en el goce ó disfrute de determinados productos de la tierra; ni nadie sospecharia, por último, que el dominio eminente del Estado que se atribuyeron los Emperadores romanos, que en el Renacimiento afirmaron los Monarcas absolutos, y que la Revolucion misma ha aceptado, en virtud del cual se atribuyen al Estado ciertos derechos sobre las minas, montes etc. responde en el fondo al mismo principio que sirve de base á esta primera organizacion de la propiedad.

CAPITULO III

ORIENTE.

INDIA; carácter general de su civilización; diversidad de opiniones respecto de la naturaleza del derecho de propiedad; nacimiento y transformación del mismo; relación con las castas; id. con el derecho de sucesión; resúmen. — EGIPTO; sus condiciones especiales; variedad de opiniones respecto del derecho de propiedad; explicación; relación con las castas ó clases y con la sucesión hereditaria.—PUEBLO HEBREO; su carácter general; organización primitiva de la propiedad; año jubileo; año sabático: consideraciones generales.—CHINA; transformación del derecho de propiedad; variedad de opiniones. — PUEBLOS ZENDOS. — ASIRIOS Y BABILONIOS. — FENICIA Y CARTAGO. — CONCLUSION.

INDIA.

Entre los pueblos de Oriente, merece ocupar el primer lugar la India, ya por la comunidad de origen que á ella nos une, ya por su antigüedad, y consiguientemente por la relación inmediata que tiene con el período primitivo ó tradicional que acabamos de examinar. Nótase, cuando del derecho de propiedad de la India se trata, una singular diversidad de opiniones entre los escritores: quién atribuye aquélla á los brahmanes, como Pepere (1); quién al Rey, como Niebuhr (2), y

(1) *Storia del Diritto*; vol 1, cap. III, Nápoles, 1871.

(2) Citado junto con Schlosser, por Giraud en su obra: *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*. Aix, 1838.

entre nosotros el Sr. Cárdenas (1); quién, como Schlosser, dice que la India conoció en la práctica la comunidad de bienes; quién, como Ahrens (2), sostiene que todas las castas podían adquirir esta propiedad, mientras que el escritor italiano arriba citado cree que estaban los *sudras* excluidos de ella; quién, como Maine (3), hace resaltar la importancia que tiene el *comun* indio, verdadero dueño de la tierra, sobre todo en los comienzos de su civilización; quién, como Boscheron Des-Portes (4), pone especial empeño en hacer notar la permanencia de la co-propiedad de la familia y aún de la propiedad misma de los grupos de familia, de la familia agrupada ó troncal; quién, como Eschbach (5), supone que la propiedad pertenecía á los reyes y brahmanes, siendo los cultivadores de la tierra meros colonos heredatarios; y quién, por último, como Giraud, trae á la memoria textos del Código de Manu, que vienen á demostrar la existencia de una propiedad completamente individual. Esta diversidad de opiniones es debida á que se trata de un pueblo cuya civilización cuenta largos siglos de existencia, durante los cuales ha experimentado numerosas transformaciones, y naturalmente, según el momento, á que atiende cada escritor, ó según la época á que se refiere un texto, así resultan una ú otra de éstas, al parecer, contrarias opiniones. No contribuye poco á ello el tener que utilizar como fuente para el caso el célebre Código de Manu, que, lejos de ser originario y primitivo, como á primera vista parece al fijarse tan sólo en su antigüedad, corresponde á una época en que se había desarrollado grandemente aquella civilización. Además no hay que perder de vista, que escrito ó inspirado por los brahmanes, con frecuencia no es tanto una ley positiva, comprensiva de las reglas jurídicas que han de presidir á la vida social, como expresión del ideal que en aquella debe perseguirse. Así que, toda esa

(1) En el cap. 1 del libro 1 de su *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial de España*. Madrid, 1877.

(2) *Enciclopedia jurídica*, lib. II, sec. 2ª, cap. 1.

(3) En todas las obras citadas en el capítulo anterior.

(4) En su *Aperçu historique et analytique du droit Hindou*, 1855.

(5) En su *Introduction générale à l'étude du Droit*, cap. x, sec. 5ª, 3ª ed. Paris, 1856.

variedad de opiniones tiene explicacion, puesto que cada una de ellas es verdad en un momento dado del desarrollo histórico del derecho de propiedad en el pueblo indo.

Es indudable que en un principio existió la comunidad, esto es, que la propiedad pertenecía á la tribu. Nearco, teniente de Alejandro Magno, ya hizo constar que las tribus poseian y cultivaban en comun la tierra y que se distribuian los frutos y las cosechas de ésta; y Elphinston dice que esta comunidad ha persistido hasta tiempos muy cercanos á los nuestros (1). Por esto fué originariamente la tierra inalienable, condicion que más tarde hubo de desaparecer, pero de que quedan vestigios tan manifiestos como el de necesitarse hoy todavía, segun Campbell, la licencia de los vecinos del comun ó de la poblacion de que se trata, para enajenar la propiedad, puesto que ellos pueden impedir que venga á formar parte de ese como pequeño Estado patriarcal el extranjero que no es de su gusto; así como ántes, segun observa Viollet, era necesario el consentimiento de los parientes, de los vecinos, de todos los que eran co-propietarios; trasformaciones todas de la antigua prohibicion de enajenar (2). Sumner Maine ha hecho notar que hoy mismo, si bien han desaparecido los primeros repartimientos de la tierra entre los que formaban el comun, aún se recuerda entre aquellos pueblos con sentimiento la desaparicion de esa costumbre, y que todavía, cuando se trasladan de un punto á otro, hacen esa distribucion, conservando en comun los bosques y los pastos y entregando la tierra arable á las familias (3). Es indudable pues que en la India comienza la propiedad en la forma propia, segun hemos visto, de la época primitiva ó tradicional, esto es, por la comunidad de la tierra; mas luego, subsistiendo parte de esa comunidad con relacion á ciertos bienes, otros se distribuyeron entre las familias ó grupos de ellas, y de aquí la co-propiedad de la familia, la cual tiene entre los indos un arraigo tal,

(1) ESTRABON, libro xv, cap. i.—ELPHINSTON: *History of India*; p. 71 y 72; ed. 1866; citados ámbos por Laveleye en la obra mencionada.

(2) VIOLLET en la obra cit. en el cap. ant. y CAMPBELL en la suya: *System of land tenure in various countries*, p. 166; citadas por Laveleye.

(3) *Village-communities*, p. 112.

que ha continuado á través de toda la historia y subsiste al presente en la India inglesa.

La propiedad era de la familia, y se conservaba en ella, porque tenía un fin ante todo, el fin religioso; esto es, el cumplimiento de los servicios funerarios debidos á los antepasados, para lo cual se necesitaban medios, que estaban constituidos por el patrimonio de la familia. Esta co-propiedad continuaba aún después de muerto el jefe de aquella; porque el grupo de familias, derivado de cada una, seguía formando una verdadera asociacion que tenía en comun esa propiedad, y que se consideraba viva y existente miéntras no hubiera hechos que demostraran el haberse roto los vínculos en que se fundaba, tales como el dejar de concurrir á los servicios fúnebres ó á las comidas comunes, el contratar con los asociados, etc. Ocurrió esto cuando fué relajándose el primitivo principio hasta revestir en cierto modo el carácter que hoy tiene de asociacion libre.

Dentro de este patrimonio de la familia hubo con el tiempo, y hay hoy, la distincion, que habremos de encontrar en tantos otros pueblos, entre bienes propios y bienes adquiridos. Los primeros eran verdaderamente los hereditarios, y de ellos no podia disponer el padre, porque constituian el fondo comun destinado á ese fin religioso, miéntras que disponia de los segundos que habia hecho suyos con su propio esfuerzo. Con esta distribucion aparece al lado de la propiedad social de la familia, grupo de familias ó tribu, la propiedad individual.

En un texto del Código de Manu se dice que «los sábios, que conocian los tiempos antiguos, han decidido que el campo cultivado sea propiedad del que fué el primero á cortar la leña para descuajarlo, y que la gacela sea del cazador que la ha herido mortalmente» (1). Es imposible declarar el principio de la propiedad individual de una manera más clara y más expresa; y claro está que ella hubo de nacer cuando comenzó el movimiento de desintegracion en la propiedad de la familia, al modo que ésta nació cuando se desintegró la propiedad de la comunidad.

(1) Lib. IX, v. 44.

Entonces ¿qué fundamento tiene la opinion de los que atribuyen toda la propiedad á los brahmanes ó al Rey? La primera es exacta, es verdad en principio ó en teoría. Dada la concepcion religiosa de los indos, si de un lado la propiedad no podia ser individual, porque ésta no se desenvuelve donde no se estima la personalidad, de otro, la organizacion de las castas habia de conducir á consecuencias como la contenida en este texto de Manu: *todo cuanto existe pertenece á los brahmanes*; y por eso dice Pepere que la propiedad era de la Divinidad, y sólo la posesion de los brahmanes, quienes la trasmitian á las otras dos castas, *xatrias* ó guerreros y *vaiscis* ó trabajadores. En cuanto al Rey, es cierto que, segun el Código de Manu, *tiene derecho á la mitad de los tesoros escondidos y de los minerales que se extraen de la tierra, porque es Señor supremo del suelo*; pero en primer lugar, esto no es más que una aplicacion á un caso concreto, al tesoro ó á los minerales, y en modo alguno á toda la propiedad; y luego, al decir que es señor del suelo, evidentemente á lo que se alude es á los derechos que el Rey como jefe del Estado tiene respecto á la propiedad, como el de percibir los tributos. En principio, pues, la propiedad era, de una parte, de la Divinidad y en su nombre de los brahmanes; y de otra, del Rey como sucesor de los derechos de la tribu; pero de hecho lo fué de ésta, del comun, pueblo ó lugar, de la familia troncal ó agrupada, de la familia pura ó aislada, y aún del individuo; formas todas de que quedan hoy todavía restos en la India, como ha demostrado Sumner Maine, dedicando tantos estudios y vigiliias al estudio de estas intituciones.

El derecho de propiedad de los indos tiene una estrecha relacion con la institucion de las castas, característica de aquella civilizacion; en primer lugar, porque, segun acabamos de ver, en principio la propiedad pertenecia á los brahmanes, aunque en el hecho perteneciera, no á todas las castas por igual, como dice Ahrens, sino á las otras dos que con la de los sacerdotes constituian las tres regeneradas, pues la de los *sudras* tenía derechos tan precarios, que dependia de la voluntad de los dueños el que continuaran ó no poseyéndola, en armonía con su destino que era el servir á las demás. Nótase tam-

bien en los modos de adquirir, pues que al paso que los hay generales y que alcanzan á todas las castas, como la permuta, la venta, la sucesion hereditaria etc., hay otros especiales de cada casta; y así para los brahmanes lo es la donacion, presente ó regalo; para los guerreros, el botin y la conquista, y para los *vaiscis* y los *sudras*, el trabajo. Entre los modos de adquirir, dicho sea de paso, se encuentra la prescripcion, aunque algun escritor lo haya negado, siendo preciso para que tuviese efecto el trascurso de diez años *bajo los ojos del propietario*, y no procediendo cuando se trata de cosas de un idiota ó de un niño, ó de objetos depositados, etc. Es de notar tambien, por lo que hace á la venta, que si uno vendia la cosa ajena, el comprador estaba obligado á buscar al vendedor para recobrar el precio y entregar la cosa al verdadero dueño; pero si después de todas las diligencias convenientes no parecia, aquél debia entregar la cosa á su dueño, el cual perdia la mitad que entregaba al comprador; es decir, que regia en tal caso un principio, que es una especie de transaccion entre el famoso del derecho romano: *res ubicumque sit pro suo domino clamat*, y el que sirve de base al régimen hipotecario en los tiempos modernos.

La índole del derecho de propiedad expuesto se comprueba con el carácter general del de sucesiones. Ante todo, la lengua sanscrita no tiene palabra para expresar el testamento, pues era completamente desconocido de los primeros ários; es decir, que aquí, como en todo pueblo, ha comenzado la sucesion siendo intestada, como es lógico y natural, segun dijimos en el capítulo anterior, dado el predominio de la propiedad social sobre la individual. El carácter de la sucesion intestada se muestra en el principio de primogenitura, puesto que dice el Código de Manu: «el mayor toma posesion del patrimonio entero y los demás hermanos viven bajo su autoridad como vivieron bajo la del padre; el mayor paga la deuda debida á sus antepasados, y debe, por tanto, tenerlo todo» (1). La razon de esto es la indicada por Fustel de Coulanges, esto es, que el fin

(1) Lib. IX, 105, 107, 126.

de la familia, como el de la propiedad, era el cumplir los servicios funerarios en favor de los antepasados, y esto competía únicamente al hijo mayor. Así es que los antiguos ários decían: «el mayor ha sido engendrado para cumplir los deberes con los antepasados, los otros han sido engendrados del amor (1).» Sin embargo, en el mismo Código encontramos un texto según el cual después de la muerte del padre se distribuían el patrimonio los hermanos, á quienes se recomienda que doten á las hermanas (2); y según otro, el mayor debe tener dos partes, el segundo una y media y los demás una sola (3). Pero en medio de estas diferencias, siempre queda en pie el principio de masculinidad, esto es, la exclusion de la mujer, exclusion que tiene una explicacion en la necesidad de mantener la propiedad en la familia.

Esta diversidad de textos se explica teniendo en cuenta el carácter que ántes hemos asignado al Código de Manu. Como Código de transición, expresa de una parte el principio antiguo y además las modificaciones que fueron verificándose. Según aquel la familia continuaba existiendo como ántes, y por eso dice el texto terminantemente que los hijos continuaran bajo la autoridad del mayor; pero luego viene la relajación de este principio, y con ella la desintegración de la propiedad de la familia, que naturalmente debía llevar consigo como consecuencia la distribución del patrimonio, hasta que más tarde tuvo el grupo de familias el carácter de asociación libre, puesto que podía pedirse su disolución. Es de notar que cuando se trata de los *sudras*, se dice que se divida por partes iguales la herencia entre los hijos, *aunque sean ciento* (4), y era porque aquí no regía el principio religioso que respecto á las otras castas regeneradas. Muéstrase también la influencia de éstas en la disposición según la cual, cuando uno moría dejando hijos de mujeres que pertenecían á varias castas, debían tener los

(1) FUSTEL DE COULANGES: obra citada, pág. 91.

(2) FUSTEL DE COULANGES: obra citada, pág. 81.

(3) PEPERE: obra citada, tit. I, cap. III.

(4) LENORMANT: *Manuel d'histoire ancienne de l'Orient*, vol. 3º, lib. III, cap. IV.

hijos de la mujer perteneciente á la de los brahmanes, tres partes; los de la que pertenecía á la de los guerreros, dos; los de la que á la de los *vaiscis*, una y media; y los de la de los *sudras*, una (1).

Además, en la série de llamamientos que se hacen para la sucesion, en medio de las diferencias que es fácil notar entre las expuestas por los historiadores (2), siempre resulta que el principio dominante en todas ellas es el de atender á esos sacrificios funerarios; y así se llama siempre en primer lugar á los directamente obligados á llevarlos á cabo, luégo á los que pueden ser como su imágen y representacion, como dice Peperere, y sólo en último término vienen los demás parientes, el Rey, el brahman, el profesor, el condiscípulo, etc.

Resulta, en resúmen, que el derecho de propiedad indocomenza revistiendo la forma que, segun vimos en el capítulo anterior, es característica de los tiempos primitivos; nace con la comunidad de la tribu; luégo, permaneciendo en parte esta comunidad, aparece la propiedad de los grupos de familias ó de la familia troncal; más tarde, el patrimonio de estos grupos puede deshacerse y disolverse, rompiéndose la asociacion que le sirve de base; y por último, dentro del patrimonio de las familias se distinguen los bienes propios y los adquiridos, distincion que lleva consigo naturalmente el desenvolvimiento de la propiedad individual. En suma, el derecho de propiedad empezó siendo social y se desarrolló tendiendo á hacerse individual; existiendo en la actualidad todos estos tipos, propiedad individual, propiedad del grupo de familia, propiedad de la familia y propiedad comunal.

(1) PEPERERE; obra citada, tit. I, cap. III.

(2) Peperere habla hasta de diez y ocho llamamientos, que clasifica en tres grupos: hijos, imágenes ó representaciones de los hijos y todos los demás. Gans (*Derecho de sucesion* I, pág. 251), establece para lo que llama *derecho hereditario de los sacrificios mortuorios*, estos tres grupos: primero, los dispensadores de los sacrificios por los ascendientes, y por tanto, los descendientes hasta los biznietos; segundo, aquellos por cuyo medio pueden nacer tales dispensadores, la mujer y las hijas; y tercero, los que se enlazan con el causante como colegas de un culto comun. Además, añade, cuando no hay que hacer sacrificios mortuorios, esca el derecho de sucesion, y entónces suceden los dispensadores de sacrificios de agua, los lectores de los vedas, y por último, el Rey.

EGIPTO.

Si difícil es conocer el derecho de propiedad de la India, más lo es todavía averiguar cuáles fueron sus condiciones entre los egipcios. Este pueblo, por su remotísima antigüedad, por la inmensa variedad de razas y civilizaciones que allí se sucedieron y por la escasez de datos que hasta el presente hay para juzgar de su legislación, es lo cierto que son pocos los elementos de que disponemos para venir en conocimiento de cuál fué su derecho de propiedad. Por de pronto, se nota también una gran diversidad de opiniones respecto de su carácter general. Ya en los tiempos antiguos encontramos que mientras Estrabon afirmaba que las tres castas (1), que para Diodoro eran cinco, tenían todas ellas propiedad, éste supone que sólo la alcanzaron los sacerdotes y los guerreros, y que el Rey la tenía en nombre de la casta en que estaban comprendidas los agricultores, los industriales y los pastores; y Herodoto dice que el soberano era dueño y señor feudal de todo el suelo. Hoy Lenormant (2) sostiene que el suelo estaba en manos de los Reyes, de los sacerdotes y de los guerreros, y que los agricultores no eran más que colonos adscritos á la gleba que cultivaban la tierra, por la que pagaban un cánon, y con la que eran ellos enajenados, encontrándose en una condicion como la de los modernos *fellhas* que la explotan por cuenta del soberano; Ahrens (3) afirma que el suelo era propiedad de los sacerdotes, esto es, del templo, y de los guerreros, siendo los labradores meros arrendatarios, y que sólo los vecinos de las ciudades poseían, al parecer, verdadera propiedad territorial en el término de la localidad; y Pepere (4) sostiene que la propiedad realmente correspondía á la Divinidad, y que lo único que tenía el egipcio era la posesion, y ésta debida á la clase en que

(1) O clases, como quiere Ampere.

(2) Obra citada, tit. 1.

(3) Véase la *Enciclopedia*.

(4) Obra citada, cap. vi.

nacía, estando dividida toda la tierra entre los sacerdotes, los guerreros y el Rey, los cuales la daban en cultivo á los agricultores.

Á nuestro juicio, esta diversidad de opiniones tambien tiene su explicacion. Hay un dato, sólo uno, para sospechar que en un principio debió existir, como en tantas otras partes, la propiedad de la tribu. Este dato le suministra Aristóteles al afirmar que las tierras de los particulares estaban divididas de modo que cada uno tenía una parte en las cercanías de la poblacion y otra en los extremos del territorio. Es evidente que esta semejanza, en virtud de la que cada uno tenía estas dos porciones de propiedad igualmente situadas, está arguyendo una primitiva division hecha entre los habitantes de la poblacion misma, y esto no pudo hacerlo sino la tribu. Así que á nuestro juicio debió, como dice Estrabon, distribuirse la propiedad entre las tres castas, incluyendo en la tercera las tres subdivisiones que hace Diodoro de agricultores, industriales y pastores. Cada casta tuvo una propiedad aneja en razon del oficio que desempeñaba: los sacerdotes, para que así pudieran consagrarse á la religion y al cultivo de la ciencia y del arte, que tambien formaban parte de sus funciones; los guerreros, á la defensa y á la conquista, al cumplimiento de los deberes militares, y la tercera, á la produccion de la riqueza. Pero aparece un dia la Monarquía con aquel carácter despótico y de derecho divino que revistió la de los Faraones, y como los sacerdotes y los guerreros estaban exentos del pago de tributos, naturalmente éstos hubieron de recaer sobre la clase trabajadora, siendo la carga más abrumadora para ellos sobre todo en aquellas épocas de grandes hambres y demás calamidades, de que es testimonio el Génesis al poner en labios de José, que en su tiempo y por esta razon entregaron los cultivadores las tierras al Rey, quien más tarde las devolvió imponiéndoles la obligacion de pagar el quinto. Es decir, que miéntras la propiedad de los sacerdotes y de los guerreros quedó intacta, la de los agricultores fué adquirida por el Rey, y éste luégo la devolvió á modo de censo. En cuanto á la distribucion hecha por Sesóstris, de que ha-

bla Herodoto, como si lo hubiera sido de todo el suelo, es una inexactitud manifiesta; pues sólo alcanzó á parte del que pertenecía al Rey, y que éste repartió entre los guerreros con motivo de su célebre expedición á Asia (1).

Claro es que como las clases superiores no trabajaban la tierra, venian á cultivarla toda las clases agricultoras, ya la que recibian en censo ó colonato de los sacerdotes y guerreros, ya la primitiva que les perteneció, que hubieron de entregar al Rey, y que recobraron de nuevo.

Pero es de notar que aparte de esta propiedad, quizás común en los primeros tiempos, y luego de las castas, llega una época en que debió desarrollarse la propiedad individual, pues en numerosos *papyrus*, referentes al tiempo de los Ptolomeos, aparece rodeada de eficaces garantías en favor de todos los ciudadanos. En uno de ellos, en que se habla de un pleito sostenido sobre una casa y un pedazo de terreno, es de notar cómo uno de los interesados aduce en pró de su derecho la série de adquirentes de aquéllos, alega una posesion de treinta y siete años, y cita un edicto real en el cual se concede el derecho de adquirir por prescripcion una propiedad cuando se ha venido ocupando por cierto tiempo; pleito que concluyó por la victoria del que esas razones alegaba (2).

De todas suertes, no hay que perder de vista, para hacerse cargo de lo que pudo ser la propiedad entre los egipcios, que siempre debieron pagar, no sólo ese quinto, introducido en tiempo de José, de que habla la Biblia, sino los demás tributos, como el diezmo que pagaban todos los bienes inmuebles; los canales, en pesca; las tierras arables, en cereales, y las de pastos, en ganados; y las demás cargas que se imponian en aquel país que ha sido notado como el más burocrático del mundo, donde habia una administracion grandemente desenvuelta, con una estadística que poseia un perfecto catastro de la propiedad inmueble, y que debió tener datos muy seguros respecto á la riqueza cuando se castigaba con la pena de muerte

(1) GIRAUD, *obr. cit.*, p. 23.

(2) *Id.*, *id.*

al que faltaba á la verdad en los estados que se pedian á los particulares respecto de sus medios de subsistencia.

No podemos, respecto de esta legislacion, comprobar el carácter del derecho de propiedad y llenar los vacíos notados en su conocimiento con lo referente al derecho de sucesion, porque todavía son más escasos los datos respecto de éste. Es verdad que algunos escritores, como Pepere y el Señor Cárdenas, se inclinan á creer que la propiedad debia permanecer indivisa, esto es, ser verdadero patrimonio de la familia, aduciendo el primero la razon de la *sacra privata*, y atendiendo el segundo á la organizacion de las castas que llevaba consigo el ejercicio de determinada profesion, y por tanto la obtencion del beneficio en razon del oficio. De todas suertes no hay datos concretos ni positivos para afirmar lo uno ni lo otro.

Por último, en este pueblo, cuyas leyes han merecido ser elogiadas por Bossuet á causa de su sabiduría y cuya propiedad, al decir de varios escritores, estaba tan garantida, ¿es creible que de otro lado la dejaran en completo desamparo, puesto que Diódoro afirma que estaba en ella organizado el robo? Es imposible que lo estuviera real y verdaderamente. El hecho de existir compañías constituidas para este fin, no puede ponerse en duda, pero en lo que probablemente se ha equivocado el historiador griego es en la explicacion de este hecho. Quizás eran compañías de bandoleros de las tribus de los pueblos limítrofes, acaso árabes, que llegaron á tener tal crecimiento y tal fuerza que fué imposible á la autoridad el atajar sus tropelías, y se vió obligado el Estado á transigir y pactar con ellas, cosa que no debe maravillarnos, dado lo remotísimo de los tiempos de que se trata, cuando en otros, no ya cercanos sino presentes, tiene lugar algo muy parecido á esto.

PUEBLO HEBREO.

El predominio del fin religioso que se observa en toda la vida de este pueblo, se muestra asimismo en lo tocante á la propiedad. Religiosa es su moral, religiosa es su ciencia, reli-

giosa su literatura, religiosa su política, inspirada por los profetas, verdaderos tribunos del pueblo, y religiosa su propiedad que se organiza atendiendo á la conservacion del pueblo escogido.

No puede en este caso caber duda alguna acerca del carácter público y nacional por excelencia, como dice Giraud, que tiene la propiedad, pues se trata de la tierra prometida por Jehová y que distribuye Josué entre las tribus por partes iguales, con exclusion de la de Leví, á la que tocaron en cambio cuarenta y ocho ciudades y el derecho al diezmo. Con esta distribucion de la propiedad entre las tribus, y más tarde entre las familias, se aspira á mantener la igualdad dentro del seno del pueblo hebreo y á alejar para siempre el pauperismo. De aquí nace una institucion singular, dirigida á evitar las desigualdades á que el movimiento natural social tenía que dar lugar, pues claro es que las sucesiones y sobre todo la contratacion habian de alterar esa primitiva distribucion. Para impedir las estableció Moisés el llamado *jubileo*, en virtud del cual cada cincuenta años volvian todas las propiedades á la familia primitiva á que habian pertenecido: *revertur homo ad possessionem suam et unusquisque rediet ad familiam pristinam* (1). De aquí que como la propiedad en rigor es de Dios, *mea est omnis terra*, esas enajenaciones no tenian sino un carácter temporal: *terra non vendetur in perpetuum, quia mea est, et vos advena et coloni mei estis* (2).

No están conformes todos los historiadores acerca de si se llevó á la práctica esta singular institucion. Eschbach dice que no hay dato alguno en que fundarse para afirmarlo, mientras que Giraud supone que dejó de estar en vigor después del cautiverio de Babilonia, y el Sr. Cárdenas cree que se conservó hasta la primera destruccion del templo por los asirios. Además, como observa el último de estos escritores, si hemos de creer al historiador Josefo, se tomaron ciertos temperamentos para destruir ó evitar algunos de los inconvenientes que en la

(1) Gen. II, 2.

(2) Lev. xxv, 23.

práctica se podían ocasionar. Así parece que se formaba como una especie de cuenta de gastos y productos, á fin de que fuera reintegrado el poseedor, que tenía que desprenderse de la propiedad, por aquél que la adquiría por haber pertenecido originariamente á su familia.

Al lado de esta institucion hay otra, el *año sabático*, que se refiere á la par á la propiedad inmueble y á la mueble; á la primera, en cuanto al parecer era obligacion de los judíos el dejar sin cultivar la tierra uno de cada siete años, ya para dar descanso á ésta en cierto modo, ya para que así pudiera coonestarse otra de las desigualdades que eran siempre inevitables, autorizando á los necesitados para utilizar los productos espontáneos de aquella; y á la segunda, en cuanto en este año sabático se perdonaban todas las deudas, así como concluía la esclavitud de los hebreos, la cual, á diferencia de la de los extranjeros, era temporal (1); *septimo anno facies remissionem quia annum remissionis est Domini* (2).

Son de notar, además de esta remision de deudas que tambien Eschbach pone en duda haya sido una verdad en la práctica, algunos contratos, como el préstamo, que debia ser gratuito cuando se hacia al hebreo é interesado, no usurario, como se ha dicho, cuando se trataba del extranjero; la prohibicion de dar en prenda las cosas necesarias al deudor, como sus instrumentos de trabajo, sus vestidos, etc.; la prohibicion de embargar á éstos para el pago de las deudas; y hasta el respeto que merecia la libertad aquél, puesto que si era insolvente, no por eso caía en la esclavitud, ni era reducido á prision.

Que esta organizacion de la propiedad tenía una relacion inmediata con la concepcion religiosa del pueblo hebreo, salta á la vista. La tierra es de Jehová, el cual la da á su pueblo, y éste debe utilizarla para mantenerse en las condiciones en que habia nacido, y por tanto con una completa igualdad entre todos sus miembros. De aquí instituciones como el año *jubileo* y

(1) En la lengua hebrea no hay palabra para la esclavitud, la cual se designa más bien como un servicio doméstico.

(2) Deut., xv, 1, 2.

del año *sabático*, que tendian á evitar todas las desigualdades, las cuales, sin embargo, debieron surgir por necesidad; de aquí que, miéntras no se autoriza la confiscacion, pues que cuando uno cometia un delito, y por él merecia perder la propiedad, ésta pasaba á sus herederos, es decir, continuaba siendo de la familia, el Estado no tiene, rigurosamente hablando, derecho á exigir tributos, pues los que percibe, conservan y mantienen el carácter de donativos (1), á diferencia del pago del diezmo á que tenian derecho los levitas que no habian tenido parte en la distribucion de las tierras. Es más, en la época de la Monarquía, se ve el gran respeto que merece la propiedad, seguramente á causa de su origen religioso, como lo muestra el hecho de haber querido el Rey Achab que Naboth le cediera una viña contigua á otra suya, haberse resistido éste y desistir el Monarca (2).

No se debe extrañar esta pretension de mantener la igualdad entre los hebreos, porque, á diferencia de los otros pueblos orientales, se encuentra en el fondo de todas sus instituciones. Segun su concepcion religiosa y su cosmogonía, todos los hombres eran iguales, pero ellos eran del pueblo escogido; de aquí, que cuando se trataba de los hebreos, se mostraba siempre este espíritu y tendencia á la igualdad, miéntras que cuando de los extranjeros, sucedia todo lo contrario (3).

Claro es que si juzgamos las instituciones del año *sabático* y del *jubileo* á la luz de los principios económicos y jurídicos, no sólo es imposible defenderlos, sino que es muy racional la duda de los historiadores sobre si han existido en la

(1) Véase la ob. cit. del Sr. Cárdenas, p. 12.

(2) I. Reyes, xxi. Del texto aparece que Achab pretendió comprar ó permutar la viña de Naboth por otra, á lo cual éste se negó. Luego, como estuviera el Rey triste, su mujer Jezabel, alegando que Naboth habia blasfemado á Dios y al Rey, hizo que lo apedrearán y mataran: pero al ir á tomar posesion de la viña Achab, Jehová condenó su conducta, diciendo que en el mismo lugar en que los perros habian lamido la sangre de Naboth, lamerian la suya.

(3) Esta contradiccion entre el Dios *uno y nacional* lleva al pueblo hebreo, por ejemplo, á reconocer la esclavitud permanente del extranjero, cuando era sólo temporal la del nacional; á autorizar el préstamo con interés cuando se hace á aquél, y no cuando á éste; á castigar con una multa el plagio del uno, y con la de muerte la del otro; á hacer una guerra de exterminio, cuando aquella estallaba, no entre las tribus, sino con pueblos extraños, etc.

práctica; pero de todas suertes siempre resulta, que la propiedad de la tierra, de la tierra prometida, primero se afirmó como de todo el pueblo, y como derivada de Dios, y luego se distribuyó entre las tribus y entre las familias, aspirando á mantener el resultado de esta distribucion. De ahí, por ejemplo, la prohibicion impuesta á las mujeres de casarse fuera de la tribu, como dice terminantemente la Biblia, «para que la heredad de los hijos de Israel no sea traspasada de tribu á tribu (1):» y de ahí, la *leviracion*, que indudablemente tomaron los hebreos de los egipcios, en virtud de la cual la viuda podia obligar al hermano del marido á casarse con ella para «mantener el nombre de su hermano en Israel.» Lo demuestra además de una manera manifiesta el derecho de sucesion. Nunca pudo disponer el padre libremente de los bienes, como han dicho algunos escritores: podia hacerlo dentro de la familia, pero no fuera de ella. Los hebreos no conocieron el testamento: tomáronle mucho más tarde probablemente de los romanos, cuando la jurisprudencia rabínica, como dice Sumner Maine (2), para llenar vacíos de la ley mosaica, aplicó el testamento para el caso de que no hubiera ó no se conociera ninguno de los parientes llamados por Moisés á la sucesion. Habia además el principio de primogenitura, como lo prueba el hecho bien conocido de haberlo vendido Essaú á Jacob, pero que más tarde queda reducido al derecho á una doble parte que los demás; y al lado de él el de masculinidad hasta el caso de las hijas de Salphad que pidieron á Moisés que se les diera parte de la herencia de su padre, desde cuya época se concedió á las hembras la herencia, pero cuando no hubiera varones, y sobre una base de igualdad entre ellas. Todo esto, junto con el *retracto gentilicio*, y con el que podia utilizar el mismo vendedor, demuestran que la propiedad ha sido colectiva ó social en un principio, y que se desenvolvió siguiendo el mismo camino que en los demás pueblos ántes estudiados.

(1) Núm. xxxvi, 6, 7.

(2) *Ancient law*, p. 197.

CHINA.

Hay tambien gran diversidad de pareceres entre los historiadores respecto del modo como ha estado organizado el derecho de propiedad en este pueblo. Conformes todos en que ha sufrido grandes trasformaciones, no lo están en el tiempo en que éstas tuvieron lugar. Claro está que en principio, siendo el Emperador la primera emanacion del gran Sér, el hijo del cielo, y la tierra á su vez derivacion de éste, aquél es dueño de toda ella; pero en el hecho parece que el Estado autorizaba, respecto de todas las clases, la adquisicion de esta propiedad, y la conferia en especial á los varios órdenes de funcionarios que constituian aquel cuerpo de servidores, mediante los cuales rige el Emperador sus inmensos dominios, y á quienes se daban bienes con carácter de hereditarios; por lo cual no es extraño que se haya dicho que existia allí un como régimen feudal. De todas suertes, lo cierto es que en el siglo III ántes de Jesucristo el sistema que habia servido de base á la administracion de las tres primeras dinastías concluyó con el primer Emperador de los *Tsin*, el cual destruyó aquel orden de cosas y se hizo dueño de todos los dominios, revolucion que tiene cierta analogía con otras de la historia. Mas después se dice que el Emperador distribuyó esas tierras que habia reivindicado ó arrebatado á esos como señores feudales, entre los particulares, quienes labraban para sí nueve décimos del terreno y un décimo para el Emperador, y como se continuaron haciendo donaciones á los servidores, vino así á constituirse otra especie de feudalismo, puesto que se asegura que el suelo se trasmitia con la carga del diezmo y con la de ciertos servicios de carácter feudal que prestaban los agricultores á los funcionarios.

De todas suertes, este apoderamiento de la propiedad por el Emperador sería en todo caso de la que habia ido haciéndose hereditaria y habia sido trasmitida de generacion en generacion en la clase de los letrados y mandarines etc.; pero no en general de toda la propiedad. Respecto de ella quedaria siempre establecido el principio religioso en virtud del cual el Emperador es dueño de todo el suelo como hijo

del cielo, pero de hecho estaría en manos de los agricultores.

Respecto de esta propiedad particular resulta en China lo que en todos los pueblos que hasta el presente hemos examinado, esto es, que era de la familia, y así que tampoco conocían el testamento en un principio; no había más sucesión que la intestada; el patrimonio quedaba indiviso bajo la autoridad del hijo mayor y sólo más tarde se pudo pedir por los hermanos la distribución por igual entre éstos. Si aparece el testamento, es mucho después, y como dice Pepere, con un carácter secundario y contingente, es decir, cuando no hay dentro de la familia miembros de cierto grado en relación con los sacrificios funerarios que tienen aquí una importancia análoga á la que tienen en India y aún en Persia.

En cuanto á la propiedad mueble, claro está que aunque el principio general en virtud del cual el Emperador es dueño de todo, también la alcanzaba, nunca podía ser con la energía y trascendencia que respecto de la inmueble, y no debía dejar de tener importancia entre los chinos, vistas las numerosas disposiciones con que regulaban lo referente á los contratos y aún máximas como la de que «el engaño es repugnante á la naturaleza racional del hombre.»

Es de notar el concepto que tenían los chinos, al menos uno de sus sabios, respecto de la utilidad de la propiedad y de las consecuencias que de ella nacen. Mengtseu ó Mencio, discípulo de Confucio, dice que «los que gozan constantemente de una propiedad suficiente para su conservación, tienen también constantemente el espíritu sereno; por el contrario, á los privados de ella les falta esa serenidad de espíritu, y así son llevados á violar el derecho, á la perversidad del corazón, á la depravación de las costumbres y á la licencia desenfadada.» Y añade en otro lugar: «Cuando el pueblo está privado de todos los medios para vivir, no piensan más que en evitar la muerte; y en tales condiciones ¿cómo ha de tener tiempo para ocuparse de las doctrinas morales á fin de conducirse según los principios de la equidad y de la justicia? (1)»

(1) PEPERE, obra citada, vol. I.

PUEBLOS ZENDOS.

Pocos datos tenemos para juzgar lo que pudo ser el derecho de propiedad en estos pueblos, esto es, los bactrianos, los medos y los persas, notándose además, sobre todo, respecto de los últimos, cierta variedad de opiniones en lo poco que se dice, así sobre esta materia, como sobre todas las instituciones jurídicas; lo cual es debido, en nuestro juicio, á que se trata de un imperio de larguísima duracion, cuyos caracteres cambian mucho durante el curso de su historia, desde la época en que se enlaza con las primitivas costumbres de los ários hasta los tiempos en que se organizó aquel imperio guerrero, semi-patriarcal y semi-divino. Parece que el genio Diemscide hiende con un puñal de oro la tierra, así que la agricultura debió ser la principal fuente de la propiedad. Es de notar la delicadeza que la religion muestra en todo lo que se refiere á los deberes relacionados con la propiedad; así, impone como un deber exigible la caridad, declara como cosas ilícitas el negar la merced debida al maestro, al labrador, etc.; condena la usura, el deseo de lucro y hasta el comprar trigo barato para venderlo caro.

Suponen unos que el suelo era propiedad del Rey, otros que pertenecía en principio á los sacerdotes, y en realidad á los individuos. No es probable lo segundo, porque no tuvo aquella sociedad la organizacion teocrática que era condicion necesaria para que así sucediera, pero sí lo primero cuando llegó á constituirse aquel despotismo imperial que toca en los límites de lo ridículo. De todos modos, la propiedad debia tener respecto de la familia un carácter análogo al que hemos encontrado en otros pueblos, puesto que los historiadores convienen en que no se conocia el testamento (1).

ASIRIOS Y BABILONIOS.

Lo propio sucede con estos imperios, pues con ser hoy tan

(1) Véase las obras citadas de Ahrens y Peper.

conocidos y estudiados en todo lo que atañe á su religion, su arte, su industria, etc., no sucede lo mismo con su derecho. Que el de propiedad debió desenvolverse en estos imperios, lo demuestra, por lo ménos respecto del de los asirios, el hecho de haberse descubierto numerosos contratos de venta y de arrendamiento de propiedades territoriales, consignados en tablas de arcilla recocida, de los cuales resulta que se hacia la trasmision de la propiedad con fórmulas solemnes y sagradas ante un oficial público ó notario y testigos. Resulta tambien que tenian un catastro, en el cual se hacian constar todas las mutaciones de la propiedad y que servia de base á la distribucion de los impuestos, y que la organizacion de los riegos y de los canales era origen y fuente de numerosas servidumbres y tambien de cuestiones y pleitos; y resulta, por último, que el deudor insolvente era reducido á esclavitud (1).

FENICIA Y CARTAGO.

En cuanto á estos pueblos comerciales, si bien Fenicia tenía un campo muy cultivado, como era poco extenso en proporcion de su poblacion, tuvo que consagrarse á la industria y al comercio; y en Cartago, aunque la agricultura fuera la operacion favorita de la aristocracia y llegase á alcanzar allí un desarrollo singular la economía rural, no tenemos datos para conocer cómo estuvo organizado el derecho de propiedad por lo que hace á la tierra; aunque sí lo bastante para comprender que cuando se trataba de la riqueza mueble, la debida á la industria y al comercio, ni fenicios ni cartagineses eran muy escrupulosos en cuanto á los medios, pues á su egoismo y avaricia lo sacrificaban todo; y de ahí, por ejemplo, que en Cartago el Gobierno, con el deseo de mantener el monopolio del comercio en favor de sus súbditos, dió orden á los buques cartagineses para que echaran á pique á todos los que encontraran en las costas de Cerdeña ó más allá de las columnas de Hércules; y análogos procedimientos empleaban los fenicios para evitar que otros comerciaran con sus colonias.

(1) LENORMANT: obra citada; tit. II, pág. 141.

Por encima de todas las diferencias que se observan entre las legislaciones de los pueblos orientales, que hemos examinado, resulta siempre que, efecto de su proximidad á aquel período tradicional ó primitivo de que nos ocupamos en el capítulo anterior, se muestran en él todavía los mismos caracteres generales en cuanto á la organizacion y modo de ser del derecho de propiedad. El influjo de la religion, el carácter social ó colectivo de la propiedad, el reconocimiento de un origen de ésta segun el cual fué de la tribu y más tarde del *comun*, de la *gens* ó de la familia, son caracteres generales que á todas ellas abarcan. Se diferencian en el grado mayor ó menor á que ha llegado la desintegracion de la propiedad social, pero en ninguno de ellos pasa nunca de la familia misma, la cual es en último caso el sujeto de la propiedad, principalmente de la inmueble, en aquella parte en que no continúa siéndolo la *gens*, el comun ó la tribu. Claro está que por lo que hace á la mueble, ha existido, como no podia ménos, la verdadera propiedad individual; porque sin que sea esto decir que en aquellos remotos tiempos fuera fundamental la distincion de los bienes en muebles é inmuebles, como sucede al presente, ántes bien reconociendo que la entónces tomada en cuenta hacia relacion al uso y aplicacion de esos mismos bienes, exigiendo, por ejemplo, mayores formalidades y solemnidades para la trasmision de los que más importan y son más útiles, aunque sean muebles, como, *verbi gratia*, los animales de trabajo, es lo cierto que por regla general la propiedad mueble, por su misma naturaleza, por su propia índole, se presta inmediatamente á la individualizacion. Lo que si puede asegurarse es, que en el antiguo Oriente no se encuentra la propiedad individual con el carácter absoluto y personal con que se muestra en otros tiempos y pueblos.

CAPÍTULO IV

GRECIA.

I. — TIEMPOS PRIMITIVOS.

Modo cómo comienza el derecho de propiedad en Grecia según Fustel de Coulanges; distinto punto de vista de Laveleye; análisis de ambas opiniones.—Exámen de las legislaciones de Zaleuco, Carondas y Minos.— Consideraciones generales sobre el nacimiento del derecho de propiedad entre los griegos.

Examinaremos primero cuáles son los orígenes del derecho de propiedad en Grecia, y luego veremos su desarrollo y transformaciones, estudiando las legislaciones de Atenas y de Esparta.

La cuestión que ante todo importa ventilar respecto del primer punto, es la de si realmente la propiedad nació en Grecia del modo que ha nacido en todos los pueblos, esto es, con los caracteres que hemos visto eran propios de la época tradicional ó primitiva de todos ellos, ó si, como sostiene Fustel de Coulanges (1), al contrario de otras razas, los griegos desde la más remota antigüedad han conocido y practicado siempre la propiedad privada. Para este distinguido escritor, como ya

(1) Obra cit. lib. II, esp. VI.

hemos tenido ocasion de ver, la religion doméstica, la familia y el derecho de propiedad son tres cosas que tienen en su origen una relacion manifiesta y que al parecer han sido inseparables en Grecia. La familia tiene su hogar donde se rinde culto á los antepasados; así el hogar toma posesion del suelo, el cual se hace propiedad de la familia que por deber y por religion continúa siempre agrupada alrededor de su altar, y con él aparece la idea del domicilio; de donde resulta que la casa no se levanta solamente para que sirva á la vida de un hombre, sino para que sirva á la familia cuyas generaciones debian sucederse en la misma morada. De igual modo se extiende esta misma condicion al campo en que se daba sepultura á los antepasados, creándose un vínculo análogo al anterior; y así dice él: «sin discusion, sin trabajo llegó este pueblo de un solo golpe y por virtud de su sola creencia á la concepcion del derecho de propiedad.» Cita además, en confirmacion de ésto, la institucion indudable de los términos que revestian un carácter sagrado y religioso, la inalienabilidad de la casa y del campo que eran imprescriptibles é inalienables, al contrario de lo que acontece cuando la propiedad se funda en el trabajo y no reviste este carácter religioso; y cita tambien, como ya hemos visto en los capítulos anteriores, en comprobacion de su tesis, la ausencia del testamento, el principio de masculinidad, el carácter especial de la sucesion de los colaterales y aún el derecho de primogenitura, las comidas públicas, que son para él, con relacion á la ciudad, lo que eran las comidas en el hogar; comidas públicas de uso universal en Grecia, símbolo del carácter religioso de la asociacion humana, en cuanto era el vínculo social de aquellas organizaciones esta comunion santa, piadosamente cumplida en presencia de los dioses de la ciudad. Por último, Fustel de Coulanges, además de afirmar de esta suerte la co-propiedad de la familia, pero negando que existiera la de la tribu ó la comunidad, añade, que al parecer entre los griegos la concepcion del derecho de propiedad ha llevado una marcha completamente opuesta á la que parece natural, puesto que no se ha aplicado á los frutos primero y al suelo después, sino que ha seguido el órden inverso.»

Laveleye (1) ha aducido en contra de esta explicacion dada por Fustel de Coulanges varias razones, tomadas las más de ellas de Viollet, y que son, en suma, las que segun vimos en el penúltimo capítulo, le servian para demostrar la existencia de la primitiva propiedad de la tribu como un hecho general en la época tradicional ó primitiva. Así en Grecia encuentra tambien que el ganado era la moneda que se usaba, lo cual, segun él, supone la comunidad de los bosques ó sitios donde aquel se apacentaba; encuentra que tambien en Grecia se habla de esa *edad de oro*, en que todo era comun, recordando á este propósito que Platon, por ejemplo, decia que en los comienzos de la civilizacion griega habia abundancia de pastos, de donde los hombres sacaban su subsistencia, así es que no les faltaba ni carne ni leche; análogamente á lo que Tácito dice de los germanos, y reproduccion de aquella frase de César; *carne et lacte vivunt*; recuerda que Diódoro de Sicilia cuenta que los habitantes de Cnido y Rodas, cuando se establecieron en las Islas de Lipari, fundaron una organizacion social, en virtud de la cual se dividieron los ciudadanos en dos clases, una la de aquellos que estaban encargados de cultivar las tierras que se declararon propiedad comun, y la otra que tomó á su cargo el cuidado de la defensa; y añade el historiador: «habiendo puesto de esta manera en un solo acervo todas las propiedades y comiendo juntos en banquetes públicos, los habitantes de las islas vivieron en comun durante muchos años, pero más tarde se distribuyeron las tierras de Lipari donde se encontraba su ciudad, continuando el cultivo en comun de las demás, hasta que al fin las repartieron todas por veinte años á la espiracion de los cuales se las sorteaba de nuevo.» Segun Aristóteles, en Tarento «se concedió á los pobres el uso comun de las propiedades, por cuyo medio se obtuvo la adhesion de la muchedumbre.» El mismo filósofo griego nos habla, en su famoso tratado de *Política*, de las dos organizaciones, esto es, la que consiste en que los campos sean de propiedad particular y las cosechas comunes, y la en que

(1) Obra cit. cap. ix.

el suelo es lo comun y las cosechas propiedad individual (1).

Además, esas comidas públicas de uso universal, como reconoce el mismo Fustel de Coulanges, se derivan de la comunidad primitiva de la tierra y de sus frutos, comidas que luégo fueron trasformándose, segun tendremos ocasion de ver más adelante, hasta ser un mero símbolo de la verdadera realidad que fueron en un principio. Es asimismo muy frecuente entre los griegos hallar la tradicion de un primitivo reparto de la tierra; pues la encontramos entre los habitantes de las Cíclades, Tenedos, Lesbos y las islas vecinas, y en el Peloponeso, como veremos luégo. En Locres, Tebas y Leucade, segun refiere Aristóteles, debia mantenerse cuidadosamente el número primitivo de las propiedades, hecho que no puede tener explicacion sin la existencia de un prévio reparto, así como en Turium los aristócratas quisieron apoderarse de las tierras, no obstante la ley que se oponia á estas adquisiciones; y segun Diódoro hubo un reparto de la tierra. Este hecho de la inalienabilidad y de la prohibicion de nuevas adquisiciones, ya fuera debido al temor que inspiraba una aristocracia invasora, ya se hicieran como medio de evitar que adquiriera propiedad la plebe, esto es, las gentes venidas de fuera y que no habian tenido parte en la distribucion, acusa de todos modos la exis-

(1) Aristóteles dice lo siguiente: «Así, suponiendo que se posee el suelo individualmente, ¿se deberán reunir los frutos para consumirlos en comun como lo practican algunas naciones, ó por el contrario, siendo la propiedad comun, se dividirán los frutos entre los individuos, especie de mancomunidad que tambien existe, segun se dice, en algunos pueblos bárbaros, ó bien las propiedades y los frutos deben ser igualmente comunes?» Y añade más adelante: «Yo prefiero, y mucho, el sistema actual, completado por las costumbres públicas y sostenido por buenas leyes. Reune las ventajas de los otros dos; quiero decir, de la mancomunidad y de la propiedad exclusiva. La propiedad en este caso se hace comun en cierta manera, permaneciendo al mismo tiempo particular: las explotaciones, como estarán todas ellas separadas, no darán origen á contiendas; prosperarán más, porque cada uno las mirará como asunto de interés personal, y la virtud de los ciudadanos arreglará su aplicacion de conformidad con el proverbio: «entre amigos todo es comun...» «Es por lo tanto evidentemente preferible, que la propiedad sea particular y que sólo mediante el uso se haga comun. Guiar á los espíritus en el sentido de esta benevolencia, compete especialmente al legislado.» (Véase la *Política*, lib. II, capítulo II, págs. 49 y 50 de la traduccion de D. Patricio de Azcárate). Excusado es llamar la atencion sobre el profundo sentido encerrado en las últimas frases, que vienen á coincidir con la llamada *solucion cristiana* del problema social.

tencia de ese primitivo reparto. Es verdad que el mismo Fustel de Coulanges reconoce clara y terminantemente este carácter inalienable de la propiedad, sólo que le explica por la razón religiosa que ántes hemos expuesto y que según vimos en los capítulos anteriores, no es bastante, en cuanto es el hecho más general, alcanzando á razas cuyas costumbres no consienten esa explicación. En fin, el principio de masculinidad, el de primogenitura y la ausencia del testamento que se encuentran también en estos tiempos primitivos de la Grecia, tienen la explicación que en otro lugar hemos dado derivada de la primitiva propiedad de la tribu.

Si estudiamos las legislaciones más antiguas de Grecia, veremos confirmado el punto de vista de Laveleye. Dejemos á un lado lo que llama derecho heróico Pepere en su *Historia de la Legislacion*, durante el cual encontramos que la propiedad, sobre todo la de la tierra, pertenece en absoluto á los héroes que la adquieren por la ocupación bélica y aún por la piratería, y sólo la propiedad mueble pertenece á las otras clases, aunque siempre con subordinación al derecho de los héroes; porque por la índole de las fuentes en que se estudia este período, en el cual no es fácil discernir lo real de lo poético, por referirse más bien á un estado de guerra entre tribu y tribu, y por corresponder quizás á un estado transitorio determinado por la conquista, no puede servir para conocer la organización general de la propiedad en los tiempos que estudiamos. Pero conocemos tres legislaciones, la de Zaleuco, la de Carondas y la de Minos, en las que se ven manifiestos vestigios de esa primitiva organización de aquélla (1).

En la de Zaleuco se establece para los habitantes de Locres la igualdad de bienes y la participación por igual en los frutos, con más la prohibición de enajenar el patrimonio, salvo caso de extrema necesidad, lo cual es una prueba manifiesta de la primitiva comunidad y de una ulterior distribución. En los países en que rigió la legislación de Carondas, esto es, la Catania y varias colonias de la gran Grecia, se manifiesta

(1) Véase la *Historia de la Legislacion*, de Pepere, capítulos II, V, VI y VII

el fin social que se atribuye á la propiedad en la caridad que se impone como un deber legal, y en la racional y delicada exigencia de que los individuos no excedan en cuanto al lujo, comodidad y fastuosidad de sus moradas á los edificios públicos, esto es, que tanto como en éstos se tolera la magnificencia, tanto se exige la modestia en los de los particulares. En la de Minos el hecho es aún más evidente. Es sabido que en Creta existían las comidas en comun, utilizando los frutos y ganados que entregaban los siervos que cultivaban la tierra, con los cuales se atendía á las necesidades del culto y á estos banquetes públicos á que asistían todos los ciudadanos. Es verdad que el Conde Pastoret ha negado la existencia de la comunidad de bienes en Creta, fundándose en que había allí esclavos particulares además de los del Estado; en que algunos individuos llegaron á adquirir grandes riquezas, cosa incompatible con la comunidad, y por último, en que los tratados celebrados entre los diferentes Estados de que se componía Creta, sancionaban siempre el derecho de comprar y vender, de cultivar y de sembrar la tierra. Pero no puede ponerse en duda la existencia de esa comunidad de bienes; lo que aconteció fué que más tarde, al modo que sucedió en todos los pueblos, fué desapareciendo, y la propiedad particular fué afirmándose más y más hasta llegar á consagrarse el derecho libre de adquirir, como hace constar Polibio, y entónces tuvo lugar lo que Pastoret recuerda.

Además, es un hecho general, sin excepcion alguna, la ausencia del testamento; pues en ninguna de estas legislaciones, en ninguna de las repúblicas griegas, se encuentra en estos tiempos primitivos, por la razon aducida por Platon, y que recuerdan á la vez Fustel de Coulanges y Laveleye (1).

Ahora bien: en nuestro juicio, la opinion del primero de

(1) El pasaje á que se refieren Laveleye y Fustel de Coulanges, y que sólo insertan en parte, integramente dice así:

Ateniense. — porque casi todos nosotros carecemos en cierta manera de libertad de espíritu y de firmeza de voluntad cuando estamos á punto de morir.

Clinias. — ¿Qué quieres decir, extranjero?

Ateniense. — Mi querido Clinias, todo hombre que se encuentra próximo á la

estos escritores es un tanto exclusiva é incompleta. Si se tratara, por ejemplo, de la India, podria explicarse la conservacion de la propiedad dentro de la familia por razones puramente religiosas, porque allí hemos visto que el patrimonio todo era un medio para llevar á cabo los sacrificios funerarios; pues así como el fin del matrimonio y de la familia era ante todo el procurar un hijo que llevara á cabo y cumpliera con esos deberes religiosos, la propiedad tenía como fin principal y primero ese mismo. Pero no hay que perder de vista que la explicacion que da Fustel de Coulanges sólo puede alcanzar á la casa donde está encendido el fuego sagrado, al hogar, al altar ó al campo donde está la tumba que encierra los restos del antepasado; puede explicar la existencia de una parte de la propiedad, de aquella que fué el comienzo de la propiedad priva-

muerte, está de un humor singular, y tiene siempre en la boca palabras y dichos que inquietan y embarazan á los legisladores.

Clinias. — ¿Por qué?

Ateniense. — Queriendo disponer de todo á su gusto, tienen la costumbre de decir con arrebató. . .

Clinias. — ¿Qué?

Ateniense. — «¡Oh dioses! exclama: ¿no es bien duro que no pueda yo disponer de mis bienes en favor de quien me plazca, dejando más á éste, ménos á aquél, segun el mayor ó menor afecto que me han demostrado, y del cual he recibido pruebas bastantes en el curso de mi enfermedad, en mi vejez y en los diversos acontecimientos de mi vida?»

Clinias. — ¿No te parece, extranjero, que tienen razon para expresarse de esa manera?

Ateniense. — Encuentro, Clinias, que los antiguos legisladores han tenido demasiada condescendencia, y que, al dictar sus leyes, no han extendido sus miradas bastante léjos, ni sobre todo el conjunto de los negocios humanos.

Clinias. — ¿Qué quieres decir?

Ateniense. — Asustados con las quejas que acabamos de referir, han dictado una ley que permite á todo el mundo disponer absoluta y enteramente de sus bienes como le agrade. Pero vosotros y yo daremos una respuesta más sensata á los ciudadanos cuando estén á punto de morir.

Clinias. — ¿Qué respuesta?

Ateniense. — Mis queridos amigos, les diremos: vosotros que, más que ningun otro, apénas podeis contar con un dia de existencia, os es difícil en el estado en que os hallais, juzgar de vuestros negocios ni tampoco conoceros á vosotros mismos, como lo ordena Apolo Pitio. Por lo tanto, os declaro, en calidad de legislador, que no considero que os perteneceis á vosotros mismos, ni que os perteneceis vuestros bienes, sino que todo pertenece á toda vuestra familia, lo mismo á vuestros antepasados que á vuestra posteridad; y con más razon aún declaro que toda vuestra familia con sus bienes pertenece al Estado. (Véase *Las leyes*, libro xi, páginas 219 y 220 de la traduccion de D. Patricio de Azcárate.)

da, la de la casa, la del hogar, y aún la de los terrenos circundantes á la tumba; pero ¿cómo explicar el nacimiento y desarrollo de la restante, que, comparada con aquella, era la mayor parte? O ésta era de la familia también, y entónces hay que buscar otra razon más general para explicar su organizacion, ó no lo era, y en tal caso hay que admitir que pertenecía á el γένος ó á la tribu.

El hecho indudable de los repartos de tierras, las comidas en comun, que no eran tan sólo una ceremonia religiosa ó que si lo fueron en un tiempo y en algunos pueblos, en otros fueron manifestamente una participacion, un disfrute en los productos de la tierra; el carácter inalienable de esa misma propiedad y la prohibicion de nuevas adquisiciones, cosas ambas que acusan la pretension de que continúe el estado determinado por la primitiva distribucion; la atencion que se presta al interés social y comun, esto es, de la tribu, como lo muestran principalmente las legislaciones de Zaleuco, de Carondas y de Minos, la ausencia del testamento, el principio de primogenitura que era condicion necesaria para mantener aquella primitiva distribucion, y el principio de masculinidad que lo fué más tarde para que no saliera esa propiedad de las familias á que se habia concedido, muestran que en Grecia empezó la propiedad como en los demás pueblos, siendo social, no sólo en cuanto era de la familia, sino en cuanto lo fué ántes de la tribu, conforme con el hecho general que hemos encontrado subsistiendo en la época tradicional ó primitiva.

Por lo que hace á la diferencia que Fustel de Coulanges cree hallar entre Grecia y otros pueblos en cuanto en éstos comienza la propiedad privada por los frutos, viniendo más tarde la del suelo, y allí sucedió todo lo contrario, aún suponiendo exacto y comprobado el hecho, tendria á nuestro juicio una sencilla explicacion. Indudablemente la tierra comenzó siendo de la tribu, la cual la explota de varias maneras; ya por sí, sirviéndose de los individuos como de obreros, en cuyo caso puede decirse que suelo y frutos son comunes; ya distribuyendo aquel y dando á cada uno un pedazo para que lo cultive, pero sin perder el cultivador el carácter de obrero; ó ya, por

último, en vez de recoger los frutos para luégo distribuirlos entre todos, adoptando el camino de dejarles esa porcion de terreno en su poder para que viva cada cual con los que produzca. En todos estos varios sistemas, el principio es siempre el mismo; siempre se afirma ante todo el derecho de la tribu, la cual busca un fin que es comun, el atender á su propia subsistencia y la de todos sus miembros: lo que varía son los medios empleados para llegar al cumplimiento del mismo. De suerte, que el que llevara la posesion del suelo consigo la percepcion de los frutos, no era cosa esencial, así como es evidente que el hecho de tener que traer, para formar el acervo comun, todos los productos de esa misma tierra, muestra cómo no existia realmente una verdadera propiedad privada; habia tan sólo una mera posesion transitoria, pasajera, consecuencia de la distribucion que de la tierra se hacia para el fin comun de la produccion. Sería completamente contradictorio que el Estado ó la tribu reconociera y diera nombre de propiedad á esa posesion, y luégo viniera á negar el efecto más inmediato y natural del derecho de propiedad, cual es el disfrute ó percepcion de los frutos.

II. — ESPARTA Y ATENAS.

ESPARTA. —Organizacion del derecho de propiedad en su origen.—Desigualdad de la riqueza. —Reforma de Licurgo; sus elementos; su fin.—Desigualdad que sobrevino ulteriormente.—Guerras entre ricos y pobres.—Alianza de la democracia con los Monarcas: reformas sociales hechas por éstos.—ATENAS.—El derecho de propiedad en los comienzos de la historia de Atenas.—Reforma de Solon; sus aspectos social, civil y politico.—Consecuencias.—Propiedad mueble: contratacion.—CONSIDERACIONES GENERALES.

Examinado el origen del derecho de propiedad en Grecia, veamos su desenvolvimiento en las repúblicas de Esparta y de Atenas, las cuales, áun cuando revisten el carácter que es comun á todas las griegas, son como los dos tipos opuestos dentro de los que están comprendidas las demás.

ESPARTA.

Por más que algun escritor haya afirmado que la tierra

había correspondido al Estado y que de ella se había hecho una distribución quedando parte todavía en comunidad, es lo cierto que cuando aparece Esparta en la historia, como dice Laveleye (1), había salido del régimen de la comunidad primitiva y llegado al de la propiedad de la *gens* ó de la γένος; y quizás no se equivoca Fustel de Coulanges (2), cuando afirma que de este mismo régimen quedaban tan sólo algunas de las instituciones propias del mismo, como la primogenitura y la inalienabilidad del patrimonio. De todas suertes, es lo cierto que ya sea por virtud de estos principios, ya por otra causa, llegó á constituirse en el seno de aquella sociedad una aristocracia, que reinó por cierto más despóticamente que en ninguna otra comarca de la Grecia, y de aquí se originó la crisis política y social que fué llamado á resolver Licurgo.

Dice Plutarco que «existía en Lacedemonia una grave desigualdad, estando llena de pobres y necesitados, porque la riqueza estaba acumulada en las manos de un corto número de personas, y que queriendo (Licurgo) desterrar la insolencia, la envidia, la maldad, el lujo, y las dos pestes todavía más antiguas y peores de la república, la opulencia y la pobreza, persuadió á los ciudadanos á que pusieran en comun todo el terreno y hacer de él de nuevo una división, para que vivieran siendo todos iguales entre sí y con igual fortuna (3).» Conforme á este texto terminante de Plutarco, se había creído hasta aquí que la división del terreno de Esparta en nueve mil lotes ó suertes dadas á las familias de los espartanos y el resto en treinta mil distribuidas entre los laconios, era un hecho indudable, así como que el célebre legislador, para llegar á la realización de su ideal, que era mantener firme y enérgica la unidad del Estado, y, como consecuencia de ella, la igualdad entre sus miembros, había aspirado á mantener esta perpétuamente mediante esa primitiva distribución; y luego, la inalie-

(1) Obr. cit. cap. x.

(2) Obr. cit., lib. iv, cap. xiii.

(3) Vida de Licurgo.

nabilidad de los patrimonios, las comidas en comun (1), la exclusion de toda moneda que no fuera la de hierro, y ésta pesada y de gran tamaño, la prohibicion del comercio con otros paises, para que no viniera esto á aumentar la riqueza y producir la desigualdad y para conservar la pureza de las costumbres entre los espartanos, la autorizacion para que los unos pudieran servirse de los instrumentos de trabajo de los otros, la prohibicion de que se produjeran ó fabricaran objetos de lujo dentro de la república, con lo cual se hacia imposible su uso, puesto que de fuera no podian venir por falta de dinero para comprarlos, fueron medios todos dirigidos á producir y mantener esa completa y absoluta igualdad. Pero Grote, Laveleye y otros historiadores modernos ponen en duda ó no admiten que Licurgo estableciera esa igualdad supuesta por Plutarco, y Fustel de Coulanges dice, que si se hizo, no subsistió, fundándose en el hecho de haber sobrevenido la desigualdad, por lo cual hacia precisamente Aristóteles un cargo á los legisladores de Esparta, en cuanto no habian tomado las medidas convenientes para evitarla. Pero no se tiene en cuenta, en nuestro juicio, que esta desigualdad sobrevino porque la organizacion dada por Licurgo, que subsistió durante quinientos años, como dice Plutarco, más tarde hubo de destruirse porque faltó una de las bases fundamentales en que se asentaba desde el momento en que pudo la tierra ser enajenada, se autorizó el testamento por virtud de una ley propuesta en tiempo de Agis por el Eforo Epidates, se autorizaron las dotes ántes prohibidas, lo cual, junto con el poder suceder las hijas á sus padres, dió lugar á que llegara á pertenecer la mayor parte de la ri-

(1) En cuanto á las comidas públicas de Esparta, que tenian lugar dos veces al mes, sin contar los dias de fiesta, aunque no nos inclinamos á creer que fueran meros actos religiosos, como sostiene Fustel de Coulanges, es evidente que no hay que deducir de este hecho, como durante tanto tiempo se ha pensado, que los espartanos vivieran en comun comiendo juntos y como en un gran falansterio. Estos banquetes públicos que encontramos no sólo en toda la Grecia, sino en otros paises, segun hemos visto, quizás tenian más semejanza con los de Creta, con los cuales los ha comparado Aristóteles, dando la preferencia al sistema de Minos sobre el de Licurgo, esto es, que eran consecuencia tambien de una primitiva comunidad, y más tarde solo recuerdo y vestigio de ella.

queza á las mujeres, como dice Plutarco, ó á alcanzar la posesion de dos quintos del territorio, ya por razon de herencia ya tambien por razon de las cuantiosas dotes que se les daban, segun Aristóteles. Claro está que no es maravilla que alterada así la base que sirvió de fundamento á la reforma de Licurgo, léjos de mantenerse la igualdad con que éste soñara, la desigualdad fué tal, que en tiempo de Aristóteles el número de propietarios no pasaba de mil, y en tiempo de Agis, segun Plutarco, no pasaba de ciento (1).

De aquí la guerra que estalló, más formidable quizás que en ninguna otra república griega, entre ricos y pobres; guerra que vino á resolverse mediante la coalicion de los Reyes con los últimos, hecho que tiene otros análogos en la historia, y que se inicia con Agis, el cual hace aprobar dos leyes relativas, la una, á la abolicion de las deudas, y la otra, al reparto de la tierra, aunque sucumbe sin haber llevado á cabo más que la primera. Después viene Cleomenes, que abolió las deudas, distribuyó los bienes y concedió el sufragio á cuatro mil lacedemonios; y por último, Nabis, quien, como dice Fustel de Coulanges, «proscribió á los que por su riqueza sobresalian entre los ciudadanos,» y cuando conquistó á Argos, comenzó por confiscar los bienes de los ricos, abolir las deudas y repartir la tierra.

Ahora bien; encontramos en la historia del derecho de propiedad de Esparta, que en sus comienzos reviste el carácter general propio de la época primitiva ó tradicional; así, no se conoce el testamento, es la propiedad inalienable, rigen el principio de primogenitura y el de masculinidad; en una palabra, la propiedad es de la familia, como lo demuestran, entre otros hechos, el haber de casarse la heredera con el pariente

(1) De todas suertes, sea exacto ó no el hecho del reparto atribuido á Licurgo, es indudable que no pudo serlo de todo el territorio: pues sí, como dice Plutarco, al nacer un niño de los que, por tener condiciones de vida, el Estado amparaba y protegía, se le asignaba uno de los nueve mil lotes, esto no podía hacerse sino habiendo además del patrimonio de las familias un terreno comun de que se disponía á este fin y con cuyos frutos probablemente se atendía en parte á las comidas públicas, además de los que llevaban los particulares.

más próximo y el continuar unida la familia bajo la dirección de uno de los hijos, generalmente el primogénito al cual se le llama, nótese bien, como recuerda Mr. Janet, el conservador del hogar, *επιτο παμον* (1). Luégo hay una reforma, la llevada á cabo por Licurgo, cuyo fin, esto es, la aspiración á mantener la unidad del Estado fundada en la igualdad absoluta entre los ciudadanos (2), no puede ponerse en duda; pero más tarde, como desaparecen algunas de las bases de esta imposible organización, haciéndose enajenable la tierra, heredando las mujeres, autorizándose las dotes, admitiendo el testamento, se viene á producir un resultado completamente contrario á aquél á que había aspirado Licurgo, esto es, á una desigualdad tal, que fué causa de una guerra social que terminó con la radicalísima reforma así política como social llevada á cabo por Agis, Cleomenes y Nabis, hecho elocuente que demuestra cómo cuando la obra de un legislador va contra las exigencias de las leyes que se derivan de la misma naturaleza humana, no sólo deja de ver realizado su propósito, sino que á veces se produce lo contrario de aquello á que él aspira.

ATENAS.

No son conocidos los orígenes del derecho de propiedad en Atenas, pues si por una parte hay escritores que afirman que allí también fué el Estado dueño de toda la tierra, y que la dividió entre los ciudadanos sin reservarse derecho alguno sobre ellas (3), hay otros que, sólo con atender al modo como según ellos se formó la república ateniense, hacen imposible el que se acepte aquella opinión. En un principio, dice Plutarco, el Atica estaba dividida en familias, cada una de las cuales vivía en independencia absoluta con su jefe hereditario que era á la vez sacerdote y juez, y las cuales se fueron asociando

(1) Citado por Laveleye, obr. cit. cap. x.

(2) El concepto del Estado de Licurgo tenía que conducir á la propiedad común y á la igualdad civil y política, PEPEBE. Obr. cit., tomo 2º, cap. viii.

(3) El Sr. Cárdenas, obr. cit., lib. 1º, cap. 3º.

hasta constituir la ciudad; hecho que afirman á la vez Fustel de Coulanges (1) y Sumner Maine (2). Claro es que entónces no pudo ser lo primero la propiedad de la república, sino que debió pertenecer al γένος, esto es, á cada uno de los grupos de familias que se unieron para constituir la república.

Que la propiedad era del γένος, ó cuando más de la familia, lo demuestra que tambien en Atenas existia la primogenitura, era inalienable el patrimonio, no se conocia el testamento y estaban prohibidas las dotes; pero tambien en Atenas, y quizás á consecuencia de estas instituciones primitivas, se origina una desigualdad, que es una de las causas de aquellas luchas entre los *eupátridas* y el *demos*, á que viene por lo pronto á poner término Solon, este célebre legislador, considerado como el prototipo de los reformadores sensatos y discretos.

La reforma de Solon, el cual dice que escribe las mismas leyes para los grandes que para los pequeños, y no las mejores, sino las más propias de su tiempo, y á quien confían todos sus diferencias, quizás por la circunstancia de ser *eupátrida* de nacimiento y comerciante de oficio, tiene tres partes; una social, otra civil y otra política. La social consiste en la llamada *σεισάχθεις* (sacudir la carga), la cual para algunos fué una mera disposicion sobre deudas, fundándose en un testo de Plutarco, quien dice que Solon dulcificó la legislación sobre este punto, quitando al acreedor el derecho de hacer su esclavo al deudor; pero Fustel de Coulanges, no encontrando creible que en aquel tiempo hubiera tal movimiento de préstamos, y que éstos se hicieran á pobres que no podían hipotecar fincas sobre las que tenían un derecho tan limitado, sostiene que esos deudores eran los antiguos clientes; sus deudas, el cánon que pagaban por la tierra; la servidumbre en que caían, la vuelta á la clientela; y que la reforma de Solon, por lo tanto, debió consistir en la disminucion ó supresion del cánon, y en hacer imposible la vuelta á la servidumbre, haciéndose así capaces del derecho de

(1) Obr. cit., lib. 3º, cap. 3º.

(2) *Early History of institutions*, cap. III.

propiedad todos aquellos que ántes sólo tenían una posesion precaria. Además, Solon quitó los límites sagrados arrancando de este modo la tierra á la religion, haciéndola libre para darla al trabajo, y suprimiendo, con la autoridad del eupátrida sobre el suelo, su autoridad sobre el hombre (1): por esto pudo decir Aristóteles de Solon, «hizo cesar la esclavitud del pueblo». Bajo este punto de vista social no cabe dudar que la reforma de Solon tuvo proporciones mayores que las que le dan los que suponen que se limitó á un arreglo de las deudas, pues es indudable que ántes de él, los más de los habitantes estaban reducidos á la posesion precaria del suelo y que podian hasta caer de nuevo en la servidumbre. De otro modo no habria dicho el mismo Solon: «los que en esta tierra sufrían una cruel servidumbre y temblaban delante de un amo, yo los he hecho libres.»

Además, las modificaciones que llevó al órden civil la reforma de Solon, vienen á confirmar la trascendencia de la misma y á poner de manifiesto cómo su obra fué una verdadera transicion entre la antigua legislacion y la nueva. Así, por lo que hace al derecho de propiedad, Solon suprime el derecho de primogenitura, propio de la legislacion primitiva, pero conserva el principio de masculinidad; reconoce los derechos de los parientes por la línea femenina, de los cognados, pero los subordina á los parientes por la línea masculina, á los agnados; introduce el testamento, ántes desconocido, pero sólo cuando no hay hijos, lo cual muestra cómo habia desaparecido ya el γένος y quedaba sólo en pié la familia; y por último, prohíbe otorgar testamento á la mujer, pero la concede la facultad de recobrar su dote.

Si á esto se une que Solon reorganiza el Estado bajo el punto de vista político, partiendo como base de la riqueza; que él honró el trabajo privando de derechos políticos á los que no trabajáran, así como Pericles prohibió á los esclavos trabajar en los monumentos públicos que debían levantar sólo brazos

(1) Fustel de Coulanges, lib. 4º, cap. vi, párr. 2º.

libres; que encomendó al Areópago que ningun ciudadano careciera de los medios necesarios de vida; que dispensó al hijo del deber de dar alimentos al padre cuando éste no le hubiera enseñado un oficio; que por una ley prohibió la division igual de la tierra que pedían los pobres, y por otras dos ordenó que se plantase el árbol á distancia de cinco piés del del vecino ó á los nueve si fuese higuera ú olivo, y que el que quisiera abrir un pozo en las inmediaciones de una finca ajena, lo hiciera á una distancia igual á la profundidad de aquél (1), se comprenderá el carácter general de esta reforma, el estado anterior á que ponía término, los puntos en que con él transige, las graves y hondas innovaciones que establece y el fin y propósito á que trata de realizar. No aspira Solon á aquella igualdad matemática en que pensára Licurgo; y, sin embargo, es de notar que por una de sus leyes, si bien no prohibió la enajenacion de las tierras y de los patrimonios, como hicieron en un principio todos los legisladores griegos, castiga al ciudadano que vende su propiedad con una pena severa, dado el modo de ser de aquella república: con la pérdida de los derechos políticos (2).

Merced á las condiciones de esta reforma principalmente. Atenas es la única ciudad griega, dice Heráclides de Ponto, en cuyo seno no estalló la guerra entre ricos y pobres, porque sobre haber honrado el trabajo, la propiedad estaba tan dividida, que segun un censo formado en el siglo V habia en la pequeña Atica más de diez mil propietarios, y por ésto (3), si bien surgieron luchas y querellas entre ricos y pobres, fueron más moderadas que en otras repúblicas y no condujeron á los mismos desórdenes que en éstas.

Hay un dato respecto del testamento, que merece ser notado. Plutarco dice, que Callia declaró en presencia del pueblo, que nombraba á Alcibiades heredero de su casa y de todos

(1) PEPERE, obra citada, t. II, cap. IX.

(2) DIÓGENES LAERC. — Eschimo contra Timarco, I, 55.

(3) GIRAUD, ob. cit., pág. 41, dice que los ricos, como Alcibiades, tenían una fortuna de 300 pletros, equivalentes á unas 29 hectáreas, y que valían próximamente unos veinte y cinco mil francos.

sus bienes, si llegaba á morir sin hijos ; é Iséo habla de otro testamento hecho ante el magistrado y los testigos y sellado por el testador. Ahora bien ; hay aquí un contraste manifiesto entre el carácter público que reviste el testamento en el primer caso y el privado con que se nos muestra en el segundo, y de aquí deduce Gans, y á nuestro juicio con fundamento, que en el primero era la institucion de heredero como una especie de adopcion, en virtud de la cual el instituido entraba, como el adoptado, á participar del culto y de los derechos de la familia, miéntras que en el segundo ya ha perdido ese carácter ; de donde resulta que el testamento, en razon de las solemnidades externas, comienza por la publicidad y la solemnidad, y luégo las pierde hasta revestir un carácter meramente privado, análogamente á lo que sucede en Roma, como verémos más adelante, y en armonía con la trasformacion que van sufriendo la familia, la propiedad y el derecho de sucesion, instituciones todas que íntimamente unidas y ligadas con el interés general y con el Estado en un principio, luégo van perdiendo ese carácter y adquiriendo otro cada vez más particular é individual.

En Atenas tenía gran importancia la propiedad mueble, como lo prueba lo desarrollada que se muestra la contratacion, porque, á diferencia de lo que acontecia en Esparta, donde ésta no podia tener gran desenvolvimiento, ya que faltaba su fuente principal, el comercio, pues que Licurgo habia pretendido en cierto modo suprimirlo con la limitacion puesta al uso de la moneda, con la autorizacion á los ciudadanos para servirse los unos de los bienes muebles de los otros, y con la invariabilidad de la propiedad inmueble ; en Atenas, cuyo espíritu forma tan singular contraste con el de Esparta, pues precisamente hace todo lo contrario: practica la industria, ejercita el comercio, entra en comunicacion con todos los pueblos y da cabida en su seno á los extranjeros con una condicion relativamente favorable, en Atenas, decimos, sucede todo lo contrario. Así es que encontramos un sinnúmero de convenios garantizados por su derecho ; la venta, la donacion, el seguro marítimo, el préstamo á la gruesa, el mútuo que,

como dice Eschbach, los atenienses desarrollaron con amor y con entusiasmo, rodeándole de singulares garantías, y en el cual cobraban un interés que no estaba tasado por la ley, y que era, según Pepere, de doce dracmas por mina, y según el escritor ántes citado, de diez á treinta y tres por ciento, y á veces hasta un cincuenta. Se verificaba la venta de inmuebles ante el magistrado con juramento de los contrayentes é intervencion de las arras, y en las cosas muebles mediante la entrega simultánea de la cosa y del precio, equivaliendo la posesion al título ó arguyendo aquella el dominio, como sucede hoy conforme á muchas legislaciones modernas. Se regulan con detenimiento los contratos de garantía, como la prenda y la fianza, y áun según los más de los historiadores, la hipoteca, hecho que Fustel de Coulanges pone en duda diciendo que es debido este error á una equivocada interpretacion de unas palabras de Plutarco, quien efectivamente habla de una ley de Solon por la cual se mandaba poner hitos ó señales en las fincas gravadas, de donde resultaria, á ser cierto, reconocido lo que hoy se llama principio de publicidad en la finca hipotecada. Dice este escritor que no es esta institucion propia de tiempos primitivos, y que supone un derecho más completo y absoluto en la propiedad que el que tenían los que entónces la cultivaban; pero, aparte de que pudo hipotecarse ese derecho, pues por precario que fuese, siempre era una garantía real, no es tan fácil desechar el texto de Plutarco, cuando léjos de ser el único, hay algun otro en que fundarse (1).

Tampoco hay completa conformidad en cuanto á las consecuencias que para el deudor tenía la insolvencia. Pastoret sostiene contra Montesquieu, que Solon prohibió la esclavitud del deudor, pero no su prision; más la verdad es que Plutarco dice que aquél prohibió á los ciudadanos «que en adelante tomáran interés sobre su cuerpo,» es decir, que el cuerpo del deudor no pudiera ser como prenda, que es en lo que se constituia cuando se autorizaba la prision por deudas.

(1) Véase PEPERE, *loc. cit.*

Conocian además una institución singular, llamada *επιτρος*, en virtud de la cual el necesitado recibía una cantidad que se obligaba á devolver cuando mejorase de fortuna, pero sin que tuviera el prestamista ninguna accion civil mediante la cual pudiera recobrar su dinero ante los Tribunales, esto es, que no tenía más sancion que la de la opinion pública.

Ahora bien: más ó ménos, la historia del derecho de propiedad en Atenas y en Esparta es la historia de todas las repúblicas griegas, en las cuales comienza con los mismos caracteres y luego da lugar á las mismas luchas entre aristocracia y democracia, ricos y pobres, ya con el encarnizamiento con que éstas tuvieron lugar en Esparta, ya acercándose más por la moderacion y la suavidad á la que tuvo lugar en Atenas. Como hemos visto, el derecho de propiedad comienza revistiendo un carácter social y colectivo, y luego va concretándose más y más y caminando á la individualizacion, siendo de notar que la república griega, que pretende con más decidido empeño impedir por la ley el desarrollo de la desigualdad, la de Esparta, es donde la acumulacion de la propiedad llega al extremo que hemos visto, miéntras que la de Atenas, donde se determina el tránsito de un sistema á otro por una reforma tan prudente y discreta como la de Solon, la propiedad subsiste dividida. La acumulacion de la propiedad en pocas manos, y sobre todo, cuando á esto va unido el no trabajarla los dueños de la misma, conduce á antagonismos sociales y á un malestar que determina la crisis y las guerras que hemos encontrado en las dos repúblicas griegas, singularmente en la de Esparta. Es de notar asimismo el modo como se unen y enlazan las cuestiones políticas con las sociales, pues en todas estas querellas entre ricos y pobres, vemos siempre mezcladas la de la posesion de la tierra y la de las deudas con la del sufragio y otras políticas. Debemos, por ultimo, registrar el hecho, que se repite más tarde en la historia, de la coalicion de los pobres y desheredados con los monarcas en contra de los aristócratas, sirviendo aquellos las aspiraciones de la democracia así en el órden político como en el social.

CAPITULO V

ROMA

I. — ORÍGENES DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Necesidad de estudiar todo el desarrollo del derecho de propiedad en Roma.—Carácter general de éste en su principio; la propiedad de la Ciudad.—Cómo y cuándo se hizo la distribución del *ager romanus*.—Cuestiones referentes al reparto del *ager privatus*.—La propiedad y la Religión.—Carácter social del derecho de propiedad romano en sus comienzos; consecuencias.—Division de las cosas en *mancipi et nec mancipi*; su explicacion. — Modos de adquirir: la *mancipatio*; opiniones acerca de su origen y sentido; la *usucapio*; la *in jure cessio*. — Resúmen.

Es tanto más necesario estudiar desde sus comienzos el derecho de propiedad en Roma, cuanto que por una costumbre de siglos venimos habituados á considerar como derecho romano lo que no es más que su última etapa, su última manifestacion, el derecho Imperial, y áun puede decirse, el derecho Justiniano. No es posible olvidar que la historia del pueblo-rey se desenvuelve durante un espacio de doce siglos, y aunque no lo supiéramos, habríamos de sospechar que en ese prolongado trascurso de tiempo no han podido ménos de tener lugar evoluciones importantes en toda su vida jurídica y por lo tanto en la institucion particular que aquí estudiamos. Así es posible que hallemos que, si considerada esta en una época, muestra un carácter distinto y hasta opuesto respecto del derecho de propiedad de otros tiempos ó de otros pue-

blos, atendiendo á lo que es en otra, encontraremos quizás que la diferencia se torna en analogía.

En medio de la diversidad de opiniones, que es fácil observar entre los escritores, acerca de cómo nació el derecho de propiedad en Roma, resulta siempre como indudable y manifiesto el hecho de haber sido la propiedad del suelo, ántes que nada, comun, nacional, pública. Mommsen (1) hace notar que por haber permanecido las tierras largo tiempo en comun y no haberse hecho el reparto sino en una época relativamente reciente, la propiedad privada no se desenvuelve desde luego *immobilièrement*, ántes recae al principio sobre la posesion de los esclavos y del ganado; y de aquí que en correspondencia con estos dos elementos de riqueza, esta se denomine: *familia pecuniaque*.

La propiedad muestra desde su origen lo que es el punto de partida y la fuente de toda la vida romana, la idea de la Ciudad que domina é inspira todas las instituciones jurídicas. Puede discutirse si hubo ó no un repartimiento en tiempo de Rómulo y otro en tiempo de Numa; si aquél se hizo entre las tribus ó las curias, y éste entre las *gentes* ó los ciudadanos; si alcanzó por igual á patricios y á plebeyos, ó sólo se distribuyó entre los primeros; pero por encima de todas esas diferencias está el hecho indudable de un repartimiento primitivo que arguye el derecho único y absoluto de la Ciudad, del Estado. En esto se hallan conformes los historiadores, así antiguos como modernos, y es además un hecho atestiguado por una tradicion constante y no interrumpida y por nadie puesto en duda. De suerte que no tiene la propiedad en Roma un origen peculiar, distinto del que tuvo en los demás pueblos, sino que nació con el carácter general que hemos podido observar en todos los demás. Pero veamos de precisar cómo tuvo lugar el hecho, dilucidando esas diversas opiniones más arriba indicadas.

Está fuera de duda, que el primitivo territorio de Roma, el *ager romanus*, se dividió en tres partes: una consagrada al

(1) Historia Romana, trad. al fr. por Mr. Alexandre. Paris, 1865, lib. 1^o, capítulos 11 y 13.

culto divino, otra distribuida entre los particulares, *ager privatus*, y la tercera que se reservó la ciudad, *ager publicus*. «Después de haber dividido, dice Dionisio de Halicarnaso (1), su pueblo en tribus y las tribus en curias, Rómulo distribuyó el suelo en treinta porciones iguales y asignó una de estas porciones á cada curia: del resto de las tierras atribuyó al culto la parte que estimó conveniente, y dejó lo demás al Estado.» No cabe duda respecto al destino dado á la parte consagrada al culto, que fué naturalmente imprescriptible é inalienable, salvo casos extraordinarios en que, mediante ceremonias religiosas, la ciudad podia enajenarla. Respecto del segundo, del *ager publicus*, continuó siendo, como ántes, propiedad de la ciudad, del Estado; pero éste lo daba en arrendamiento temporal, que se convirtió en una posesion indefinida, hija de la tolerancia, de donde resultó que, áun cuando continuó siendo la propiedad de la *ciudad*, la posesion fué adquiriendo un carácter de perpetuidad hasta el punto de llegar á ser hereditaria, hecho cuyas graves consecuencias habremos de estudiar más adelante. En cuanto al *ager privatus*, la primera cuestion que importa á examinar es la referente al modo cómo se hizo esa distribucion.

Segun Varron, hubo una primitiva que se hizo entre las tres tribus de Rhamnes, Tacios y Luceres, cada una de las cuales debia tener un terreno comun. Segun el texto citado de Dionisio de Halicarnaso, Rómulo dividió las tribus en *fatrias* ó curias, y distribuyó la tierra entre éstas. Segun el mismo Plutarco, Dionisio de Halicarnoso y Ciceron, Numa hizo una division ulterior, que, al decir del célebre orador romano, debió ser individual, puesto que hablando de él Escipion pone en sus lábios estas palabras: *ad primum agros quos bello Romulus cæperat, divisit viritim civibus*, etc. Es muy posible, y áun probable, que las tres tribus que formaron la unidad primitiva, tuvieran una propiedad comun, en la forma con que la hemos encontrado en todos los pueblos hasta aquí; pero el hecho es que el mismo Varron, único que lo atestigua, lo pone

(1) *Antiq.* III, 3.

en duda; que Tito Livio nada dice de ella, y que Dionisio de Halicarnaso y Plutarco hablan de la division hecha por Rómulo, pero no entre las tribus, sino entre las curias ó *fastrias*, afirmando que dió una parte de terreno á cada una de las treinta en que quedaron divididas las tres tribus, diez cada una (1).

Resulta, pues, que la primera distribucion fué la hecha entre las curias; pero, ¿cuál fué el carácter de la llevada á cabo por Numa? Es indudable que ella existió, pues aunque Fustel de Coulanges dice (2), que este hecho se ha atribuido á aquél Rey á consecuencia de la equivocada interpretacion dada á los textos de Dionisio de Halicarnaso, de Plutarco y de Ciceron, fundándose tan sólo en que el último de estos escritores habla únicamente de los *agros quos bello Romulus ceperat*, es lo cierto que, como ha observado el Sr. Cárdenas, los dos primeros escritores no ponen semejante límite; así como no se sigue de las palabras del orador romano necesariamente que sólo se hubieran distribuido los campos tomados al enemigo por Numa, porque han podido ser estos con más los de la ciudad. Pero, ¿seria esta distribucion individual, por cabezas, como sostienen algunos escritores fundándose en el término *viritim* usado por Ciceron? No puede ponerse en duda que los historiadores antiguos, al ocuparse de este hecho, siempre hablan de una *distribucion entre los ciudadanos*; pero si atendemos á los caracteres con que se nos muestra la propiedad entónces, al sello religioso que le imprime Numa, al valor que tienen los términos sagrados, como luego veremos, á los vestigios indudables de su condicion de inalienable, y á la naturaleza misma de la primitiva constitucion de Roma y su distribucion en tribus, en curias y en *gentes*, salta á la vista que tal distribucion no se pudo hacer sino entre las asociaciones de familias, como dice Mommsen (3), no entre los individuos, pues

(1) Véase *Histoire du droit de propriété foncière en Occident.*, lib. 2º, cap. 2º, de Laboulaye; y las obr. cit. de Giraud (lib. 1º, cap. 1º); Laveleye (cap. xi), y Cárdenas, (libro 1º, cap. 4º).

(2) Ob. cit. lib. II, cap. VI

(3) Ob. cit. lib. I, cap. XIII.

no hay que olvidar que la *gens* era entonces la unidad fundamental de aquella sociedad.

Otro punto que importa averiguar es si este reparto se hizo por igual ó no, y si se llevó á cabo exclusivamente entre los patricios ó si participaron de él los plebeyos. Montesquieu sostiene que aquel se hizo por igual, mientras que Nieburh, siguiendo á Vico, dice que se hizo la distribución sólo entre los patricios. Giraud contradice ambas opiniones; la primera, fundándose en que Plutarco, después de hablar de los esfuerzos hechos por Licurgo para evitar la desigualdad de riquezas en Esparta, hace un cargo á Numa por no haberse tomado ese mismo cuidado; y además aduce un texto de Ciceron en el cual dice éste: *Romulus habuit plebem in clientelas principum descriptam*; gerarquía que el escritor francés encuentra que es incompatible con una igualdad de fortunas; y rechaza la opinion de Nieburh apoyándose en las palabras ántes transcritas de Ciceron: *divisit viritim civibus*; en otras del mismo, en que hablando del primer patriciado, dice: *nec pecuniis ferme superiores*; y en otras de Plutarco, segun el cual, la distribución hecha por Numa alcanzó hasta los más pobres. Sin embargo, en apoyo de la division igual viene un texto de Varron (1), en que se dice que «ántes de las guerras púnicas cada propiedad consistía en dos yugadas (2), que eran, segun la tradicion, la cantidad concedida por Rómulo á cada ciudadano;» texto, que aparte del error de atribuir esta distribución á Rómulo, demuestra que por lo ménos, segun la tradicion, el reparto se habia hecho por partes iguales.

Pero ¿alcanzó esta distribución lo mismo á patricios que á plebeyos? En este punto, no obstante las razones aducidas por Giraud, tenemos por más fundada la opinion sostenida por Nieburh, porque, como dice Fustel de Coulanges, «el plebeyo

(1) *De lingua latina*, v, 55.

(2) Equivalentes á 5 áreas y 4 cent.; pequeñísima extension en cuya vista Mommsen se inclina á creer que fué más bien como huerto ó jardín que no tierra arable destinada á ser la base de sostenimiento para una familia y ménos para una asociacion de familias; y por tanto, que la mayor parte de la tierra era tenida en comun.

no pudo en un principio tener parte en el *ager romanus*, porque no era ciudadano, no era de los *Quirites*, no formaba parte de ninguna tribu, curia, ni *gens*; no tenía religion;» tanto, añade, que tardaron tres siglos en obtener la propiedad del monte Aventino en que habían edificado sus casas (1); y porque, como dice Ahrens, el *populus*, que en un principio comprendía sólo á los patricios, tenía la propiedad del *ager*. Además, hay otro hecho recordado por Laveleye y por Ahrens, cual es el de haber dado Servio Tulio siete yugadas de tierra á los que no la tenían, «para que los plebeyos, dice Dionisio de Halicarnaso, no cultivaran más la tierra ajena, y sí la propia;» yugadas de tierra que eran trasmisibles y enajenables, libres del impuesto sobre la renta, aunque inscritas en el censo y sujetas á las cargas que jamás pesaron sobre lo poseído en el suelo comun. No hay que olvidar que, como hemos dicho ántes, la distribucion hecha por Numa no ha podido practicarse sino entre las *gentes*, y el plebeyo no estaba incluido en ninguna *gens*, á diferencia del cliente que formaba parte integrante de aquella á que pertenecía su señor ó patrono.

¿Se encuentra en Roma en estos primitivos tiempos esa relacion estrecha que en otros pueblos se da entre la religion y la propiedad? Dicho se está que Fustel de Coulanges, en su libro tantas veces citado, así lo cree: recuerda la ceremonia religiosa mediante la cual se fundó Roma por Rómulo; hace notar el carácter sagrado que tenía la casa por este motivo, citando en su confirmacion aquellas palabras de Ciceron: «¿hay nada más sagrado que la morada de cada uno? allí está el altar, allí arde el fuego sagrado, allí están las cosas santas y la religion;» dice, que si bien por la ley de las Doce Tablas ya se hizo enajenable la propiedad (2), aún queda viva la inalienabilidad de la tumba, y que si se autorizó la division del patrimonio entre los hermanos, es mediante una ceremonia religiosa y la intervencion de un sacerdote, y si más tarde

(1) Lib. iv, cap. ii.

(2) RUBOARF.—(Escritos de los agrimensores romanos, II, 392, citado por Ihering; obra citada, § 35) admite que en los tiempos más remotos era la propiedad inalienable.

se autoriza la enajenacion, es mediante la *mancipacion* que tiene tambien cierto carácter religioso ; y recuerda, por fin, las consecuencias que tenía el establecimiento de los *términos* que separaban las fincas conforme á los ritos religiosos, términos inmuebles que para él no significan otra cosa que la propiedad inviolable (1). Que hay mucho de exacto en esto, lo demuestra, de una parte, la forma que empleaban los romanos para incorporar los territorios que conquistaban al *ager publicus*, de que son ejemplos Colatia y la Campania, puesto que era preciso ántes destruir el carácter sagrado que tenía la propiedad mediante el consentimiento, con frecuencia irrisorio, de los vencidos ; lo demuestra así mismo la famosa ley de Numa que nos ha conservado Verrius Flaccus, segun consta de los extractos de Festus hechos por Pablo Diacre, en que dice : *termino sacra faciebant quod in ejus tutela fines agrorum esse putabant. Deniquè Numa Pompilius statuit, eum, qui terminum exarasset, et ipsum et vobes sacros esse*: inmolacion expiatoria, que, como dice Giraud, prueba que el establecimiento de la propiedad ha exigido, no solamente la intervencion del poder divino, sino tambien toda la energía del poder humano ; ley severísima que el Código de las doce Tablas eludió más tarde, pero de la que quedaron vestigios durante toda la historia de Roma hasta llegar al Imperio mismo ; ley terrible que la tradicion atribuye á Numa y que indudablemente tomaron los romanos de los etruscos donde encontramos grandemente desenvuelto todo lo relativo á estos *términos* religiosos, á este culto, á esta piedra, que, como decía Platon, « separaba la amistad de la enemistad » y que venía á dar indudablemente un carácter religioso á la propiedad privada (2).

Por lo demás, que tiene tambien ese otro punto de contacto el modo de ser la propiedad primitiva de Roma con el que se muestra en otros pueblos, el carácter inalienable es, á nuestro juicio, exacto ; porque áun cuando los límites religiosos no hicieran, como pretende Fustel de Coulanges, en absoluto in-

(1) Lib. 2º, cap. 6º ; lib. 3º, cap. 4º.

(2) Véase la obra citada de Giraud, lib. I, cap. II y III.

variable el terreno en que se ponían, porque, como hace notar Giraud, para autorizar las variaciones había la fórmula religiosa de la *exauguratio*, si esto muestra que no era completamente imposible el cambiarle, prueba también que no era cosa llana y sencilla cuando se revestía de este carácter religioso. Además, si como ántes hemos dicho, las Doce Tablas evidentemente autorizaban la enajenación y la división entre los hermanos por medio de fórmulas solemnes y religiosas, no hay que echar en olvido que ese Código corresponde á una época de transición, en que se habían relajado y perdido su vigor los principios del derecho primitivo. La propiedad debió ser inalienable, porque era realmente de la familia después de haber sido de la *curia* y de la *gens*, y sólo en representación de aquella, del que era su jefe; y de aquí, como veremos más adelante, la condición jurídica de la mujer y el carácter que tiene la sucesión hereditaria.

Ahora bien; es indudable que, dado el origen del derecho de propiedad en Roma, no se puede poner en duda el carácter eminentemente social que muestra en su nacimiento. No cabe sostener que el principio de la propiedad privada en el derecho romano ha sido la ocupación general que era la suma y el símbolo de la ocupación *particular*, como ha dicho Laferriere, siendo más de extrañar la afirmación de este ilustre juriscónsulto, cuando él mismo, así cuando trata de esta institución jurídica, como de todas las demás, pone un singular empeño, y con razón, en mostrar cómo la idea de la *ciudad* lo domina todo: de la ciudad es la propiedad, la cual es eminentemente pública y nacional, y si tenía parte en su goce y disfrute el individuo, era como miembro de aquélla y no como hombre. La propiedad de la ciudad, esa es la propiedad por excelencia, la propiedad *quiritaria*; y cuando se lleva á cabo la distribución, este carácter permanece íntegro en absoluto respecto de la propiedad del *ager* consagrado al culto, de la parte que continúa siendo del Estado, ó sea el *ager publicus*, y de ella se deriva, como vamos á ver, el carácter singular que reviste la propiedad privada que recae sobre el *ager privatus*, la cual no es sino una emanación solemne de la otra.

Hé aquí en esencia el primitivo derecho de propiedad en el *ager romanus*; el derecho absoluto de la ciudad, que se extiende al principio á todo y que queda íntegro sobre el *ager publicus*; el derecho sobre el *ager privatus*, que pasa de la ciudad á la curia, á la *gens*, á la familia, pero que reviste un carácter peculiarísimo, privilegiado, singular, que es debido á su origen y procedencia (1).

En cuanto al *ager publicus*, respecto del cual conservó la ciudad íntegro su derecho, que ésta entregaba á los patricios en arrendamiento por un bajo precio, y que luégo por tolerancia, como ántes decíamos, llegó á quedar en posesion permanente y hasta á hacerse hereditario en manos de aquellos, importa mucho hacer notar en este lugar la distincion fundamental que desde su origen hay entre el *ager privatus* y el *ager publicus*, y cómo nacieron estas *possessiones* mediante las cuales llegaron los patricios á hacer suyo el *ager publicus* que explotaban, ya cultivándole por sí, ya dándole con un carácter de *precario* á los plebeyos; é importa, porque éste fué el origen de las luchas que llenan una buena parte de la historia de Roma.

Desde los comienzos de ésta, aparece el derecho de propiedad con ese carácter general que revisten todas las instituciones jurídicas en aquel pueblo, debido á ser como fundamento y punto de partida de todas ellas la idea de *ciudad* que todo lo domina y á todo preside; aparece con el carácter absoluto y la singular excelencia que se reunen en el llamado dominio *ex-jure Quiritium*, que es el más completo y perfecto, y cuyo carácter se revela bien en la circunstancia de deber ser, para que él nazca, ciudadano romano el sugeto del derecho de propiedad, romana la cosa objeto del mismo (2), y romano

(1) «La verdad está en medio de estos dos extremos. El suelo romano era regido desde éstos tiempos primitivos por el principio de la propiedad pública; y el de la propiedad privada estaba sometida á restricciones en interés de la *gens*. El derecho positivo sólo conservó como resto de esta comunidad la sepultura de los gentiles: — IBERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desenvolvimiento*, § 17. Traducido del al. al fr. por V. de Meulenaere. — París, 1877-78.

(2) Por lo ménos, respecto de las inmuebles, pues que los bienes raíces eran *mancipi* ó *nec mancipi* segun que estaban ó no incluidos en el *ager romanus*.

tambien el modo de adquirirla, llamado luégo *modo civil*. Ha de ser el propietario romano, porque como en Roma no tiene derechos sino el que es partícipe en la ciudad, el que tiene el *jus civitatis*, que importaba, entre otras capacidades, precisamente la de poder adquirir este dominio *ex jure quiritarío*, para el extranjero no habia tal derecho ni habia por lo tanto la posibilidad de ese dominio.

En cuanto al objeto de la propiedad, hay que notar que, aunque la agricultura fué desde el principio la base de aquel órden social y político, como, segun hace notar Mommsem (1), las tierras habian permanecido por largo tiempo en comun y el reparto no se hizo sino en una época relativamente reciente, la propiedad no se desenvolvió desde luégo *immobilièrment*, sino que recae al principio sobre la posesion de los esclavos y del ganado (*familia pecuniaque*), consistiendo por lo tanto la riqueza en eso principalmente y en derechos reales de uso respecto de la tierra; pero cuando ésta se divide, surge la fuente de la division de las cosas segun la cual unas están *extra patrimonium*, esto es, las de derecho divino, que son las consagradas á los Dioses superiores, (*res sacræ*), á la ciudad (*res sanctæ*), á los dioses manes (*res religiosæ*), las comunes y públicas, las *nullius*, las *universitatis*; y las que están *in patrimonium*, las cuales se dividen en *res mancipi et nec mancipi*, clasificacion que tiene un grandísimo interés en la historia del derecho romano.

Es indudable que eran las primeras, esto es, la tierra del *ager romanus*, los esclavos, los caballos y los bueyes, las superiores, las que primero conocieron los romanos (2), las que más se estimaron precisamente por su relacion inmediata con la agricultura, ocupacion primitiva de los romanos (3); y fue-

(1) Obr. cit., lib. 1º, cap. 11 y 43.

(2) Véase: *Ancient Law* de S. Maine, cap. viii.

(3) Hugo (Historia del Derecho romano; trad. del al. al fr. por Jourdan, § cciv), viene á suponer necesarios nada ménos que cuatro caractéres como distintivos de las *res mancipi*: el ser corporales y el ser *preciosas*, esto es, sin consideracion á peso, número ni medida, circunstancias ámbas que cree encontrar en Gayo, y luégo el haber sido conocidas desde el principio por los romanos, y el tener lo que podemos llamar una *individualidad especial ó especifica*. Bynkershoek acep-

ron las *nec mancipi* todas las demás; siendo de notar que mientras es taxativo el número de las primeras, es indeterminado el de las segundas; la categoría de las superiores es cerrada; la de las inferiores, abierta (1). Veremos como en el sucesivo desarrollo del derecho romano, se borran las diferencias desapareciendo la excelencia de aquellas.

Viniendo ahora á los modos de adquirir, esto es, á los modos de nacer esta relacion del derecho de propiedad, encontramos de un lado aquellos que luégo se llamaron universales, tales como la arrogacion, la *manus*, la herencia, etc., de los cuales los dos primeros eran consecuencia de la estrecha relacion que habia entre lo que más tarde se ha denominado derecho real y derecho de las personas, que entónces existian indivisos é indistintos; y luégo vários modos de adquirir á título singular que no eran ciertamente ni en número, ni en órden, ni en importancia los mismos que nos muestra luégo el derecho romano imperial; sistematizado por los jurisconsultos, que han utilizado los demás pueblos hasta el presente.

Es indudablemente el primero, aparte del que sirvió de origen al nacimiento del derecho de propiedad, esto es, las distribuciones del *ager romanus* y las acordadas por *ley* después, la mancipacion: *mancipium*, *nexu alienatio*, *alienatio per aes et libram*, *mancipatio*, *emancipatio*, etc., (2). Consistia esta en un rito solemne en virtud del cual las dos partes, el *mancipans* y el *mancipio accipiens*, ámbos romanos, llevaban á cabo la trasmision de la propiedad ante cinco ciudadanos y

ta sólo la segunda, y no sin razon, puesto que Gayo emplea las palabras: *pretiosioribus rebus*, como equivalentes á estas: *rebus mancipi*, sin que invalide esta opinion el que no fueron el oro y la plata *res mancipi*, pues en los comienzos de Roma pudieron no estimarse como preciosas. Rosmann se fija en lo de la *individualidad especifica*, pero salta á la vista que lo mismo la tienen el perro y el gato, que el caballo y el buey, y sin embargo, éstos son *res mancipi*, y aquellos *nec mancipi*. Isidoro dice que la palabra *mancipi* se deriva de *que manu tractari possunt*; Trebell, que sólo los romanos podian poseerlas; Meerman, que eran las cosas relacionadas con la agricultura; Brichesi, que eran las útiles, fáciles de conservar y susceptibles de ser tomadas con la mano; Hommel, las útiles para la guerra; Gibbon, las tomadas al enemigo, etc. No es extraño que Ihering llame, *enigma histórico*, á la antitesis entre las cosas *mancipi*, y las *nec mancipi*.

(1) Véase *Ancient Law*, de S. Maine, cap. viii.

(2) Véase, Hugo: ob. cit., § xciv.

el *libripens*, sacerdote que pesaba el metal, entónces todavía no acuñado. Tenía esta ceremonia un sentido religioso, según ha hecho notar Fustel de Coulanges, como lo muestra el carácter sacerdotal del *libripens*; argüía el interés que en el asunto tenía la ciudad, y su intervencion, la presencia de los cinco individuos, que no eran testigos propiamente hablando, y sí representantes del Estado, y quizás representantes en un principio de las cinco clases de ciudadanos establecidas por Servio Tulio (1); y era además un rito que por sus caracteres exteriores respondía á la necesidad de sustituir la falta de la escritura con la forma, con los gestos, con las frases solemnes, y de aquí los símbolos con que impresionan á los contratantes y demás asistentes (2).

Pero ¿cuál es el origen de este medio solemne, probablemente en los principios el único, mediante el cual se podía transmitir la propiedad romana, esto es, el dominio *ex jure quiritorio*? Según Laferriere, llámanse cosas *mancipi, quod manu capitur*; y añade: *mancipia vero dicta quod ad hostibus manu capiuntur*; donde parece resultar, de una parte, que la etimología arguye tan sólo la posesion manual de una cosa ó el tomarla con la mano, y de otra, parece envolver la idea de la victoria, uno de los fundamentos del derecho de propiedad, del cual fué la lanza un símbolo en Roma (4). La primera explicacion vendria á coincidir con la observacion hecha por Mommsen, de que la riqueza habia consistido primero tan sólo en esclavos y ganados (*pecunia familiaque*); y resultaria la

(1) Véase, Laboulaye: ob. cit., lib. 3^o, cap. 2^o.

(2) Véase: id., id. y *Ancient Law* de S. Maine, loc. cit.

(3) En la notable introduccion sobre el Derecho civil de Roma que precede á su *Historia del Derecho francés*, t. 1^o. Paris, 1852. 1858.

(4) « El mundo romano, dice Hering, ob. cit., § 10, fué fundado por la espada y por la lanza, y lanza y espada son el más antiguo simbolo del Derecho romano. No fueron los dioses los que dieron á los romanos su primer *equipement*, como dió el Dios de Israel la tierra prometida á los judios, ni apelaron á la venta ni á la astucia, como Dido cuando fundó á Cartago; no, los romanos no tienen propiedad *derivada*, en el sentido de la tecnología jurídica: derivada de Dios ó de los hombres; su propiedad es *originaria* — el propietario es su propio autor — la han tomado como la han encontrado. » « La propiedad no es otra cosa en su origen que el Derecho sobre el objeto capturado; nace sólo de la captura, del botin. » § 11.

mancipatio aplicada en un principio sólo á las cosas muebles y consistiendo en la posesion manual, y luego extendida á las inmuebles por un medio simbólico como la descripcion de la cosa, etc. Ahrens (1) la explica diciendo que «la relacion puramente jurídica del señor ó dueño sobre todo objeto de derecho, concebida en su más ámplio sentido, parece haberse expresado en la idea de la *manus*, por cuanto el coger con la mano, *manu capere, mancipare, mancipium* (2), es la señal visible de la voluntad que constituye la fuente del derecho;» pero como añade que el principal modo de adquirir la propiedad era la conquista: *maxime sua esse credebant quæ es hostibus cepisse*, aparece aquí tambien el dualismo que se encuentra en la explicacion de Laferrière. Lo más probable es que la denominacion de la *mancipatio* procede en su origen de ese carácter manual de la adquisicion, y que luego se extendió al botin tomado al enemigo, cosas entre las que, después de todo, no hay ninguna contradiccion, y mucho ménos dado el sentido de los romanos, segun el cual los bienes del enemigo, á quien no se reconocia derecho alguno, se consideraban *nullius*, y por lo tanto susceptibles de apropiacion como cualquiera otra.

De todas suertes, lo cierto es que la *mancipatio* aparece como la forma solemne necesaria para que se verificara la trasmision del dominio *ex jure quiritario* sobre las *res Mancipi*, á tal punto, que si ella no intervenía, no se trasferia este derecho perfecto y excelente respecto de estas cosas, á diferencia de las *res nec Mancipi*, las cuales podian adquirirse mediante la sola

(1) *Enciclopedia*; Roma, cap. 2º.

(2) Hugo, léjos de suponer completamente sinónimos estos términos, dice (loc. cit., not. 4), que *manu capere* significa: *acceptar*, y *mancipare*, *hacer que alguno acepte*; así que, segun él, *mancipare*, en el sentido primitivo, es precisamente lo mismo que *tradere*. Por el contrario, Ihering (ob. cit., § 10), dice: «la adquisicion del romano consistia en *capere*; para él la propiedad es lo que ha tomado con la mano, *manu captum, mancipium*; él es el tomador: *herus* (del sanscrito *hr*, tomar). La propiedad no se transfere, como más tarde, por la tradicion (*transdatio, traditio*); sino que el abandono de la propiedad se verificaba, así en la forma como en el fondo, por medio de una apropiacion unilateral de parte del adquirente (*mancipatio, manucapere*).»

tradicion, ganándose, sin embargo, en ellas el dominio *ex jure quiritarario*, por más que afirme otra cosa Colquhoun (1) contra la aseveracion terminante de Hugo, Laferrière, Laboulaye, Maine, Ahrens, etc. (2). Resulta de lo expuesto, que la *tradicion*, éste que los romanos llamaron más tarde *modo natural* de adquirir, á diferencia de la *mancipatio* que era un *modo civil*, léjos de ser anterior á ésta, es posterior. La *mancipatio*, que es la más complicada, la más solemne y ceremoniosa, es la primera, y esto por dos razones: una, porque es característico de los comienzos de la vida en todos los pueblos el simbolismo, la solemnidad, etc.; y segunda, porque se aplica la *mancipatio* á las cosas *mancipi* que son indudablemente más preciosas y más estimadas por los romanos. Luégo, si aparece la *tradicion* para la trasmision de las *nec Mancipi*, es porque respecto de éstas tiene ménos interés el Estado, y por eso se prescinde de un rito embarazoso y complicado, cuyas solemnidades arguyen en primer término la intervencion de la ciudad en tales actos (3).

Así y todo, debieron los romanos encontrar inconveniente el empleo constante de esta solemnidad aún para las cosas *mancipi*, y de ahí es que utilizando un procedimiento frecuente en la historia del derecho, y frecuentísimo entre los romanos, porque estaba muy de acuerdo con su génio, vinieran á sustituirla en parte con otros dos modos de adquirir, producto de dos ficciones: el *usus* ó *usucapio* y la *in jure cessio*.

El *usus* ó, como se le llamó más tarde, *usucapio*, atribuía el dominio *ex jure quiritarario* al que tenía en su favor una posesion continuada durante dos años cuando se trataba

(1) Véase su obra: *A summary of the Roman civil Law, illustrated by commentaries and parallels from the Mosaic, Canon, Mohammedan, English and Foreign Law*. Lonsdres. 1851. § 996. (Sumario del Derecho civil de Roma, comentado y comparado con el mosaico, el canónico, el mahometano, el inglés y el extranjero).

(2) Tambien Ihering es al parecer de la opinion de Colquhoun, pues en una nota (ob. cit., § 65), dice « que el dominio *ex jure quiritarario* estaba en su origen limitado á las cosas *mancipi*. Como consigna esto incidentalmente, defriendo el demostrarlo para otra parte de la obra, aún no publicaaa, no podemos saber en qué razones funda su aseveracion.

(3) Véase: *Ancient Law* de S. Maine, cap. viii.

de bienes inmuebles y durante uno cuando de bienes muebles, con más algunos requisitos, tales como la existencia de lo que más tarde se llamó *causa possessionis* y después *titulus*. La *usucapio* tenía lugar en dos casos: cuando habia tradicion hecha por quien no era propietario, aunque con las solemnidades de la *mancipatio*; y cuando la habia transmitido el verdadero dueño, pero sin que interviniera aquel rito. ¿Por qué motivo nació la usucapion? ¿Es, como dice Sumner Maine, para evitar los inconvenientes de un formalismo complicado sin que á los romanos asaltaran los escrúpulos que hoy todavía asaltan á algunos jurisconsultos cuando se trata del fundamento de la prescripción? ¿O es, como dice Laboulaye, porque en una sociedad naciente, en la que la prueba es testimonial, prueba por su naturaleza incierta y pasajera, la señal más segura de la propiedad es la posesion, y es el hecho que la ley debe respetar ante todo? Si fuera exacto, como dice este último escritor, que la *usucapio* se admitió primero para el caso en que la propiedad la hubiera transmitido el que no era dueño, y más tarde para aquél en que el que lo era la trasmitiese, pero sin las solemnidades de la *mancipatio*, sería preciso aceptar su explicacion y rechazar la del escritor inglés. Pero parece más probable que el orden de sucesion haya sido el inverso y que nació realmente, porque, al buen sentido de los romanos chocaba que una trasmision hecha en la realidad con intencion y buena fé por ambas partes, quedara sin surtir efecto por falta de una solemnidad exterior, cuyo respeto naturalmente hubo de ir decayendo con el tiempo.

Otra ficcion es tambien la *cessio in jure*, mediante la cual, el nuevo propietario (*vindicans*) demandaba la cosa por vindicacion ante el magistrado; el antiguo (*in jure cedens*) nada oponia, y el Juez deferia á la demanda, resultando así una reclamacion ficticia que dejaba sin contestar el vendedor, y que producía la trasmision de la propiedad.

Estos tres eran los modos de adquirir propios y exclusivos de los romanos, aparte de la *adjudicacion*, que tenía por objeto hacer cesar la indivision entre los coherederos (*familiae heriscundæ*), la division de la cosa comun (*communi dividundo*),

y la incertidumbre de los límites (*finium regundorum*) (1), y de la *ley*, que naturalmente era origen del nacimiento de la propiedad, como en los repartos de tierras hechos por las leyes agrarias, etc. (2); pero queda siempre como el fundamental el *mancipium*, del cual, dice Laferrière, que ha expresado primero la misma propiedad, después el carácter superior de los objetos principales del ciudadano, y por último, el medio civil empleado para hacer pasar de un ciudadano á otro el derecho de propiedad sobre ciertos objetos, llamándole *mancipatio*.

Ahora bien; resulta en conclusion que el derecho de propiedad en Roma nace como todas las instituciones jurídicas de este pueblo, con aquel carácter peculiar que á todos imprime el ser la *ciudad* la base y fundamento de toda aquella organizacion. Participe en ella, esto es, ciudadano romano, tiene que ser el sujeto del derecho de propiedad; romana tiene que ser la cosa, y por eso, cuando se trata de la tierra, sólo la incluida en el *ager romanus* tiene la consideracion de las *res mancipi*; peculiar, peculiarísimo es el derecho mismo que se llama dominio *ex jure Quiritium*, que es el propio del romano, la verdadera propiedad romana, y que constituye un dominio perfecto, acabado, y, por decirlo así, el más excelente; y luégo, para la trasmision de este mismo derecho, encontramos en primer término ese rito religioso, público, solemne, que responde á ese mismo carácter y origen, en cuanto, después de todo, lo que hay en el fondo del mismo es la necesidad de la publicidad para la trasmision de la propiedad, requisito que se impone, porque, léjos de ser de un mero interés privado importaba á la *ciudad*, y de aquí la asistencia de los cinco miembros de la misma que con el *libripens* la autorizaban. Por lo tanto, el derecho de propiedad nace, de una parte, con carácter eminentemente *social*; de la ciudad se deriva, la ciudad lo mantiene, la ciudad autoriza su trasmision; y de otra,

(1) Estos tres casos, en que procedia la *adjudicacion*, prueban lo léjos que se estaba ya de la indivisibilidad é inalienabilidad del patrimonio.

(2) *Singularum rerum dominium nobis acquiritur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.* ULPIANO, 41.

con un carácter *peculiar* y privilegiado en cuanto, léjos de ser derecho de todo hombre, lo es sólo del romano, de donde nace la antítesis, como pronto vamos á ver, entre las que más tarde se llaman propiedad *civil* y propiedad *natural* (1).

II — DESARROLLO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Cuestiones que surgen del modo de ser el derecho de propiedad en sus comienzos. — Cómo nace la propiedad *in bonis*; oposicion con el dominio *ex jure quiritorio*. — Efectos de las conquistas en la propiedad privada; paralelismo del derecho de propiedad de derecho civil y del de derecho de gentes.—Efectos de aquellas en la propiedad pública; trasformacion de las *possessiones* del *ager publicus*; consecuencias; distincion entre la propiedad y la posesion aplicada al *ager privatus*.

Resulta de lo expuesto anteriormente, que segun la primitiva organizacion del derecho de propiedad en Roma, habia, de una parte, el *ager publicus*, que pertenecia en dominio al Estado, á la ciudad, y el cual disfrutaban y gozaban los patricios que lo recibian en arrendamiento temporal, primero, luégo en usufructo, y más tarde, adquiriendo por el lapso del tiempo y la tolerancia del poder esas tenencias carácter hereditario con el nombre de *possessiones*; y de otra, el *ager privatus*, que pertenecia á los particulares, ó para hablar con más propiedad, dados los tiempos á que nos referimos, á las *gentes*, y más tarde á las familias, y en el cual tenía el ciudadano romano un dominio absoluto, completo, el llamado *dominio ex jure quiritorio*.

De este estado de cosas tenian por necesidad que surgir diferentes cuestiones. Por lo que hace á la propiedad privada, las referentes á la especie de derecho que le era dado adquirir en ella al extranjero, á la condicion de la que era adquirida por un ciudadano romano, pero por un modo *no civil*, esto es, por uno distinto de los consagrados por el derecho romano: la mancipacion, la usucapion, la *cessio in jure*, y á la de las cosas inmuebles que no eran *mancipi*, esto es, que no formaban parte del *ager romanus*, aunque las adquiriera el ciudadano, puesto que en todos estos casos dejaban de darse las tres circunstancias ó requisitos que, segun hemos visto, eran nece-

(1) Véase la obra citada de Laferriere, loc. cit.

sarios para que apareciera ese dominio excelente, completo, llamado *domino ex jure quiritorio*, esto es, que fuera romano el propietario, que fuera romana la cosa y que fuera romano el modo de adquirirla. En cuanto á la propiedad pública, habian de surgir otras cuestiones, harto graves, efecto del derecho indubitable que tenía la ciudad ó el Estado en el *ager publicus*, y el hecho, no ménos incuestionable, de estar en posesion de él los patricios ya con carácter permanente y hereditario. Véamos, pues, que modificaciones experimenta el derecho en ambos respectos.

En primer lugar, el pretor, utilizando aquellas ficciones á que tan dados eran los romanos para hacer penetrar el derecho *natural* en el derecho *civil* (1), respetando éste al mismo tiempo, dió á la *tradicion* los efectos de la *mancipacion*, originándose de aquí que, como esta mera entrega no podia á los ojos de la ley privar de su derecho al dueño que lo era *ex jure quiritorio*, resultaban dos propiedades y dos propietarios para el mismo objeto; una la llamada civil, *ex jure Quiritium*, y la llamada natural, *in bonis*; y miéntras que la primera era casi nominal, la segunda no era reconocida por la ley, pero venía á producir efectos análogos á los que alcanzaba la verdadera porque el pretor la defendía contra el propietario *ex modo jure Quiritium* por una excepcion que paralizaba este derecho de dominio, y contra los terceros por la *publiciana in rem actio*, en vez de la *reivindicatio*, y que nació como una usucapion por virtud de la ficcion segun la cual se suponía existente el derecho ántes de consolidarse por el tiempo (2).

Luego, los romanos no podían conceder á los extranjerios el dominio *ex jure quiritorio*, en cuanto éste era una consecuencia y derivacion del *jus civitatis*, pero el pretor les reconoció más tarde también ese otro género de propiedad, la propiedad

(1) Sobre el concepto que del derecho natural tenían los romanos, véase la obra citada de S. Maine, *Ancient law*; y sobre la compenetracion del mismo en el derecho civil, la también citada de Laferriere: *Historia del derecho francés*, etc., tomo I.

(2) Este dualismo de propiedades tiene grandísima analogía con el que resultó en Inglaterra cuando los tribunales de equidad crearon la llamada propiedad *equitable*, semejante á la *in bonis* de los romanos.

in bonis, resultando así que mientras el ciudadano romano podía tener propiedad de ambos géneros, según el objeto de ella y según el modo de la adquisición, el extranjero no era capaz más que de un sólo derecho, de la propiedad *in bonis*. Por último, como no cabía el dominio *ex jure quiritorio*, respecto de las cosas inmuebles, que estaban situadas fuera del *ager romanus*, era consecuencia de esto que sobre ellas ni el mismo ciudadano romano, y ménos el extranjero, podían adquirir ese derecho, y por lo tanto, cuando aquel hacía suya esa misma tierra, tampoco tenía en ella otra propiedad que la *in bonis*. Resultaba así lo que se ha llamado un *duplex dominium*; el quiritorio *legitimus, optimo jure*, y el bonitario, *naturale, ex jure gentium*.

Importa ahora considerar el efecto que las conquistas hechas por los romanos producen así en la propiedad privada como en la pública. Cuando Roma conquistaba un territorio, afirmaba ante todo su dominio sobre todo él, de suerte que todos sus antiguos dueños eran desposeídos de la propiedad; pero hacia una distinción también en las provincias entre el *ager publicus* y el *ager privatus*, llamados también *provincialis* y *tributarius*. El primero lo entregaba, al modo que lo había hecho con el *ager romanus*, en la parte que continuó siendo de la ciudad, á los patricios, constituyendo las *possessiones* de éstos. El segundo, lo dejaba á sus antiguos poseedores, mediante el pago de un cánon, ó lo vendía ó arrendaba siempre con la obligación de pagar el impuesto, *vectigal*.

Ahora bien; el derecho que tenían los poseedores del *ager provincialis* era un mero usufructo ó posesión, puesto que el dominio siempre lo retenía y conservaba la ciudad, el Estado. Así dice Gayo: *dominium populi Romani est vel Cæsaris, nos autem possessionem tantum et usufructum habere videmur* (1). De suerte que el derecho de aquéllos se parecía al que tenían los patricios en las *possessiones* del *ager publicus* en cuanto no era un derecho perfecto, pues que no lo consentía el dominio eminente de la ciudad; pero es un error el confundirlos, supo-

(1) Gayo, II, 7.

niendo que eran completamente iguales, puesto que, como ha observado Laferrière, hay la diferencia esencialísima de que mientras el derecho de los patricios era perfectamente precario y revocable, el derecho del poseedor del suelo provincial era irrevocable. Al propio tiempo, se diferenciaba de la propiedad privada romana en que respecto del suelo provincial no cabía el dominio *ex jure quiritorio*, de donde resultaba que el poseedor, ya fuera extranjero, ya fuera ciudadano romano, tenía esta propiedad *in bonis* y no más. De aquí resultó un paralelismo entre esos dos derechos, entre el dominio *ex jure quiritorio* y la propiedad *in bonis*, entre la propiedad de derecho civil y la propiedad de derecho de gentes, cuya oposicion primero y cuya sustitucion de aquél por éste más tarde, constituyen todo el contenido y todo el interés de la trasformacion del derecho de propiedad en Roma.

Así como la *mancipatio* sirvió para trasferir la propiedad *ex jure quiritorio*, cuando se trataba de las provincias, no se podía trasladar el dominio, porque éste era del pueblo romano, pero mediante la *tradicion*, precedida, por ejemplo, de la donacion ó de la compra-venta, se trasmitia la *posesion*, el derecho que el trasmite tenia. De igual modo no cabia respecto de estos bienes la *usucapion*, modo característico y propio tambien del derecho civil de Roma, pero en su lugar, cuando el poseedor del fundo provincial tenia buena fé, justo título, y habia tenido la tenencia de la cosa por largo tiempo, el pretor le daba una excepcion, *prescriptio*, para defenderse contra las pretensiones del propietario; mas como esta excepcion le servia para la defensa, pero no para la persecucion de la propiedad, más tarde hubo de unírsele una *actio utilis*, la *longi temporis possessio*, que revestia todos los caractéres de una adquisicion de dominio; pero que no daba la propiedad quiritaria sino sólo la propiedad natural, la propiedad *in bonis*; y de aquí resultó que éstos dos sistemas, el uno peculiar de los romanos, el otro el comun ó general que regia en las provincias, caminaban así á la par y paralelamente, el uno, aplicándose tan sólo al ciudadano romano cuando recaia sobre cosa romana y cuando se empleaba para su trasmision un modo llamado ci-

vil, ó sea, peculiar de los romanos; y el otro, cuando se trataba de los extranjeros y de las cosas extrañas al *ager romanus*, que se trasmitian por modos, que no eran romanos y que luego se llamaron de derecho de gentes.

Por esto precisamente la oposicion de estos dos sistemas se resuelve mediante la desaparicion del primero y el predominio absoluto del segundo. En primer lugar, la ciudadanía, el *jus civitatis*, concedido ántes sólo á los habitantes de Roma, se extendió sucesivamente á algunos mediante la concesion primero del *jus latii*, y luégo del *jus italicum*, así como más tarde se concede á todos los súbditos del Imperio por la célebre Constitucion de Caracalla. De igual suerte aquel primitivo *ager romanus*, limitado á las cercanías de Roma, se extiende, á la par que se extendió la ciudadanía, y así fué primero el Lacio, y después la Italia y más tarde la Galia Cisalpina haciéndose sucesivamente tierras romanas, y por lo tanto, susceptibles de la propiedad quiritaria. Y como, al propio tiempo, segun hemos visto, el pretor habia comenzado á dar á la *tradicion* un valor análogo al que tenía la *mancipacion*, mediante la creacion de ese nuevo género de propiedad, la llamada propiedad *in bonis*, igual á la que se tenía en el suelo provincial, resultó que, segun iba decreciendo el uso de la *mancipacion*, iba aumentando el de la *tradicion*, así como fué sustituyendo á la *usucapion*, modo civil y romano, la *prescripcion*, modo de derecho de gentes; movimiento éste que se inició y se llevó á cabo principalmente, mediante la intervencion de los pretores, que se continuó durante todo el Imperio, bajo el influjo de las doctrinas de los jurisconsultos, y que llega á verificar su última evolucion en tiempo de Justiniano, como veremos más adelante. De este modo el sistema constituido por la propiedad *in bonis* con todas sus consecuencias va reemplazando al dominio *ex jure quiritario*, teniendo lugar en el derecho de propiedad de Roma lo mismo que se ha verificado respecto de todas sus instituciones jurídicas, esto es, la sustitucion de un derecho privativo, peculiar, privilegiado y exclusivo, el derecho civil de Roma, por el derecho comun, universal y general, el derecho de *gentes*, como los romanos le llaman.

Pero veamos ahora el efecto que la conquista produjo en la propiedad pública.

Hemos visto que los romanos daban el *ager publicus* en arrendamiento ó en usufructo, y al cabo en una tenencia indefinida, pero afirmando siempre el dominio de la ciudad. Los abusos de los patricios en este respecto los pintan elocuentemente dos escritores antiguos, Apiano y Plutarco (1). Según el primero, «los romanos después de haber sometido á los pueblos, que habitaban la Italia, les confiscaron una parte de su propio territorio. La parte cultivada del mismo era siempre adjudicada á los colonos, ya gratuitamente, ya en arrendamiento; y la parte inculta, que algunas veces era la más considerable, no se acostumbraba distribuir, sino que se abandonaba su goce á quien quisiera roturarla y cultivarla, reservándose al Estado el derecho á percibir el décimo ó el quinto de los frutos percibidos, ó un cánon respecto de los pastos. Se creía de este modo proveer suficientemente á las necesidades de la antigua raza itálica, raza paciente y laboriosa, y á las necesidades del pueblo vencedor; pero sucedió lo contrario de lo que se habia previsto: los ricos se apoderaron poco á poco de esta porcion de tierras no distribuidas y dejadas al primer ocupante, y fundándose en la duracion de su posesion, compraron de grado ó por fuerza á los pequeños propietarios vecinos sus pequeñas heredades, y formaron así vastas *latifundia*: para el cultivo y servicio de sus tierras, emplearon los esclavos, especie de hombres de que el servicio militar no podia privarles y que creció rápidamente por virtud de sus cuidados. De ahí el inmenso crecimiento de las riquezas territoriales de algunos hombres, y el empobrecimiento de la antigua poblacion libre indígena, sobre la cual pesaban todavía los impuestos y el servicio militar; de ahí la mayor disposicion del pueblo á la corrupcion de costumbres en todos sentidos» (2).

Plutarco dice, que los romanos acostumbraban á vender una parte de las tierras que habian conquistado é incorporar

1) Véase la obra cit. de Giraud, lib. 2º, cap. 1º.

(2) *De Bell. civil*, lib. 1, §. 7.

á los dominios del Estado el resto para darlas en arrendamiento, mediante un ligero cánon á los ciudadanos más pobres. Los ricos pujando este cánon, arrojaban á los pobres de sus posesiones, y para remediar las tristes consecuencias de esta invasion, una ley prohibió poseer más de quinientos pletros en el *ager publicus*. Esta ley produjo buenos efectos por algun tiempo, y los pobres conservaron las tierras, que les habian correspondido, desde el origen de las distribuciones ó adjudicaciones públicas; «pero más tarde, los ricos hicieron que les adjudicaran estas heredades, tomando nombres supuestos, y al fin concluyeron por dar el suyo. Entónces los pobres, despojados de sus posesiones, no mostraron gran entusiasmo por el servicio militar, ni gran deseo por constituir y tener una familia, y así la Italia se vió despojada de los habitantes libres y llena de esclavos bárbaros, que los ricos emplearon en el cultivo de las tierras para reemplazar á los hombres libres, que habian arrojado de ellas» (1).

De esta relacion de los dos historiadores griegos, resulta que los patricios, apoderándose de la parte abandonada del *ager publicus* y haciendo competencia á los plebeyos respecto de las que se vendian ó arrendaban, concluyeron por apoderarse de todo el dominio público, con grave daño de los plebeyos, que, cuando más, recibian estas mismas *possessiones* de los nobles para cultivarlas, pero á *precario*, esto es, pendientes siempre de la voluntad de los poseedores. De aquí el origen de aquellas célebres luchas, que llenan por completo toda la historia de la república romana, y que dán á las querellas entre patricios y plebeyos aquel doble carácter político y social con que se nos muestran constantemente; porque, como dice Giraud (2), «así se formaron desde muy temprano en Roma dos opiniones, la una democrática, revolucionaria, apasionada, justa en el fondo; la otra aristocrática, conservadora de todo lo existente, partidaria de la conveniencia y de la equidad; y de esas dos opiniones nacieron el derecho pretorio, que garan-

(1) *Tiberius Gracchus*, §. 8.

(2) *Loc. cit.*

tizaba la *posesion*, y las célebres *leyes agrarias*.» De estos dos hechos vamos á ocuparnos, con tanto más motivo cuanto que ámbos tienen una gran importancia histórica, ámbos han sido equivocadamente apreciados hasta que Niebuhr mostró su verdadero origen y su verdadero carácter (1), y ámbos tienen, el uno bajo el punto de vista social, el otro bajo el punto de vista jurídico, un interés que trasciende á toda la historia del derecho hasta la época actual.

Estamos ya tan familiarizados con la distincion entre *propiedad* y *posesion*, que nos cuesta trabajo comprender que sea asunto tan difícil el investigar su verdadero origen y su propia naturaleza (2). Claro es que la posesion cuando se toma tan

(1) Giraud dice, sin embargo, que Heyne fué el primero que en sus opúsculos, publicados en 1797, precisó el verdadero carácter de las leyes agrarias, que Montesquieu consideró erróneamente como una explosion de las pasiones demagógicas y la vuelta á la primitiva igualdad de los bienes; y añade que Obrecht habia ya publicado un trabajo en el mismo sentido (lib. II, cap. I). Laboulaye (ob. cit. lib. II, capítulo VI) dice que antes de Niebuhr, Pilati de Tassulo en una obra que es poco conocida (*Les lois politiques des Romains*, t. II, cap. XVII) habia determinado con precision lo que eran las leyes agrarias y el noble fin que se habia propuesto Tiberio Graco. El mismo Giraud (lib. II, cap. II), reconociendo el señalado servicio que á la ciencia han prestado Niebuhr y Savigny al restablecer el caracter propio de la *posesion romana*, se lamenta de que aquél no haya hecho la justicia que éste hizo á Donneau, declarando que era el primer autor de una teoria verdadera de la *posesion civil*, así como á Alciato y Brisson, primeros creadores de la *posesion romana*.

De todos modos, como Niebuhr ha mostrado á la par el origen de la *posesion* y el carácter de las *leyes agrarias*, y entre una y otra cosa hay una estrechísima relacion, como vamos á ver, no parece que pueda disputársele al ilustre historiador danés la gloria que generalmente se le reconoce y atribuye.

(2) Para comprender la importancia y transcendencia que ha adquirido esta cuestion, basta recordar las numerosas teorías ideadas para explicar el fundamento de la posesion, y que Ihering clasifica, en su obra sobre esta institucion, del siguiente modo. Teorías *relativas*, que se fundan, no en la posesion misma, sino en otras instituciones ó consideraciones extrañas á la posesion: (1) en la necesidad de impedir la violencia; (a) derecho privado que toca al poseedor: la perturbacion es un delito contra éste (Savigny), (b) derecho público: aquella es un atentado contra el orden público (Rudorff); (2) nadie puede vencer á otro si no tiene motivo para alegar mejor derecho (Thibaut); (3) en el privilegio de la *irreprochabilidad*, en virtud del cual se debe admitir que el que puede tener un derecho á la posesion, lo tiene realmente (Roder); (4) en la propiedad: (a) como propiedad probable ó posible (opinión antigua); (b) como propiedad que comienza (Gans); (c) como complemento necesario de la proteccion de la propiedad (Ihering). Teorías *absolutas*, que consideran la posesion en si misma y por si misma, y segun las cuales: (1) es la voluntad incorporada á la materia (Gans; Puchta); (2) sirve para el cumplimiento del destino universal del patrimonio; su fin es conservar el estado de hecho en las cosas (Stahl).

sólo en el sentido que etimológicamente tiene, como la mera tenencia física, la *detentio*, sin el propósito de hacerla suya, sin el *animus retinendi*; ó cuando se entiende por ella la que es consecuencia del dominio en cuanto es el primero de los derechos particulares que lo integran, esto es, el *ius possidendi*, no ofrece ninguna dificultad ni origina ningun problema grave; pero cuando significa el derecho que lleva consigo la facultad de utilizar los interdictos, la dispensa del *onus probandi*, el *ius retentionis*, el derecho á la *usucapion*, el ejercicio de la accion *Publiciana*, la percepción de frutos, las ventajas que se derivan de la máxima: *in pari causa conditio possidentis melior est*, etc. en una palabra, el *ius possessionis*, con todas aquellas consecuencias y que lo constituyen en algo como semejante al dominio, la cuestion ya cambia completamente de aspecto.

Es una cosa fuera de duda que los términos *possessio*, *possidere*, *possessor*, no se referian en un principio en Roma sino al *ager publicus*, y así se llamaba *possessiones* á las tierras, que en él disfrutaban los patricios en oposicion á los nombres de *prædia*, *agri*, *fundi*, que se daban á aquellas otras en que el ciudadano romano tenía el dominio *ex jure quiritarario*. Esto lo ha demostrado Niebuhr con una larga série de textos recordados y aumentados por Savigny (1) y Giraud (2). Ahora bien, segun hemos visto, los patricios tenían la mayor parte del *ager publicus*, por el cual pagaban una renta escasa y á veces nominal. Los romanos nunca los consideraron sino como meros *poseedores* de esas tierras en cuanto el título de su derecho era revocable á voluntad del Estado; pero ellos, haciendo valer el goce no interrumpido, en que las habían tenido, pretendian retenerlas contra cualquiera que se las disputara, resultando así frente á frente el derecho de la Ciudad, que mantenía su dominio sobre el *ager publicus*, y para la cual el poseedor no era más que un detentador que tenía tan sólo el *usus*, la *possessio*, y el derecho que alegaban los patricios, fundándose en lo largo de

(1) Véase su *Tratado sobre la posesion*, Sec. 1^o, 12.

(2) Lib. II, cap. II.

esa posesion, en que al fin y al cabo ellos habian fecundizado esa tierra, la habian comprado, enajenado, transmitido, que en ella estaba la tumba de sus padres (1), en una palabra, que realmente se habia convertido en una propiedad transmisible por venta, por donacion, por sucesion. La oposicion que de aquí resulta entre el hecho y el derecho, favorable aquél á los patricios poseedores del *ager publicus*, favorable éste al Estado, á la ciudad, se resuelve trasformándose, como dice Giraud, en hecho legal el hecho, que carecia de título, y atribuyéndose á esta *posesion* consecuencias análogas á las que tenía cuando era efecto de un dominio verdadero. Todavía se encuentra en un fragmento de Paulo una aplicacion de las formas del antiguo derecho de *posesion* á las tierras de la Germania romana, situada á la derecha del Rhin; derecho antiguo, que se mantuvo hasta el tiempo de Honorio y de Teodosio en que la posesion se convirtió en plena propiedad (2); hecho que con frecuencia se repite en la historia. Ahora bien; el pretor amparó el derecho de los *possessores* del *ager publicus*, mediante los *interdictos*, que vinieron á proteger la propiedad de éste, del mismo modo que la *reivindicacion* protegía la del *ager privatus* (3); y lo que se creó primero para amparar las *possessiones* del *ager publicus*, más tarde se aplicó tambien al *ager privatus*, naciendo así esa distincion entre la propiedad y la posesion con que hoy estamos tan familiarizados; y nació la distincion, porque si bien es verdad que en un principio los dueños del *ager privatus* no necesitaban de una proteccion especial, puesto que tenian el dominio *ex jure quiritarario*, como las trasmisiones de este derecho estaban sometidas á fórmulas solemnes y difíciles, llegó un dia en que el propietario estimó más fácil el dejar intacta la cuestion de dominio, como hoy decimos, y utilizar tan sólo las acciones, que le daba la pose-

(1) Laboulaye, Ob. cit., lib. II, cap. III.

(2) Giraud hace notar (lib. II, cap. II) que esta constitucion de Honorio y Teodosio se incluyó en el Código Theodosiano y no en el de Justiniano, porque en tiempo de éste ningun interés tenian las discusiones sobre este tema.

(3) Véase el *Tratado* de Savigny, Sec. 1^a, § 12.

sion (1). Hé aquí el origen de toda la teoría sobre la posesion.

Giraud dice que en la historia de lo que ésta fué en los tiempos antiguos, se encuentra la clave del doble derecho de propiedad, el dominio *ex jure quiritarario* y la propiedad *in bonis*. A nuestro juicio esto no es exacto; son dos dualismos, el que hay entre las dos formas del dominio, y el que hay entre la propiedad y la posesion, que tienen distinto origen y responden á diversos fines. El primero nace de diferencias, que recaen sobre el propietario, sobre la cosa apropiada y sobre el modo de adquirirla, y el Pretor al amparar la llamada propiedad del derecho de gentes, la *in bonis*, la protege por medio de la accion *publiciana*, que corresponde á lo que es la *reivindicatio* respecto del dominio *ex jure quiritarario*; miéntras que en el segundo se trata de un derecho que nace de motivos independientes de la ciudadanía, del suelo romano y de los modos de adquirir, y que se ampara por medio de los *interdictos*. Así que, reconociendo que hay gran analogía entre una y otra cosa y que ambas tienen de comun el ser ficciones empleadas por el pretor para satisfacer las nuevas exigencias de la vida social, sin destruir los principios fundamentales del derecho civil de Roma, prueba de que son cosas diferentes, es, que al paso que la distincion entre el dominio *quiritarario* y el *bonitario* fué borrándose hasta desaparecer por completo en tiempo de Justiniano, pues que ya entónces ni siquiera se habla de ella, la distincion entre la *propiedad* y la *posesion* no sólo subsistió, sino que continúa y continuará constante y perpétuamente, porque es esencial y no debida á meras circunstancias históricas.

(1) Hace treinta años Inglaterra, para salir del laberinto de su sistema de acciones reales, de dominio, cortó por lo sano sustituyéndolo con otro de meras acciones posesorias. Véase la analogia entre una y otra legislacion en el *Ancient Law* de S. Maine, cap. viii.

III. — LEYES AGRARIAS.

Origen de estas leyes. — Repartos varios de tierras. — Ley Licinia. — Ley Semproniana. — Los Gracos. — Tentativas posteriores. — Nuevos repartos. — Consecuencias de la acumulacion de la propiedad.

Así como el favor otorgado por el pretor á los patricios vino á consagrar el derecho que éstos tenían sobre las *possessiones* del *ager publicus*, las *leyes agrarias* tendian, por el contrario, á amparar el que tenía en el mismo la ciudad, y cuyo reconocimiento tanto interesaba á los plebeyos. Tuvieron éstos en un principio tan sólo la facultad de utilizar los pastos de cierta parte de aquél, pues si cultivaban algo más era por concesion de los patricios y sólo con el carácter de *precario*.

Los plebeyos habian recibido tierras en tiempo de Servio Tulio y al advenimiento de la república, y más tarde, en 298 de la fundacion de Roma, se distribuyó entre ellos el monte Aventino; pero, segun hemos visto más arriba, á medida que aumentaban las conquistas de Italia y con ellas el *ager publicus*, iba extendiéndose tambien el goce del mismo por los patricios en la forma de las *possessiones*, creciendo siempre los abusos por parte de aquéllos. De aquí las *leyes agrarias*, que, como ha puesto de manifiesto Nieburh (1), recaian exclusivamente sobre el *ager publicus*, y en modo alguno sobre el *privatus*; y cuyo fin era el reconocimiento del derecho de los plebeyos á adquirir tierras en él, y el reparto de aquéllas de que abusivamente habian ido apoderándose los patricios. Antonino Maze (2) cuenta hasta veintiocho leyes agrarias desde Spurio Casio hasta Licinio Stolón (404 á 376). Por la ley Licinia se impuso la limitacion de que ningun patricio pudiera tener más

(1) Puchta y Huschke sostienen que la *lex Licinia, de modo agri*, no se referia á las *possessiones* del *ager publicus*, y si á la verdadera propiedad territorial; pero hoy es ya un punto puesto fuera de toda duda el carácter que les atribuye Nieburh, que es el verdadero.

(2) *Histoire de la propriété, du domaine public et des lois agraires chez les romains*. Véase Laveleye, *ob. cit.*, cap. 11.

de quinientas yugadas de tierra, ni más de cien cabezas de ganado mayor y quinientas de ganado menor. Más tarde, en 338, después de la derrota de los latinos se distribuyeron las tierras de éstos entre los plebeyos á razon de dos yugadas. Después de la guerra de Pyrró se hizo lo propio á razon de siete yugadas. En el año 200, al volver Scipion de la campaña de Cartago, se dieron asimismo tierras á los soldados, y se hizo otro reparto en 192 después de la derrota de los ligures ó de los galos (1).

Entretanto, la acumulacion de las *possessiones* en manos de los patricios iba creciendo y lo que llama Mommsem (2) *sistema capitalista* habia absorbido poco á poco la propiedad pequeña y la mediana en Italia y tambien en las provincias, «como el sol chupa las gotas de la lluvia.» Aquella clase rural, á cuya excelente condicion atribuye Pyrró la fortuna de Roma en la política y en las armas, habia desaparecido por vicios de la organizacion económica, que llevaba á sacrificar las provincias á Roma, consecuencia de la creacion de aquella nueva aristocracia, que se fundaba en la riqueza. Entónces los plebeyos tratan de poner un límite á ese apoderamiento del *ager publicus* por parte de los patricios, volviendo al principio, que habia inspirado las *rogaciones licinias* después de las cuales, como dice Laboulaye (3), se habia organizado una clase media poderosa que constituia la grandeza del país. Esta fué la obra que trató de llevar á cabo Tiberio Graco con su famosa ley Semproniana por la que, conforme á las *rogaciones licinias*, se limitaba á un máximum de quinientas yugadas lo que en pleno dominio podia tenerse en el *ager publicus*, y además doscientas cincuenta por cada hijo emancipado, reconociéndose el carácter absoluto de esta propiedad, prohibiéndose su enajenacion, é indemnizando á los que tenian que restituir el exceso.

Esta ley se distinguia de las licinias, como ha hecho notar

(1) Véase Laveleye, loc. cit.

(2) Acerca de la acumulacion de la propiedad, la despoblacion de Italia, la desaparicion de la clase rural y del influjo que en la organizacion económica produjo lo que llama Mommsem el *sistema capitalista*, puede verse su «*Historia romana*», libro 2º, cap. 8º; lib. 2º, cap. 3º; lib. 4º, cap. 2º y 11; así como la ob. cit. de The-ring.—§ 9.

(3) Véase ob. cit., lib. 2º, cap. 5º.

Mommsem (1); primero, por sus disposiciones especiales en favor del poseedor hereditario; segundo, por el carácter enfitéutico y la inalienabilidad, que imprimía á las posesiones nuevas; y tercero y principal, por la permanencia de los funcionarios repartidores. De esta reforma dice Plutarco (2): «nunca se dictó una ley más suave contra tamaña injusticia y opresion, porque aquellos que merecian ser castigados por haber violado los derechos de la comunidad y penados por retener la tierra contra derecho, iban á ser indemnizados por el abandono de sus infundadas reclamaciones y la devolucion las propiedades á los ciudadanos á quienes correspondian.»

Sabido es el resultado que tuvieron los conatos de reforma de los dos Gracos. Prueba de que en el fondo eran justas razones y de que sólo alcanzaban al *ager publicus*, es, que, como ha hecho notar Giraud (3), la ley Toria, por la que se abrogaron las leyes de aquellos, mantuvo á los antiguos poseedores en su derecho, pero á condicion de pagar una renta que se habia de distribuir entre los pobres. Y sin embargo, los patricios, no satisfechos con haber impedido la obra de los célebres tribunos, entre los años 121 y 100 dictaron tres leyes, que contribuyeron á aumentar la acumulacion de la propiedad: la primera autorizaba la venta de los lotes del *ager publicus* adquiridos por los plebeyos y que habia declarado Tiberio Graco inalienables; por la segunda se prohibia todo nuevo reparto; y por la tercera se suprimia el cánon ó renta que los poseedores pagaban; es decir, como hace notar Laveleye, que quedaba sólo de la ley de los Gracos lo que favorecia á la aristocracia, esto es, la trasformacion de la posesion en dominio, y al mismo tiempo se cerraba la puerta á nuevos repartos, alejando así todo peligro para la aristocracia, se suprimia el pago del cánon, aliviándoles de la única carga que les quedaba, y se autorizaba la enajenacion de los lotes, que tenían los plebeyos, resultando así que por virtud del carácter absorbente

(1) Obra. cit., lib. 4º, cap. 2º.

(2) Véase: *Democracy in Europe* de Erskine May, cap. 4º—Lóndres, 1877.

(3) Obra cit., lib. II, cap. I.

que tenía la grande propiedad, toda ella habría de ir á parar á manos de los patricios.

Pero las reclamaciones de los plebeyos continúan. El tribuno Apuleyo Saturnino hizo aprobar una ley en el año 100, por la cual se daba á los ciudadanos las tierras de la Galia Cisalpina, reconquistadas á los cimbrios. Mario dió catorce yugadas á cada uno de sus soldados. En el año 65, el tribuno Servio Rulo propuso vender tierras en Africa y Grecia para comprar otras en Italia y reconstituir el *ager publicus*. Sila distribuyó propiedad á cuarenta y siete legiones, siendo el primero en dar este ejemplo. César hizo lo mismo con más de ciento veinte mil legionarios, y Antonio lo propio. Octavio dió á sus soldados diez y ocho ciudades de las más florecientes, desapareciendo así el *ager publicus*, y pasando lo poco que de él quedó á formar parte de los bienes imperiales, *fundi patrimoniales, rei privatae* (1).

Después que los plebeyos perdieron la esperanza de llegar á una solución, es cuando vienen las terribles, guerras civiles, durante las cuales la plebe se alista bajo las banderas de los ambiciosos, para obtener por fuerza lo que no les daba la ley (2). Entónces aparecen esas distribuciones (que realmente no merecen el nombre de *leyes agrarias*, como observa Laveye), en estrecha relacion con la organizacion militar y con el predominio que iban alcanzando las legiones romanas; entónces, como dice Giraud, de aquellas terribles luchas á muerte nacieron las leyes de proscripción, leyes agrarias de nueva especie, que por primera vez alcanzan al *ager privatus*; entónces tiene lugar la despoblacion de Italia, porque la tierra la cultivaban los esclavos (3); entónces se acumula la propiedad de tal suerte, que la mitad del Africa romana perte-

(1) Hay que distinguir, entre estas leyes, las que merecen verdaderamente el nombre de agrarias, cuyo único objeto era la posesion y el reparto del *ager publicus*, y aquellas que tenían por objeto la distribución de los bienes que se habían confiscado á los ciudadanos y á las ciudades condenadas con la proscripción.

(2) Laboulaye, Ob. cit., lib. II, cap. VII.

(3) El mal debía ser antiguo, puesto que en el año 367 ántes de J. C. se dictó una ley por la que se obligaba á los propietarios á emplear hombres libres al lado de los esclavos. Véase Mommsem, lib. II, cap. VIII.

necia á seis propietarios, y todo el *ager publicus*, en algunas provincias, estaba en manos de algunas familias; y entónces tiene lugar, en una palabra, aquel estado de cosas que expresó y resumió Plinio en la célebre frase: *latifundia perdidere Italiam*.

IV. — EL DERECHO DE PROPIEDAD DURANTE EL IMPERIO.

Continúa el movimiento de fusion del dominio *ex jure quiritarío* y la propiedad *in bonis*; sustitucion completa de aquél por ésta; carácter unitario y absoluto del derecho de propiedad en la última época. — Nuevas formas del derecho de propiedad, que aparecen durante el Imperio; el colonato y la tierra; la enfitéusis, las *tierras leticas ó predios militares*; oposicion entre estas nuevas instituciones y el carácter del antiguo derecho de propiedad romano. — El *fiscus*. — *Dominio eminente* del Emperador. — Resultado del movimiento economico y jurídico durante el Imperio.

El desarrollo histórico, que hemos examinado, en virtud del cual llegaron á aparecer frente á frente dos sistemas ó formas de la institucion jurídica que estudiamos, en un perfecto paralelismo, esto es: el dominio *ex jure quiritarío* con sus modos peculiares de adquirir, como la mancipacion, la usucapion, etc., y el otro, la propiedad *in bonis*, con la tradicion y la prescripcion, continúa durante todo el Imperio, tendiendo á la sustitucion del primero por el segundo, del sistema de derecho civil por el llamado sistema de derecho de gentes. Esta fué la obra que iniciaron y continuaron los pretores, favorecieron los jurisconsultos y á que contribuyeron los emperadores, aunque inspirándose á veces en un interés puramente fiscal.

Augusto fué el primero que atacó las franquicias de la propiedad romana, puesto que siendo la inmunidad de tributos ó de impuestos una de las diferencias que separaban el dominio quiritarío del dominio provincial, él impuso sobre aquél dos pesados impuestos: el *veinteno*, que gravó las sucesiones, y el *centésimo*, que gravó las adjudicaciones. Inspirándose en el mismo móvil, Caracalla extendió á todos la ciudadanía (1), no por conceder este valioso derecho á aquéllos á quienes se otor-

(1) *In orbe romano qui sunt cives romani sunt.*

gaba, sino para extender precisamente la percepción del *veinteno*, y así, aunque continuó la distinción entre propiedad quiritaria y propiedad provincial, era puramente nominal. Además, al mismo resultado contribuyeron la extensión del *jus italicum* y la comunicación del *jus latii*, como, por ejemplo, la que debió á Vespasiano la España toda (1).

Así, ántes de Justiniano, aquella oposicion entre los dos sistemas la propiedad de derecho civil y la de derecho de gentes, se acaba por completo, y ya ni de nombre subsistieron aquellas diferencias, entre las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, entre el dominio *ex jure quiritarario* y la propiedad *in bonis*, entre el suelo itálico y el provincial, entre la mancipacion y la tradicion, entre la usucapion y la prescripcion. No hay más que un dominio, consecuencia lógica de ser todos ciudadanos romanos, de haberse extendido el primitivo limitado *ager publicus* á todos los dominios del imperio y de regir por lo tanto un solo derecho, que alcanzaba á todos y á todo.

Este carácter unitario y absoluto, que reviste el dominio en los últimos tiempos de la legislacion romana, se refleja claramente en la famosa definicion segun la que el dominio es el *jus utendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur*, que en tiempos posteriores, y aún hoy, se ha entendido de un modo bien contrario ciertamente al que le dieron los jurisconsultos romanos, puesto que se ha creído ver en el término *abutendi*, por traducirle literalmente, la expresion del individualismo más absoluto, como si el propietario pudiera disponer caprichosamente de la cosa de que es dueño, siendo así que la palabra se refiere á aquéllas cosas, que desaparecen ó se consumen por el uso (*ut vinum, oleum*), á diferencia de aquellas otras, que continúan después de él prestando servicio. Para los jurisconsultos de la época clásica, la propiedad es la cosa *mea* ó *tuya*, es la cosa plenamente sometida al hombre; pero este pleno poder no llega al abuso, el cuál nunca puede ser un derecho; y los emperadores, que habian abolido el derecho de vida y muerte sobre el esclavo, dieron al propietario el bello

(1) *Universae Hispaniae Vespasianus Latii jus tribuit* (Plin. III-3.

calificativo de árbitro y moderador de su cosa, *arbiter et rei moderator* (1).

Pero además de continuar ese movimiento, que venia de atrás y cuya última manifestacion acabamos de indicar, aparecen durante el Imperio nuevas organizaciones de la propiedad, sobre las cuales importa llamar la atencion, no tanto por el valor que tengan en sí en aquel tiempo, como por las diferencias que la separan de la antigua propiedad romana y por las relaciones que pueden ligarla con la que habremos de estudiar en los períodos subsiguientes de la historia.

En primer lugar, encontramos que se crean ciertos vínculos, ántes desconocidos entre la tierra, y una nueva clase de personas, los *colonos*, de quienes, á pesar de haberlos en varias comarcas en tiempo de Constantino (1), nada dicen los jurisconsultos clásicos, y que procedian probablemente de la elevacion de los esclavos y de la degradacion de los hombres libres, que cultivaban el campo (2). El colono estaba adscrito á la tierra, y constituido por tanto en una especie de servidumbre predial, aunque su condicion era distinta de la del *servus adscripticius*, el cual tenia un goce completamente precario en la tierra, puesto que el señor podia arrojarlo tan fácilmente como podia manumitir al esclavo, miéntras que el colono no podia ser separado del suelo y no estaba obligado á otra cosa que al pago de una renta fija y moderada.

En íntima relacion con el colonato aparece otra nueva institucion en esta época, la *enfiteusis*. Fué debida de un lado, á que ni el Estado ni los Municipios podian cultivar por sí los inmensos terrenos, que llegaron entónces á poseer; y de otro, á que como los primitivos *pater-familias* no conocian más sistema de cultivo que el que consistia en emplear los esclavos, los trabajadores libres, en un principio, sólo habian obtenido la

(1) De la influencia del estoicismo en la doctrina de los jurisconsultos romanos, lec. 3.^a § 1.^o, por Laferriere.

(2) Llamábanse *rustici, coloni, inquilini*, á causa de su relacion con el suelo; *originali, originales*, porque el lugar del nacimiento los ligaba á la tierra; *tributarii, adscripti, censiti*, á causa del impuesto personal á que estaban obligados. *Lavelaye*, obra citada, lib. 2.^a, cap. 18.

tierra de sus dueños ó de sus *poseedores* á título de precario, y por tanto pendiente siempre de la voluntad de aquél; con posterioridad apareció el arrendamiento que garantizaba ya más los derechos de los cultivadores; y como por las causas económicas á que más arriba hemos aludido, ni aún los pequeños propietarios podían sostener la competencia al lado de aquellos otros en cuyas manos se había acumulado toda la propiedad, por estas razones surgió, para llenar el abismo que mediaba entre la mera tenencia que concedían los dueños y la propiedad absoluta á que aspiraban los trabajadores, la *enfitéusis* (1), en virtud de la cual se reconoció al que trabaja la tierra un derecho superior al que nace del arrendamiento, aunque sea perpétuo, en cuanto constituye una nueva especie de propiedad (2) que el pretor vino á amparar. El enfitauta estaba sólo obligado á pagar una renta fija, y en cambio el *dominus*, señor, además del derecho de percibir ésta, se reservaba el de retracto, el de laudemio, etc. (3).

(1) Colquhoun, *Ob. cit.*, § 1.691, establece esta serie de transformaciones hasta llegar á la enfitéusis:

Tenencia precaria ó á voluntad.

Tenencia usufructuaria.

Arrendamiento perpétuo.

Tenencia colonial.

Enfitéusis antizenoniana.

Enfitéusis Zenoniana.

De todos modos, la marcha señalada por el *precario* el *arrendamiento*, y la *enfitéusis* indica bien cómo ha consistido el desarrollo en el aumento de garantías al trabajador de la tierra.

(2) La que los juristas de la Edad Media llamaron *dominio útil* en oposición al *dominio directo* del señor. Los glosadores, en vista de la sinonimia que Triboniano estableció entre los términos: *ager vectigalis* y *ager emphyteuticarius*, de que algunos textos que atribuían el *dominium* al que concedía el terreno, y otros llaman al enfitauta *dominus*, bajo el influjo de lo que era una distinción característica del régimen feudal crearon la denominación de *dominium directum* y *dominium utile*. Más tarde Cujas y Doneau sostuvieron que el derecho del enfitauta era un mero derecho de servidumbre personal, *jus in re aliena*. Savigny, primero lo consideró como un *dominio bonitario*, pero luego hubo de vencerle Tribaut, y reconoció con éste que no era otra cosa que un *jus in re aliena*.

(3) M. Garsonnet, en un notable libro que acaba de ver la luz (a), dice, que el colonato como la enfitéusis proporcionan al cultivador las ventajas del arrendamiento á largo plazo, una posesión y una renta fijas, pero difieren bajo tres pun-

(a) *Histoire des locations perpétuelles et des baux á longue durée.*—Paris, 1879, parte 1ª, libro 2º, cap. iv.

Es otra nueva forma la referente á los llamados *agri limitrophí, terræ læticæ, prædia militaria* (1), etc., tierras que el Estado dió primero á los veteranos encargados de la defensa de las fronteras, y que tenian de particular el llevar anejo el servicio militar (*militandi onus*); el que no podian pasar á simples particulares sino que, caso de faltar heredero ó ser abandonadas, iban á manos de un *late* ó de un veterano, y sobre todo, que se trasmitian por herencia de varon en varon. Estas tierras se dieron en iguales condiciones y para el mismo fin más tarde á los bárbaros (2).

Ahora bien; hay en estas nuevas instituciones ciertos principios que son completamente opuestos y antitéticos con los característicos del propio derecho romano. Por de pronto, aparece por primera vez una division del dominio análoga ó igual á la que en la Edad Media dá lugar á las denominaciones de *dominio directo* y *dominio útil*, cosa completamente extraña al sentido absoluto y unitario del dominio del derecho romano. Luégo, se rompen otros dos principios no ménos esenciales á aquél, cuales son el de la *unidad de patrimonio* y el de *igualdad de particiones*, que rigen en la herencia, puesto que respecto de esas tierras *léticas* ó *agri militarii* rige el de masculinidad, pero sólo como excepcion, esto es, aplicado exclusivamente á esas tierras, miéntras el resto de la propiedad se rige por el principio comun. Y por último, encontramos que esas concesiones hechas á los veteranos y á los bárbaros que

tos de vista: 1º el enfiteuta debe mejorar la finca, y el colono sólo está obligado á cultivarla: 2º la enfiteusis se aplica á extensos dominios, y el colonato á propiedades más reducidas, lo cual explica cómo un enfiteuta ocupa á muchos colonos; y 3º el contrato de enfiteusis se celebra con cultivadores de condicion mejor que la de los colonos y no ejerce influjo alguno en su condicion personal.—S. Maine (*Ancient law.*, cap. viii), hace notar que la clase de los colonos subsiste á través de toda la historia; y que los *coloni medietarii* son los *metayers* que se encuentran hoy en todo el Sur de Europa.

(1) Los *prædia militaria* se concedian, desde Alejandro Severo, á los soldados romanos; y los *agri limitanei, terræ læticæ*, etc., á los germanos, tributarios ó aliados.

(2) Véase el *Ensayo sobre la condicion de los bárbaros establecidos en el imperio romano en el siglo iv*, por Leotard, Paris, 1873, cap. 5º; en el cual hace notar este escritor la semejanza que tiene esa organizacion con la de los confines militares en el Austria Oriental, mejor dicho, que tenia, pues desde el año 1850, en vez de tener los colonos sólo el dominio útil y el Emperador el directo, el Estado abandonó en favor de aquéllos todos sus derechos, consolidándose en ellos la plena propiedad.

tenían la condición de *latēs*, se llevaban á cabo con un fin público, cual era el de que prestaran el servicio de las armas defendiendo los confines del territorio. Estas tres cosas eran completamente nuevas y extrañas al modo de ser del derecho de propiedad comun de la legislación romana.

En cuanto á la propiedad pública, con ocasion de la distribución de las provincias entre el pueblo romano y el César (1), aparece la distincion entre el tesoro del Príncipe, *fiscus*, y el del pueblo, *erarium*; distincion que se conservaba todavía en tiempo de Adriano, pero que, como á medida que crecía el poder del Emperador iba disminuyendo el del Senado, llegó á desaparecer subsistiendo sólo la primera; y como los bienes de la república se hicieron del Emperador, viniendo así á sustituir los *fundi fiscales* al *ager publicus*, resultó que el *fiscus*, esa creacion que tanta importancia tiene en la historia, llegó á reunir una inmensidad de bienes: los particulares del Emperador, los vacantes, las sucesiones caducas, las multas, y sobre todo, las confiscaciones cuya trascendencia se puede apreciar bien teniendo en cuenta que habia veintinueve delitos que la llevaban consigo, y el papel que en ellas desempeñaba la avaricia de los Príncipes y la infamia de los delatores. Todo esto viene á constituir la propiedad pública que sustituyó al antiguo *ager publicus* y que los Emperadores distribuian principalmente dándola en enfitéusis en los términos que más arriba hemos visto (2).

Pero no se crea que al trasformarse la antigua organizacion de Roma con el establecimiento del Imperio y el triunfo del individualismo en la esfera del derecho de propiedad, desapareció por completo lo que, segun hemos visto, está inspirando todas las instituciones jurídicas. Habia desaparecido la República, pero el Imperio heredó el derecho absoluto de la ciudad; y por eso decia el jurisconsulto Gayo: *dominium populi romani est vel Cesaris; nos autem possessionem tantum et usumfructum*

(1) Véase, Colquhoun, *Ob. cit.*, § 864.

(2) Sobre si la verdadera enfitéusis recaía lo mismo sobre los *fundi patrimoniales* del Emperador que sobre la propiedad privada, véase la obra de M. Pepin de Halleur: *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*. Paris, 1845.

habere videmur. Así se atribuyó el dominio del pueblo romano al César, y de aquí nació el célebre principio del *dominio eminente* del Emperador, que ha subsistido luégo á través de toda la historia. Únase á este derecho y á esa organizacion absorbente del Fisco, que se alimenta en primer término del fruto de las confiscaciones, lo excesivo de los impuestos, la triste condicion de los curiales, pequeños propietarios que vinieron á perder, por razon de su cargo, sus bienes, contribuyendo así á la acumulacion de la propiedad, y la de los cultivadores que se veian obligados á buscar en el *patrocinium* de los hombres ricos é influyentes un abrigo contra la tiranía del Fisco, y se comprenderá por qué una ley de Honorio (C. Th. xi, 28, L. 2^a) dice que habia en la Campania 528.042 yugadas de tierras desiertas é incultas, y se comprenderá el estado en que en este respecto se encontraba el Imperio romano cuando tuvo lugar la invasion de los bárbaros.

El resultado de todo este movimiento económico y jurídico lo resume perfectamente el Sr. Cárdenas en los siguientes términos:

«Los triunfos del individualismo en la constitucion de la propiedad romana dieron á ésta un carácter eminentemente democrático, pero ni acabaron con la amortizacion de una parte considerable de ella, ni dieron siquiera seguridad al dominio privado. A las tierras consagradas al culto pagano sucedieron con el tiempo las inmensas propiedades de la nueva Iglesia; á las *possessiones* del *ager publicus* y de las tierras provinciales, siguieron la *enfiteusis* de las tierras fiscales y la propiedad municipal, y al monopolio de los patricios del dominio quiritario, reemplazó el dominio eminente y universal atribuido á los Emperadores, que sirvió de título á las confiscaciones más inicuas y á los tributos más exorbitantes y arbitrarios.

»El dominio quedó convertido en un derecho individual, independiente de la religion privada y de la familia política, y propio de todos los hombres libres, sin diferencia de condicion ni de sexo. Esta novedad era á la vez efecto y causa de un cambio radical y profundo en las relaciones del Estado con sus miembros, que trasformó al cabo en monárquica y democrática,

la constitucion aristocrática y republicana de Roma. El nuevo soberano, levantado sobre las ruinas de la República, estimó regalías propias los que ántes fueran privilegios políticos ó derechos colectivos del patriciado. El derecho que en los primeros siglos pretendian tener los caballeros á todas las tierras vacantes, se lo atribuyeron después los Césares. Todos los propietarios tuvieron por razon de su dominio iguales derechos, pero todos quedaron tambien sujetos á tributos tan enormes, que más que dueños absolutos semejaban partícipes con el Fisco en la propiedad del suelo. Derogáronse las leyes antiguas que atribuian el monopolio de la propiedad á los padres de familia, mas no por eso se subdividieron y repartieron las propiedades de un modo más igual y equitativo. Los propietarios cortos, no pudiendo soportar los tributos, abandonaron ó vendieron sus heredades por vil precio á los ricos capitalistas. Los plebeyos se abstendian de adquirir el escaso número de yugadas de tierra, cuya posesion obligaba á servir en la curia (1), y ó cultivaban como enfiteutas los predios fiscales, ó vivian de las distribuciones de granos que periódica y gratuitamente hacia el Gobierno. Los ricos no volvieron á verse amenazados por nuevas leyes agrarias; pero sus haciendas quedaron á merced del Fisco y de los delatores, á cuya codicia ofrecian constante pábulo las leyes que penaban con la confiscacion ó enormes multas los más leves delitos. Además, los Emperadores no siempre remediaban sus necesidades ó las del Estado aumentando los impuestos ó las pensiones de sus colonos, pues muchas veces encargaban á los delatores que escudriñasen la vida privada de los ciudadanos ricos, á fin de hallar pretexto para condenarlos por algun delito de los penados con confiscacion.

»La propiedad, en efecto, no podia ser más libre ni más segura bajo un Gobierno despótico que erigia en ley el arbitrio del César. Allí donde el soberano es dueño absoluto de la vida de sus vasallos, no puede, sin inconsecuencia, dejar de serlo tambien de su hacienda. Donde la persona del súbdito pertec-

(1) 25 jugera. Cod. Theodos. xii, t. 1°, l. 33, 72.

tenece al príncipe, no puede ser inviolable la propiedad privada. Hé aquí cómo después de haber declarado Ciceron, en nombre de la filosofía, que quien negara el derecho de apropiacion, violaria una ley de la naturaleza humana (1), Séneca declaró, en nombre del derecho civil, el dominio eminente del César sobre todas las cosas del Imperio, fundándose en que los súbditos tenían solamente la posesion de ellas (2). Esta teoría era en verdad conforme con los hechos y con los principios de aquella Constitucion.

»¿Cómo, sin ella, se habria justificado la práctica de disponer el soberano de la hacienda de sus vasallos? Y admitida esta práctica, ¿qué era más que una mera posesion la propiedad privada?»

V. — RELACION DEL DERECHO DE PROPIEDAD CON OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS.

Razon de este estudio.— Relacion con el derecho de la personalidad; los *status*; extension de la ciudadanía.— Relacion con el derecho de familia; doble respecto en que cabe considerarla; modificaciones simultáneas en la organizacion de la familia y en su régimen económico-jurídico; carácter del parentesco.— Relacion con el derecho de sucesiones; se muestra éste en un principio con los caracteres observados en los demás pueblos? Exámen de lo referente á la libertad de testar; modificaciones introducidas por el derecho pretorio y las Constituciones imperiales; principios generales; excepciones.— Relacion con el derecho de obligaciones.— Relacion con el derecho político.

Si, como ha dicho un distinguido escritor (3), la propiedad es un reflejo de lo que es la sociedad, y por consiguiente de sus condiciones diversas y estados sucesivos, y si en la historia de ambas uno de los términos da á conocer el otro, un estado de la sociedad pide un estado correspondiente en la propiedad, y una condicion de las personas pide una condicion correspondiente en los bienes, con más razon hemos de ha-

(1) De officiis, I, 7.

(2) «*Jure civili omnia regis sunt, ut tamen illa, quorum ad regem pertinet universa possessio, in singulos dominos descripta sunt et unaquaque res habet possessorem suum.*» (De beneficiis, VII, 4.)

(3) Laferriere en su Memoria sobre el *El influjo del estoicismo en la doctrina de los jurisconsultos romanos*, sec. 3ª, § 1.

llar esta estrecha conexión entre el derecho de propiedad y las demás instituciones jurídicas tratándose de un pueblo como el romano, que desenvuelve su legislación con aquella unidad y aquella lógica que se muestran constantemente en todo su desarrollo histórico. Por esto, como complemento de lo dicho, vamos á examinar brevemente la relacion que guarda el derecho que estudiamos con el de la personalidad, el de familia, el de sucesiones, el de obligaciones y el político.

En cuanto al primero, es sabido que la capacidad jurídica no la concedía Roma al hombre por ser hombre, sino que era preciso que reuniera los llamados *status libertatis, civitatis et familiae*, puesto que sólo entónces podía alcanzarse la plenitud del *jus civitatis* y la capacidad civil para su ejercicio, y consiguientemente el derecho particular que era una consecuencia de aquél: el dominio *ex jure quiritorio*. Así que, ni el esclavo, á quien faltaba la libertad, ni el extranjero, que carecía de la ciudadanía, ni el *alieni juris*, que no era *paterfamilias*, eran capaces en un principio del derecho de propiedad. Pero luégo fué modificándose este modo de ser del derecho de la personalidad, y á la par con él el derecho de propiedad, no en cuanto al esclavo que continuó careciendo de ella, salva la excepcion de algunos que llegaron á tener un peculio, sino respecto de la diferencia que habia entre ciudadanos y extranjeros, entre los *sui juris* y los *alieno juri subjecti*. Dejando este último punto para cuando nos ocupemos del derecho de familia, basta recordar, respecto del otro, cómo aquella ciudadanía fué extendiéndose mediante la naturalizacion colectiva é individual, mediante las concesiones hechas por las leyes *Apuleia de Colonis* (653), *Julia de Civitate* (663), *Plautia Papiria* (664), y *Gelia Cornelia* (681), y por tanto de la heccha, primero del *jus latii*, y más tarde del *jus italicum*, á la Italia central y meridional después de la guerra social, á la del Norte y á la Galia Cisalpina después de la conquista de las Galias, hasta concluir por último en la célebre Constitucion de Caracalla que reconocía la ciudadanía á todos los súbditos del Imperio. En iguales términos fué extendiéndose la capacidad jurídica respecto de la propiedad, con tanto más motivo cuanto

que á la par y simultáneamente que se extendía la ciudadanía, sucedía lo propio con el *ager romanus*, limitado primero á las cercanías de Roma, y extendido más tarde á lo que se llama *suelo itálico*, distinguiéndolo del *provincial*, oposicion que áun cuando subsistía todavía después de la Constitucion de Caracalla, era puramente nominal la diferencia y áun esa desapareció por completo en tiempo del Emperador Justiniano.

Además, la relacion entre estas dos esferas del derecho en Roma se muestra de una manera evidente en el valor que alcanza la personalidad y que se refleja en el carácter absoluto que llega á revestir la propiedad, aunque con las diferencias que se derivan de proceder, en los comienzos, el valor de aquella personalidad de derivarse de la *ciudad*, de la cual era como emanacion, miéntras que más tarde arranca del que se da al principio de individualidad y de libertad, sobre todo por los filósofos estóicos.

La relacion del derecho de propiedad con el de familia nos interesa bajo dos respectos: el primero, en cuanto el *status familiae*, segun hemos visto, no era en Roma, como lo es hoy, la mera condicion individual derivada de las relaciones que se determinan en el seno de aquélla, sino una condicion general de la capacidad jurídica, como la libertad y como la ciudadanía; y el segundo, en cuanto la familia es una sociedad con un régimen de propiedad cuyas condiciones naturalmente importa conocer.

Si se tiene en cuenta que la familia en los primeros tiempos de Roma es una sociedad religiosa y jurídica, es un verdadero Estado, cuya base es el poder, cuyo jefe y representante es el *paterfamilias*, el cual tiene *in manu* á la mujer, *in potestate* á los hijos, *in dominio* á los esclavos, etc., se comprendera cómo sólo el *paterfamilias*, sólo el que revestia este carácter augusto que sobresale en el derecho romano por encima de todas las demás instituciones, era el que tenia el *status familiae*, esto es, la condicion que, junto con la libertad y la ciudadanía, era precisa para la plena y completa capacidad jurídica; y por lo tanto, sólo el *paterfamilias* podia ejercitarle respecto de la propiedad, la cual pertenecía realmente á

la familia, pero era regida, sobre todo en las relaciones exteriores, por aquél que por ser miembro de la ciudad asumía el poder que de ésta se derivaba. De aquí, como consecuencia llana, que en los primeros tiempos, cuando se contraía matrimonio por medio de una de las formas que producían la *manus*, el marido hacia suyo, por éste que luégo se llamó modo universal de adquirir, todo cuanto á la mujer pertenecía; así como en aquellos tiempos no se comprendía siquiera la posibilidad de que ninguno de los miembros de la familia tuvieran una propiedad independiente. Pero más tarde este principio se relaja, y nada muestra con tanta evidencia las trasformaciones que sufre la familia como las que experimenta lo referente á su propiedad. Así, de un lado, á la antigua confusion del patrimonio de la mujer con el de la familia, sucede la distincion y se comienza á hablar de bienes aportados y bienes exceptuados, de donde nacen los parafernales; tiene lugar ya la devolucion de la *rei uxoriæ* en los casos de muerte y de divorcio; y más tarde, cuando apénas sí se conoce otro matrimonio que el libre, cuando ya no existe la *manus*, entónces se inicia el régimen determinado por la ley *de fundo dotali* de tiempo de Augusto, aplicable entónces sólo al suelo itálico y posteriormente á todo el Imperio, por la cual se prohibía enagenar los fundos de la mujer sin consentimiento de ésta é hipotecarlos ni aún con él, hasta que en tiempo de Justiniano se organiza definitivamente el régimen *dotai*, con lo que es su carácter esencial, la inalienabilidad absoluta.

De otro lado aparecen los peculios, el castrense con Augusto, á semejanza del cual se establece luégo el cuasicastrense; el derecho de los hijos sobre los bienes maternos, con Constantino; sobre los *bona materni generis*, con Arcadio y Honorio; sobre los *lucra nuptialia* con Teodosio; y sobre todo cuanto adquirieran, en tiempo de Justiniano; quedando así definitivamente constituido el peculio adventicio; es decir, que se habia roto por completo aquella poderosa y enérgica unidad que caracterizaba la familia romana, y que habian ido adquiriendo personalidad é independencia aquellos que ántes sólo eran y valian como miembros de la familia misma.

Otro punto debemos hacer notar como base para la inteligencia de lo que habremos de decir luégo respecto del derecho de sucesion, y es, que como consecuencia de ser el *poder* la base de la familia, hubo de reconocerse tan sólo el parentesco de la *agnacion*, esto es, el que procedia por línea de varon, sin que hubiera en la série mujer alguna (1), en cuanto la mujer entraba á formar parte de otra familia y sus descendientes caian bajo la potestad de su marido ó del ascendiente del mismo: de donde resultaba que la proximidad del parentesco y su energía se derivaban, no de lo más ó ménos estrecho que fuera el vínculo que unia á las personas, esto es, de la mayor ó menor proximidad de ámbos al ascendiente comun, al modo que se hace en los tiempos actuales, sino que dependia sola y exclusivamente del *poder familiar*. De ahí, que el hijo emancipado salia por completo de la familia, miéntras que el adoptado entraba á formar parte de ella, como si en ella hubiera nacido; de ahí, que al paso que se daban consecuencias jurídicas al parentesco de la *agnacion*, por lejano que fuera, y al de la *gentilidad* que tenía la misma base, no se reconocia ninguna al parentesco de la *cognacion*, precisamente porque procedia tan sólo de la sangre, y en modo alguno del *poder*.

Examinemos ahora otro punto más importante, el referente á la sucesion, ya que, segun hemos tenido ocasion de ver hasta aquí, ella sirve para dar luz acerca de la naturaleza é índole del derecho de propiedad. Y lo primero que ocurre preguntar, es: ¿aparece la sucesion hereditaria en Roma en los primeros tiempos con el mismo carácter que hemos observado, sin excepcion alguna, en todos los pueblos? ¿Tiene una relacion inmediata con la religion? ¿Conocieron los romanos los principios de masculinidad y de primogenitura? ¿Fué anterior la sucesion intestada á la testamentaria? A todas estas preguntas hoy ya se puede contestar afirmativamente. «La religion, decia Ciceron, prescribe que los bienes y el culto de cada familia sean inseparables y que el cuidado de los sacrificios toque á aquél á

(1) Por esto se decia: *mulier est finis familiae*.

quien va la herencia (1),» y las cartas del mismo orador á Ático muestran cuán grande carga era para los herederos el cumplimiento de estos deberes (2). Gayo (3), hablando de un caso en que por tratarse de una sucesion, no se exigia la posesion *bona fide*, dice: «el motivo de que se permitiera adquisicion tan poco escrupulosa era el acelerar la aceptacion de las herencias, y así dar el medio de que se cumplieran los ritos sagrados, á los cuales se daba en aquellos dias la más alta importancia.» Esta trasmision del culto doméstico (*sacra privata*), y seguramente ántes del culto de la *gens* (*sacra gentilitia*) (4), jugó en un principio un papel importante como en todos los pueblos, sólo que, á diferencia de lo que pasó, por ejemplo, en India, en Roma desapareció quedando sólo como un vestigio. De igual modo, el carácter de la herencia que se desprende de la fuerte organizacion de la familia, se muestra en el sentido que constantemente tuvieron de aquélla los romanos; *hereditas est successio in universum jus quod defunctus habuit*. De aquí, que lo que suponía la sucesion era, no la representacion, sino la continuidad de la familia, carácter que aún conserva en el Derecho romano, cuando no fué ya realmente más que sucesion del individuo. Era la sucesion en el conjunto de derechos y deberes que tenía el *paterfamilias* como jefe de aquella sociedad, de aquel pequeño Estado; y por esto se ha dicho (5), y con razon, que «se trataba ménos de la propiedad privada, que del gobierno y direccion de una parte de la Sociedad;» y por esto dice con profundo sentido Reynals (6), «que no comprende la herencia romana el que no ve en el heredero sino el enriquecido por la suerte.»

Que existia el principio de masculinidad lo demuestra el

(1) Ciceron, *De leg.* II, 19, 20.

(2) Véase: *Ancient Law*, de S. Maine, cap. 6º; Fustel de Coulanges, ob. cit., libro 2º, cap. 7º; Laboulaye, ob. cit., cap. 9º. Hearn, *The Aryan Household*, cap. 3º, § 6º.

(3) II, 55.

(4) Véase más arriba lo dicho por Ihering acerca de la permanencia de la antigua comunidad de la propiedad de la *gens*, con relacion precisamente á la *sacra gentilitia*.

(5) Por el S. Cárdenas.

(6) En su folleto sobre la propiedad colectiva.

que, según Ciceron, las Doce Tablas excluían á las mujeres de la herencia (1), y en su tiempo, si un padre deja un hijo y una hija, no puede legar á ésta más que una tercera parte de su fortuna, y si sólo tiene una de aquéllas, no puede dejarle más de la mitad; y aún en las mismas Instituciones de Justiniano encontramos vestigios de esta primitiva exclusion.

Por lo que hace al derecho de primogenitura, realmente no se conoce ley alguna en que se consagre; pero, dice Fustel de Coulanges: «No debe concluirse de aquí que fuera desconocido en la antigua Italia: ha podido desaparecer y hasta borrarse su recuerdo. Lo que autoriza á creer que más allá de de los tiempos que conocemos habia estado en vigor, es, que la existencia de la *gens* romana y sabina no se explicaria sin él. ¿Cómo habria podido llegar una familia á contener muchos millares de personas libres, como la familia Claudia, ó muchos centenares de combatientes, todos patricios, como la familia Flavia, si el derecho de primogenitura no hubiera mantenido la unidad durante una larga série de generaciones y no la hubiese acrecentado de siglo en siglo impidiendo que es desmembrase? Este antiguo derecho de primogenitura se prueba por sus consecuencias y, por decirlo así, por sus obras» (2).

(1) No puede alegarse á nuestro juicio en confirmacion de esto, como dice Fustel de Coulanges, (lib. 2º, cap. 7º, § 2º,) que la ley Voconia, al prohibir que fuera heredera la mujer y que se le pudiera dejar más de la cuarta parte del patrimonio, no hacia sino renovar leyes más antiguas, porque no se puede suponer que hubieran sido aceptadas por los contemporáneos de Escipion si no se hubiera apoyado en principios tradicionales que todavía se respetaban. Parécenos que está más en lo justo Laboulaye (lib. 4º, cap. 19), al hacer notar que cuando se habia debilitado la *manus*, fué cuando la ley Voconia vino á declarar esa incapacidad de las mujeres, porque ántes, como estaban *in manu mariti* ó bajo la tutela de los agnados, no habia lugar á los peligros que más tarde motivaron la publicacion de aquella ley.

(2) Lib. 2º, cap. 6º, tit. 6º. Además, añade este escritor: «La lengua latina ha conservado un vestigio de este derecho, que, aunque débil, merece sin embargo ser señalado. Se llamaba *sors* á un lote de tierra, al patrimonio de una familia: *sors patrimonium significat*, dice Festus. La palabra *consortes* se dice, pues, de aquellos que no tenian en junto más que un lote de tierra y vivian sobre la misma finca. Ahora bien; la antigua lengua latina designaba con esta palabra á los hermanos y hasta á los parientes en un grado bastante lejano, lo cual es un testimonio de que hubo un tiempo en que el patrimonio de la familia era indivisible. (Festus) *sors*. — Ciceron, *in Verrem* II, 3 23. — Tito Livio, XLI, 27. — Veleius, I, 10. — Lucrecio, III, 772, VI, 1280. — Hearn (*The Aryan Household, its structure and its development, an introduction to Comparative Jurisprudence*, Lóndres, 1879), al hablar de la *Joint Undivided Family*, la familia troncal, hace notar la diferencia entre el *consortium*

En cuanto al punto de si precedió la sucesion intestada á la testamentaria, no hace mucho tiempo que era cosa corriente el afirmar la existencia en Roma, desde los principios, de la libertad de testar, de este derecho que, como ha dicho oportunamente un escritor español, «es una de las más cumplidas manifestaciones de la libertad é individualidad del dominio,» de donde se deriva precisamente el interés que tiene su exámen para apreciar con exactitud la índole ó naturaleza del derecho de propiedad. Pues bien; fundándose en el famoso texto de las Doce Tablas : *paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*, se afirma que en Roma se habia reconocido desde aquellos remotos tiempos la ámplia libertad de testar; pero recientemente á más de un escritor ha asaltado la duda acerca de la inexactitud de tal afirmacion; y hay un motivo, á nuestro juicio decisivo, no ya para dudar de ella, sino para rechazarla. En el mismo Código de las Doce Tablas se señala el modo de suceder *ab-intestato*, haciéndose al efecto los llamamientos de *herederos suyos, agnados y gentiles*; esto es, que se partia siempre de lo que, como hemos visto un poco más arriba, era la familia en Roma, de lo que era consecuencia de asentarse ésta sobre el *poder*. Por eso se llamaba en primer término á los *herederos suyos*, que eran aquellos que estaban bajo la potestad del *paterfamilias*, y que á la muerte de éste habian de hacerse *sui juris*, quedando excluidos los emancipados, porque habian roto por completo el único vínculo que la sociedad reconocia como base de la familia; y venian luego los *agnados*, porque eran aquellos que habrian estado bajo la potestad de un mismo ascendiente si este viviera, sin acordarse para nada de los *cognados*, que eran los parientes por línea en que aparecia alguna mujer, y por consiguiente que no hubieran estado bajo el poder de aquél; y venian, por último, los *gentiles*, que indudablemente estaban unidos por

y el *condominium*, y como, viniendo el término *hærciscere* ó *erciscere*, de *erctum*, que significa el todo de la herencia, y *ciere*, que significa dividir, la frase romana «*familia ercta non cita*» equivale á la inglesa : *joint undivided fami y*, esto es, traduciendo literalmente : familia asociada indivisa ó asociacion familiar indivisa. Además, de esta primitiva indivision es una consecuencia la doctrina expresada en la definicion de la herencia : *sucesio in univcrsum jus quod defunctus habuit*. (Cap. 7º, § 3.)

un parentesco que sólo se diferenciaba de la agnacion en la mayor ó menor distancia respecto del *paterfamilias* primitivo.

Ahora bien; ¿es compatible con esta organizacion de la sucesion intestada el principio absoluto de la libertad de testar, tal como se pretende deducir del famoso texto de las Doce Tablas? La sucesion, sea testada ó intestada, no puede responder sino á un solo principio; y así, por ejemplo, en los tiempos modernos se afirma la facultad de disponer como consecuencia del dominio, y se juzga de aquella directamente cuando la expresa el propietario en su testamento, y se presume por la ley cuando no lo hace, partiendo siempre del supuesto de ser intérprete el legislador de lo que racionalmente debe calcularse que sería voluntad del dueño. Pero en Roma sucedería que la sucesion testamentaria obedecia á la libérrima voluntad del testador, miéntras que la intestada respondia á un interés puramente social, esto es, al mantenimiento de la familia y áun de la *gens*, sin tener para nada en cuenta la voluntad, ni el deseo, ni el afecto del testador, puesto que si esto se hubiera tomado en consideracion, no hubiesen quedado excluidos los hijos emancipados, que no por serlo dejaban de ser hijos, ni se hubieran pospuesto los cognados, que podian ser parientes cercanos, á los agnados, que podian serlo lejanos, y aún á los gentiles que eran todavía mucho más distantes.

Además, ¿son compatibles con esa supuesta absoluta libertad de testar, denominaciones y frases como éstas: *hæres suus*; *ipso jure hæres existit*; *hæres necessarius*; *hæres sui ipsius*; *morte parentis continuatur dominium*; *vivo quoque patre dominus existimatur*? Por esta razon nos inclinamos á creer con Sumner Maine, que en Roma, como en todas partes, la sucesion fué sólo intestada, y que únicamente en el caso de que faltara heredero de los llamados por la ley, era cuando era lícito hacer testamento; y que si éste se hizo en un principio en los Comicios Curiados, fué precisamente porque en ellos estaban representadas todas las *gentes* (1), y desde el momen-

(1) Precisamente por esto, como *plebs gentem non habent*, los plebeyos alcanzaron la introduccion del llamado testamento *mancipatorio*, ó sea, *per as et libram*.

to en que nadie á ello se oponia, podia disponerse de la propiedad. Es verdad que, fuera por consecuencia de la sustitucion del testamento *in calatis comitiis* por el testamento mancipatorio, fuera por otras causas, llegó un dia en que indudablemente, en el hecho, se afirmó y reconoció esa libertad de testar, porque lo demuestra la série de trabas y limitaciones que sucesivamente fueron poniéndose al ejercicio de ese derecho. La exigencia de la desheredacion formal, la *querela inofficiosi testamenti*, la introduccion de las legítimas, las limitaciones puestas por las leyes Furia, Voconia y Falcidia, etc., todo se dirige á poner coto á los abusos que llevaba á cabo el propietario.

Tambien aquí, como en las restantes esferas del derecho, la intervencion del pretor vino á producir un efecto análogo al que se alcanzó en aquéllas; pues sin ir directamente en contra de los principios del derecho estricto, por medio de la *bonorum possessio secundum tabulas* y *contra tabulas*, por medio de sus célebres edictos: *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, *unde vir et uxor*, etc., fué llamando á las personas que, segun aquél, estaban incapacitadas para suceder, y dándoles, no la *hereditas*, pero sí la *bonorum possessio*, que es á aquélla, como ha hecho notar Savigny, lo que la propiedad *in bonis* era al dominio *ex jure quiritaro*, y de esta suerte llamó á los hijos emancipados, llamó á los cognados, llamó á la sucesion entre los cónyuges, etc., movimiento que continua en las Constituciones imperiales y que tiene su última evolucion en la célebre Novela 118 de Justiniano, en la que, en lugar de los tres llamamientos de *herederos suyos*, *agnados* y *gentiles*, elementos fundamentales de la llamada familia *civil*, se hacen los de *descendientes*, *ascendientes* y *colaterales*, que son los llamamientos propios de la familia *natural*.

Durante el Imperio, además, no sólo continúa este desarrollo, sino que, en armonía con otro carácter general que hemos notado anteriormente, se revela cómo va perdiendo su antigua índole la familia y como la pierde tambien la sucesion, en el carácter cada vez más particular y privado que reviste la solemnidad del testamento.

Al propio tiempo, así como hemos visto nacer una propie-

dad especial con la *enftéusis* y con las *herencias militares*, aparecen en correspondencia con ella dos instituciones del derecho de sucesion que merecen ser notadas por la importancia y trascendencia que tienen ulteriormente, que son: el *fideicomiso*, amparado por Augusto, y que sirve como un medio de eludir las prohibiciones del derecho estricto, puesto que mediante él se trasfería por conducto de una segunda persona la herencia ó legado á quien el testador designaba, aunque tuviera incapacidad legal; y la *sustitucion*, la cual, unida á aquél, constituye la *sustitucion fideicomisaria* que aparece en el siglo II bajo Severo y Antonino para mantener la familia, salvar el patrimonio y poner un freno á las vanas disipaciones de los hijos, sustituciones que llegan á hacerse, por virtud del uso, perpétuas, pero sin que en ellas aparezca privilegio ni distincion alguna por razon del sexo ni de la edad (1).

Resulta de esta breve exposicion que el desarrollo del derecho de sucesiones en Roma confirma el carácter social que reviste la propiedad en un principio, puesto que se tiene en cuenta ante todo el interés de la familia, y aún de la *gens*, y sólo cuando ésta desaparece y aquélla pierde su carácter tradicional, se individualiza afirmándose el derecho de libre disposicion, al cual más tarde se ponen trabas por puras razones de conveniencia, dirigidas á evitar los abusos, y no como consecuencia de principios previamente afirmados. Vemos tambien que en medio de esto conserva siempre aquel carácter señalado de *unidad* que se muestra en los comienzos y que sirve para explicar por qué la institucion de heredero era lo esencial en Roma en el testamento y por qué no era posible morir parte testado y parte intestado, carácter que se refleja todavía cuando la propiedad se individualiza en cuanto el heredero es continuador, no representante, de la persona del difunto, y en los dos principios característicos de la sucesion romana, que son la *unidad de patrimonio* (2) y la *igualdad de particiones*. Del primero de estos dos principios fué una ex-

(1) Véase Boissard, *Las sustituciones y los mayorazgos*, cap. 2°. Paris, 1858.

(2) *Unam personam, unum patrimonium*.

cepcion, en los últimos tiempos del Imperio, aquélla en virtud de la cual el soldado que habia instituido un heredero en sus bienes castrenses y un heredero diferente para los demás, realmente dejaba dos herencias, el patrimonio comun y el patrimonio militar; y del segundo, las *tierras léticas* de que en otro lugar hemos hablado, respecto de las cuales regia el principio de masculinidad á consecuencia del servicio de las armas que llevaba anejo.

En cuanto al derecho de obligaciones, sabido es que los romanos llamaban á cada una de aquéllas *nexum*, y al obligado *nexus* (*nec suus*), en cuanto suponian que se creaba una relacion jurídica mediante la cual quedaba sometida la persona como objeto de derecho, y de ahí la esclavitud del deudor y todas las consecuencias que las Doce Tablas llevaron á rigor hasta el punto de conceder á los acreedores de un sólo deudor el derecho de despedazar á éste; de donde resultó un derecho como de propiedad respecto de la persona, y de aquí los abusos de los patricios, prestamistas de los plebeyos, que dieron lugar á la publicacion de la célebre ley *Papiria de nexu*, que abolió la servidumbre personal del deudor, concluyendo la prision por deudas; y de aquí que dijera Montesquieu: «el crimen de Sexto dió á Roma la libertad política, y el de Papirio (1) le dió la libertad civil.» Pero téngase en cuenta que la accion contra el deudor era en un principio siempre personal, así que el acreedor no podia penetrar en la casa de aquél ni vender un pié de tierra, por la sencilla razon que la propiedad era de la familia. Más tarde vino el pretor á modificar esto, dando al acreedor la posesion de los bienes del deudor con ciertas condiciones; luégo Cesar sentó la base de la cesion de bienes en su ley *de bonis cedendis*; y por último, Antonino Pio autorizó el embargo y la venta pública de aquéllos (2). Es de notar que si se dijo en un tiempo que el *nexum* era *omne quod geritur per æs et libram*, parece que debió existir en los comienzos identidad entre estas dos

(1) Que habia maltratado á un deudor.

(2) Véase Hearn, ob. cit. cap. xx, § 3°.

formas, entre la *mancipatio* y el *nexum*, y que más tarde se distinguieron aplicándose la primera á la traslacion de la propiedad, esto es, á la trasmision de los que luego se llamaron derechos reales, y quedando el *nexum* para la creacion de verdaderas obligaciones (*jura ad rem*).

Por último, en cuanto al derecho político, si en Roma significaba la ciudadanía algo más que la participacion en los derechos políticos, puesto que ella importaba la capacidad jurídica; si siempre anduvieron mezclados, en las célebres luchas entre patricios y plebeyos, lo social con lo político, esto es, la pretension de ejercer el poder con las referentes al disfrute del *ager publicus* y á las deudas; si en los peores tiempos de esa contienda, la proscripcion y la confiscacion la hicieron trascender á la esfera de la propiedad privada, y si, por último, hubo de convertirse en una lucha entre ricos y pobres en la época de la mayor corrupcion de las costumbres, cuando todos aparecian dominados por el afan de las riquezas; claro está que todo esto ejercia un gran influjo en el derecho de propiedad, así como ésta lo ejerció en la organizacion política, pues no sin razon se ha dicho que á la muerte de la República no habia una clase media que pudiera impedir la, porque se habia agotado en las guerras civiles, resultando así que sólo habia ricos que pedian reposo, y pobres que pedian pan; por donde todo el mundo daba la mano al despotismo.

En este mismo tiempo, en que todo decae, es, sin embargo, en el que alcanza un singular desenvolvimiento el derecho privado. La explicacion de este hecho la dá Gans diciendo: «La decadencia de aquella época, de la cual constituiria ese derecho privado una gloriosa excepcion, en nada se muestra con más energía que en este mismo. En efecto, en su desenvolvimiento se advierte el retroceso de los romanos desde la esfera de la vida pública al egoismo privado, y si el móvil de la Roma republicana es la codicia del poder por todos lados, el de la Roma imperial es peor, porque esta codicia se ha convertido y hecho más dura en la de propiedad y riquezas (1).»

(1) Derecho de sucesiones, I, p. 8°.

VI. EXÁMEN DE ALGUNAS TEORÍAS ROMANAS ACERCA DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Juicio de Laboulaye acerca de la naturaleza y carácter de la propiedad romana; idem de Laferriere. — Exámen de la clasificación de los derechos en *in re* y *ad rem* — Idem de la teoría del *título* y el *modo*. — Id. de la división de las cosas en *corporales* é *incorporales*. — Id. de la clasificación de los modos de adquirir.

En un capítulo (1) que se titula «De la naturaleza y del carácter de la propiedad romana,» Laboulaye, después de hacer constar que la legislación del pueblo-rey daba al propietario la libre y absoluta disposición de sus cosas, salvas ciertas restricciones de policía y algunas servidumbres de interés público, y que sólo había algunas que no podían ser objeto de una propiedad privada, ya por su naturaleza, ya por su destino, como los ríos, los caminos, los templos, los bienes del Estado y de las ciudades, dice: «Lo que merece nuestra profunda atención es el carácter decidido que las leyes romanas habían dado á la propiedad, la distinción que establecían entre ella y la obligación, distinción fundamental y que domina á estas dos grandes secciones del derecho. La propiedad afecta directamente á las cosas que son su objeto; es un derecho inmediato y absoluto que vale respecto y contra todos, y que todos están obligados á respetar; la obligación, por el contrario, no afecta á la cosa sino á través de la persona obligada; es un derecho relativo que sólo tiene valor en provecho mio, y únicamente contra la persona obligada; en una palabra, un derecho puramente personal.» «La sustancia de las obligaciones, dice Paulo, no consiste en que por virtud de ellas se haga nuestro un objeto ó nuestra una servidumbre, sino en precisar á otra persona á que nos dé, haga ó suministre alguna cosa» (2). Esta distinción, que los jurisconsultos romanos llevaban hasta sus más remotas consecuencias con todo el rigor de su admirable lógica, no es arbitraria y peculiar del Derecho

(1) El 8^o del libro 3^o.

(2) *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquid corpus nostrum aut servitutem nostram faciat. sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel prestandum. Dig. De oblig. XLIV, 7, 3.*

romano; se encuentra más ó ménos en todas las legislaciones, porque se deriva de la naturaleza misma de las cosas.»

»Como el Estado descansa sobre la propiedad, á la cual muy frecuentemente van unidos los derechos políticos, no puede ser ésta incierta sin que la seguridad ó el crédito público padezcan. Es, por tanto, una necesidad del derecho de propiedad el que todos le reconozcan y el que prevalezca contra todos, en una palabra, que sea un derecho absoluto. Pero esta necesidad no tiene lugar en el derecho de obligaciones, el cual sólo alcanza un valor individual que no interesa á los terceros á quienes no concierne la obligacion; no existe más que entre los comprometidos: *personam non egreditur*. La propiedad existe para todos los miembros de la sociedad; de ahí la costumbre de no dejar inciertas las transmisiones de la propiedad y de unir á las mismas alguna solemnidad, ó por lo ménos algun hecho bastante positivo, para que no pueda ponerse en duda las manos en que legalmente debe hallarse el dominio; así, entre los romanos, la mancipacion, y más tarde la tradicion, sirven para hacer constar las mutaciones de la propiedad, etc.

.....

»El Código civil es el primero que ha desconocido esta preciosa distincion confundiendo la obligacion con la propiedad (1). La propiedad, dice el artículo 1583, la adquiere el comprador del vendedor tan pronto como han convenido en la cosa y en el precio. Esta innovacion desgraciada ha viciado nuestro sistema hipotecario, puesto que deja desconocida la mutacion de la propiedad, base de todo el edificio. La propiedad no puede quedar en la sombra como la obligacion, compromiso puramente personal, porque siendo un derecho absoluto, debe ser conocido por todos para que por todos sea respetado. Decir que por efecto de la obligacion la propiedad se trasmite del vendedor al comprador, es una sutileza. Si se respeta el derecho de los terceros, la fuerza de las cosas puede más que las palabras de la ley; vuestro adquirente, que

(1) En el art. 4133, segun el cual el acreedor se hace propietario aunque no haya tenido lugar la entrega de la cosa.

no tiene el suelo ni puede tenerlo, no es, después de todo, más que un acreedor á indemnizacion de daños y perjuicios. Si, por el contrario, no se respeta el derecho del tercer poseedor, es un lazo que se tiende á la buena fé; la propiedad es incierta y el crédito territorial queda destruido, porque vuestra ley es un instrumento para cometer fraudes: *non pejores laquei quam laquei legum*, dice el Canciller. Seguramente habremos de volver á la doctrina romana.»

Otro jurisconsulto francés (1) dice lo siguiente: «La filosofía de los jurisconsultos toma por base del derecho de propiedad la naturaleza espiritual y material del hombre, puesta en relacion con los objetos exteriores. Es propio de su naturaleza espiritual el que piense y quiera, y lo es de su naturaleza corporal el que luégo exprese sus pensamientos, sus voliciones, por medio de actos ó signos exteriores, no pudiendo el hombre ponerse en relacion con las cosas materiales, sino por virtud de actos exteriores que manifiesten su voluntad. La propiedad, segun la doctrina de los jurisconsultos, se establece de intencion y de hecho, *animo et corpore*, por la ocupacion; se adquiere y se trasmite á título oneroso y gratuito por la tradicion y no por meras estipulaciones ó pactos.» Y después de recordar el texto de Paulo que más arriba queda inserto, añade: «La propiedad, por lo tanto, segun el derecho romano, no podia adquirirse como *efecto de las obligaciones*, segun la expresion propia del derecho moderno: hacer esto, hubiera sido desconocer, en la esfera de la filosofía del derecho, la naturaleza de la relacion posible entre el hombre y las cosas. La voluntad del hombre por sí misma nada puede sobre un objeto material: el hombre no se pone en relacion real con este objeto sino por un acto exterior, es decir, por la ocupacion, la entrega de la cosa, la toma de posesion efectiva ó simbólica: todas las voluntades reunidas no serian capaces de mover ni un grano de arena por virtud de su accion puramente espiritual; y á los ojos de los jurisconsultos de la escuela estóica, el espiritualis-

(1) Laferrière en su Memoria sobre la influencia del estoicismo en las doctrinas de los jurisconsultos romanos; s.c. 3^a, § 1^o.

mo que hubiese dado á la sola voluntad del alma humana esa fuerza de accion y de trasmision sobre las cosas, habria desconocido la naturaleza del hombre, que no es como Dios un sér simple, sino un sér espiritual y material.» Y luégo, en comprobacion de lo dicho, recuerda que los juriconsultos romanos exigen, para la posesion, la intencion y el hecho material, (*animus et corpus*); para la propiedad, la voluntad, acto espiritual, y la ocupacion de hecho, la tradicion, la posesion pública durante un cierto tiempo, acto material que constituye la relacion visible entre la persona y la cosa; en el testamento, la voluntad del hombre, emanacion del alma espiritual, y luégo la solemnidad exterior que manifieste esta voluntad; y en la sucesion *ab-intestato*, el derecho de herencia ó la continuacion moral de la persona del difunto, nocion puramente espiritual, y la adiccion de la herencia, acto exterior ó material necesario para dar vida al derecho en la persona del heredero externo y para hacer el derecho y la cualidad de heredero trasmisibles.

Hemos trascrito lo dicho por Laboulaye y una parte de lo expuesto por Laferrière, porque la doctrina de ambos hace relacion á ciertas teorías romanas sobre el derecho de propiedad que merecen una consideracion especial, y que son: la de los derechos *in re* y *ad rem*; la referente al título y al modo; la clasificacion de los modos de adquirir, y la division de las cosas en corporales é incorporeales.

En cuanto á la primera, esto es, la distincion entre los *jura in re* y los *jura ad rem*, ó entre la propiedad y la obligacion, á que tanta importancia dá Laboulaye, como que, segun él, constituye el mérito principal del Derecho romano, nos ocurre observar, en primer lugar, que en un principio no debia tener un carácter tan acentuado esa distincion, porque dejando á un lado el que, como en otro lugar hemos dicho, probablemente el *nexum* y la *mancipatio* no fueron en los comienzos de la historia romana sino una sóla y misma cosa, que luégo se distingue y especifica, quedando la mancipacion para las trasmisiones de propiedad completas y acabadas, y el *nexum* para contraer obligaciones, siempre resulta que en aquellos tiem-

pos los romanos dieron á este el carácter de un vínculo eminentemente personal en virtud del cual se hacia objeto de derecho el hombre mismo, el déudor, y de aquí las consecuencias de la prision por deudas y de la servidumbre; esto es, que si la mancipacion trasladaba la cosa del enagenante al adquirente, el *nexum* venia á establecer una relacion análoga entre el acreedor y la persona del deudor. Pero es indudable que más tarde hubo de irse acentuando esta distincion que en verdad tiene un fundamento real y se deriva de la naturaleza de las cosas, pero es, no porque en un caso la relacion jurídica se establezca entre el individuo y una cosa, entre el propietario y el objeto, y en el otro se establezca entre un individuo y otro individuo, el acreedor y el obligado, como parece darlo á entender la denominacion tan frecuentemente usada de *derecho real y derecho personal*, porque la relacion jurídica es siempre entre personas, entre dos sujetos, uno activo y otro pasivo, y el objeto de la relacion jurídica es siempre una condicion que consiste en un acto, en un hecho, en una prestacion, la cual puede estar ó no incorporada á un objeto (1). La diferencia procede de que en unos casos el sujeto pasivo es una persona determinada, miéntras que en el otro lo son todas. «La obligacion es un vínculo de derecho entre dos personas, que precisa á la una á hacer una prestacion en favor de la otra; y así se distingue del derecho de la personalidad y del derecho real en que su objeto inmediato es siempre una prestacion como tal; de donde se deriva como consecuencia, que el derecho que resulta de una obligacion compete siempre á alguien contra una persona determinada, miéntras que los otros dos géneros de derecho imponen solamente á todos la obligacion de no violar la personalidad humana ó la relacion jurídica inmediata existente entre una persona y una cosa» (2). Tanto es así, que cuando los le-

(1) En este erróneo prejuicio (el que procede de confundir el objeto directo y el indirecto del derecho) se funda esta division del derecho en real y de obligaciones, suponiéndose que el primero es el que versa sobre las cosas mismas, lo que no cabe dentro de un recto criterio jurídico, y únicamente el segundo sobre los actos humanos. En tal sentido, todo el derecho es por el contrario, derecho de obligaciones. » Principios de derecho natural, por D. Francisco Girer; Leccion 8ª.

(2) Ahrens, *Derecho natural*. Tomo 2ª, 1ª division, seccion 3ª, tit. 1ª, cap. 1ª.

gisladores han convertido lo que era un *jus ad rem* en un *jus in re*, la trasformacion ha consistido tan sólo en hacer que fueran todos sujetos pasivos en la relacion jurídica, miéntras que ántes sólo lo era uno, el obligado. Esto ha significado, por ejemplo, entre nosotros, el hacer inscribible en el Registro de la propiedad el arrendamiento cuando reunía ciertas condiciones, y lo mismo puede decirse del retracto cuya naturaleza cambia sólo por virtud del hecho de la inscripcion.

Pero lo grave de esta teoría no está en lo que tiene de esencial, que es exacto, sino en la aplicacion que de ella se ha hecho respecto del modo de adquirir la propiedad, puesto que se ha pretendido que entre los derechos *in re* y los *ad rem* habia además la diferencia de que para la adquisicion de los primeros eran precisos dos requisitos, el *título* y el *modo*, que son, segun Zaccariæ, la causa jurídica, que es la adquisicion legal, y el hecho por cuya virtud se consuma; ó segun Heinecio, la causa próxima y la causa remota, pues con la segunda sólo se puede adquirir el *jus ad rem*; miéntras que el primero, el modo, es segun Thibaut, el acto circunstancial que completa la adquisicion de la propiedad; ó segun Höpfner, el fundamento legal (título) y la forma (modo) en cuya virtud se trasfiere el derecho real. De aquí resulta en derecho romano la necesidad de que intervengan ambas cosas para la traslacion de la propiedad como lo expresan estos conocidos principios: *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliena justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur; traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur; quia non pactionibus sed traditionibus dominia rerum transferuntur*. Hé aquí la célebre teoría que, como han hecho notar algunos escritores modernos, descansa sobre una nocion inexacta de la *justa causa* y de la tradicion misma, y sobre una extension más inexacta todavía de estas nociones á los otros modos de adquirir, por lo cual es hoy generalmente rechazada por los intérpretes mismos del Derecho Romano (1).

(1) Como Hugo, Thibaut, Puchta, Wangeron, Pagenstecher, etc.

En primer lugar, prueba de que no se funda la teoría en razones de carácter permanente, como la aducida por Laferrière al decir que corresponden el título y el modo á la voluntad y á la expresion de la voluntad, es, que cuando se trata de la trasmision de los derechos *ad rem*, esos mismos dos elementos se dan, y sin embargo, no se exigen tales requisitos. ¿Qué diferencia hay entre la enajenacion de un crédito y la enajenacion del dominio? ¿No son precisas en ambos casos así la voluntad como una forma de expresion? ¿Qué duda cabe que no basta ese elemento interno sino que es preciso que tenga su manifestacion al exterior? Pero lo característico de la teoría no es eso, y sí el predominio, como hace notar Iherin, de ese elemento esterno que conduce á los romanos á lo que el mismo escritor llamaba *materialismo* y *formalismo*, y si exigieron la tradicion en esos casos fué porque ella equivalia en un principio, respecto de las cosas *nec mancipi*, así como respecto de las cosas todas del extranjero y aún de las que tenía el ciudadano romano en el *ager provincialis*, á la mancipacion (1), y como precisamente á consecuencia del espíritu práctico positivo y formalista de los romanos la trasmision no era trasmision de derecho, sino de la cosa misma, en virtud de lo cual suponian que el enajenante se despojaba de su cosa, la abandonaba, y el adquirente la tomaba (*manu capere*), fueron conducidos á dar á la tradicion ese mismo valor y esa misma importancia. Pero, siendo evidente que la tradicion por sí nada puede hacer, como salta á la vista cuando es llevada á cabo por uno que no es dueño de la cosa ó por uno que lo es, pero que no se propone trasmitirla, de aquí la exigencia de lo que se llamó *justa causa* ó título, que no significa sino el derecho y la intencion de trasmitir aquello que se entrega. Ahora bien; ¿es posible distinguir entre una y otra cosa en la forma que se hizo por los jurisconsultos romanos? ¿No es una abstraccion separar el título del modo, cuando si la tradicion vale es porque quien la verifica está facultado para hacerla y quiere hacerla?

(1) El mismo Laboulaye establece esta relacion entre la mancipacion y la tradicion.

Además, esta teoría que en todo caso sólo tendría aplicación á este modo particular de adquirir, á la tradición, se ha pretendido extenderla á todos, y como respecto de algunos es completamente imposible el hacer esa distinción que sólo es clara en los casos en que se trata de un título oneroso, como la venta ó la permuta, ó de uno lucrativo, como la donación ó la dote; y de ahí los esfuerzos de ingenio que han hecho los juristas para hallar esa distinción respecto de otros modos de adquirir, y así, por ejemplo, se ha dicho que en la prescripción por largo tiempo, en la que no hay título de adquisición, la posesión es á la vez título y modo por ministerio de la ley, y que en la apropiación de una cosa *nullius* ó *derelicta*, el título es la máxima: *res nullius cedit occupanti*, y la *adprehensio*, el modo (1). Y además, los juristas, después de enumerar una larga serie de títulos: *pro empto*, *pro legato*, *pro donato*, *pro soluto*, *pro dote*, *pro derelicto*, *pro permutato*, *pro transacto*, *pro adjudicato*, añaden: y todos los demás incluidos en el *pro suo*. ¿Qué revelan todas estas contradicciones y sutilezas? Muestran que en verdad para la adquisición del derecho de propiedad, como para la adquisición de cualquiera otro derecho, son necesarios fondo y forma, causa y acto, principio y hecho, pero que no es esto una peculiaridad del derecho de propiedad. El fundamento, la causa, el principio, es la capacidad jurídica en general para adquirir y la causa particular mediante la cual se realizan las relaciones jurídicas en la vida en cada caso, y el acto es el hecho jurídico que no crea relación alguna, pero que es ocasión del nacimiento, de la modificación y de la extinción de los derechos. ¿Qué significa la afirmación de que en el caso de la ocupación es el título la máxima que arriba hemos citado, sino la capacidad nativa del hombre para llevar á cabo la apropiación natural? ¿Y qué es en sí el modo, es decir, la ocupación misma? Pues es el hecho en

(1) El Código austriaco, por ejemplo, después de decir en términos precisos «sin título y sin modo legal de adquirir no hay adquisición posible de propiedad», añade: «en cuanto á la ocupación de las *res nullius*, el título consiste en la libertad innata que tiene el hombre de tomar posesión de ellas, y el modo de adquirir, en el hecho de la aprehensión.»

que el individuo concreta, realiza, determina esa capacidad que tiene de apropiarse los bienes que necesita para su vida.

En el caso de la tradicion, ¿qué otra cosa significa el título sino el dominio que el trasmisor tiene, y del cual forma parte integrante la facultad de disponer, así como la capacidad en el adquirente para adquirir; y qué el modo sino el contrato mismo, esto es, el hecho, el punto de conjuncion en que vienen á encontrarse los dos contrayentes al realizar y concretar la respectiva capacidad que tienen uno y otro? Lo cual quiere decir que son perfectamente indivisos estos dos elementos, y que el separarlos es una abstraccion que no puede llevar sino al formalismo á que condujo á los romanos.

Y no hay que confundir, como hace Laboulaye, esta cuestion con la de la necesidad de que sea pública la condicion de la propiedad, porque una cosa es la de resolver si para que nazca el *jus in re* es condicion esencial la tradicion, sin la cual es nada el título, y otra la de la conveniencia ó necesidad de que se hagan públicas todas las mutaciones de la propiedad, todas las transformaciones que experimenta. Precisamente esta publicidad, base hoy del régimen hipotecario que se lleva á cabo por medio del Registro de la propiedad, nació de la circunstancia que ántes hemos notado, esto es, de que la razon primera y fundamental de la distincion entre los derecho *in re* y *ad rem*, es la de ser en los unos el sugeto pasivo una persona determinada, y serlo, en los otros, todos; y para que todos respeten ese derecho, se hace precisa la publicidad del mismo, mientras que no hay semejante necesidad en el otro caso (1).

(1) Hay que notar que Laboulaye publicó su libro en el año 1859, y que por la ley de 23 de Marzo de 1855 todos los actos de venta de inmuebles han de transcribirse en el Registro de la propiedad en Francia, sin lo cual no pueden hacerse valer contra tercero; así que parece realizado el anuncio que el distinguido escritor hacia al terminar el párrafo que en otro lugar hemos transcrito. Pero nótese que si bien parece, como dice Laferrière, que atendiendo al interés de los terceros se ha vuelto al principio romano con esta ley sobre la transcripcion, solo con tomar en cuenta esa misma circunstancia, que ha motivado el que se llame á la ley hipotecaria moderna *ley de terceria*, queda desvirtuado esencialmente el principio romano, puesto que en tanto no aparece el tercero, dicho se está que rige el principio del Código de Napoleon, según el cual se trasfiere la propiedad sólo por virtud de la obligacion.

Por lo demás, nada diremos de la aseveracion de Laboulaye al suponer que el Estado tiene un interés peculiar respecto de la propiedad, que no existe cuando se trata del derecho de obligaciones, porque aparte de que no son ni fundamentales, ni constantes, ni universales esas relaciones entre la propiedad y los derechos políticos, para comprender lo aventurado de semejante afirmacion, basta atender á la importancia que ha adquirido en nuestros tiempos la riqueza que consiste en valores pendientes de obligacion, como créditos, etcétera, así como es un error manifiesto decir que el derecho de obligaciones sólo alcanza un valor individual que no interesa á los terceros á quienes no concierne la obligacion, puesto que ahí está para demostrar lo contrario la solidaridad de la vida económica, en cuya virtud la quiebra de una casa de comercio de Nueva-York deja sentir sus efectos instantáneamente en Lóndres, Amsterdam y Barcelona.

Nada diremos, tampoco, del empeño de Laferrière en hacer arrancar esta distincion de la que establece entre el órden interno y el externo, entre la voluntad y la expresion, pues que, como ya hemos dicho, léjos de ser base de la diferencia entre la trasmision de unos y otros derechos, alcanza, por su misma generalidad, lo mismo á la propiedad que á las obligaciones. Porque no se trata de ese dualismo que se encuentra en toda trasmision de derecho, sino de aquella peculiaridad en cuya virtud los romanos aplicaban esta teoría del *título* y del *modo* sólo á la adquisicion de los derechos reales, pues que la cuestion queda reducida á estos términos concretos: ¿Hay una diferencia esencial entre la trasmision de un crédito y la de una finca? Y aún puede precisarse más el ejemplo, diciendo: ¿La hay entre un crédito simple y sencillo y un crédito hipotecario? Es evidente que sólo por el contrato se trasfiere el crédito en uno y otro caso. Pero se dice: es que no es lo mismo cuando se trata de la finca, porque ésta es ya una cosa corporal y en ella cabe la entrega ó tradicion que no es posible respecto de la hipoteca. En esto se ve el origen del error de los romanos, el cual, si consiste, de una parte, en el valor singularísimo que dan al elemento exterior del derecho, junto con el

que atribuyen á las formalidades, puesto que no hay que olvidar que la *tradicion* no valia para ellos por lo que es en sí, sino por lo que tenía de formularia, al modo, aunque en menor grado, que la mancipacion, nace, de otra, de la confusion que hacian entre la cosa y el derecho, la cual nos lleva á tratar el punto referente á la division de las cosas en corporales é incorporeales.

Dice Laferrière (1): «Segun la doctrina estóica, la libertad, principio esencial del hombre, es el principio fundamental de la propiedad. Considerada *á priori*, la propiedad es el resultado de un acto libre del hombre, que ha salido de sí mismo y que ha impreso á los objetos exteriores su voluntad, su *yo*. Los romanos tenian el sentimiento profundo de esta comunicacion del *yo* humano al objeto material; no decian: *tengo un derecho de propiedad sobre tal cosa*, sino que decian: *esta cosa es mia*.» Y en otro lugar: «Segun los filósofos estóicos, hay en las cosas de este mundo una parte por completo material que constituye su fondo primitivo, y una parte inmaterial que se incorpora á él, á saber, las leyes providenciales que á ellas se unen y que las gobiernan. Los jurisconsultos, sin entrar en la apreciacion de la cuestion metafísica de la eternidad de la materia, que es el vicio esencial de las nociones ontológicas de la escuela de Zenon, aplican al Derecho civil la cuestion filosófica y consideran dos elementos en el órden de las cosas, el elemento tangible ó corporal y el elemento incorporeal. De ahí la gran division jurídica de las cosas en *corporales é incorporeales*, es decir, en cosas que tienen el carácter completamente material, *res*, y en derechos sobre las cosas, *jura*, ó sobre las personas con ocasion de las cosas, *obligaciones*.»

De muy distinto modo explica esta division Ihering (2), quien dice, que el romano, no habiendo alcanzado la sutil distincion que hay entre el derecho y la cosa, entendia que era ésta, y no aquél, lo que se trasmitia. Así que, léjos de considerar esa distincion de las cosas en corporales é incorporeales como un fruto del espiritualismo estóico, lo estima, por el con-

(1) *Influjo del estoicismo sobre la doctrina de los jurisconsultos romanos*; seccion 3ª, §§ 1º y 2º.

(2) *Ob. cit. cap. 2º, seccion 2ª, § 48.*

trario, como un resto de la antigua concepcion, segun la cual se confundian por completo la cosa y el derecho. De aquí que, identificando la propiedad con su objeto, el dominio quedaba incluido en las *res corporales*, mientras que los demás derechos reales eran *incorporales*; de donde resulta que la distincion que aparece manifiesta entre la cosa y el derecho cuando se trata de éstos, no resulta de igual modo cuando se trata de aquél; hecho que se confirma observando, como hace notar Windscheid (1), que la lengua romana da el mismo nombre á la cosa y al derecho; así *pignus* es la prenda y el derecho de prenda; *superficie*, la casa y el derecho sobre la casa; *iter*, *via*, el camino y el derecho á la servidumbre de camino, etc.

Ahora bien; el error en que los romanos incurrian, consiste en no ver que los derechos son siempre *res incorporales* y que no hay esa diferencia sustancial entre el dominio y los demás. Es aquél, la plenitud de los particulares que constituyen é integran la propiedad; y son éstos, desmembraciones de esa totalidad; pero en la esencia son iguales; habiendo entre ellos sólo diferencias de cantidad, pues que todos se fundan en la misma relacion esencial y fundamental del hombre con la naturaleza, y todos tienen por fin el utilizar más ó ménos esos objetos naturales para la satisfaccion de nuestras necesidades; de suerte que lo que se trasmite es siempre el derecho, (esto es, una *res incorporalis*), el cual es tan distinto de la cosa cuando se trata del usufructo ó de la hipoteca, como cuando del dominio. Por no ver esto los romanos, junto con su carácter práctico y realista, encontraban que la entrega ó *tradicion* sólo podia aplicarse á éste, porque lo confundian con la cosa, mientras que no lo veian posible respecto de aquéllos, porque eran cosas incorporales; y sin embargo, rindiéndose, como siempre, á la razon, hubieron de reconocer la posibilidad de esa tradicion ó de lo que de racional tenía, admitiendo respecto de esos derechos reales, distintos del dominio, lo que se llamó la *cuasi-tradicion*.

Una prueba de lo erróneo de esta clasificacion, la suminis-

(1) *Dic actio des rom. civil-rechts*, pág. 6; citado por Ihering., § 48.

tra la naturaleza de las cosas que incluían en cada uno de sus grupos. Eran corporales, dice el mismo Laferrière, la teoría sobre las cosas de derecho divino y humano, de derecho público y privado, las relativas á la propiedad (1), la posesion, la usucapion; y eran incorporeales las que Poitier denomina *jura servitutum, jus pignoris et hypothecæ, jus hereditatum, jus bonorum possessionis, jus crediti seu de obligationibus*. Ahora bien; ¿no son relaciones de propiedad, relaciones que hacen referencia á la cosa, todas las que, por ejemplo, determinan las servidumbres reales y personales? ¿qué diferencia fundamental hay entre el derecho que tiene el dueño de una finca en cuya virtud la utiliza y aprovecha, y el que tiene el usufructuario, el cual, miéntras la disfruta, la aplica á los mismos fines? ¿Cambia de esencia ese derecho del usufructuario cuando se reintegra al dominio y vuelve á manos del dueño? Si es una de tantas relaciones de las incluidas en el total concepto de la propiedad, expresado en el término dominio, ¿no salta á la vista que tan incorporal es el dominio como el usufructo, la servidumbre ó la hipoteca, y que lo mismo aquél que estos son distintos de las cosas, y por lo tanto que lo que se trasmite en todo caso no es esta, sino el derecho, esto es, que hay siempre trasmision de una *res incorporalis*?

De aquí la falta de fundamento de la division en *res, jura* y *obligationes*. Dejando á un lado la errónea distincion entre los dos últimos, en cuanto se supone que los primeros son derechos *sobre* las cosas, y los segundos *sobre* las personas, aunque con ocasion de las cosas (2), es más grave la oposicion en-

(1) El uso de los términos: *propiedad* y *dominio*, como sinónimos contribuye no poco á esta confusion. Si se diese al primero un sentido genérico y al segundo uno específico, entendiendo por aquél *todas las relaciones jurídicas* de esta naturaleza, lo mismo la totalidad de ellas que cada una en particular, y por este el conjunto de ellas cuando está indiviso, no se supondría esa oposicion esencial entre el dominio y los demás derechos reales, ni se admitiría respecto al primero esa identidad con la cosa, que se niega en cuanto á los segundos.

(2) Segun sea la indole de la obligacion, así puede existir ó no esa relacion con una cosa, y cuando exista, ser esta de muy distinta naturaleza. En la obligacion de hacer, no hay más que una relacion general é indirecta con el patrimonio del deudor, en cuanto el incumplimiento de aquella se resuelve en una indemnizacion de daños y perjuicios, y en las obligaciones de dar ó entregar varía segun que se trate de una cosa individual ó de otra solo determinada en especie. Así, por ejem-

tre las *res*, que se consideran como corporales, y los derechos (*iura* y *obligationes*), considerados todos como incorporeales; porque arranca del error que hemos procurado desvanecer, esto es, de la confusion del dominio con la cosa. Prueba de ello es el modo como los jurisconsultos tuvieron de salir del apuro en que les ponía el principio rigurosamente aceptado cuando se llegaba á sus consecuencias prácticas; porque si realmente solo son corporales las cosas que se tienen en dominio, claro está que solo respecto de este derecho, por confundirlo con la cosa, cabe la tradicion ó entrega, pues salta á la vista que las cosas incorporeales no son susceptibles de ella. Así se encontraron con que, de una parte, no era posible esa condicion, tal como ellos la entendian, cuando se trataba de estos derechos que eran cosas incorporeales; y de otra, con que la realidad se imponía, haciéndose superior á este prejuicio, pues la verdad era que las servidumbres, la hipoteca etc. de hecho se trasmitian; y entonces fué cuando inventaron los términos *cuasi-tradicion* y *cuasi-posecion*; así como antes, alejándose del realismo de los primeros tiempos, en lugar de la *aprehension* material que fué precisa en los comienzos, se contentaron con la tradicion *simbólica*, la *longa manu*, la *brevi manu*, etc.; y por esto Heinecio dice con gran sencillez, notando las diferencias entre las cosas corporales y las incorporeales, que estas se *cuasi poseen* y *cuasi entregan*, y luego añade: «Las incorporeales no están en dominio, pues habiendo definido este: un derecho en cosa corporal no podemos decir que el derecho de prenda, la servidumbre, la obligacion están *en mi dominio*: sin embargo, como los derechos (*jura*) y las obligaciones (*obligationes*) nos hacen más ricos y no están destituidos de precio, se dice que están *en nuestros bienes* (1).» Es imposible poner más de manifiesto lo erróneo del principio, la inconsecuencia en que se incurre y la sutileza con que se sale del conflicto.

plo, es muy distinta la relacion que respecto de la cosa nace del contrato de préstamo que la que se origina del contrato de compra-venta, y por eso, de esta última puede nacer un derecho real, porque se trata de una cosa individual, mientras que de la anterior no puede salir ese derecho real solo por el hecho del contrato.

(1) *Recitaciones de derecho civil*, § 383.

Laferrière hace notar adonde condujo el desarrollo de semejante distincion en la Edad Media, y cómo dió lugar á aquella division de los feudos en corporales é incorporales, á la concesion de aquellas justicias señoriales sin territorio, á los feudos en el aire, á la distincion del dominio de la Corona en corporal é incorporal, en el último de los cuales se incluían las funciones de la administracion y de la justicia, y de aquí la venalidad de los cargos y la enajenacion de los atributos de la soberanía, etc. Pero en lugar de reconocer que si las consecuencias han sido lógicas, demuestran lo erróneo y lo falso del principio, el ilustre escritor, al ver lo peligroso de las que de este se deducen, y cómo han ocasionado la aparicion de instituciones opresoras y el desmembramiento del poder legítimo, se contenta con decir: «Tan cierto es que lo absoluto no es de este mundo y que no debe llevarse á las leyes humanas; antes bien es preciso dejarlo donde está, en la pura esencia de de Dios.» Si fuera lícito orillar de este modo las dificultades, pronto quedarían todas resueltas.

Por último, con todas estas cuestiones está naturalmente relacionada la conocida clasificacion de los modos de adquirir, á que con más ó ménos variantes se atienden por regla general los juristas al exponer esta parte de la legislacion. Es sabido que comienzan por dividirlos en modos de *derecho civil* y de *derecho de gentes*, subdividiendo éstos en *originarios* y *derivativos*. Prescindamos de la primera division, que, segun hemos visto en otro lugar, respondía á que los romanos consideraron que había modos usados y reconocidos en todos los pueblos y otros peculiares de Roma, y de aquí está distincion que, junto con otras análogas y el especial modo de concebir el derecho natural, da lugar á esta pregunta que con tanta frecuencia hacen aún hoy algunos juristas sobre si una institucion es de derecho natural ó de derecho civil, como si dependiera en caso alguno del arbitrio del legislador el dar vida y fundamento de justicia á una institucion. Pero viniendo á la segunda, que es la que nos interesa por el momento, y en la cual se considera como modo derivativo de adquirir la *tradicion*, es evidente que segun que se trate del nacimiento de

una relacion ó de la trasmision de una preexistente que cambia sólo de sugeto, el modo será originario, como la ocupacion ó apropiacion natural, ó será derivativo, como, por ejemplo, la trasmision por contrato (1). El nombre générico que cuadra á los modos derivativos no es otro que el de *sucesion*, tomado en su más ámplio sentido; y la sucesion no puede tener más que dos formas, ó *inter vivos* ó *mortis causa*; esto es, la sucesion por contrato y la sucesion por herencia. De suerte que en estos modos derivativos, formas de la sucesion, la *tradicion* ni es general, puesto que hay trasmisiones en que no tiene lugar, como los mismos romanistas reconocen respecto de la hipoteca, las servidumbres negativas, la herencia, etc., ni tiene por sí un valor singular y especial. Lo esencial es que haya, de una parte, la capacidad de determinar relaciones jurídicas, así en el trasmittente como en el adquirente, y de otra, el hecho en que se concrete y se muestre el ejercicio de esta facultad por parte de ambos. Así, en el contrato, se necesita la capacidad de contratar en ámbos contrayentes y el hecho en que vienen á expresar su voluntad de llevar á cabo esa trasmision, que es el contrato mismo; así como en la sucesion testamentaria se necesita la capacidad en el testador, la capacidad en el heredero, y luégo el hecho, que aquí es complejo, puesto que como no hay coincidencia de voluntades en el mismo momento, como sucede en el contrato, son precisos tres: el otorgamiento del testamento, la muerte del testador y la aceptacion del heredero. En una palabra, el colocar la *tradicion* entre los modos de adquirir, formando un grupo é incluyendo bajo este nombre todos los derivativos, no es sino conservar un vestigio del antiguo formalismo que no tiene razon de ser (2).

(1) La usucapion ó será incluirse entre los modos originarios ó entre los derivativos segun se la considere y explique. Si es debida al abandono del primitivo dueño, adquiere la cosa el carácter de *nullius*, de *derelicta*, y entónces es originario; si se presume un asentimiento tácito por parte del dueño, será derivativo.

(2) Esta cuestion la ha resuelto el Código de Napoleon (art. 711), diciendo que «la propiedad de los bienes se adquiere y se trasmite por sucesion, por donacion *inter vivos* ó testamentaria, y por virtud de las obligaciones» (par l'effet des obligations), donde queda negado el principio romano de que la propiedad no se trasfiere sólo por el pacto. Luégo (art. 138), al hablar del efecto de las obligaciones, dice que al de «entregar la cosa» es perfecta mediante el solo consentimiento de las partes

VII.—CONCLUSION.

Individualismo del derecho de propiedad en el último periodo.—El interés público y el privado.—El derecho de *gentes* y el *civil*. — Carácter unitario y absoluto del derecho de propiedad. —Relacion con el géneo y la mision del pueblo romano.—Elementos constitutivos del derecho de propiedad romano en el último periodo.

Para terminar el estudio del derecho de propiedad romano, vamos á hacer algunas consideraciones referentes al carácter que muestra en su desarrollo y á la relacion que guarda con el géneo y la vida toda de este pueblo.

En primer lugar, en Roma tambien comenzó el derecho de propiedad con un carácter señaladamente social, caminando luego á hacerse individual. Este desenvolvimiento se refleja, como ha hecho notar Ortolan (1), en los tres términos con que sucesivamente se denomina: *mancipium*, *dominium*, *propietas*, que vienen á significar propiedad de la ciudad, de la familia, del individuo, expresada la de éste en el *jus utendi et abutendi*, derecho que fuera absoluto si sobre él no se afirmára durante el Imperio el dominio eminente del Estado, trasformacion del antiguo dominio de la ciudad. Pero Roma llegó en cuanto al individualismo de la propiedad á un punto que no alcanzaron los demás pueblos, quedando, sin embargo, lo que era efecto de aquella antigua y robusta constitucion del Estado; y por esto, cuando la tribu, la curia, la *gens*, la familia, série gradual de círculos que bajo la poderosa unidad de la *ciudad* formaban un verdadero organismo, se modifican ó desaparecen, quedan frente á frente el individuo y el Estado, ambos absolutos, aunque cada uno á su modo y subordinados el primero al segundo;

contratantes, y que ella hace al acreedor propietario de la cosa, la cual corre por su cuenta y riesgo desde el instante en que ha debido ser entregada, aunque la tradicion no se haya lle·ado á cabo » etc.; y en el 1383, á depósito de la venta, se dice, que «queda perfecta entre las partes y adquiere de derecho la propiedad el comprador respecto del vendedor, desde el momento en que han convenido en la cosa y en el precio, aunque no haya sido todavia entregada la cosa ni pagado el precio ».

Compárese con la doctrina opuesta consagrada en el Código austriaco, notada en otro lugar, que es la pura romana, la cual, volvemos á decir, no ha sido restablecida en Francia por la ley de 29 de Marzo de 1855 sobre *transcripcion*, porque ésta responde á otro principio.

(1) *Generalizacion sobre el derecho romano*. Parte 2ª, tit. primero.

resultando así, de un lado, el carácter ilimitado de la propiedad del individuo, y de otro, el dominio eminente que sobre toda ella se atribuyen el Emperador ó el Estado.

De todas suertes, este predominio del individualismo que conduce al atomismo de las personalidades individuales y á la falta de instituciones corporativas (1), es al propio tiempo reflejo del singular valor que alcanzó entre los romanos el principio de la personalidad y libertad individual, y que ha dado lugar á que Stahl diga «que el derecho, en el concepto romano, es una esfera de la arbitrariedad completamente incondicional» (soberana.)

Este mismo carácter del desenvolvimiento del derecho de propiedad en Roma, se muestra así mismo en la sustitucion del interés público, que predomina en los primeros tiempos, por el interés privado que reviste en los últimos. Esto se revela, por ejemplo, en la diferencia que hay entre la *mancipatio*, forma solemne de transmitir la propiedad á que asistian el *libripens* y cinco ciudadanos romanos como miembros y representantes de la ciudad ó del Estado, y aquella en que basta la *tradicion*; como análogamente se refleja en la diferencia que media entre el primitivo testamento que se hacia *in calatis comitiis* y aun el *mancipatorio*, y el de los últimos tiempos del Imperio, que reviste las condiciones de un asunto privado.

En este desarrollo se revela de igual modo aquella oposicion entre el derecho de *gentes* y el derecho *civil*, que vino á resolverse mediante la continúa y paulatina sustitucion de éste por aquel. El derecho de propiedad del uno es el primitivo dominio *ex jure quiritarium*, con sus modos particulares de adquirir limitados al ciudadano romano y al *ager romanus*; el del otro es la propiedad *in bonis*, con los modos de adquirir de derecho natural aplicables á los no romanos y al suelo provincial; y el

(1) No falta absoluta, puesto que además de la série de círculos arriba notada: familia, *gens* etc, conocieron los romanos los colegios (*collegia*) las corporaciones (*corpora*, las comunidades (*universitates*), los municipios (*municipia*, etc algunos de ellos desde los tiempos de Numa Pompilio; pero es indudable que aparecen con un carácter excepcional las instituciones corporativas en medio del individualismo predominante. Véase el *Sistema de derecho romano* de Savigny, § 85; y la obra citada de Colquhoun, tit. 7°.

del derecho romano imperial es la desaparición de este antagonismo en cuya virtud se afirma un solo dominio que comprende todas las cosas y del cual son capaces todos los súbditos del imperio, todos ya ciudadanos romanos; conservando en medio de este desenvolvimiento, á la par de aquella lógica singular con que se desenvuelve toda la legislación del pueblo rey, la enérgica *unidad* que es consecuencia del predominio de la ciudad. De aquí procede el contraste singular que forma el derecho de propiedad romano con el de la Edad Media, como más adelante veremos, en cuanto aquel muestra ese carácter unitario, absoluto y opuesto á toda distinción, hasta tal punto que apenas, por ejemplo, si tiene trascendencia en él la distinción tan fundamental de los bienes en muebles é inmuebles, que en otros pueblos ha dado lugar á la formación de dos esferas completamente distintas de derecho; y de aquí también que se muestre en esta, como en todas las demás restantes esferas de la legislación, aquella admirable armonía entre el espíritu conservador y el reformista que caracteriza á los romanos, porque, si como ha dicho un malogrado escritor español (1), de los dos elementos que constituyen una relación positiva de derecho civil, la ley y el hecho, los romanos en su profundo respeto á la primera supusieron que el segundo no había acontecido en casos dados ó que había acontecido de otro modo, de donde las ficciones se refieren siempre al elemento de hecho, no á la regla jurídica, de que esto acontecía con relación al derecho de propiedad son una prueba la acción *publiciana* y la *bonorum possessio*.

En cuanto á la relación del derecho de propiedad con el genio y la índole de este pueblo, además de mostrarse en aquel carácter práctico y formalista que era una consecuencia del predominio de ciertas facultades (2) en el espíritu del ro-

(1) El Sr. Maranges en sus *Estudios jurídicos*, pág. 86.

(2) Este predominio del entendimiento reflexivo en el pueblo romano respecto de las restantes facultades del pensamiento, así como el de la voluntad sobre el sentimiento y la fantasía, de donde proviene el espíritu práctico y formalista que caracteriza la vida romana, ha sido notado más ó menos explícitamente por Mommsen, *Historia romana*, tit. 1^o, cap. 2^o; Hugo, *Historia del derecho romano*, § 35; Ahrens, *Enciclopedia jurídica*, lib. 2^o, cap. 3^o, § 2; Schegel, *Filosofía de la Historia*

mano y causa, en gran parte, de las teorías que hemos examinado en el capítulo precedente, es tan estrecha, que según Ahrens «en su totalidad aparece el derecho en Roma como un derecho *de bienes*, penetrado por el motivo del egoísmo discretamente calculado para los fines prácticos del interés propio, y que recibe la forma jurídica del imperio de la voluntad. El egoísmo, palanca de toda la vida nacional, preside en el exterior á la sumisión de los otros pueblos bajo el poder y el señorío de Roma, y aspira también en el interior, en el derecho privado, sólo al aumento de la fortuna, á extender el imperio sobre las cosas y sobre los actos ajenos; con lo cual el interés propio que deliberadamente busca su provecho á expensas del ajeno, viene á ser considerado como un principio natural» (1).

De igual modo, en el derecho de propiedad se refleja de una manera manifiesta lo que es consecuencia de la misión histórica que cumple Roma. El romano, «dominado constantemente por una aspiración, el poder; por una idea, el derecho; por un sentimiento, la igualdad, nos ofrece en su dilatada existencia el sello permanente de estos caracteres, que si le imprimen unidad, no obstan sin embargo á su primitivo y constante desarrollo» (2). De aquí, como más arriba queda no-

tomo 1º, lección 10; Castro, *Historia general*, tomo 1º, lección 55; Laurent, *Estudios sobre la historia de la humanidad*, tomo 3º, y Montesquieu, *Disertaciones sobre la política de los romanos en la religión*, al notar que Roma hizo la religión para el Estado así como los demás pueblos el Estado para la religión.» Véase la obra citada de Maranges, pág. 56.

(1) Así dice Yhering: «puede definirse el carácter romano con sus virtudes y sus faltas, como sistema del egoísmo disciplinado. El principio capital de este sistema es que lo subordinado debe sacrificarse á lo superior, el individuo al Estado, el caso particular á la regla abstracta, el momento al estado duradero. Un pueblo, el cual, junto con el más alto amor á la libertad, ha conquistado la virtud de dominarse á sí propio hasta llegar á hacer de ella una segunda naturaleza, está llamado á dominar á los otros; pero el precio de la grandeza romana fué en verdad muy costoso. El insaciable demonio de aquel egoísmo todo lo sacrifica á su fin; la felicidad de sus propios ciudadanos, hasta la nacionalidad de otros pueblos. . . . El mundo que le pertenece, es un mundo sin alma, falto de todos los bienes más bellos; un mundo no regido por hombres sino por máximas y reglas abstractas, una máquina grandiosa, admirable por su solidez, por la regularidad y seguridad con que trabaja, por la fuerza con que arrolla y con que pulveriza todo cuanto se le opone, pero al fin y al cabo una máquina. Su señor era al par esclavo.» Véase la *Enciclopedia* de Ahrens, Roma, cap. III, § 3º.

(2) Maranges, ob. cit. pág. 55.

tado, la lógica con que se desenvuelve y la unidad que mantiene en medio de sus lentas pero constantes trasformaciones, lo cual es debido á que hay una idea que todo lo domina, que es la ciudad, base inmóvil y centro de atracción de aquella vida; pero á diferencia de Grecia, que ni siquiera alcanza á constituir la unión de su raza, Roma vá extendiendo esa ciudadanía con todas sus consecuencias para realizar así su misión histórica, la *asociación humana*. Por eso las trasformaciones de la ciudad se reflejan en cada esfera del derecho, y de ahí la constante penetración del derecho de gentes en el civil mediante aquellos pretores á quienes llamaba Arturo Young, *ministros de la Providencia*; y de ahí, la idéntica dirección que tuvo la evolución social y política durante la república y la filosófica y moral que tiene lugar durante el Imperio bajo el influjo del estoicismo, primero, y del cristianismo después. Y es que Roma tuvo siempre el mismo punto de partida, la ciudad, y el mismo ideal, la asociación de todos los pueblos. Todo esto se muestra con completa evidencia en el desarrollo del derecho de propiedad, cerrado, exclusivo y privilegiado, al principio; y á lo último, universal, común, de todos los súbditos del imperio; elemento de aquella total igualdad para el poder y para el derecho que llena como causa toda la historia del pueblo romano, y que fué primero la igualdad patricia que se obtiene durante la dominación de los reyes; después, la igualdad plebeya que se alcanza durante la república, y al fin, la igualdad, en cierta manera humana, que se realiza en tiempo del imperio (1).

Ahora bien, como resultado final de toda esta evolución, encontramos como elementos que han de contribuir al sucesivo desarrollo histórico del derecho de propiedad, de un lado, que es este predominantemente individual, absoluto, unitario, igualitario; y de otro, que sobre él se afirma el dominio eminente del Estado, vestigio del antiguo omnímódo derecho de la ciudad; de donde resulta exaltado el principio de la personalidad y de la individualidad, y á la vez, como opuesto y en frente

(1) Véase la ob. cit. de Maranges, loc. cit.

de él, la omnipotencia del Estado. Así mismo se afirma, respecto de la propiedad, la libertad, en cuanto apenas si tiene traba alguna el dueño en el ejercicio de su derecho; y á la par la igualdad, en cuanto esta alcanza á todos y no es como en pasados tiempos el privilegio de unos pocos. Importa hacer notar este resultado, porque, como más adelante hemos de ver, estos conceptos referentes al derecho de propiedad de Roma, quizá más que los referentes á las otras instituciones jurídicas, ejercen un influjo manifiesto y trascendental en la historia ulterior, no precisamente en el período inmediato, sino cuando reaparece más tarde constituyendo un singular contraste con el opuesto carácter que muestran otras organizaciones.

El camino recorrido prueba que teníamos motivo para decir al comienzo que era un error el considerar el derecho romano como si tuviera un carácter invariable, según á veces se supone por atender tan sólo al imperial, ó, bien puede decirse, al justinianeo. Según la época ó el momento á que se atiende, así puede hallarse en esta legislación uno ú otro carácter, precisamente por lo mismo que arrancando de un punto de partida, que es comun indudablemente á todos los pueblos, llega luego en su desarrollo, en el sentido del individualismo, á un grado que no habia alcanzado ninguno de los anteriores, de donde resulta que dentro de su misma historia, como es tan amplia y pasa de extremo á extremo, pueden encontrarse distintos tipos en correspondencia con los distintos momentos del desenvolvimiento; lo cual no es decir que no tenga una base de unidad en medio de todos esos cambios, pues precisamente lo contrario se muestra de una manera evidente, según acabamos de decir, en cuanto se desenvuelve con unidad y con lógica, efecto del papel que en su vida desempeña la ciudad, de lo que es el carácter romano y de la misión que cumple en la historia; pero conservando esa base inmutable, hay desde los comienzos hasta la terminación la diferencia esencial de que si en aquellos la ciudad lo era todo y el individuo nada por sí, puesto que sólo valía como miembro de aquella, como ciudadano, y en cuanto era miembro de una *gens* ó de una fa-

milia, en los últimos continua aquella unidad poderosa representada y heredada por el imperio, pero viene á reflejarse el valor absoluto que ántes tuviera, no en el jefe de la *gens*, en el *pater familias*, en el ciudadano, sino en el individuo que entónces ya valía, en cierto modo, por sí (1). Por esto queda siempre algo del antiguo derecho que la *ciudad* tuvo en los primitivos tiempos en aquel *ager* que distribuyó entre las *gentes* y las familias, ó que se reservó para sí lo mismo en Roma que en los pueblos que conquistaba, pero no era más que el llamado *derecho eminente* del Emperador, el cual en la práctica y en la realidad habria estado muy léjos de ser lo que fué, si las condiciones especiales de la organizacion política del Imperio y los abusos que trajo consigo el despotismo no hubieran llevado al punto que es sabido los excesos y los abusos en su ejercicio.

(1) En cierto modo, porque la universalidad del derecho fué consecuencia de la extension de la ciudadanía, y por eso aun quedó la diferencia de capacidad jurídica entre ciudadano y extranjero; lo cual no es maravilla, cuando aun hoy subsiste después de diez y nueve siglos de cristianismo y uno de revoluciones y progresos inspirados en el llamado derecho moderno.

CAPÍTULO VI

LOS CELTAS

Dificultades de estudiar el derecho céltico por la naturaleza de las fuentes.—Exámen de las utilizadas por Laferriere.—Propiedad pública y privada; el patrimonio de la familia; sucesiones; relacion de la condicion de las personas con la de las tierras; modos de adquirir; el dominio *congeable* ó *convenant*.—Exámen del derecho céltico expuesto por S. Maine en vista del *antiguo derecho de Irlanda*; comunidad primitiva; division; derechos que se reserva la tribu; propiedad que continúa indivisa.—Comparacion entre una y otra exposicion y explicacion de las diferencias.

Antes de entrar en el estudio del derecho de propiedad *germano*, que tan singular interés tiene en cuanto es un elemento esencial del ulterior desarrollo de la legislacion del occidente de Europa, debemos decir algo respecto de lo que haya podido ser esta institucion jurídica entre otros pueblos que con aquellos, los indos, los zendos, los griegos y los romanos constituyen la raza indo-europea: los *celtas*, que aparecen en la historia mucho antes que los germanos, y los *eslavos*, que se presentan más tarde, no obstante lo cual habremos de anteponer su estudio por lo mismo que, segun acabamos de indicar, la historia de éstos se enlaza de una manera directa con la que á seguida hemos de considerar.

El estudio del derecho de los *celtas* tiene una difcultad

que procede de la escasez de fuentes de conocimiento y de la naturaleza de las mismas. Generalmente se utilizan como tales para este estudio los conocidos *Comentarios* de César, las leyes *galesas* y la antiquísima *Costumbre* de Bretaña; de donde resulta que la primera fuente lo es en verdad para conocer las instituciones y la legislación de los galos en el tiempo en que escribió su obra el célebre conquistador; pero aparte de que algún motivo hay para temer, como ha hecho notar un escritor moderno, que César, bajo la preocupación de lo que entonces era la organización política y social de Roma, no viera con toda claridad lo propio y característico de los celtas, siempre resulta que se refiere á una época muy adelantada, si se tiene en cuenta la en que debió tener lugar la emigración de estos pueblos á Europa.

En cuanto á las leyes galesas, las de Moëlmud, que son como una compilación de las que existían en la isla británica antes del cristianismo, esto es, antes del año 178, son muy posteriores; y más aún el Código de Howel, el bueno, publicado en 940, y cuyos redactores, según se dice, mantuvieron ciertas leyes ó costumbres en la forma que existían anteriormente, corrigieron y aún abrogaron otras y establecieron también algunas nuevas (1). Ahora bien; aunque estas compilaciones son anteriores á la fecha en que penetró el feudalismo en estos países, siempre resulta que tiene que reflejar, no sólo la organización primitiva de la propiedad, sino además todas las modificaciones que tuvieron lugar durante todos esos siglos. Esto mismo puede decirse con más razón aún respecto de la *Costumbre* de Bretaña, escrita en el año 1330,

(1) Las tribus insulares, colonias célticas del continente que habían caído en el estado salvaje, cuando Roma se retira de Bretaña vuelven á su antigua organización constituyendo *clans*, y más tarde, no pudiendo resistir á los bárbaros del norte de la isla, llaman en su auxilio á los sajones, y son arrojadas por éstos. Entonces los principales restos de la población céltica se concentraron en las montañas de Cornwall y de Cambria (país de Gales), constituyendo Estados independientes de la dominación anglo-sajona. Moëlmud fué un Príncipe de Cornwall que compiló las leyes bretonas de que se habla en el texto, y Howel fué un rey de Cambria que encargó la formación del Código indicado á doce legos y un clérigo escogidos en la Asamblea reunida en el año 940. (Véase Laferriere, ob. cit. l. 2^o cap. 3^o, y Hearn, ob. cit., cap. xvii, § 4^o, núm. 306.)

cuando llevaba ya de existencia en aquella comarca el feudalismo 145 años; aunque en cambio sea un dato que debe tomarse en cuenta la tenacidad con que los bretones han conservado hasta nuestros mismos días su lengua, sus leyes y sus costumbres.

Utilizando estas fuentes Laferrière traza (1) un cuadro completo de la legislación gálica, resultando en verdad un derecho grandemente desenvuelto, de lo cual es una prueba la distinción que hacían los galos ya en tiempo de César entre el *derecho* y la *ley* (2), pero que por eso mismo no se puede tomar en modo alguno como exposición de una legislación primitiva. Pero veamos lo que resulta de la hecha en vista de tales fuentes, y luego procuraremos utilizar otras recientemente descubiertas ó publicadas para ver si logramos penetrar más en los orígenes de esta institución.

Tomando pié de la oposición que César establece entre los germanos y los galos, al decir de aquellos que no conocían la propiedad territorial y que ninguno tenía un campo limitado y propio á diferencia de los últimos, se ha presentado como uno de los caracteres de la propiedad galo-céltica el carácter privado ó individual de esta (3); y sin embargo, el mismo Laferrière reconoce la existencia de una propiedad pública al lado de la propiedad privada. Cita algún hecho que demuestra como las tribus tenían tierras de aquella condición que entregaban á otros pueblos que venían á unirse á ellos; presenta como institución profundamente céltica la comunidad ó asociación de labradores, que consistía en tener y cultivar en comun bienes que no se repartían entre los hijos porque pertenecían á la asociación, heredando, cuando más, el hijo más joven la casa: hechos todos que parecen vestigios y consecuencias del

(1) En su *Historia del derecho francés*, libro 2º, cap. 3º.

(2) *Jus et leges; gwir a chyfraithd.*

(3) M. Garsonnet en un libro que acaba de publicarse (*Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée.*—Paris 1879, parte 2ª cap. 3º) dice que lo que escribe César (*de bell. gal.* VI, 13) acerca del deslinde no es un argumento decisivo en favor de la propiedad individual, porque en la India, que es la tierra clásica de la propiedad colectiva, los habitantes de cada pueblo ó aldea señalan con mojones los límites de su territorio.

carácter social ó colectivo con que, según hemos visto, se presenta la propiedad en todas partes.

Además, de la misma exposición que hace Laferriere resulta como lo más saliente en el modo de ser la propiedad entre los galos, el estar aquella indudablemente afecta á la familia: la propiedad no es en modo alguno individual, tanto que para enajenarla se necesita el consentimiento de los miembros de aquella. Si además se tiene en cuenta la organizacion económica de la misma en virtud de la cual marido y mujer llevan dote al matrimonio, pero sin que aquél pueda disponer ni del capital ni de los frutos; los rasgos principales de la herencia, tales como el no existir el testamento sino con un carácter parcial ó secundario, puesto que en lo fundamental se afirmaban los descendientes como herederos necesarios, y de aquí la frase de Synmaco: *gimuntur, non scribuntur heredes* (1); la distincion de los bienes de la familia en propios y adquiridos, revistiendo aquéllos un carácter familiar y éstos individual; el principio de que *los propios no suben* para la sucesion de ascendientes, y el *paterna paternis, materna maternis*, para la colateral; el retracto gentilicio y la imposibilidad de adquirir por prescripcion el hermano ó la hermana lo que era de la familia; se habrá de reconocer hasta qué punto el patrimonio estaba afecto á la familia y de la familia era. De suerte, que si de la primitiva propiedad comunal, juzgando sólo en vista de estas fuentes, no quedaban sino aquellos vestigios, la propiedad colectiva familiar continuaba en toda su fuerza y vigor.

Es verdad, que lejos de encontrar aquí el principio de primogenitura como en otros pueblos, vemos afirmado el de igualdad de particiones, y cuando este se relaja, es, no en favor del primogénito, sino por el contrario en favor del más joven. Lo primero tiene relacion con otro carácter distintivo del derecho gálico, opuesto al que se muestra en Roma, cual

(1) *Epist.*, t. 15.—Frase que no es seguramente un mero giro retórico, como por algunos se ha supuesto, y que revela, no que los galos desconocieran entónces el testamento, pero sí que entre ellos como en todos los pueblos la sucesion legitima ha precedido á la testamentaria.

es la emancipacion del hijo por matrimonio, lo cual revela que la propiedad era de la familia mientras esta subsistia, pero que ya no se continuaba más allá de lo que podemos llamar la familia estricta ó limitada ; es decir, la que no llegaba á constituir una patriarcal ; y dicho se está que rompiéndose el vínculo de la familia por el matrimonio del hijo, cuando el jefe desaparecia se distribuia por iguales partes su herencia ; y de aquí la generalidad de lo que hoy llaman los juristas ingleses *gavelkind* conocido en Irlanda, en el país de Gales, y ántes en Francia, en la Baja Bretaña. La preferencia en su caso del más jóven de aquélla se explica cuando ya no respondia la distribucion de la herencia al mantenimiento de la perpetuidad de la familia, sino que se consideraba bajo un punto de vista económico ó de conveniencia ; y se preferia el más jóven porque era el que estaba asociado por regla general al padre en el momento de la muerte de éste, mientras que los mayores habrian recibido ó conseguido ya medios de constituir su propio patrimonio y un modo independiente de vida. De todas suertes, este es un punto que se refiere al derecho de familia, pues consiste en suma en averiguar si pudo desde un principio existir la patria potestad con este carácter limitado que lleva consigo la emancipacion del hijo por matrimonio, ó si esto fué una trasformacion, verificada con el trascurso del tiempo, de lo que fué antes el poder del padre, análogo por su energía y permanencia al de otros pueblos.

Laferrière hace notar asimismo la estrecha relacion que tiene la condicion de la propiedad con la de las personas entre los galos. Así á la condicion de los druidas correspondian las tierras druídicas, exentas de impuestos y favorecidas con toda clase de inmunidades ; el rey tenía la propia del jefe de la tribu ; el noble las tierras nobles y privilegiadas, cultivadas por los clientes del campo ó colonos y por los siervos ; el hombre libre ó ingénuo tenía la tierra libre ó alodial ó alódio (1) ; y á los clientes correspondian las tierras que eran de distinta condicion segun que se trataba de los *soldurii*, clientes que

(1) *Actwyd*, palabra que significa el hogar del padre de familia.

pertenecian al orden de la nobleza, los cuales sólo pagaban lo que más tarde se llamó *l'argent du repas*, ó á los *ambacti*, clientes que pertenecian á la clase del pueblo, y cuya tierra estaba sujeta á censos y cargas y por esto se llamaba tributaria ó censual (1); y por último, tambien tenía, si puede llamarse así, su propiedad el esclavo, la herencia servil. Basta tomar en cuenta esta série tan variada de condiciones de las personas y la exacta correspondencia que con ella guarda la del suelo, para comprender que ciertamente no se puede referir á una época ó período primitivo. Ni la constitucion del sacerdocio como clase, ni la distincion entre la nobleza y el pueblo y el vínculo de union entre el uno y la otra por la clientela, corresponden á tales tiempos. Sólo pudieron nacer cuando cambió de organizacion la tribu, cuando entraron las unas en relacion con las otras ya por la guerra, ya por los pactos; cuando adquirió un nuevo carácter el poder del jefe del Estado, del antiguo patriarca, y se crearon vínculos entre el jefe supremo y los de los círculos inferiores, y cuando estos pueblos que habitaban un territorio recibian á su lado otros extraños á los cuales se unian por vínculos de uno ú otro género.

Por lo demás, una de las pruebas de lo desenvuelto que se hallaba el derecho céltico juzgándolo por estas fuentes, es la extension que tenia lo referente á los modos de adquirir; y que se encuentra, no en los *Comentarios* de César, pero sí en todos los Códigos citados. Por ejemplo, se hallan consagrados los derechos que producian la posesion de año y día, que tanta importancia adquirió en la Edad media; la prescripcion, que en un principio fué solo inmemorial ó por tres generaciones y que más tarde, despues de la introduccion de la escritura, dependió en gran parte de la publicidad que alcanzaba el hecho de la posesion y el título con que se poseia; y de aquí que cuan-

(1) M. Garsonnet (*loc. cit.*) dice que Laferrière ha hecho de los *soldurii* y de los *ambacti* unos censatarios cargados con la obligacion de las *corveas* y el pago de rentas en especie, y que no hay ni una sola palabra en los *Comentarios* de César que autorice semejante afirmacion. Este cargo no es justo: primero, porque Laferrière dice eso de los *ambacti* y no de los *soldurii*, y segundo, porque no se apoya en la autoridad de César, y si en las leyes galesas, en textos de Wotton y Charke y en el significado de la palabra bretona: *corf-vech*.

do habia un contrato auténtico y tres proclamas, bastaba la posesion de un año; cuando una sola, eran precisos diez, y sin ninguna, eran necesarios quince. Encontramos que la tradicion exigía la toma de posesion real ó ficticia; aquella, cuando era posible, y cuando no, ésta, que consistía, por ejemplo, en abrir las puertas, encender el fuego del hogar, cavar la tierra, etc. y tambien la simbólica que consistía en la entrega de un cuerno de buey, de un palo ó baston, de una copa de vino etc., etc.

De una institucion se ocupa el citado escritor en este lugar que no puede ser pasada en silencio: la llamda *domaine congeable ó conveuant*, que existe aún hoy en Francia, en algunas comarcas de Bretaña; institucion que consiste en retener el propietario el dominio del suelo y adquirir el colono los edificios y la superficie pagando una renta, pudiendo hacer mejoras en la finca, sin que se le pueda despedir sino mediante la prévia indemnizacion por esas mejoras. Nada dice César de esta institucion; ni se encuentra establecida con tal generalidad que autorice á reconocerla como de origen céltico, aunque haya afirmado lo contrario un jurista breton (1); y Laferrière se inclina á creer que es institucion puramente local de la Bretaña, que debió comenzar en los siglos v y vi, cuando los bretones insulares se refugiaron en aquella comarca del continente huyendo de los anglo-sajones. Con un carácter semejante á este, Carlo-Magno y Ludovico Pío hicieron concesiones de tierras á los españoles que traspusieron los Pirineos huyendo de los árabes; pero como eran del dominio del Rey, de la Corona, llegó con el trascurso del tiempo á consolidarse el dominio en el colono, desapareciendo por tanto, mientras que en la Bretaña, como eran particulares los dueños, han mantenido su derecho hasta hoy, con gran ventaja del país y de las relaciones entre colonos y propietarios.

Esta institucion, cuyos orígenes se discutieron durante la revolucion francesa para ver si debia alcanzarla la suerte que

(1) Dufail, quien sostiene que existe en los tiempos de César, opinion que, segun M. Garsonnet, no merece ni siquiera que se la tome en serio.

á todo cuanto tenia uno feudal, fué en mal hora suprimida por la asamblea legislativa; pero los consejos del Directorio hubieron de restablecerla cuando se convencieron de que no tenia semejante procedencia. Aunque basta considerar la índole de esta institucion para comprender que tampoco pudo corresponder á una época primitiva, como es de todos modos bastante antigua, tiene un carácter muy especial y es una combinacion feliz para las relaciones entre propietarios y colonos (1), por eso no la pasamos en silencio.

Veamos ahora, si utilizando otras fuentes, podemos penetrar en tiempos anteriores al desarrollo que suponen esos Códigos y aún los *Comentarios* de César, y si nos es dado descubrir cuál fué entre las distintas estirpes célticas la organizacion de la propiedad en los primeros tiempos.

Sumner Maine expone el derecho céltico utilizando como fuentes las antiguas leyes de Irlanda (*Ancien laws of Ireland*) que comenzó á publicar el Gobierno de aquel país en el año 1865. Estas leyes, llamadas *Brehon laws*, constituyen una especie de Código antiguo, con glosas y comentarios, compuesto de leyes sueltas cuya antigüedad no es bien conocida, pero aún cuando no pertenezcan al siglo v, como alguno de sus comentaristas supone, y sí al xi, como sostiene Mr. Whitley Stokes, siempre resulta que revela un derecho correspondiente por el grado de desarrollo de su civilizacion á una época anterior á la que alcanzaban los galos en el tiempo en que escribió César su célebre obra; un derecho primitivo y puro que S. Maine encuentra análogo al romano de los primeros tiempos, al indo, al eslavo, al escandinavo, al germano, en una palabra, al de todas las estirpes de la raza aria, y ménos modificado aún que el del país de Gales por razon de la autoridad centralizadora que rigió en este país y no en Irlanda.

Ahora bien, resulta de estas fuentes que todo el territorio de la tribu pertenecia á ésta, comenzando luego á despren-

(1) Véase el papel importante que juega el principio de la indemnizacion al colono por las mejoras hechas, en las leyes dictadas recientemente sobre la propiedad de Irlanda.

derse porciones de aquel que iban atribuyéndose á grupos menores de la misma, esto es á sub-tribus (*steps*), familias, etcétera, quedando siempre una parte que continúa poseyéndose en comun y formándose tambien á veces asociaciones, basadas en el contrato, entre extranjeros y siervos principalmente, para disfrutar los terrenos incultos; asociaciones que quedaban bajo el poder más directo de los jefes de tribu.

Esta division que comienza, como en todos los pueblos, siendo temporal, tiende á hacerse permanente, y así nace esa propiedad privada que, segun dice el Dr. Sullivan, conocieron los irlandeses y mantuvieron con tanto empeño, pero cuyo origen se rebela bien claramente en los derechos que se reservan la tribu ó la asociacion de familias y que vienen á limitar los del propietario, así como en la extension que tiene el parentesco (1), base de toda organizacion social primitiva. En las referidas leyes del antiguo derecho irlandés, encontramos textos como estos: «La tribu se mantiene á sí propia:» «todo miembro de la tribu puede conservar su parte de tierra, pero no venderla, ni enajenarla, ni ocultarla, ni pagar con ella sus deudas ó multas:» «nadie debe gravar su tierra con rentas que ántes no tuviera ni con más deudas que aquellas con las que la encontró:» «nadie cederá terrenos que no haya adquirido por sí mismo, á ménos que tenga el consentimiento general de la tribu:» «el que no ha comprado ni vendido (esto es, que conserva su parte tal como la adquirió) puede hacer donaciones conforme á su dignidad» (segun el comentarista, una tercera parte ó una mitad de su suerte): «el que no ha adquirido ni vendido, puede dar hasta la tercera parte de su suerte en caso de pequeña necesidad y una mitad en caso de gran necesidad (2).» Todas estas frases están re-

(1) Laferrière dice que se tomaba en cuenta el parentesco hasta el décimooctavo grado en Cambria, en Irlanda, en los antiguos *clans* de las montañas de Escocia y en la Baja Bretaña; y Laveleye (*ob. cit.*, c. x) hace constar que en el país de Gales se encuentran aun esos grados de parentesco y que la *cousinerie*, que es proverbial entre los bretones, se extiende hasta el infinito en la Baja Bretaña, donde la fiesta del 15 de Agosto, día en que se reúnen todos los habitantes de una parroquia, se llama la fiesta de los *primos*.

(2) II, 233.—III, 47, 52, 53, 55.

velando de una manera manifiesta la primitiva propiedad de la tribu, la tendencia á conservar intacta la primera division, los derechos que aquella se reservó aún después de haber adquirido ese carácter privado, y la distincion que se hace entre los bienes propios y adquiridos en cuanto se pone á la disposicion de aquellos límites que no se establecen respecto de estos.

Además se dice en estas leyes que «la tenencia en comun procede de varios herederos y de su asiento en la tierra» y que en el primer año se cultiva ésta segun quiere el grupo, en el segundo se distribuye en lotes, en el tercero se fijan los límites, y al cabo de diez años termina este desarrollo con la individualizacion completa de la tierra; procedimiento que, dice S. Maine, parece expresar más el ideal del jurista que lo escribió que no la realidad; pero que de todos modos indica bien el carácter general del camino que lleva este desenvolvimiento.

Se encuentra además que se hacia una distribucion periódica, entre esos grupos de familias, del bosque, del pasto y de la tierra arable, que tiene grandísima semejanza con la que hacian los germanos, como vamos á ver en el capítulo inmediato.

Ahora bien; esta exposicion, que no debe aceptarse sin reserva, se diferencia de la que resulta de las obras de César, en primer lugar, en que éste no penetra bien en el origen y naturaleza de aquella division de clases, de que se ocupa, y con la cual guarda tan notable correspondencia la condicion de las tierras, quizás porque no apreció debidamente el valor que tenían esos grupos ó asociaciones de familias (*steps*), basadas indudablemente en el parentesco, en la comunidad de origen, y no constituidas por lo tanto, segun parece dar á entender César, como si todos sus miembros vinieran á formar una multitud mezclada, la clase de los plebeyos. Estudiando el derecho Brehon se ve que los jefes irlandeses no constituyeron nunca una clase que corresponda al orden que al parecer encuentra César entre los celtas del continente, sino que eran jefes de grupos compuestos de parientes; aunque más tarde

vinieran ya á formar parte de ellos extranjeros, respecto de los cuales nació quizás el vínculo de la clientela (1) de que habla César, vínculo de dependencia que, después de todo, no se establece tan sólo de persona á persona, sino que así entre los montañeses de Escocia como entre los irlandeses, se habla de *clans* ó tribus libres y tributarias en cuanto dependian ó no las unas de las otras. El jefe de cada grupo superior ó inferior tiene su dominio particular, luego el que le corresponde por razon del oficio, y además, como administrador de esa sociedad, una autoridad general que sin duda va cada vez desarrollándose y fortaleciéndose más, sobre todo, respecto de la tierra inculta que queda sin distribuir; y de aquí la propiedad que corresponde á ese jefe de la tribu y las que corresponden á los jefes de las subtribus ó asociaciones inferiores (2), los cuales tienden á constituirse en una clase, en un orden, camino por el cual habian avanzado más los celtas del continente, á que se refiere César, que no los antiguos irlandeses á que alude el derecho Brehon.

En suma, resulta que el derecho céltico nos muestra en sus comienzos el mismo carácter y sigue en su desarrollo la misma tendencia que hemos visto en todos los pueblos, y que segun el mayor ó menor grado de civilizacion que las distintas estirpes celtas alcanzaron y segun que las fuentes de que nos

(1) Que ha dado lugar á que algunos escritores hayan visto todo un régimen feudal entre los galos.

(2) Los montañeses de Escocia (*highlanders*) están divididos en tribus ó *clans* (a), regidos por un jefe, y cada *clan* á su vez está dividido en ramas procedentes del tronco principal, cada una con su jefe. Estas se subdividen en pequeñas ramas de cincuenta ó sesenta hombres con sus jefes particulares á quienes miran como sus protectores y defensores. Después del amor á sus propios jefes viene inmediatamente el que tienen á los de las ramas de que proceden, y en tercer grado el que sienten respecto de los de los *clans*, á los cuales ayudan, tengan razon ó no, cuando pelean con cualquiera otra tribu. « *Letters from an officer of engineers*, citado por Mr. Skene, vol. 1, p. 155, cit. por Hearn ob. cit. cap. v, § 1º, pág. 114.

(a) Freeman (*Comparative politics*, lect. 3ª, p. 102), lejos de hacer sinónimos los términos *tribu* y *clan*, dice que el γένος de Atenas, la *gens* de Roma, la *mark* ó *gemeinde* de los germanos, la *comunidad de aldeanos* de Oriente y el *clan* irlandés son en lo esencial la misma cosa, asociaciones superiores á la familia, y que entre ellas y la tribu se hallan todavía las asociaciones inmediatas del *hundred* y de la *curia*. Pero, sin embargo, añade, las tribus de un lado, y la *gens* ó *clan* de otro se muestran con tal energía, á diferencia de esas asociaciones intermedias, que puede bien decirse que la tribu se ha formado por la union de las *gentes*.

servimos para su estudio se refieren á tiempos en que las costumbres primitivas conservaban aún gran parte de su pristina pureza, ó habian sido modificadas por otros elementos extraños ó por virtud del desarrollo espontáneo y natural de las mismas, así pueden explicarse esas diferencias que hay, por ejemplo, entre la exposicion del derecho gálico hecha por Lafferriere y la exposicion del antiguo derecho irlandés hecha por Sumner Maine (1).

(1) Véase su obra, *Lectures on the early history of institutions*, I, II, III, IV, V y VI. Londres, 1875. Véase tambien : Hearn, ob. cit., pag. 75, 114, 251, 388 y 396.

CAPÍTULO VII.

LOS ESLAVOS.

Comunidad primitiva; division de la tierra; consecuencias.—La asociacion familiar y el *mir*.—Discusion acerca de la antigüedad de esta organizacion.—Semejanzas y diferencias entre la asociacion familiar y el *mir*.—Persistencia, entre los pueblos eslavos, de los caracteres fundamentales de esta organizacion.

Aunque carecemos de fuentes directas para conocer cual fué la organizacion de la propiedad entre los eslavos en los primeros tiempos, sobran razones para afirmar que ella comenzó, como en todos los demás países que hemos examinado, siendo propiedad colectiva. El suelo pertenecia á la tribu ó pueblo (*gmina, mir*), fué en un principio disfrutado y trabajado en comun, y se distribuian los frutos entre las familias, tomándose primero en cuenta el número de individuos de cada una, y más tarde dando una parte igual á cada varon mayor de edad. Pero lo propio que ha acontecido en otros pueblos, segun hemos visto al hablar del período primitivo ó tradicional, á este sistema de cultivar la tierra en comun en que los miembros de la tribu venian como á hacer el papel de meros trabajadores, se sigue una division temporal de aquella, primero anual, y después á más largo plazo; pero siendo de notar que los lotes se distribuyen á las familias patriarcales, las cuales los poseen con ese carácter temporal. Así resulta una propiedad de la

tribu ó del comun (*mir*), otra propiedad de la familia, que ya tiene un carácter permanente, como la casa y el terreno anejo, ya un carácter transitorio, como la parte que le corresponde en las tierras arables y en los pastos; y de todas suertes mostrándose siempre predominante ese carácter colectivo.

Ahora bien; la propiedad del comun y la propiedad de la comunidad de familias ¿son instituciones antiguas ó modernas? Desde que sobre lo primero escribió el baron Haxthausen, se ha considerado siempre la organizacion de la propiedad del *mir* ó comun ruso como una institucion primitiva; pero recientemente Tchitcherine y Bistram han sostenido que, por el contrario, ella no habia comenzado sino en el siglo xvi; así como respecto de la segunda, enfrente de la opinion de Ewers, quien sostiene resueltamente que la propiedad comenzó entre los eslavos lo mismo que entre los germanos, esto es, siendo colectiva y constituyendo los bienes una co-propiedad de la familia, cuyo jefe los administraba sin que se dividieran á la muerte de aquél, ántes bien continuando esa organizacion bajo la direccion del hijo mayor ó de otro; Macieiowsky ha negado este aserto. Así Laveleye como Lehr sostienen la existencia, desde los primeros tiempos, de ese carácter colectivo, á pesar de las negaciones de estos escritores, fundándose principalmente en una razon á nuestro juicio de gran peso, cual es la de que ningún pueblo ha conservado ni tiene hoy, no ya vestigios, sino todos los elementos esenciales de esa organizacion colectiva de la propiedad, como los de raza eslava. Allí ha existido en unos y existe todavía en otros esa institucion de la *gran familia* ó asociacion de familias, (*druzina, druztov, zadruga*), en cuya virtud, la casa con todas sus dependencias, el ganado, los instrumentos de labranza, los frutos de la tierra, el dinero que ellos producen, todo constituye la propiedad colectiva de la familia, en términos de que ninguno de sus miembros podia hacer adquisicion alguna sin el consentimiento expreso ó tácito de los demás, ni siquiera su propio jefe, el llamado *khoziaine*.

Así se constituian esas verdaderas asociaciones de cultivadores que lo poseian todo en comun y que colocaban á la cabe-

za un jefe, el cual quizás en los comienzos fué siempre el *paterfamilias*, el ascendiente comun, y que más tarde fué ya aquél á quien consideráran más apto para dirigir los negocios de la asociacion. De ahí que, como no era la propiedad verdaderamente individual, y sí de la asociacion, no teniendo el *khoziaine* otro carácter que el de administrador, en realidad no habia sucesion hereditaria á la muerte de éste, sobre todo por lo que se refiere á los bienes inmuebles; y hasta tal punto se ha arraigado en estos pueblos esa organizacion, que las leyes dictadas posteriormente para la sucesion, partiendo del supuesto de ser la propiedad individual, dice Lehr, han sido letra muerta para las cuatro quintas partes de la poblacion. En unos puntos, como Polonia, Bohemia, parte de la Carintia y de la Carniola, desaparecieron más ó ménos estas comunidades de familia en la Edad media bajo el influjo del derecho romano; pero hoy constituyen la base fundamental de la organizacion agraria todavía en la Esclavonia, Croacia, Servia, Bosnia, Bulgaria, Dalmacia, Herzegovina, Montenegro, en una palabra, desde las orillas del Danubio hasta más allá de los Balkanes.

Lo propio sucede con el comun rural, ó *mir*, constituido por el conjunto de los habitantes de un lugar, que poseen indivisamente todo el terreno anejo formando una verdadera asociacion que indudablemente en sus orígenes procede del ensanche de la familia, como lo demuestra el que se consideran los miembros de este *mir* como descendientes de un mismo antepasado, estos, como miembros en cierto modo de una familia patriarcal.

Estas dos instituciones tienen de semejante el que en ambas, el jefe, esto es, el *khoziaine* de cada asociacion de familias y el *starosta* del *mir*, ejercen un poder limitado é interenido, en un caso, por los miembros adultos de la familia, en el otro, por los jefes de las familias que constituyen la Asamblea comunal; en ambas, los bienes constituyen una propiedad colectiva, formada, en la una, por la casa con todo lo que contiene y lo anejo, y en la otra, por las tierras arables y los pastos comunales; y en ambas existe entre los miembros de la asociacion cierta solidaridad, una responsabilidad colectiva, en un caso, para responder de las deudas de la familia, en el otro,

de los impuestos y obligaciones del comun. Se diferencian en que naturalmente éste es más amplio que la familia y por lo mismo ménos fuertes los lazos que unen á sus miembros, puesto que estos viven en la segunda todos bajo el mismo techo y hasta están obligados á traer sus ganancias al acervo comun, mientras que en el *mir* cada cual tiene su casa separada y solo está obligado al pago de ciertas contribuciones fijadas de antemano.

En otro lugar veremos lo que en la actualidad queda de estas instituciones y el efecto que en la una y en la otra, quizás contrario, ha producido la abolicion de la servidumbre, llevada á cabo en 1861. De todas suertes, es un hecho indudable la generalidad de esta organizacion entre los pueblos eslavos y la tenacidad con que se ha conservado á través de los siglos, en términos que no hay hoy ningun otro que la conserve con la extension, con el arraigo y con el carácter fundamental que entre ellos se observa. Esta circunstancia prueba que la propiedad entre los eslavos comenzó, como entre todos los pueblos, siendo colectiva, perteneciendo primero en comun á la tribu que la cultivaba por sí y distribuía los frutos entre sus miembros; que luego ya la dividió en lotes, pero mediante repartos temporales, que se repiten por lo mismo y que se atribuyen, no á los individuos, sino á las familias, y estas si acaso llegan á adquirir propiedad permanente, es de la casa que habitan y del terreno anejo, conservándose siempre en todo lo demás elementos, en unas partes, vestigios, en otras, de ese carácter colectivo, aunque caminando siempre en el sentido de la individualizacion, segun hemos visto que sucede en todos los pueblos, porque no hay ningun ejemplo en la historia, dicen Laveleye y Lehr, de pueblo alguno que haya transformado la propiedad individual en propiedad colectiva, mientras que es el hecho general el contrario, como hemos tenido ya ocasion de observar en el estudio hecho hasta aquí (1).

(1) Véase: *Laveleye*, ob. cit. cap. II y XIII; *Lehr: Elements de droit civil russe*. Paris 1877, págs. 66, 164, 216, 219, 210, 224 y 390; *Le Play: les ouvriers européens*: Paris 1855, ss. 48, 49, 49 y 50; *Wallace: Rusia*, v. 1, p. 183; y *Hearn*, ob. cit., p. 142, 138, 234 y 241.

CAPÍTULO VIII

LOS GERMANOS.

Interés especial del derecho primitivo de los germanos. — Estado social de éstos al ponerse en contacto con los romanos. — Condiciones de la propiedad; textos de César y de Tácito; dudas acerca del modo de hacerse la distribución de la tierra. — Elementos que constituían la organización de la propiedad; casa y terreno anejo; parte del terreno comun poseido temporalmente; la *mark*, forma de la propiedad colectiva. — Relación del derecho de propiedad con otras instituciones jurídicas; con el derecho de la personalidad: servidumbre de la gleba: nobleza; con el derecho de familia; con el penal; con el político. — Consideraciones generales sobre el derecho de propiedad de los primitivos germanos.

El derecho de propiedad de los primitivos germanos, esto es, tal como era ántes de la invasión, además del interés que despierta por razones que alcanzan á todos los considerados hasta aquí en cuanto corresponde á tiempos tradicionales, tiene uno especial en la historia de la institución jurídica que estudiamos, porque él y el romano son como los dos elementos integrantes y esenciales de toda la legislación ulterior, hasta tal punto que bien puede decirse que desde la caída del Imperio romano é invasión de los bárbaros hasta el día, no es en lo general el derecho de propiedad otra cosa que una lucha ó combinación entre ellos, resultando, según las circunstancias de cada país, el predominio del uno ó del otro; por donde no tiene un mero interés histórico este estudio, sino uno práctico, puesto que trascienden las características instituciones de aque-

los pueblos hasta la época presente. Por lo mismo, importa distinguir los que son rasgos propios de esta legislación, retrocediendo cuanto sea posible en el estudio de la vida de estos pueblos, para poder discernir luego en las formas que aparecen cuando tiene lugar la invasión, y á seguida de ella, lo que es debido respectivamente al influjo del derecho romano, del canónico y del germano, y lo que á condiciones de los tiempos; esto es, lo que tienen de originario y primitivo, y lo que nace de circunstancias históricas coetáneas ó posteriores á aquel hecho. Por esto nos ha parecido conveniente exponer brevemente en este capítulo lo que fué el derecho de propiedad entre los germanos, ántes de estudiar en el siguiente los caracteres generales con que se nos muestra en la época bárbara.

Los germanos pasaron por aquella série de estados por que, segun hemos visto, han pasado todos los pueblos. Parece que cuando se encontraron por primera vez con los romanos, conservaban todavía las costumbres guerreras propias de los pueblos cazadores, eran en lo esencial pastores, y sólo comenzaban á dedicarse á la agricultura. No tenían en aquellos tiempos el régimen de la absoluta comunidad primitiva de que hablan Horacio con relacion á los getas y César con relacion á los suevos; pero lo mismo este último historiador que Tácito reconocen que no existia entre ellos la propiedad individual. Mas como los textos de ambos escritores han sido objeto de largas discusiones, suponiéndose por algunos que habia entre ellos contradiccion, miéntras que otros han creído que cabia armonizarlos, nos parece oportuno insertarlos ámbos á continuacion.

César dice: *Neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios: sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum qui una coherint, quantum et quo loco visum est, agri attribunt, atque anno post alio transire cogunt* (1).

Y dice Tácito: *Agri pro numero cultorum ab universis per*

(1) *Dé bello galico*, lib. 6º, 23.

vices (en otros manuscritos se lee : *vicis, in vices, invicem*) (1) *occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur, facilitatem partiendi camporum spatia præstant. Arva per annos mutant et superest ager; nec emin cum ubertate et amplitudine soli labore contendunt, etc.*

La primera pregunta que ocurre hacer, es, si la mutacion era sólo de la propiedad que pasaba de individuo á individuo, permaneciendo la tribu en el mismo lugar, ó si consistia en que ésta dejaba un territorio por otro. Han podido ser á nuestro juicio ambas cosas, la una en tiempo de César, la otra en tiempo de Tácito. Segun aquél, es evidente que el pastoreo era el fundamento de la vida de aquellos pueblos y no la agricultura, pues afirma que tenían los germanos escasa aficion á esta y que se mantenian principalmente de leche, queso y carne: *agriculturæ non student, majorque pars victus eorum ni lacte, caseo et carne consistit*. De suerte que entónces cambiaban las tierras de poseedor y la tribu de territorio, viviendo principalmente del pastoreo y haciendo si acaso siembras en aquel, para, una vez recogida la cosecha, abandonarlo y procurarse una nueva en otro. En tiempo de Tácito, en que se habian hecho completamente sedentarios abandonando la vida nómada, es evidente la persistencia en un mismo punto, porque dice el historiador romano: *arva per annos mutant et superest ager* (2), y siendo este campo que quedaba el mismo, es claro que los cambios se refieren á la parte que se cultivaba y se distribuia. Y sin embargo, todavía trabajaban la tierra empleando el sistema de cultivo extensivo, como lo demuestra la frase: *nec enim cum ubertate et amplitudine soli labore contendunt*. Además, es preciso

(1) Hearn (*the Aryam household*, c. 1, § 7), opta, siguiendo á Ritter, por: *in vicos*. Así deduce del texto las siguientes consecuencias: 1ª, que la ocupacion de la tierra era colectiva, *ab universis*; 2ª, que se ocupaba *in vicos*, para formar lugares ó aldeas, esto es, por los Cogns y Mægs (*gentibus cognationibusque*); 3ª, que la cantidad de tierra otorgada á cada Mæg (*cognatio*) era proporcionada al número de familias que lo constituian; 4ª, que á seguida (*mox*) se procedía á la distribucion entre las familias segun su rango; y 5ª, que la gran extension de la tierra aprovechable facilitaba la distribucion.

(2) Algunos han traducido equivocadamente esta frase, suponiendo que Tácito queria decir que habia terreno abundante y que nunca faltaba.

no olvidar que, si de una parte la vida pastoral les obligaba en un tiempo al continuo movimiento, más tarde la ocupacion agrícola hubo sin duda de imponerles la vida sedentaria, pero como la historia muestra, ni es exigencia de aquella la falta absoluta de fijeza, ni debió consentir ésta el movimiento incesante en que las guerras y las emigraciones tenían á las tribus germanas.

Discuten tambien los historiadores acerca del modo como se llevó á cabo la distribucion. César dice tan sólo que se hizo *gentibus cognationibusque*, miéntras que segun Tácito se verificó *pro numero cultorum*, pero añadiendo luégo que se tenia tambien en cuenta el rango social: *secundum dignationem*. Es indudable que la sociedad germana tenía en aquel tiempo la organizacion patriarcal, la que se basa en la familia y en el grupo de familias, pues que si César habla de *cognationes*, el mismo Tácito en otro pasaje alude á éstas empleando los términos: *familia et propinquitates*, y esta *propinquitates*, dice Laveleye, era la unidad táctica y la unidad económica de entónces. ¿Está en contradiccion con esto lo dicho por Tácito? Si, como hace Laveleye, se traduce el término *cultorum* por cultivadores, acaso; pero si por habitadores, vecinos, no; porque entónces vendria á significar: número de *gefes de familia*, como lo traduce Ahrens (1). Y en cuanto á si se tuvo ó no en cuenta el *rango social*, no debe echarse en olvido que Tácito habla de una como nobleza constituida en un principio por los funcionarios llamados á regir cierto número de familias ó grupos de familias, escogidas primero entre los más ancianos, (y de aquí los términos *alldesta, earlderman*), y á los cuales quizás se atribuia cierta parte del suelo en los repartos anuales por razon de su cargo (2).

De todas suertes, no cabe duda de que los germanos afirmaron ante todo la propiedad de la tierra como de la tribu; luégo comenzó, lo mismo que en todos los pueblos, el movimiento de desintegracion, resultando estos tres elementos que

(1) Véase la *Enciclopedia jurídica*, trad. esp. p. 239.

(2) Véanse *Las leyes germanas* (fr.) por Davoud—Oghlou.

constituían la primitiva organizacion de aquella: 1º, un campo comun (*allmend, mark, gemeiland*) (1), que continuó siendo propiedad colectiva de la tribu, y el cual, aún después de la distribucion y apropiacion de una parte mayor ó menor del mismo, comprendió siempre los pastos y los bosques; 2º, la parte de ese terreno comun que se distribuía temporalmente entre las familias (llamada *hova, huva, hufer ó huber*; más tarde, *sors, portio*), esto es las porciones cuyo reparto se repetía periódicamente y en cuya posesion turnaban ó cambiaban los que la cultivaban; y 3º, la casa y el terreno accesorio ó anejo (en latin, *curtis, mansus*; en germano *hof, tompf, bool*), y que constituían verdaderamente la propiedad de la familia (2).

Ahora bien, en cuanto á esta última, que es la que reviste un carácter verdaderamente privado, exclusivo, nótese que hasta sobre ella conserva la tribu ciertos derechos, así que nadie podía venderla sin el consentimiento de los asociados; como más tarde no se puede hacer sin el de la familia; y de ahí el principio general y comun á todas las tribus germanas, casi sin excepcion, de que este bien hereditario, esta propiedad privada, no puede el padre enajenarla sin consentimiento de los hijos (3); así como es otra consecuencia el des-

(1) *Almennyng, almaenningsmark*, en Dinamarca, Noruega é Islandia.

(2) *Colunt discreti ac diverti ut fons, ut campus, ut nemus placuit. Vicos locant non in nostrum morem, conexis et coeentibus edificis; suam quisque domum spatio circumdat.*—(Tá-cito, cap. 16). Las primeras palabras han dado lugar á que por algunos se crea que los germanos vivian en moradas aisladas y en medio de los campos que cultivaban, siendo así que la comunidad (*civitas*), formada por la tribu, se dividía en pagos (*pagi*) y éstos en aldeas (*vici*), cada una de las cuales era una agrupacion de casas, como la romana, pero con la diferencia de que estaban rodeadas de lo que unos llaman huerto ó jardín y otros *cortijo*, segun interpretan la frase: *suam quisque domum spatio circumdat*, á nuestro juicio mejor traducida por aquellos que por estos, dada su misma contextura, y si se tiene en cuenta la parte que cada uno tenia temporalmente en la tierra arable que distribuía la tribu. De todos modos, siempre vale la observacion hecha por Bluntschli, de que mientras la aldea germana revela la independencia de la vida de la familia dentro de la comunidad municipal, la construccion de la aldea romana responde, por el contrario, por la union de sus casas, á un predominio de la *unidad social externa*, al revés de lo que pasa en el campo, donde impera en absoluto el poder *individual*; y que ambas aldeas difieren del tipo de la esclava, cuyas casas unidas cada dos, parecen expresar la vida de una familia de hermanos. Véase la *Enciclopedia* de Ahrens, t-ad. esp. p. 234.

(3) Algunos aplican ya á esta propiedad el término alodio tan usado en la Edad Media, suponiendo que tal palabra viene de dos germanas: *alt*, viejo, y *od*, bien, en

conocimiento absoluto del testamento (1). Además, si fuera cierto, como se inclinó á creer S. Maine, que esta propiedad de la familia ni áun á la muerte del padre se dividía, resultaría comprobado el hecho, que asevera Laveleye, pero sin citar la fuente, de que continuaban viviendo juntos los hijos, pasando la herencia, consistente en la casa y el terreno anejo, al primogénito de los varones, pues que las mujeres estaban excluidas (2).

Respecto de la segunda, siempre resulta de los textos de César y de Tácito que habia un cambio anual de tierras y de poseedores, y por consiguiente, que estos tenian aquellas con un carácter de posesion puramente temporal, y por eso no eran ni remotamente hereditarias, puesto que pertenecian, como todo el campo de que formaban parte, á la tribu; aunque más tarde, se fué consolidando más ó ménos segun los países y las circunstancias el reparto á medida que se fueron haciendo éstos á más largos plazos hasta hacerse hereditaria, mediando entre una y otra cosa todo el tiempo que trascurre desde que el término *lot* significa la *suerte* ó *lote* que á cada uno toca en la distribucion, hasta que significa la propiedad hereditaria (3).

La primera, esto es, la forma colectiva que continuaron revistiendo siempre, por lo ménos, los pastos y los montes,

cuyo caso significaría verdaderamente el bien antiguo, el bien heredado; pero otros suponen que procede del término *all*, completo, acabado, y que no nació hasta que los germanos entraron en relacion con los romanos, significando más tarde la propiedad completa y perfecta, en frente de otras formas restringidas que aparecen en la Edad Media como veremos. Grimm no encuentra en la antigua lengua germánica palabra para expresar la propiedad, y la que más tarde se empleó: *sondergut*, *sondereigen*, indica, segun Laveleye, cómo aquella habia nacido de la *separacion* (*sonder*) de la propiedad comun ó de la tribu.

(1) *Hæredēs successorēque sui cuique liberi, et nullum testamentum*, dice Tácito.

(2) Este punto es dudoso, áun con referencia á la época de Tácito. Ahrens dice que éste no menciona el privilegio de masculinidad; pero la verdad es que el término *liberi* en latin significa unas veces todos los hijos y otras sólo los varones; como, por ejemplo, en este caso: *procreavit liberos septem totidemque filias*, tuvo siete hijos y otras tantas hijas. Laferrière lo entiende como Ahrens.

(3) Sobre si ha tenido ó no el término *sors* estas dos significaciones, véase: Laveleye, *ob. cit.*, cap. V, y dos artículos publicados por Fustel de Coulanges en la *Revue de deux mondes*, números correspondientes al 15 de Mayo de 1872 y al mismo día de 1873.

formando el llamado *allmend* ó *mark*, *marca* más tarde por los latinos, y que servia de base á una verdadera asociacion (1), importa notar su verdadero carácter, porque se trata de una organizacion que, como tendremos ocasion de ver más adelante, ha subsistido á través de toda la historia quedando de ella hoy vestigios, y más aún que vestigios, elementos importantes en comarcas determinadas. Pues bien, Lehr (2) dice, que cuando se compara esta forma especial de propiedad con el derecho exclusivo y absoluto que los jurisconsultos romanos designaban con ese nombre, se comprende bien el que ciertos teóricos muy imbuidos en las ideas romanas hayan repugnado admitirla. Efectivamente, el principio fundamental en materia de propiedad, es, en términos generales, éste: *duo eandem rem in solidum possidere non possunt*; de donde se sigue que si dos ó más personas tienen un derecho igual sobre un mismo objeto, ha de suceder una de estas dos cosas: ó que este derecho es un *condominium*, una copropiedad en virtud de la cual el copropietario tiene el dominio exclusivo de una parte ideal; ó esas diversas personas, representadas por la mayoría de ellas, forma un conjunto, una persona jurídica, única, una *universitas*, la cual es entónces la verdadera propietaria.

Ahora bien; la propiedad colectiva, tal como nació y se nos muestra en el derecho germánico, no cabe dentro de ninguna de estas dos formas. No constituye un *condominium*; 1º, porque cada participante no era propietario de una parte alícuota del *allmend* ó *mark*, de la cual pudiera disponer á su antojo; 2º, porque no podia, al modo que cabe que lo haga el copropietario ordinario, solicitar el reparto del *almen*d, el cual quedaba perpétuamente indiviso teniendo en cuenta la utilidad comun de los interesados; y 3º, porque léjos de tener el individuo un derecho absoluto y exclusivo en él, estaba obligado á so-

(1) La llamada *markgenossenschaft*, que, segun Max Wirth, revestia á veces un carácter religioso, como hace notar tambien Laveleye, pues que tuvo en los tiempos antiguos sus altares y sacrificios como más tarde, una vez convertidos los bárbaros al cristianismo, sus santos y sus patronos.

(2) *Eléments du droit civil germanique*, Paris, 1875, lib. 2º, cap. III.

meterse á las decisiones de la mayoría. De otro lado, es del mismo modo imposible considerar al comun ó asociacion que poseia la *mark*, como una *universitas* que tuviera sobre ésta un derecho de propiedad exclusivo; 1º, porque es cierto que el comun por mayoría de sufragios determina la manera de explotar y aprovechar el *almend*, pero por sí ni posee ni disfruta aquél, puesto que los verdaderos usufructuarios son los diversos miembros de la tribu ó del comun tomados individualmente; y 2º, porque el derecho de goce colectivo que compete á cada miembro de la tribu, no puede tampoco llamarse derecho real sobre la cosa de otro, en cuanto el conjunto de estos derechos individuales absorbe en realidad todo el producto de esos bienes comunes; así es que, restados todos, no quedaria nada para constituir el derecho de propiedad abstracto que se pretendiera atribuir al comun considerándole como una universalidad jurídica. El derecho del comun y el derecho de los individuos que le componen, no son el uno respecto del otro lo que es la propiedad con relacion á la servidumbre que viene á restringirla: ellos forman en realidad una sola y única persona; el derecho del comun, del conjunto, se traduce y se manifiesta en el derecho ejercido por cada uno de sus miembros tomados aisladamente. En el derecho romano imperial, apénas sí se conoce la propiedad colectiva; se conoce sólo la individual, el *condominium*, que no es más que una variedad ó forma especial de esa misma, y la de *universidad*, que se distingue de esta colectiva de los germanos, observada en general en todos los pueblos arios, como indos, celtas, eslavos y los mismos romanos en sus orígenes, segun hemos visto (1).

Por el interés que tiene en el ulterior desarrollo del dere-

(1) Véase en la obra de *Derecho natural* de Ahrens, § 62, las diferencias entre las que él denomina: propiedad individual ó de las personas físicas y propiedad de las personas morales ó jurídicas, y luégo las combinaciones á que puede dar lugar esta última, ó sea, la propiedad que pertenece á la persona ideal jurídica, como sucede con la *universitas personarum* del derecho romano (una fundacion piadosa, un hospicio, por ejemplo); la propiedad de la persona jurídica que se divide entre sus diversos miembros segun los principios de la co-propiedad (una sociedad anónima por acciones); y por último, la propiedad de la persona jurídica comun ó colec-

cho de propiedad, no debemos terminar este capítulo sin hacer notar las relaciones que entre los primitivos germanos tiene aquél con las demás instituciones jurídicas.

Importa en primer término considerar lo referente al derecho de la personalidad, bajo dos puntos de vista; el referente á los siervos y el relativo á la nobleza. Los germanos conocían dos clases de servidumbre; la personal, análoga á la esclavitud romana, aunque ménos dura que ella; y la real, esto es, aquella mediante la que estaba el hombre unido á la tierra, á la *gleba*. Esta era la general, aquélla la excepcional; y á la real se refiere sin duda la descripción de Tácito, cuando dice: «Los esclavos no están, como entre nosotros, clasificados y dedicados á los diversos empleos del servicio doméstico; todos tienen su habitación y sus penates que rigen por sí libremente; el amo les impone, en concepto de colonos, ciertas pensiones en granos, ganados y vestidos, y á esto se reduce la servidumbre; los pequeños quehaceres de la casa corresponden á la mujer y á los hijos; maltratar á un esclavo ó castigarle encadenándole ú obligándole á trabajos forzados, es cosa rara» (1).

Ahora bien; de este texto de Tácito surge una dificultad de la que no suelen ocuparse los historiadores, que es ésta: ¿Sobre qué clase de tierra tenían estos siervos de la gleba ó colonos esa que era como á modo de propiedad censual? No podía ser en la *mark*, pues que ésta se disfrutaba en comun por la tribu; no podía ser en la aneja á la casa, puesto que, según queda dicho, no constituye una posesión lo bastante extensa para que estuviera distribuida en esa forma entre los siervos,

tiva (a) en el sentido técnico de la palabra y en la cual vienen como á componerse en una unidad superior las dos formas precedentes y que es precisamente ésta de origen germano de que hablamos aquí (los bienes comunes de los pueblos, por ejemplo).

(1) *De mor. ger.*, capítulo 25.

(a) M. Heusler, lejos de suponer sinónimos estos dos términos, dice que el derecho que tiene la comunidad sobre el *allmend*, es, no un derecho de «propiedad colectiva» (*Miteigentumsrecht*) sino de «propiedad común» (*Gesamteigentumsrecht*). No es una colección de individuos quien posee; lo es una corporación perpétua que se conserva inmutable á través de los siglos, cualquiera que sea el número de personas que forman parte de ella. El usufructuario no tiene una parte de la propiedad inmueble; sólo tiene derecho á una parte proporcional del producto de los bienes comunes.

como lo prueba el hecho de tener además de ella una parte de tierra arable en el terreno comun; así que parece que no podía recaer sino sobre estas suertes distribuidas, que lo fueron anualmente primero, según hemos visto más arriba, pero más tarde á períodos más largos haciéndose así posible esta permanencia de parte de los cultivadores, ó bien éstos continuaban adscritos á la tierra, cambiando de señor con los repartos de aquélla. De otro modo no tiene explicacion lo expuesto por Tácito cuando atribuye cierta fijeza y cierta independendencia á la condicion de esta clase de siervos. Además debe notarse que los germanos probablemente conocían ya ántes de la invasion la condicion intermedia entre los libres y los siervos, la de los *lides* (1), los cuales tuvieron tambien quizás respecto de la propiedad unos derechos como intermedios entre los que tenia el hombre libre y los que tenia el siervo de la gleba.

En cuanto á la nobleza, no nos toca aquí entrar en el examen de la cuestion tan debatida entre los historiadores de si existia ó no una verdadera aristocracia entre los germanos (2): bástanos hacer constar que cuando llegaba el caso de emprender una campaña, se formaban bandos de guerreros dirigidos por un jefe, y constituidos por el *comitatus* (séquito, cortejo) (3), que se determina esta relacion entre patrono y cliente por vir-

(1) Que no deben confundirse con los *lati* de que hemos hablado en el cap. 5º, § 4º.

(2) Según Welcher, los germanos eran todos libres é iguales, siendo debida al feudalismo la aparicion de la aristocracia; otros, como Luden, Pfitzer, Mittermaier y Waitz admiten la existencia de una nobleza pero nominal; Laurent dice, que cuando una nobleza no se muestra, es que no existe; y Davoud-Oghlou no abriga ni siquiera duda, añadiendo que así como los visigodos se servían del término *noble* aplicándole en un sentido relativo á varios con relacion á otros inferiores, de igual modo cuando Tácito habla de *principes* y *nobles*, debe entenderse que son estos funcionarios públicos que tenían bajo su inspeccion un número mayor ó menor de tribus ó familias. Que no existia una verdadera aristocracia, lo prueba el que no se encuentra siquiera rastro de desigualdad en la condicion jurídica, puesto que si bien se paga un mayor *wergeld* por las personas elevadas, bastaba para que se debiera tomar en cuenta este dato al estimar aquélla, el valor de la posicion social que daban la propiedad, los servicios en campaña, etc.; pero no es ménos evidente que estas distinciones sociales, junto con el espíritu guerrero y la institucion del patronato y la clientela, son el gérmen de lo que más tarde habrá de ser la nobleza feudal.

(3) El cual es para el príncipe ó jefe, dice Tácito: *in pace decus, in bello presidium*.

tud de un verdadero pacto en virtud del cual el guerrero ofrecía lealtad al jefe hasta dar su vida por él (1), y éste á aquél protección; y por último, que los servicios que se prestaban en campaña eran premiados ó recompensados con donaciones que el jefe de bando hacia á los guerreros que le seguían y luchaban á su lado en el campo de batalla. En su lugar veremos hasta qué punto es éste el gérmen de instituciones que llenan por completo la Edad media.

Por lo que hace al derecho de familia, son de notar el *mundium* (*munt*) ó sea la autoridad que el padre ejerce sobre la hija y que el marido compra pagando por ella un precio que á veces, como en caso de muerte de aquélla, se devuelve á su familia, rigiendo respecto de la sucesion en él principios particulares; la institucion de la *dote* que daba el marido á la mujer, consistiendo entónces en armas, animales, etc.; la llamada *donacion de la mañana* (*morgengave*), que daba el esposo á la esposa al dia siguiente de la celebracion del matrimonio; y por último, la solidaridad de la familia, cuya energía entre los germanos se muestra en la responsabilidad respecto de las obligaciones contraidas por sus miembros, y más aún en la institucion del *wergeld* ó *composicion*, en virtud de la cual, así como la familia misma tiene el derecho á ejercer la *fajida* ó la *venganza*, lo tiene á percibir el *wergeld* en sustitucion de aquél, y recíprocamente la familia del ofensor el deber de satisfacerlo, determinándose así relaciones de propiedad que se rigen por principios particulares.

Y por último, por lo que hace al derecho político, si bien el principio esencial de la organizacion de los germanos era el de la soberanía mostrada en la existencia de las *Asambleas*, hecho característico y comun á todas las tribus, importa hacer constar aquí que á su lado existían como en gérmen la *nobleza*, que tiene su origen en el patronato y en la clientela, y el *poder real*, que varía segun las tribus, no existiendo en algunas, y á cuya formacion contribuyen las necesidades de la paz y las de la guerra en cuanto llegan á confundirse el puesto de

(1) *Principes pro victoria pugnant, comites pro principe.*

príncipe ó jefe del poder ejecutivo y el de jefe de pelea. Dada la índole de estas dos instituciones y el grandísimo influjo que en su robustecimiento y desarrollo ejerce la guerra, junto con el hecho, arriba notado, de pagarse estos servicios hechos por los jefes de bando con donaciones, se comprende bien lo que importa consignar este hecho para ver como se desenvuelve en el ulterior desarrollo del derecho de propiedad.

Tenemos, pues, en conclusion, que la propiedad entre los germanos comienza siendo colectiva, de la tribu, y que por virtud de distribuciones sucesivas nacen la propiedad privada de la casa y el terreno anejo, la posesion temporal de la parte que se atribuye á cada uno en el campo comun, y continúa siempre la *mark*, ó sea, la parte que conserva el carácter colectivo. De aquí la condicion por lo general de inalienabilidad que revisiten todas las formas de la propiedad inmueble, más ó ménos, y por eso es muy de notar que así las donaciones que se hacen los esposos, como los dones que hacen los patronos á los clientes, como el importe del *wergeld*, consisten siempre en cosas muebles, jamás en inmuebles.

Esta circunstancia demuestra, y no es la única, cómo á veces se exagera el predominio del elemento individual cuya representacion en la historia se atribuye á los germanos, así como por no atender á la fuerza que entre ellos tiene la solidaridad de la familia y por no estimar debidamente la naturaleza propia de la *faida* y del *wergeld*, que la sustituye, se han atribuido á los individuos derechos que realmente eran de la familia, la cual es allí tambien una sociedad y un como pequeño Estado. La propiedad pone todavía más de manifiesto este carácter, puesto que si llegó á ser verdaderamente individual la mueble, la inmueble nunca lo fué por completo: no lo fué la de la *mark*; no lo fué la procedente de los repartos, puesto que éstos se hacian periódicamente; y ni siquiera lo fué la de la casa y terreno anejo, puesto que era realmente propiedad de la familia. Muestra este elemento individual la civilizacion germana, constituyendo un señalado contraste con Roma, en cuanto no habia en estos pueblos aquella poderosa *civitas*, aquel Estado que todo lo dominaba, todo lo absorbía, y del

cual se derivaba todo derecho; pero no debe deducirse de esto que faltaran el concepto ni el principio de la misma institucion entre los germanos: existia la comunidad, existia la tribu, existia la *civitas*, aunque sin el carácter propio del Estado romano.

Resulta de toda esta investigacion que hay organizaciones que no son ciertamente nuevas, puesto que hasta aquí las hemos encontrado constantemente en la historia, cuales son la co-propiedad de la familia y la co-propiedad de la tribu, sólo que entre los germanos se muestran con este carácter de energía y de desenvolvimiento, precisamente cuando en otros pueblos estaban en decadencia. Hallamos instituciones que bien pueden considerarse como originarias de esta raza como la *servidumbre de la gleba*, la cual aún puede encontrarse que tiene algun parecido con otras que aparecen en los últimos tiempos del imperio romano, y la institucion del *patronato* y la *clientela*, basada en el pacto, la cual es realmente la más característica de los germanos (1).

(1) Con relacion á los demás elementos que contribuyen á la civilizacion de la Edad Media, pues no pretendemos negar que el *comitatus*, más ó ménos desarrollado, exista en otros pueblos, en particular en los arios. Véanse las ob. cit. de Hearn y de Hreeman.

CAPÍTULO IX

ÉPOCA BÁRBARA.

I. — LA INVASION.

Relaciones de los germanos con los romanos.—Condicion vária de aquéllos en los últimos tiempos del Imperio.—Su intervencion en la gestion de los negocios públicos.—Carácter de la invasion; variedad de juicios respecto de ella.—Efecto inmediato de la misma respecto de la propiedad.—Distinta suerte que corrió la de los vencidos segun los paises invadidos y las condiciones de los invasores.

Siglos ántes de la invasion venian los bárbaros manteniendo relaciones con los romanos, viviendo entre ellos, y alcanzando una condicion jurídica muy distinta segun su procedencia y otras circunstancias. Unos, vencidos y sometidos, tuvieron la que tan enérgicamente expresa la denominacion de *dedititii* (que se entregan), los cuales, asimilados á los colonos, estaban como ellos sujetos á la capitacion (*tributarii*) y al servicio militar (*tirones*) sin perder nunca su carácter de extranjeros (*peregrini*). Venian luego los *federati*, análogos á los aliados de Roma (*socii*), los cuales, por virtud de una alianza libremente pactada, se obligaban á suministrar tropas auxiliares á Roma, constituyendo aquella especie de voluntarios que prestaron servicios por primera vez á las órdenes de Julio César en la guerra de las Galias, fecha desde la que figuraron siempre los bárbaros en los ejércitos romanos. Estos conservaban sus

instituciones, sus jefes y su libertad, y era su único deber, además de reconocer la soberanía de Roma, suministrar cierto número de soldados. El tercer grupo lo formaban los *laeti*, los cuales, según hemos visto en otro lugar, formaban colonias militares análogas á las de los veteranos y recibían en su virtud las llamadas *tierras léticas* con la obligación hereditaria de servir en el ejército, constituyendo una clase intermedia entre las dos anteriores con las que han sido confundidos por algunos. Venían, por último, los *gentiles*, que según unos, como Gaupp, eran todos los bárbaros colonizadores, siendo una de sus especies los *laeti*; y según otros, son una misma cosa con estos, mientras que Leotard establece algunas diferencias en razón de la raza, de la época en que fueron admitidos y hasta de los lugares en que fueron acantonados, pero reconoce que no era su condición jurídica distinta de la de los *laetes* (1).

Además de la importancia que van alcanzando así los germanos, principalmente por la propiedad que adquieren y que se extiende en ocasiones á comarcas y provincias enteras, no hay que olvidar el gran influjo que llegaron á ejercer por su participación en las funciones públicas, en términos que el escritor arriba citado (2) dice: «La influencia de los bárbaros durante toda la segunda mitad del siglo iv fué grandísima: en todas partes estaban: habían invadido sucesivamente el ejército, la magistratura, la Corte, los Consejos del Príncipe, y se les podía aplicar lo que un siglo ántes había dicho Tertuliano de los cristianos; *somos de ayer y todo lo llenamos, vuestras casas, vuestros palacios: ¿dónde penetráis que dejéis de encontrarnos?*»

Esta circunstancia dá mucha luz para estimar debidamente el carácter de la invasión, á la cual llaman los alemanes *emigración (Wolkwanderung)*. Es sabida la polémica que mantuvieron Montesquieu y el abate Dubos acerca de este punto, nacida de que mientras el primero presentaba este hecho de la

(1) Véase su *Ensayo sobre la condición de los bárbaros establecidos en el Imperio*.

(2) *Ob. cit.*, cap. 7^o.

historia como una conquista con todas sus naturales consecuencias, resultando que los vencidos no habian sido respetados ni en su personalidad, ni en su propiedad, en una palabra, que habian sido reducidos á una especie de servidumbre; el otro escritor lo presentaba, por el contrario, como una trasformacion que no revestia ninguno de estos caractéres. Ahora bien, ¿fué una verdadera invasion, consecuencia de una guerra de conquista, ó fué una como á modo de colonizacion consentida, en términos de que, como ha dicho un escritor español, deba considerarse más bien como una guerra civil que como una guerra extranjera la que hubo entre el Imperio y los germanos? Por más que Garsonnet critique á Gaupp por haber tomado en sério la que él califica de *antitesis declamatoria* de Salviano, es lo cierto que no es sólo este escritor quien atestigua el hecho, sino que dicen lo propio que él, entre otros, Paulo Orosio y San Isidoro de Sevilla (1); pues que todos confirman lo triste que era á la sazón la condicion de los subditos del Imperio, por lo cual estuvieron muy léjos de considerar como una desgracia, y ménos como una guerra de conquista, la dominacion de los bárbaros. Además, la subsistencia del derecho romano á seguida de este hecho demuestra, como ha hecho notar Savigny, la razon del punto de vista de Montesquieu, puesto que si los vencidos hubieran sido destruidos, si hubieran sido aniquiladas su personalidad y su propiedad, si hubiera desaparecido por completo la antigua organizacion social y política, lógicamente hubiese corrido igual suerte el Derecho romano, siendo así que se le encuentra vivo rigiendo por completo á los vencidos, inspirando en parte los Códigos de los vencedores, y siendo la ley que aplican los tribunales que ejercen jurisdiccion sobre aquellos.

(1) Salviano (*De gubernatione Dei*, lib. 5^o), dice que sus conciudadanos emigraban yendo á vivir con los godos ó entre otros bárbaros, sin pena, porque preferian vivir libres bajo la apariencia de la servidumbre á vivir esclavos bajo la apariencia de la libertad. Este es el texto que Garsonnet califica de *antitesis declamatoria*; pero es el caso, que Paulo Orosio (VII, 48,) dice lo mismo: *Qui malint inter Barbaros pauperem libertatem quam inter Romanos tributariam sollicitudinem sustinere*; y lo propio dice San Isidoro (*Chron. gotthor.*, anno CDXI.VII) • *Ut melius sit illis cum Gothis pauperes vivere, quam inter Romanos potentes esse, et grave jugum tributí portare.*

Empero, sería un error no hacer la debida distincion entre unas y otras tribus, puesto que bien puede decirse que si las hubo que penetraron en los dominios del Imperio romano por virtud de una como colonizacion permitida ó consentida, otras lo hicieron con las circunstancias de una verdadera conquista (1). No se pueden comparar, por ejemplo, los visigodos y los francos con los lombardos y los anglo-sajones, y de aquí que segun esta circunstancia, segun tambien el estado de cultura de cada tribu, pues que variaba, principalmente por virtud del mayor ó menor contacto que ántes habian tenido con los romanos, fué distinta la condicion de los vencidos y fué distinta tambien la suerte así de la legislacion romana como de todos los restantes elementos de la civilizacion pagana.

El efecto de la invasion en lo que se refiere á la propiedad fué por esto mismo muy distinto segun las comarcas invadidas y segun los pueblos invasores, segun que se trataba de la del Estado ó de la privada, de la propiedad grande ó de la pequeña, etc., puesto que si hubo tribu, como la de los vándalos, que se apoderó de todo sin respeto alguno para el vencido, otros, como los visigodos, tomaron dos tercios de la misma, y lo propio hicieron los borgoñones al principio, y más tarde solo una mitad, al paso que los francos se contentaron con las cuantiosas tierras que pertenecian al fisco imperial, si bien más tarde hicieron suyas por derecho de conquista las de otras tribus, pero tambien germanas, como los turingios, frisones y alemanes; y hubo tambien algunos, como los lombardos, que á seguida de la invasion se contentaron con las llamadas *hospitalitates*, esto es, el derecho que consistia en atribuir á cada germano una porcion de tierra, la cual continuaba siendo cultivada y poseida por el vencido, pero con la obligacion de dar á aquél la tercera parte de los frutos; régimen que segun Eichhorn precedió al reparto, cosa que evidentemente no es exacta respecto de todas las tribus.

(1) Y hablamos de tribus, porque en nuestro juicio no puede sostenerse que la conquista haya sido llevada á cabo por los bandos guerreros; es invasion realment: de la tribu, á la cual están siempre subordinados aquéllos.

De todas suertes, claro es que el hecho de la invasion vino á alterar gravemente el estado existente en cuanto al régimen de la propiedad, ya porque fueron privados de parte de ella los antiguos poseedores, ya porque vienen á la vida nuevas instituciones, las características del pueblo vencedor. Así, lo que fué propiedad del Fisco imperial pasa á los Reyes, quienes con ella recompensan con largueza á los jefes de bando que los han seguido en la conquista; los vencidos continúan en posesion de todo ó de parte de la suya, rigiéndose por el antiguo derecho; los colonos y enfiteutas siguen siendo lo que eran, sin más que haber cambiado en ocasiones de señor directo; los vencedores, de un lado, reciben lo que les corresponde en los repartos del territorio conquistado, y de otro, los hombres libres perciben de los jefes de bando, y éstos de los reyes, tierras como donacion y en recompensa de sus servicios guerreros; los siervos cultivan el suelo, al cual quedan unidos por un vínculo indisoluble; nacen relaciones hasta cierto punto nuevas cuando trabajan aquel los que tienen una condicion intermedia entre la servidumbre y la libertad; y por último, en medio de todo esto, el pueblo, lugar ó aldea, la comunidad rural, crea ó mantiene su propiedad comun, su *mark*, como los antiguos germanos. De todo lo cual resulta que para examinar las trasformaciones del derecho de propiedad durante la época bárbara, habremos de considerar sucesivamente los puntos siguientes: 1º, propiedad comunal (1); 2º, propiedad alodial; 3º, propiedad beneficiaria; 4º, propiedad censal, y 5º, propiedad servil (2).

(1) Nos parece preferible dar el nombre genérico de *propiedad* á todas las participaciones en la misma, en lugar de hacerlo sinónimo de dominio, oponiendo ámbos á otras relaciones más ó menos particulares ó incompletas, como hacen algunos escritores al dar á estas el nombre, por ejemplo, de *tenencias*. Ya en otro lugar dijimos las ventajas que tenia el distinguir los términos *dominio* y *propiedad*, y por qué se debía, en nuestro juicio, emplear el segundo como nombre genérico y extensivo á toda clase de relaciones de este orden, y el primero en un sentido concreto y específico.

(2) Véase Montesquieu, *Espíritu de las leyes*, lib. 30, caps. 22 y 25; Savigny, *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, Introduccion; Ahrens, *Enciclopedia*, trad. esp., pág. 263; Cárdenas, ob. cit., lib. 1º, cap. 4º; § 1º; Pepin le Haleur, ob. cit., parte 3ª, § 3º; Laboulaye, ob. cit., lib. 5º, § 2º; Garsonnet, ob. cit., parte 1ª, cap. 4º; parte 2ª, cap. 1º, seccion 1ª; Leotard, ob. cit., caps. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º y 8º.

II. — PROPIEDAD COMUNAL.

Cómo se constituye.—Diferencias según los países.—Distribución del territorio.—Vestigios de la primitiva comunidad en la propiedad que se hace privada.—Asociación que se funda sobre la *mark*.—Importancia de esta forma de propiedad.

Damos este nombre á la tierra que constituía la *mark*, *meare*, *almend*, *gemeinde* ó *marca*, la cual pertenecía en propiedad á la vez á la tribu y á sus miembros en la forma que procuramos explicar en el capítulo anterior. Esta organización se encuentra después de la invasión en todos los países dominados por los bárbaros, con la diferencia de que en unos, como Alemania, no hace sino continuar tal como existía; en otros, como en Francia, permaneció, según opinión sostenida por varios escritores, la antigua comunidad galo-romana; en algunos se constituyó la *marca* con los terrenos incultos y con la parte no distribuida entre los vencedores al tomar éstos posesión del campo, que ocuparon con preferencia dejando las ciudades á los vencidos; pero en todas partes existía este terreno comun. Según acontecía entre los primitivos germanos y en todos los demás pueblos que hasta aquí hemos examinado, una parte del territorio se dividía entre los miembros de la tribu con un carácter temporal, en algunos casos anual, como en los tiempos primitivos, aunque esto solo por excepción, y tendiendo siempre naturalmente á convertir esa posesión transitoria en dominio perpétuo, á lo cual contribuía no poco el ejemplo del dominio que mostraba el Derecho romano. El resto, compuesto principalmente de montes, de bosques y campos incultos, continuaba disfrutándose en comun por todos los miembros del pueblo, lugar ó aldea, y constituía propiamente la *mark*. Pero es de notar que aún en las tierras distribuidas quedan numerosos vestigios de la primitiva comunidad. Ya no se divide el terreno en hojas ni se distribuye periódicamente, dando una parte en cada una de ellas á cada miembro, pero se impone cierto sistema de cultivo y se reservan derechos, como, por ejemplo, el de pasto, no sólo en las fincas abiertas, cuando están de barbecho, sino aún en las cerradas una vez recogido el fruto, y en ciertos

casos el de retracto que en algunos países se reconoce á los llamados *consortes*, esto es, á los habitantes del mismo lugar.

En cuanto á la parte que continúa disfrutándose indivisamente por todos los miembros de la comunidad rural, sirve de base á una asociacion, que unas veces se confunde con el comun ó municipio, y otras forma como una institucion ó personalidad independiente. La importancia de esta asociacion la expone acertadamente M. Garsonnet en los siguientes términos: «La *mark*, en los tiempos de su prosperidad, no constituye solamente la comunidad de las tierras. Es tambien bajo el nombre de *universitas*, ó bajo el más moderno de *markgenossenschaft*, una asociacion de personas que parecen á veces confundirse con la *centena* y que tienen una existencia propia al lado de las divisiones políticas y administrativas. No se puede entrar en ella sin el consentimiento unánime de sus miembros, pero, una vez admitido, se tiene participacion en sus derechos y en sus deberes. Como ellos, queda uno obligado á la hospitalidad respecto de los extranjeros, y á dar un asilo á las bestias extraviadas; como ellos, se responde de los crímenes y de los delitos cometidos en el territorio de la *mark* en que se ha refugiado el delincuente, y se paga, si no es descubierto, la composicion debida á la víctima. En fin, la comunidad tiene jurisdiccion para procurar la defensa de sus derechos y el mantenimiento de la paz pública. Las cuestiones relativas á divisiones, límites y cierros, las quejas por abusos ó exclusiones arbitrarias del goze ó disfrute del terreno comun, los delitos contra la propiedad, los crímenes contra las personas, todos están sometidos á este tribunal. Cada *mark* tiene su derecho consuetudinario, que es el que se aplica, todos los asistentes toman parte en la decision, y se impone una multa, si procede, en provecho de la comunidad. No se oyen otros testigos, ni se admiten otros *cojuratores* que los *commarchani* que son bastante ricos para responder de la composicion que está obligado á pagar el acusado, y tienen el deber de acudir al llamamiento de este para jurar en pró de su inocencia.»

Resulta que esta organizacion de la propiedad comunal, que hemos encontrado en todos los pueblos, y singularmente

entre los germanos ántes de la invasion, después de ésta continúa y se desenvuelve revistiendo la importancia de que es una muestra el interés con que ha sido estudiada y lo es cada dia más por los escritores de todos los países (1).

III. — PROPIEDAD ALODIAL.

Sentido en que aqui se toma el término *alodio*. — Propiedad alodial de los vencidos. — Id. de los vencedores; su diverso origen; el reparto; vestigios de la comunidad anterior; la propiedad alodial como de la familia; bienes propios y adquiridos. — Resúmen.

Como el término *alodio* ha sido tomado en la historia en tan diversos sentidos (2), debemos comenzar diciendo que, con relacion á la época que estamos estudiando, entendemos por *alodio* la plena propiedad, esto es, la que está libre de rentas y servicios, ya la tenga el romano, ya el bárbaro, ya forme parte de los bienes adquiridos, ya de los patrimoniales.

La primera propiedad alodial, que no nació, sino que continuó cuando tuvo lugar la invasion, fué la de los vencidos, aquella en cuya posesion fueron respetados, y que siguió mostrando el carácter absoluto propio del derecho de propiedad romano de los últimos tiempos; siendo de notar que los vencidos no sólo conservaron la que poseian, sino que la aumentaron, porque tenian lo mismo que los vencedores, en algunos países, el derecho de apoderarse de las tierras incultas ó terrenos baldíos que se hacian así de propiedad privada ó par-

(1) Véase Laveleye, *ob. cit.*, cap. 8º y 21; Garsonnet, *ob. cit.*, parte 2ª, cap. 10-seccion 2ª; Cárdenas, *ob. cit.*, libro 1º, cap. 6º, párrafo 1º; Ahrens, *Enciclopedia*, traduccion española, págs. 355, 36); Lehr., *ob. cit.*, lib. 1º, cap. 3º, párrafo 2º; S. Maine, *Village communities*, págs. 11, 12, 50, 61, 81, 120, 175; Laboulaye, *ob. cit.*, lib. 6º, cap. 6º.

(2) Además de las dos etimologías citadas en el capítulo anterior (*all od*, bien antiguo ó heredado; y *all od*, propiedad completa), segun unos procede de las palabras germanas *ahlod* ó *alod*, en cuyo caso significaría bien adquirido por la suerte; segun otros, de las palabras *ally od*, pero entendiendo que significa *toda* la propiedad, todo el patrimonio, y por último, Crable dice que quiere decir *alode*, sin carga ó vasallaje. Si á ésto se une que en la Edad Media se le dieron este y otros significados, puesto que ya indica la plena propiedad, ya toda la herencia en oposicion á una parte de ella, por ejemplo, á la tierra *sálica* en Francia, ya los bienes propios ó hereditarios en oposicion á los adquiridos, y ya á veces tambien los bienes paternos en oposicion á los maternos, se comprende la necesidad de fijar el sentido que le damos.

ticular. Es verdad que en algunas comarcas, como, por ejemplo, entre los francos y los visigodos, los vencidos venian obligados á pagar un tributo á los vencedores; pero éste no era en modo alguno análogo al que pagaban las tierras tributarias en Roma, no era el reconocimiento del dominio eminente que se atribuia el Estado, derecho que después de todo habia ya desaparecido, y que ni siquiera soñaron en restablecer los pueblos bárbaros, sino meramente una participacion en las cargas públicas que ellos levantaban en primer término precisamente por su condicion de vencidos (1).

En cuanto á los germanos, la propiedad libre é independiente, en una palabra, los alodios que adquirieron, tenian muy distinto origen. Ante todo venian los procedentes del reparto, y que recibian los nombres de *terra salica*, entre los salios; *alleu*, entre los ripuarios; *sortes*, entre los visigodos y borgoñones; *bockland*, entre los anglo-sajones; *eigen*, entre los alemanes, etc.; luego las tierras baldías ó incultas de que lo mismo que los vencidos se aprovechaban y hacian dueños, en condiciones análogas á la de las anteriores; y de los bienes que adquirian con su trabajo, por virtud del cambio, etc.

En cuanto á los primeros, suelen decir los historiadores que fueron consecuencia de la conquista llevada á cabo por los bandos de guerreros, en una palabra, que éstos los hicieron suyos por sí; pero á poco que se atienda á la uniformidad y generalidad con que se hizo este reparto, se comprende bien que no pudo ser un resultado del esfuerzo aislado de los bandos militares. Además, como en otro lugar queda ya indicado, no fueron éstos los que llevaron á cabo la conquista de los dominios de Roma, sino que obraban subordinados á la tribu, y sobre todo al jefe de ella, al rey, que aunque estaba entónces muy léjos de tener la autoridad que más tarde alcanzó, era después de todo el jefe de los jefes, el primer guerrero, y por eso la tribu misma, ó él en su representacion, hacian esas distribuciones. Es decir, que la tribu comenzaba afirmando su

(1) Como prueba de lo que el Derecho romano favorecia la propiedad alodial, dice Hautessere que se le llamaba *alodiorum parens*.

derecho sobre todo el territorio conquistado, y luégo, así como se reservaba un término comun que constituía la *mark*, y distribuía otra parte de él en posesiones temporales que repar-tía periódicamente, otra la daba en absoluto y pleno dominio, y de aquí los *alodios*. Aun respecto de ellos quedaban toda-vía vestigios del dominio primordial de la tribu, de la comuni-dad que ántes existiera entre los que todavía continuaban lle-vando el nombre de *consortes* y *commarchani*, como el derecho de tanteo, otros referentes á la caza, pesca y pastoreo, hasta en las fincas cerradas á veces, análogos á aquellos de que án-tes hemos hecho mencion, etc.

Lo que pasó fué que los germanos, que ántes de la invasion no habian conocido más propiedad inmueble individual, ó fa-miliar, para hablar con más exactitud, que la de la casa y el terreno anejo, después de verificado aquel hecho reciben, como producto de este reparto y por virtud de la conquista, lo que es premio de sus esfuerzos, y tienden á afirmar y hacer indepen-diente esta propiedad, á lo cual les ayudaba no poco el ejem-ple de los vencidos que tenian en los bienes en cuya posesion habian sido respetado el derecho absoluto é ilimitado caracte-rístico de la legislacion romana.

Pero esta propiedad no es verdaderamente individual, sino que es de la familia, siendo de notar que en pocos pueblos apa-rece la propiedad familiar tan enérgicamente constituida y or-ganizada como entre los bárbaros, áun después de la invasion. Las tierras dadas en el reparto se dan al germano y á sus des-cendientes para conservarlas, y de aquí que no las hereden los ascendientes, y que respecto de ellas se afirma el princi-pio de masculinidad como medio para este fin (1). El carácter

(1) Laferrière dice, que este principio de masculinidad no aparece sino después de la invasion, partiendo del supuesto de que el término *liberi*, de la frase de Tácito, se refiere á varones y á hembras, y fundándose además en que ántes de la invasion los germanos no habian conocido la propiedad inmueble privada; lo cual no es exacto, porque conocieron la de la casa y el terreno anejo, que indudablemente era de la familia, la cual tenia en ella un derecho análogo al que tuvo en los alodios después de la invasion. En nuestro juicio no ofrece duda alguna que esta pro-piedad es anterior á aquella, y que es una aplicacion á los bienes patrimoniales del principio que ántes no pudo aplicarse más que á la casa de la familia que se con-servaba en ella.

inalienable que se da á esta propiedad, ó por lo ménos, la necesidad de la intervencion de los hijos cuando se enajena, así como el retracto gentilicio, son otras tantas pruebas de que era de la familia y no del individuo.

Por el contrario, habia otros bienes respecto de los cuales ya puede decirse que eran de propiedad verdaderamente individual, puesto que no estaban sometidos á semejantes trabas. Respecto de ellos no habia retracto gentilicio, ni eran inalienables, ni era precisa la autorizacion ó consentimiento de los hijos, ni regia el principio de masculinidad cuando se trataba de la sucesion hereditaria de ellos. Eran éstos los llamados bienes *adquiridos*; y de aquí esta fundamental clasificacion de los bienes, que aparece con los germanos, en *propios* y *adquiridos*, y que forma tan singular contraste con aquel principio de unidad de patrimonio que hemos observado en Roma. No decimos que sea esta diferencia exclusiva de los bárbaros, puesto que la hemos encontrado en otros pueblos de la antigüedad, y, en el capítulo penúltimo, entre los galos, á diferencia de los eslavos que no la conocen en los comienzos de su historia, en cuanto entraba en el acervo comun todo cuanto adquirian, fuesen bienes muebles é inmuebles, y cualquiera que fuera su origen; division que precisamente acusa en todas partes la relajacion del principio de la copropiedad de la familia y la aparicion de la propiedad individual, afirmándose aquella respecto de los bienes hereditarios y patrimoniales, y ésta respecto de los bienes que se adquieren. Esto explica el por qué más adelante á veces se da el nombre de bienes alodiales á los bienes patrimoniales en oposicion á los adquiridos.

Resulta, en resúmen, que el *alodio* está constituido por un dominio libre y pleno sin otras cargas que las públicas, á veces sin éstas, sobre todo cuando se trataba de los vencedores; que comprendia lo mismo la de los romanos que la de los germanos; que aún respecto de ellos se conservan vestigios de la primitiva comunidad ó de la tribu; que el *alodio* es propiedad de la familia, afirmándose este principio de la copropiedad familiar con toda energía, y apareciendo á su lado, esto es, al de los bienes propios ó hereditarios, los bienes adqui-

ridos que significan la modificación de ese mismo principio (1).

IV. — PROPIEDAD BENEFICIARIA.

Numerosas opiniones acerca de la naturaleza y origen del *beneficio*; exposición de las expuestas por Laboulaye, Ahrens, Pepin le Haleur, d'Espinay, Laferrière, Cárdenas, S. Maine, Hearn y Garsonnet. — Causas de esta variedad de pareceres. — Naturaleza del beneficio. — Condiciones de la concesión. — Deberes del beneficiado. — Origen y precedentes históricos del beneficio.

Tan inmensa es la variedad de opiniones emitidas por los escritores cuando se trata de precisar la naturaleza, el origen y las condiciones de los *beneficios*, que nos parece oportuno comenzar su estudio exponiendo breve y sumariamente las de algunos de ellos.

Laboulaye (2) empieza recordando que es costumbre decir que los *beneficios* fueron sucesivamente temporales, vitalicios y hereditarios, habiendo llegado algún escritor italiano, como Sclopis, á contar hasta ocho revoluciones desde el beneficio anual hasta el feudo hereditario. El nombre de *beneficio* indica un goce, un derecho de uso, un usufructo; es un nombre genérico que ha expresado los censos consistentes en bienes eclesiásticos, los destinados á retribuir á los oficiales del Rey y que iban anejos á una función (*beneficiarii honores, honores*) y las tierras dadas por aquél á sus *fideles*, esto es, los beneficios propiamente dichos. Los honores, según él, eran temporales y revocables á voluntad, como lo era la misma función, pero no los demás, puesto que hasta en el precario, que se renovaba cada cinco años, era objeto de reserva el derecho de los herederos. Los verdaderos beneficios eran vitalicios, y si bien es verdad que á la muerte del Rey se recomendaban los sucesores al nuevo monarca para conservarlos, esto

(1) Véase: Laboulaye, *ob. cit.*, lib. 6º, caps. 6º, 7º, 8º, 16; lib. 8º, caps. 1º, 2º, 3º, 4º; Cárdenas, lib. 10, cap. 6º, § 1º, lib. 2º, cap. 2º, § 1º; Garsonnet, parte 2ª, cap. 1º; Laferrière, *ob. cit.* lib. 4º, cap. 5º, § 5º; D'Espinay, *La Féodalité et le droit civil français* lib. 1º, cap. 4º, § 2º. Ahrens, *Enc. trad. esp.*, pág. 360; Lehr, *ob. cit.* cap. 3º, §§ 1º y 3º; Spyridion G. Zezas, *Essai historique sur la législation d'Angleterre, depuis les temps plus reculés jusqu' au le XII siècle*, cap. 5º.

(2) *Ob. cit.*, libro 7º, capítulos 8º al 18.

era efecto de la *fidelidad* y no de que pudiera aquél privarles de ellos segun su voluntad.

En cuanto á la obligacion del servicio militar, como los reyes francos se comprometian en guerras lejanas, acudian, no al ejército franco que no se alejaba fácilmente del suelo que cultivaba, sino á los *fideles* que estaban obligados á seguirles por todas partes, llegando así á prevalecer el carácter de vasallo sobre el de súbdito.

Todas las prescripciones legales reconocen el principio de que el compromiso era real y que la obligacion de la *fidelidad* cesaba por lo mismo con el abandono del beneficio; pero llega un dia en que en la lucha entablada por los beneficiarios para consolidar su derecho y hacerle permanente, triunfan éstos, porque Ludovico Pio no sabia negarles nada, sus sucesores no podian rehusar el asentir á las pretensiones de los vasallos, y por fin, en 877, Cárlos el Calvo reconoce la herencia de los beneficios siempre que pasen á quien pueda llevar las armas y cumplir así la condicion de la concesion; siendo de notar que esto no determina una revolucion brusca, porque ántes la herencia habia sido introducida por la costumbre, y hasta en Italia y Alemania existian los beneficios hereditarios mucho ántes de la Constitucion de Conrado II de 1138. Además, los jefes de bando, grande ó pequeño, al establecerse sobre los vastos dominios de que se apoderaban y que poseian á título de alodios ó de beneficios, los subdividian á su vez entre sus compañeros para tener tambien su ejército, sus clientes; y por este procedimiento se fué fortaleciendo el vínculo que unía á los beneficiarios con sus patronos inmediatos, miéntras que se debilitaba el general que como súbditos les unía al Rey, y de aquí la tentativa de Carlomagno al exigir el homenaje directo á todos, precisamente para hacer que predominara la relacion de Rey á ciudadano sobre la de patrono á cliente.

Ahrens (1) comienza haciendo notar el distinto concepto que ha merecido á los escritores el beneficio, puesto que segun Montesquieu, Eichhorn y otros, las concesiones de tierra que

(1) *Enciclopedia*, trad. esp., págs. 260 y sig.

hacian los reyes merovingios eran una posesion limitada y revocable, verdaderos beneficios en el sentido comun y general de la palabra; miéntras que segun Roth eran donaciones que envolvian por lo tanto una verdadera trasmision de propiedad; y segun Guizot, Pardessus y Laferrière existian á la vez ambas cosas. Ahrens sostiene que al principio fueron verdaderas donaciones, y que lo que propiamente merece el nombre de *beneficio* nació en la época carlovingia cuando los señores privados tenian ya, no un séquito de siervos, sino de hombres libres unidos á ellos por el juramento de la *fidelidad*. En cuanto al origen, este escritor dice, que, por lo general, se explica por su afinidad con el patronato ó por el influjo del precario romano; miéntras que otros escritores, como Roth, lo hacen derivar de la necesidad de satisfacer un nuevo fin político, y como consecuencia inmediata del señorío. Por su parte, cree que determinan esta institucion los siguientes factores: 1º, un nuevo fin político, cual es el conseguir la mayor dependencia de los grandes, que se habian hecho sobrado poderosos, y á quienes se concedian mayores derechos sobre los hombres libres para simplificar así la administracion y conservar la organizacion militar; de donde resultaría que las donaciones que al principio fueron meras recompensas de servicios eminentes ó de la fidelidad, habian tenido luégo por objetivo un fin político; 2º, los medios materiales que se obtienen en su mayor parte merced á la vasta secularizacion de los bienes de la Iglesia; 3º, el señorío, que es la forma del beneficio en su aspecto personal, y la *recomendacion*, mediante la cual se concedieron beneficios, no ya sólo á los vasallos del monarca, sino á todos los señores que por virtud de ella quedaban unidos al Rey; 4º, el precario romano, usado durante tanto tiempo por la Iglesia y que viene á ser como el tipo para la organizacion del elemento jurídico-económico de esta institucion; y 5º, el espíritu germánico, que imprimió á esta relacion un carácter singular, derivado en parte de la obligacion moral de la *fidelidad* y de la proteccion que era consecuencia del patronato militar. De donde resulta que, segun este escritor, el beneficio está constituido por una complexion de motivos,

no siendo en realidad una institucion germánica sino en cuanto el espíritu de aquellos pueblos imprimió su sello á elementos extraños.

Pepin le Haleur (1), después de recordar que el origen de los beneficios es aún hoy controvertido, pareciendo que cada escritor tiene un sistema propio, á lo cual contribuye no poco la gran variedad de acepciones en que el término mismo se toma, dice, que fué bastante tarde cuando comenzó á significar una concesion distinta de la trasmision de la propiedad, pero exenta de todo cánon ó censo, en metálico ó especie, pues que tan sólo obligaba al concesionario á deberes de un orden elevado, comprendidos más tarde en el término técnico de la *fidelidad*, y el primero de los cuales es el servicio militar. Rechaza el que se encuentre esta institucion con el mismo nombre en los últimos tiempos del Imperio romano, como ha sostenido Lehüeron; y hace notar que los beneficios de la Edad Media no los concedia sólo el rey, aunque era naturalmente el que más daba por ser el más rico, sino que hacian lo propio todos los poderosos para mantener adictos á sus clientes ó adquirir otros nuevos, y que las tierras se concedian por la misma causa que daban los germanos el caballo y la frámea de que habla Tácito, debiendo buscarse el origen de los beneficios en la recomendacion. Añade que la concesion beneficiaria y la concesion á censo no corresponden sino á grados diversos del *comitatus*.

Claro es que no se comenzó por la distincion precisa y exacta, dice, entre la concesion beneficiaria y la trasmision de la propiedad, pero nunca se confundió aquélla con la alodial, puesto que la beneficiaria estaba subordinada al vínculo personal de la recomendacion, y cuando éste se rompía por falta de confianza del uno ó lealtad del otro, el beneficiario abandonaba el beneficio, pero en ningun tiempo tuvieron un carácter precario. No es exacto, como ha afirmado Guizot, por haber confundido el título de precario con el de beneficio, que éste haya sido con frecuencia temporal, aunque es verdad que,

(1) *Ob. cit.*, parte 3ª, § 8º.

rompiendo la muerte del beneficiario el vínculo personal derivado de la recomendacion, volvía al patrono ó señor, á ménos que éste renovara la concesion en favor del heredero, ó que éste se recomendara; siendo de notar que, áun cuando el título de la concesion hubiese sido precario, esto no hubiera dispensado al heredero de la recomendacion, porque el beneficio suponía ésta, y por élla, y no para suplir el carácter hereditario, se hacía; así que áun en los que se había concedido con tal carácter, se exigía, sin embargo, la recomendacion. Guizot ha aprobado la subsistencia constante de los beneficios hereditarios y á su lado la de los vitalicios, pero la coexistencia de los unos y los otros no se explica por la opuesta pretension de concedentes y concesionarios, consistente la de aquéllos en sostener la nuda propiedad y la de éstos en convertirla en hereditaria. El origen verdadero de esta diferencia radicaba en que el franco rico y poderoso, que se recomendaba al rey para gozar de las ventajas del *antrustion*, ni imaginaba siquiera el desprenderse de sus tierras, sino que las reservaba para sus herederos, á diferencia del caso en que el señor (1), el patrono, se desprendía de las suyas para concederlas al cliente que se recomendaba. Tambien en ocasiones se cedían en este caso con carácter hereditario, pero era por excepcion. De todas suertes, llega á hacerse general, porque los reyes encontraron que éste era un buen medio para que les fueran más adictos los *fideles*; y llega hasta hacerse la herencia de derecho comun después de Carlomagno, pero ántes de la famosa capitular de Kiersy (877), por la cual Cárlos el Calvo consagró la herencia de los oficios, lo cual supone que la de los beneficios era ya de derecho comun. Claro está que ántes de eso, esto es, ántes de hacerse hereditarios, los derechos del beneficiario sobre las tierras eran muy distintos, segun que el origen era la recomendacion del beneficiario ó la concesion del señor.

Por lo demás, eran cosas distintas el beneficio y el censo;

(1) *Senior*, en las leyes francas; *patronus*, en la primitiva de los visigodos y en el Fuero Juzgo; *senior* y *padron*, en la edicion romanceada.

así que cuando el concesionario quedaba obligado al pago de rentas á la par que á los servicios propiamente beneficiarios, se decia que se concedia la tierra *in beneficium et censum*. La obligacion beneficiaria, propiamente dicha, sólo obligaba al poseedor al servicio de las armas y á formar parte del Consejo y del Tribunal del patrono. Por último, aludiendo á la afirmacion de Laboulaye, segun la cual, eran estos deberes cargas reales, porque se libertaba de ellos el beneficiario abandonando el beneficio, dice, que algo de fundado hay en esto, pero que la tendencia de la legislacion, ya que no la de los hechos, era la opuesta, y por esto, sin duda, una Capitular prohibió al beneficiario abandonar al patrono fuera de ciertos casos.

D'Espinay (1) considera los beneficios, nombre que segun él se dá tambien á veces al censo y al precario, como donaciones de tierras que se hacian á los guerreros, y á veces como tierras que se recibian del beneficiario para entregárselas de nuevo; asimila los efectos de la concesion del beneficio á los de la recomendacion; nota la lucha que existia entre los reyes, que querian revocarlos, y los concesionarios, que aspiraban á consolidarlos, venciendo al fin los últimos, puesto que ántes sólo por excepcion habian sido hereditarios; y cita la Capitular de Kiersy, por virtud de la cual se hicieron hereditarios los beneficios que tenian los Condes que gobernaban las provincias, diciendo tambien que no hizo tal Capitular más que sancionar lo que existia de hecho, y que por ella se impuso á los nobles, á las iglesias, etc., la obligacion de respetar igualmente el derecho de sus respectivos beneficiarios, convirtiéndose así todos ellos, de verdaderos usufructos que eran, en propiedades.

Segun Laferrière (2), el espíritu guerrero de las tribus germánicas que se habian asimilado fuertemente el principio de masculinidad aplicándole á la tierra conquistada y distribuida como propiedad alodial, se manifiesta igualmente en los beneficios, posesiones territoriales que los *leudes*, *antrustriones* y *fideles* recibian del fisco real á título de recompensa y con la carga del servicio militar. Los Emperadores romanos, dice,

(1) *Ob. cit.*, lib. 1°, cap. 4°; § 3°.

(2) *Ob. cit.*, lib. 4°, cap. 5°; § 5°.

acostumbraban á desmembrar del dominio imperial bienes que daban á los concesionarios en concepto de remuneraciones. Estos dones territoriales entre los romanos del Bajo Imperio eran irrevocables, salvo el caso de comiso por negligencia ó traicion; pero los reyes merovingios, al distribuir entre sus *leudes* una gran porcion de los dominios que merced á la conquista habian adquirido en todos los puntos del reino, seguian más bien la tradicion germana que el ejemplo de los Emperadores de Constantinopla; reemplazaron con las generosas donaciones territoriales del fisco las prodigalidades de los banquetes, los dones de armas ó de caballos de batalla de las antiguas costumbres germánicas, sin que en este cambio sufriera menoscabo el carácter del patronato y de la clientela militar. Se estableció la regla de que los beneficiarios ingratos ó infieles debieran ser privados de las concesiones; pero además los beneficios por lo general se reputaron temporales ó vitalicios, cosa que conformaba con la movilidad de la clientela germánica. En vano se han buscado garantías contra la inestabilidad de las posesiones y la revocabilidad de los beneficios; á pesar de los esfuerzos de los grandes atestiguados por el tratado de Andelot, y á pesar de la influencia de las tradiciones romanas, este estado transitorio duró muchos siglos, y cuando cesó, una revolucion profunda se habia cumplido. Los lazos móviles de los clientes, como se verá en otro capítulo, se habian convertido en los lazos inmóviles de los vasallos, y los beneficios vitalicios ó revocables se habian convertido en feudos hereditarios.

El Sr. Cárdenas (1) dice, que los reyes, poseedores de grandes alodios, los distribuyeron entre sus parciales, *fideles*, *antrustiones*, *leudes*, etc., dándoselos como retribucion de altos cargos á título de beneficio y con inmunidad de todo servicio, carga, jurisdiccion local, etc. Recuerda que en España se podía disponer libremente de ellos, pero hace notar que el confirmar el Concilio 4º de Toledo esta facultad es una prueba de que ántes no existia y de que fué por lo mismo temporal y re-

(1) *Ob. cit.*, lib. 1º, cap. 4º, § 2º.

vocable el dominio de tales bienes. Añade que á su vez los grandes propietarios alodiales dieron tambien tierras á beneficio; que á la recomendacion de las personas sucedia la de las tierras, la *incomunion*, con la circunstancia de que no podia hacerse ésta sin aquélla, pero sí lo contrario; que aunque hay beneficios hereditarios desde el principio, son por lo general temporales y vitalicios; y que precisamente el esfuerzo de los poseedores consiste en convertir en vitalicios los temporales y en hereditarios los vitalicios.

S. Maine (1) dice, que el beneficio no era hereditario en un principio y sí revocable á voluntad del concedente, ó cuando más vitalicio; de acuerdo con Stubbs (2), afirma que el feudalismo ha nacido de dos grandes fuentes: el beneficio y la práctica de la recomendacion; sostiene que el sistema benefical procede en parte de las donaciones de los reyes y en parte de la recomendacion á los poderosos laicos ó eclesiásticos; que se desenvuelve la propiedad beneficiaria, porque los propietarios alodiales no estaban dispuestos á seguir á grandes distancias á los reyes, y que les seguian los que de ellos dependian personalmente y los unidos por un vínculo derivado de la tierra recibida; que los reyes teutónicos, siguiendo la antigua costumbre de su raza, recompensaron con largueza á sus compañeros de armas, dándoles beneficios; y que lo que movió á aceptar la condicion de dependencia personal que nacia de la recomendacion y del beneficio, era el sistema de responsabilidad civil y criminal que prevaleció en aquellos tiempos, en cuya virtud respondia la familia, la cual es sustituida por el señor cuya proteccion se busca en medio del general desórden de aquellos tiempos.

Hearn (3) explica de una manera nueva la índole del *comitatus* y la de la relacion que nacia de la recomendacion, pues es ésta, segun él, una como extension de la familia (*household*), en virtud de la cual el *mund* ó *mundium* que el jefe de aquella

(1) *Ancient Law*, cap. 8° *Early History of Institutions*, cap. 6°.

(2) *Constitutional History*, I, 232.

(3) Cap. 1°, § 4°.—Cap. 10, § 5°.

tiene sobre la mujer, los hijos, los esclavos y los extranjeros, viene á extenderse á los extraños; y de aquí el doble carácter que tiene aquél en cuanto es jefe respecto de los parientes y los elementos propios de la familia, y es señor respecto de estos otros extraños que constituian el *comitatus*. Como consecuencia de esta explicacion del *comitatus* y de la recomendacion, viene á considerar el beneficio como obedeciendo al mismo movimiento de desintegracion á que es debida la aparicion de los peculios; esto es, que así como estos significan la independencia de los que ántes eran miembros de la familia, la cual era ántes la única propietaria, de análogo modo el territorio que se afirmó primero como de la asociacion de familias, luégo entra en este movimiento de desintegracion, en cuya virtud se concede una parte á los extraños con un carácter más ó ménos revocable, más ó ménos permanente.

Por último, Garsonnet (1) comienza ocupándose de la *recomendacion*, ya que sobre ella descansa la condicion de las personas y el derecho de propiedad del siglo v al x; la define como el acto más ó ménos solemne en cuya virtud un hombre se coloca bajo la proteccion del Rey, de la Iglesia ó de un lego poderoso por su fortuna, poniéndose por decirlo así, en sus manos; rechaza que existiera semejante institucion en la Galla Céltica, ni en el Imperio romano, ni áun entre los germanos ántes de la invasion; aunque reconoce que la preparó la institucion del patronato y la clientela, considerándola por tanto como propia de la época bárbara, y debida á dos causas: á la necesidad que tenia el débil de la proteccion del fuerte, el pobre de la del rico, y al deseo de parte de los poderosos de extender estarelacion sobre los que se sometian, así como sobre la propiedad que bajo su cuidado se ponía. Después de notar cómo por virtud de la recomendacion viene á sustituir el vínculo de la fidelidad al que unía al súbdito con el Rey, coexistiendo ámbos, pero tendiendo éste á relajarse y aquél á fortalecerse, y de indicar la inmensa variedad de formas y de clases de recomendacion, y tambien las distintas condiciones de los

(1) *Ob. cit.*, parte 2ª, caps. 2º y 3º, sec. 1º.

recomendados, de donde procedían las diferencias entre los *vasi dominici* ó *regales*, que ejercían funciones públicas, los *vasi casati*, que recibían tierras para cultivarlas, y los *ministeriales*, que desempeñaban ciertos servicios al lado de los monarcas, clases todas que establecen asimismo los grandes, legos ó eclesiásticos, concluye este punto diciendo que lo que distingue al recomendado del hombre libre es el juramento de fidelidad que prestaba y los deberes más estrechos que de ahí resultan para él, no sin reconocer que los clientes (*vasi*) eran, como en los bosques de la Germania, respecto del patrono *in pace decorum, in bello presidium*, y que todavía en aquel tiempo se usan las denominaciones de *comitatus* y *comites*.

Entrando luégo en el exámen del *beneficio*, dice, que unos se concedieron por pura liberalidad, otros con obligacion del servicio militar, otros con el de pagar un cánon y prestar la *corvea*; y que no es exacto, como dice Eichhorn, que la naturaleza de los servicios separara los beneficios de las tenencias inferiores, pues que á veces se tocan muy de cerca aquellos y las herencias serviles. Segun él, parece indudable: primero, que el nombre de beneficiario no se aplica á los antiguos siervos germanos ni á los colonos ni enfiteutas romanos; segundo, que una intencion benévola y liberal presidió siempre á la colacion de los beneficios; y tercero, que el deber de la fidelidad es el carácter distintivo y la novedad de esta forma de propiedad, por lo cual se relaciona con la recomendacion en la que tiene su verdadero origen. Rechaza que hayan sido siempre los beneficios recompensas de servicios hechos ú ofrecidos, porque se han dado tambien tierras incultas para ponerlas en cultivo; hace notar que los súbditos á su vez han cedido tierras en beneficio, como lo muestra la frase del Código visigodo: *de patronorum donationibus*; que muchos beneficios tenidos por propietarios poderosos se han convertido en alodios; y que aquellos no han sido un desarrollo del precario romano.

Viniendo luégo al punto referente á la herencia de los beneficios, dice: que segun Montesquieu, Robertson y Mably, han revestido aquéllos cuatro formas: revocables á voluntad, temporales, vitalicios y hereditarios; que Roth y Fustel de

Coulanges, considerando incompatible el carácter hereditario con el de usufructo que se les atribuye, lo consideran esencialmente vitalicios, apoyándose en el sentido literal del término, en cuanto significa *beneficio ó favor*, aunque reconociendo el segundo de dichos escritores que se concedía en ocasiones por segunda vez la propiedad; y que según Waitz sólo se concedía el goce ó disfrute, y por el tiempo que duraba la función, pero que la propiedad continuaba siendo de Rey y recibiendo la denominación de *fiscus*. Garsonnet rechaza estas explicaciones, sobre todo la última, diciendo, respecto de la de Roth y Fustel de Coulanges, que no hay que tomar literalmente el término beneficio para sacar la consecuencia que ellos de ahí deducen, y que si el beneficiario no tuviera derecho alguno, no sería ni vitalicio ni temporal: hubiera sido meramente revocable *ad nutum*. Añade que no es de creer que los dueños recomendaran las tierras desprendiéndose de todo derecho sobre ellas, con daño de los herederos, aunque reconociendo que á veces por excepción era vitalicio, y que aún puede confundirse con el precario, contrato semejante con él. Niega resueltamente que haya comenzado siendo precario, como dice Montesquieu, porque la Constitución de Clotario I (500), el tratado de Andelot (587), y la Constitución de Clotario II (604), confirman solemnemente la irrevocabilidad; tanto, que á su juicio, sólo del siglo VIII al IX se introdujeron los beneficios temporales, á imitación de los precarios eclesiásticos; y que en todo tiempo han sido vitalicios y hereditarios. De éstos, los hay desde el principio entre borgoñones, visigodos y lombardos, aunque de hecho no se respetara siempre el derecho del poseedor, sin embargo de haber leyes, la visigoda, por ejemplo, que imponían esta obligación á los Reyes, como lo hacia el Concilio V de Toledo; así que el cambio que se verifica á fines del siglo X, sólo tiene, según él, una trascendencia política en Francia, á diferencia de lo que acontece en Alemania y Lombardía, pues que allí no fueron hereditarios hasta mediados del siglo XI.

En cuanto al extremo de las obligaciones del beneficiario, en lugar de creer con la generalidad que se resumen en la fidelidad, y que consistían en la prestación del servicio de las

armas y de otros civiles ó domésticos al lado del señor, dice, que aquella era consecuencia de la recomendacion y no del beneficio, y que las obligaciones propias del beneficiario consisten en conservar en buen estado la tierra, en no convertirla en propiedad sin la autorizacion del concedente, en prestar los servicios prometidos como precio de la concesion, y que pueden ser, ya el ejercicio de una funcion, ya la prestacion del servicio militar, ya el pago de un cánon ó la *corvea*; sosteniendo que en la época franca, los beneficios de los ministeriales concedidos con el ejercicio de las funciones públicas que tan importantes son en el Derecho alemán de la Edad Media, no debieron distinguirse de los otros, puesto que éstos eran precarios y sometidos á las causas de extincion de los oficios, y que por esto se introdujo con más trabajo en Alemania la herencia respecto de estos beneficios que de los otros. Y, por último, en cuanto á los *militares*, en lugar de reconocer, como es costumbre, que esta forma particular era la más antigua y de aplicacion más general, sostiene que es la más reciente y la ménos extendida. Niega, rechazando la opinion de Serrigny y de Fustel de Coulanges, que los beneficios militares se derivan del Derecho romano, pues aunque sean semejantes en la prestacion del servicio de las armas, difieren en que la herencia es esencial al romano y no al otro; en que aquél es una concesion colectiva y ésta individual, y en que el romano impone un servicio personal y el otro no, cuando se es súbdito del Rey, pues que sólo obliga á concurrir al ejército con un número determinado de hombres. Rechaza la explicacion, hoy muy acreditada, en virtud de la cual se hacen proceder estos beneficios de las costumbres germanas y de las liberalidades de los Príncipes, porque, dice, no se demuestra la continuidad de tal costumbre; lejos de eso, no existe durante la época merovingia, ni era precisa, pues que todos estaban obligados al servicio de las armas, y no aparecen sino con Carlomagno, por virtud principalmente del cambio importante que experimenta la organizacion militar en cuanto, como ya no eran todos soldados con la obligacion de asistir al *Erivan*, sino que merced á la recomendacion se sustraian muchos á este servicio que

era cada día más difícil y costoso por lo prolongado de las guerras y las largas distancias á que se hacían, se va trasladando una parte de la autoridad militar de los Condes á los Señores, cosa que acrecentó la importancia de los grandes propietarios y fué el primer paso en el sentido de la fusión de la propiedad con la soberanía de que debía salir más tarde el feudalismo.

Sea de esto lo que quiera, concluye diciendo el autor, su importancia es decisiva en la historia de las instituciones europeas: en Francia y Alemania donde nacieron, en Italia y en el Nordeste de España, donde no tardaron en ser introducidos, han dado nacimiento al feudalismo cuyos caracteres nos presentan desde la época carlovingia: 1º, concesión de una tierra con servicio militar; 2º, jerarquía, porque los beneficiarios conceden á su vez beneficios; 3º, fusión de la soberanía con la propiedad, porque el beneficiario tiene inmunidad ó está exento de la justicia real. Cuando el establecimiento definitivo de la herencia de los beneficios y la conversión de las funciones públicas á su vez también en beneficios se lleven á cabo, quedará fundado el feudalismo.

Como se ve por la anterior exposición, apenas hay un punto respecto del cual no discrepen grandemente los escritores que lo han estudiado. Si los *beneficios* eran verdaderas donaciones ó concesiones de carácter usufructuario; si iban ó no unidos al ejercicio de una función; si han sido precarios, temporales, vitalicios ó hereditarios, ó todas estas cosas á la vez; si llevaban ó no anejo el servicio de las armas, y si éste era un deber principal ó secundario; si era ó no propia de ellos la obligación del pago de cánón y la prestación de servicios corporales; si proceden de las costumbres germanas ó de ciertas instituciones del derecho romano imperial; en una palabra, naturaleza, condiciones, deberes, origen, todo cuanto se refiere á esta institución es objeto de diversas apreciaciones por parte de los historiadores.

Es debido esto, á nuestro juicio, en primer lugar, al carácter general de una época en que todo aparece con cierta como vaguedad ó indeterminación propia de un período histó-

rico en que todo existe en gérmen y nada completamente desarrollado. Luego, hasta la falta de fijeza en el uso de los vocablos contribuye no poco á esta confusion; y de ahí que los unos tomen el término *beneficio* en un sentido literal, que otros sean inducidos á error por la circunstancia de usarse en ocasiones aquél como análogo y aún como sinónimo, unas veces del precario, otras del censo, y más tarde, como veremos, del mismo feudo. Veamos, pues, de precisar, hasta donde nos sea posible, cada uno de los puntos indicados, y ver si cabe armonizar opiniones tan diferentes.

No cabe duda alguna de que en los comienzos de la época bárbara existen á la par donaciones y beneficios, esto es, cesiones de propiedad sin limitacion alguna, las cuales constituyeron verdaderos alodios, como, por ejemplo, los que hicieron los Reyes á sus *fideles*, *leudes*, etc., y las concesiones que propiamente merecen el nombre de beneficios, esto es, las que lo eran de una parte de los derechos que integran el dominio, las propiedades limitadas en uno ú otro respecto. Asimismo debe tenerse en cuenta que estas últimas, unas veces se hacian yendo unidas al ejercicio de un cargo ó funcion y otras sin él; así como tambien que si los beneficios fueron en un principio concesiones hechas por los Reyes á sus servidores, así como por los poderosos á los que lo eran suyos, más tarde fueron debidos á la recomendacion, en virtud de la cual los poseedores de la tierra, á cambio de garantías para su propiedad y para sus personas, la cedian á los que podian prestarles esta proteccion, y de quienes recibian aquella á seguida con un carácter evidentemente igual ó análogo al en que se concedian espontáneamente los bienes propios, pero cuyo distinto origen no ha podido ménos de influir en el modo de ser de esta institucion.

No parece probable que los beneficios hayan sido en tiempo alguno completamente precarios, esto es, revocables *ad nutum*, porque la falta absoluta de garantías les hubiese privado de todo atractivo é impedido que llenaran fin alguno individual ni social; pero las disposiciones, alguna de las cuales se cita precisamente en apoyo de la opinion de que no lo fueron nun-

ca, como, por ejemplo, las de los Concilios de Toledo en que se garantiza á los beneficiarios la libre disposicion (1) y se ponen trabas á la facultad de disponer de parte de los Reyes (2), viene á demostrar, á nuestro juicio, que si en principio no fueron revocables, en el hecho cuando ménos y por virtud de las circunstancias de aquellos tiempos, lo fueron; y el empeño de los poseedores consistió en consolidar y garantizar su derecho haciendo que se reconociera á los beneficios el carácter vitalicio.

La coexistencia de los vitalicios con los hereditarios no puede ponerse en duda, y como la diferencia es bastante esencial, importa tratar de inquirir el origen de ella. A nuestro juicio, están en lo cierto los historiadores que rechazan el desarrollo, ántes admitido como corriente, segun el cual los beneficios comenzaron por ser revocables, fueron luego temporales, á seguida vitalicios, y por último hereditarios. Pero la coexistencia de estas dos últimas categorías no puede tener explicacion, á nuestro parecer, si no se toma en cuenta la diferencia más arriba establecida entre las concesiones hechas, *motu proprio*, por los dueños de las tierras á los beneficiarios, obligados en su consecuencia á la fidelidad, y las cesiones de aquéllas que hacian sus poseedores á favor de los poderosos para recibirlas luégo de éellos con este carácter de beneficios por virtud de la recomendacion, que si á veces se hacia sólo de las personas, luégo se hizo siempre de tierras y personas, y nunca de aquéllas sin éstas.

Ahora bien; así como es natural que cuando el dueño cedia sus tierras al hombre libre á quien convertia por tanto en beneficiario, repugnara trasmitirlas con carácter permanente y hereditario, lo es igualmente en el otro caso, esto es, cuando el hombre libre cedia al señor ó patrono sus tierras para recibirlas de él á título de beneficios, el que no lo hiciera con daño y perjuicio de sus herederos, como habria sucedido

(1) Citada por el Sr. Cárdenas, el cual cree que ántes no existió esta facultad por ser temporal y revertible el dominio de tales bienes.

(2) Citada por Garsonnet, pero para deducir de ella que nunca fueron revocables ni temporales.

si se hubiese contentado con retenerlas de por vida; ó lo que es lo mismo, que si en el primer caso es lo llano que fuera el beneficio cuando más vitalicio, lo es en el segundo el que fuera hereditario.

Por lo demás, que este último carácter no era la regla general de la propiedad beneficiaria, lo demuestra el hecho manifiesto de haber estado pugnando constantemente los beneficiarios por conseguirlo; y de aquí la lucha entre los concedentes, que trataban de mantener el derecho á recobrar el dominio que no habian cedido en absoluto, y los concesionarios que trataban de consolidarlo en su favor, convirtiéndole de vitalicio en hereditario; á lo cual pudo contribuir el que con el trascurso del tiempo y por virtud de los derechos que el trabajo ha hecho valer siempre, los que tenian beneficios concedidos graciosamente por los señores, estimaron que su condicion se debia igualar á la que alcanzaban los que los habian entregado á aquéllos para recibirlos de nuevo en este concepto. Además es preciso no echar en olvido que los mismos señores que recibian beneficios de los Reyes, cedian éstos á su vez á los hombres libres, con lo cual se iniciaba un comienzo de jerarquía, cuyo desenvolvimiento veremos en la época siguiente, y claro es que estas segundas concesiones, por su propia naturaleza, debieron tener un carácter más revocable, ménos permanente que las primeras de que éllas arrancaban y procedian.

Es otro de los puntos respecto de los cuales disienten más los historiadores, el referente á los deberes que llevaba consigo el beneficio. ¿Era uno de ellos el servicio militar? lo fué siempre? fué el principal? en qué consistia la fidelidad? estaban los beneficiarios obligados al pago de rentas y á la prestacion de servicios corporales? Hé aquí una série de cuestiones que no son fáciles de resolver.

Durante mucho tiempo se ha considerado el servicio militar como lo característico del beneficio, y sin embargo, recientemente, como más arriba hemos visto, algunos escritores sostienen que, léjos de eso, no es aquella obligacion ni la más general ni la primitiva. Nacen, á nuestro juicio, estas disiden-

cias, de que es difícil discernir en aquel tiempo cuándo el deber del servicio militar se exige al individuo en concepto de súbdito y cuándo en concepto de cliente. Si en un principio se hacían estas concesiones en recompensa de servicios prestados en campaña y cuando tenían indudable importancia los bandos de guerreros, siquiera no fuera tanta como la que les han atribuido los que suponen que ellos conquistaron los dominios de Roma, sería extraño que no se procurara dar alguna consistencia al cumplimiento de un deber que tan trascendental era en una época en que la guerra constituía, por decirlo así, un estado permanente, por lo cual repugnamos asentir al parecer de los que consideran el servicio militar como un accidente con relación á la generalidad de los beneficios.

En cuanto á la *fidelidad*, realmente élla distinguía al beneficiario, de una parte, del hombre libre, el cual, independiente, no estaba unido á nadie por vínculo alguno; y de otra, del censatario, el cual recibía tierras con una condición ciertamente análoga á la de las dadas en beneficio, tanto, que en ocasiones se confunden las unas con las otras, pero nunca se atribuyen al censatario los deberes incluidos en ese nombre de *fidelidad*; deberes que indicaban cierta alteza, cierta elevación, y que consistían en servicios de carácter civil ó doméstico cerca del señor, como el de formar parte de su Consejo y de su Tribunal; el servicio de las armas, que, fuera al principio, fuera más tarde, fué sin duda alguna, en la época en que estaba plenamente constituido el beneficio, un deber primordial y esencial del beneficiario.

Por último, en cuanto al pago de renta ó cánón y á la prestación de servicios corporales, nos inclinamos á creer con Eichhorn, que por regla general no iban anejos al beneficio, y que realmente esto lo distingue del precario, del censo, etc. Es verdad que los historiadores que afirman lo contrario, citan textos en que al beneficiario se impone esta carga ó gravámen, pero este hecho puede explicarse teniendo en cuenta que en aquel tiempo no es fácil, ni á veces posible, el distinguir de una manera precisa y clara unas instituciones de otras, y por eso el beneficio á veces se confunde con el precario y

con el censo. De ello son muestra los casos en que se hacen estas concesiones diciendo *in beneficium et censum*, lo cual autoriza á creer que en ocasiones se hacia la concesion con este doble carácter. y por lo tanto, que si en un concepto se imponian al concesionario los deberes que lleva consigo el beneficio, en el otro se le imponian los que eran propios del censo, como el pago de renta, la *corvea*, etc.

Quédanos por examinar el punto referente al origen de los beneficios. Segun hemos visto, quién lo atribuye al *comitatus* germano, considerándole como un desarrollo de la relacion que ántes de la invasion unia ya al patrono con el cliente; quién lo hace derivar del *precarium* romano y mejor aún del *beneficium militar*; y quién, por último, considera que procede de varias causas combinadas, y por consiguiente, en gran parte, de circunstancias históricas de la época misma. Hemos visto que el beneficio engendra un vínculo personal entre patrono y cliente, ó entre concedente y concesionario, el cual reviste cierto carácter por la circunstancia de ser la tierra el fundamento ó lazo de esta union; y hemos visto que si nacen primero los beneficios por concesiones espontáneas hechas por los que ceden su tierra, otras nacen por virtud de la recomendacion de los que la poseen, los cuales se desprenden libremente de ella para recibirla de nuevo con este carácter; y hemos visto, por último, que más pronto ó más tarde, el servicio de las armas va anejo á esta institucion y es el primero de los deberes incluidos en el deber general de la fidelidad.

Ahora bien; no puede ponerse en duda la estrecha relacion que todo esto tiene con las costumbres germanas que en otro lugar hemos examinado: el *comitatus*, las donaciones que hacian los jefes de bando á los guerreros que les acompañaban á campaña, en premio y recompensa de sus servicios; aquel verdadero pacto que se celebraba entre los segundos y el primero, en virtud del cual el patrono debia proteccion al cliente y éste lealtad á aquél; todo esto viene naturalmente á la memoria al estudiar las condiciones del beneficio de la época bárbara. Lo que hay es que esas relaciones que ántes de la invasion eran pasajeras y transitorias, porque no duraban más que

lo que duraba la campaña y luego se deshacian, después, en la época que estudiamos, se hacen permanentes, porque las donaciones no consistieron ya en caballos, escudos, frámeas ó armas, en una palabra, en cosas muebles, sino en cosas inmuebles, en la tierra, y por lo tanto el vínculo se hizo permanente al unirse al suelo. Claro está que de aquí se deriva además otra diferencia que viene en cierto modo á alejar esta institucion de las afines que se encuentran entre las costumbres de los primitivos germanos, y es, que cuando las donaciones consistian en objetos muebles, eran naturalmente íntegras, completas; miéntras que tratándose de la tierra, cabia esa reserva que llevaba consigo el que los beneficios fueran, ya que no revocables, sí meramente vitalicios.

Hay tambien la diferencia de que la recomendacion, tal como era en la época bárbara, no la conocieron los germanos primitivos. Entre éstos existia el vínculo del patronato, que, después de todo, no era sino una forma del *mund* ó *mundium*, esto es, la proteccion que debia prestar el fuerte al débil, pero tenía un carácter meramente temporal en cuanto estaba en íntima relacion con un fin concreto, cual era el de la guerra, miéntras que después de la invasion llega á ser un medio general de obtener esa proteccion con carácter normal y permanente, esto es, en la vida constante y ordinaria, y por esto precisamente la anarquía de aquellos tiempos favorece tanto el desarrollo de la *recomendacion*, la cual se imponía como una necesidad á los débiles que no podian vivir sin ese amparo por parte de los poderosos.

En cuanto á la relacion del beneficio con instituciones romanas, no puede, á nuestro juicio, sostenerse ni por un momento que la tenga muy inmediata con el precario; pero no es tan fácil resolver la que haya podido tener con el *beneficio militar*. Es verdad que las diferencias notadas por Leotard y Garsonnet entre unos y otros beneficios son manifiestas, pero eso no obstante, siempre resulta que hay de por medio una concesion de tierras á la cual va aneja la prestacion del servicio de las armas, siquiera en un caso sea hereditaria y en el otro no, por regla general; en el uno sea el que tiene derecho á

exigirla el Estado y en el otro un particular. En el fondo siempre aparece esta conexión entre la posesión de las tierras y la prestación de ese servicio; y habiendo estado los germanos, como hemos visto en otro lugar, en relación directa durante tanto tiempo con los romanos y disfrutado esas *tierras léticas* que en tal concepto se les daban, no es realmente aventurado el suponer que haya podido contribuir algún tanto al desenvolvimiento de esta institución cuyo gérmen, como más arriba queda dicho, á nuestro juicio está principalmente en las costumbres germanas.

De todos modos, es imposible desconocer que ya sea uno ú otro su origen, ya sean los dos, hay en su desenvolvimiento y en algunas de sus circunstancias características, mucho que es producto indudablemente de las condiciones históricas de la época: el estado de guerra poco ménos que permanente; la organización militar, que, no pudiendo mantenerse en el estado que tenía ántes de la invasión, hubo de sufrir una trascental modificación; las vicisitudes políticas del tiempo que obligaron á los débiles á buscar protección en medio de aquella general anarquía, y hasta los propósitos de los monarcas, sobre todo de Carlomagno, de dar consistencia á aquel modo de ser social, robusteciendo este vínculo que tendía á dar á la sociedad como base la unión del poder con la propiedad, todas estas son circunstancias propias de la época que contribuyeron no poco al desarrollo y desenvolvimiento de esta institución.

V. — PROPIEDAD CENSUAL.

Dificultades de este estudio. — Suerte de la enfiteusis después de la invasión. — Formas de la propiedad censual; las *hospitalitates*; el precario en el derecho eclesiástico y en el civil; ¿son una misma cosa el *censo* y el *precario*? — Diferencias entre la propiedad censual y la beneficiaria; id. respecto de la *servil*. — Influjo que ejercieron en la organización de esta propiedad ciertos elementos tradicionales romanos y germanos y las circunstancias de aquella época. — Juicio de la propiedad censual.

Determinar el carácter verdadero de esta propiedad, las distintas formas que reviste, la relación que guarda con las que acabamos de estudiar y con las que habremos de considerar á seguida, y el discernir hasta qué punto contribuyen á su

desenvolvimiento elementos del derecho romano, otros del derecho germano, y las circunstancias históricas propias de aquellos tiempos, son cosas harto difíciles á causa de la índole de esta institucion que es una de las en que se muestra más ese carácter vago y como borroso que observamos en la organizacion de la propiedad en la Edad media y singularmente en la época bárbara.

Hemos visto en otro lugar cómo apareció en Roma durante el Imperio la *enfiteusis*, institucion que, segun con razon se ha dicho, era una anomalía en el derecho romano, porque es casi la única excepcion del carácter unitario y absoluto con que se nos presenta el dominio en aquella legislacion, miéntras que una organizacion análoga á ella constituye el sistema general de la Edad media. De aquí, que una de las cosas que interesa examinar en primer término, es cuál fué la suerte de la enfiteusis después de la invasion, para ver hasta qué punto pudo contribuir al desenvolvimiento de todas estas formas de la propiedad que incluimos bajo la denominacion de *censual*.

No cabe duda alguna de que la enfiteusis permaneció en Italia merced á haber regido allí entre los ostrogodos y los lombardos la legislacion justiniana, miéntras que en otros países sólo pudo conocerse la teodosiana, por lo cual algunos escritores se inclinan á creer que del lado acá de los Alpes dejó de subsistir, reapareciendo de nuevo en las siglos ix y x tal como está organizada en el derecho de Justiniano. De todas suertes, es de notar que la enfiteusis tenía como requisitos esenciales el laudemio, el comiso y la perpetuidad por regla general, y que era completamente independiente de la condicion de las personas (1).

Veamos ahora las distintas formas en que aparece el *censo*,

(2) Pepin le Hallelu: habla como elemento análogo á la enfiteusis, en esta época que estudiamos, del *liberarius contractus*, el cual se distingue de aquella en que es temporal y á término fijo, y en que puede el concesionario exigir la renovacion de la concesion siempre que pague una suma que es el doble del cánon anual. Era, segun Cujas, una especie de venta en cuya virtud se trasferia la cosa *jure venditionis* mediante una suma pagada de una vez y una renta anual, sólo que la venta era por un plazo á cuya terminacion podian el vendedor ó sus herederos rescatar la cosa, prévio el pago de un precio determinado por el contrato ó por el Juez. (*Ob. cit.*, parte 3ª, § 3.)

este género de propiedad que ocupa un lugar intermedio entre la libre y la servil, para luégo examinar el influjo que en su desarrollo ha podido ejercer la enfiteusis romana.

En primer lugar, segun hemos visto más arriba al hablar de la invasion de los bárbaros, desde los comienzos existe una institucion cuyo origen puramente germano no puede ponerse en duda: las llamadas *hospitalitates*, esto es, aquel derecho en cuya virtud el germano (*hospes*) hacia suyo el tercio de los frutos percibidos por los vencidos en el territorio que se asignaba á cada uno de aquéllos; régimen de participacion en los productos de la propiedad que precedió al reparto. Ahora bien; esta es ya una institucion de carácter censual, porque no se trata aquí del pago de un tributo en reconocimiento del dominio eminente del Estado, y sí tan sólo de una forma particular de distribuir los frutos y los derechos referentes á una cosa, á la tierra, entre dos personas, el romano y el germano, el vencedor y el vencido. Pero además de que esta institucion es puramente transitoria, y en nuestro juicio peculiar de algunos países, al ser sustituida por el reparto, desaparece por completo.

En cambio se halla en muy distinto lugar el *precario*, nombre que para algunos es el genérico que comprende absolutamente todas las formas de la propiedad censual, y para otros sólo una de ellas. Veamos ante todo en qué consistia, para luégo examinar hasta qué punto era debido al derecho romano, á las costumbres germanas ó á las circunstancias de los tiempos.

Todos están conformes en que el precario (*precaria* ó *præstaria*) fué usado, ántes que por nadie, por la Iglesia, y que consistia en un principio en recibir aquélla bienes que entregaba á seguida al mismo donante para que los disfrutará de por vida. Más tarde la Iglesia no se limitaba á devolver los recibidos, sino que entregaba algunos más de los suyos; y, por último, *spontanea voluntate*, llegó á dar los propios con esta condicion, debiendo en todo caso recobrarlos en su dia, consolidándose así en cabeza de élla el dominio pleno y completo. Esta institucion pasa luégo al derecho civil, se hace de

derecho comun y reviste una gran variedad de formas siendo temporal, por un plazo fijo ó revocable, duradera por cinco años ó por más largo tiempo, vitalicia ó hereditaria por una ó más generaciones, etc. El precarista recibía la finca y la usufructuaba con la obligacion de pagar un cánon ó censo, por lo general módico, y, por excepcion, la de prestar ciertos servicios.

Ahora bien; ¿puede sostenerse que este es el *precarium* romano ensanchado y trasformado, como dice Garsonnet, cuando él mismo manifiesta á seguida que cuando se lleva á cabo por la Iglesia, no es gratuito, ni revocable á voluntad, esto es, cuando le faltan dos de los requisitos esenciales del precario romano? Más en lo cierto está, á nuestro juicio, Pepin le Halleur (1) al explicar en qué se parecen y en qué se diferencian una y otra institucion. Es cierto que con frecuencia se emplea en la Edad Media esta expresion del antiguo derecho romano, y aunque difiere un tanto la terminacion de uno y otro vocablo (*precarium*, *precaria*), su etimología es sin duda la misma y se parte del supuesto de que el impetrante dirige una súplica ó ruego al que hace la concesion, y que éste recibe de él una pura gracia; pero la expresion *precaria*, en los documentos de la Edad media, no tiene una acepcion tan precisa y tan rigurosamente determinada como la palabra *precarium* en los textos de los jurisconsultos clásicos. Es sabido que en la legislacion del Bajo Imperio se encuentra el procedimiento ingenioso empleado por la Iglesia para acrecentar su riqueza, y que consistia en abandonar el goce de ciertos bienes, en concepto de usufructo, á una persona que daba en cambio la nuda propiedad de otros que le pertenecian, y cuyo usufructo se reservaba tambien, pero á cuya muerte venia á consolidarse el dominio de unos y otros en cabeza de la Iglesia. Claro es que semejante pacto no tiene ninguna semejanza con el *precarium*, sino que era un verdadero contrato oneroso y conmutativo, y probablemente no ocurrió el emplear el término precario para casos semejantes. ¿Cómo, pues, se explica el uso de expresion tan impropia en la Edad media? Se expli-

(1) *Ob. cit.*, parte 3ª, § 4º.

ca de la manera siguiente: los germanos, que se mostraron más generosos todavía que los romanos respecto de la Iglesia, hacían donación á ésta de tierras; pero á veces el donante procuraba conciliar sus intereses temporales con los espirituales, reteniendo cuando ménos el goce vitalicio de los bienes que entregaba. Esta combinación se realizaba de una de estas dos maneras. Si el donante era un hombre poderoso que sólo pretendía de la Iglesia el auxilio de sus oraciones, declaraba francamente en la carta de donación que se reservaba el usufructo; pero si el donante era de condición más humilde, abandonaba su propiedad sin reserva alguna, y luego solicitaba de la generosidad de la Iglesia la concesión, á título de usufructo, de la tierra de que acababa de desprenderse, solicitud que naturalmente era siempre atendida, y entonces era cuando se cambiaban las dos cartas, la una llamada *precaria*, que era la que enviaba el concesionario á la Iglesia, y la otra *prestaria*, la que daba la Iglesia al concesionario. Mas como la Iglesia hacía con este carácter y *spontanea voluntate* concesiones de sus propios bienes, á los cuales cuadraba realmente el nombre de precarios, se extendió á todos esta denominación, por tratarse de donaciones de la Iglesia y por la analogía de los derechos que en ambos casos tenía el usufructuario en ellos. Este nombre común viene así á expresar cosas muy distintas, pues si en uno de los casos guardaba una estrecha analogía con el *precarium* romano, en el otro en nada se le parecía; y claro es asimismo, que tampoco tenía relación alguna con la enfiteusis, porque, cuando más, á lo que podía asimilarse era al usufructo.

Esta institución, como ántes decíamos, pasó del derecho eclesiástico al civil, y los propietarios la emplearon precisamente con ese mismo doble sentido y carácter con que la utilizó también la Iglesia; y de ahí lo que podemos llamar tierras *concedidas* á censo y tierras *recomendadas* y devueltas con este mismo carácter. Las primeras eran las que entregaban los grandes propietarios, sobre todo los principales jefes que habían recibido vastos dominios de los reyes como resultado de la conquista, á los guerreros que les habían seguido en el

campo de batalla, y que, cuando se hicieron agricultores, entraron en este género de relaciones con el dueño de la tierra, obligándose á pagar por ella rentas y á veces á prestar ciertos servicios. Esta organizacion tiene dos precedentes en las costumbres germanas: de un lado, el que se deriva de la descripcion que hace Tácito, y de que en otro lugar nos hemos ocupado, del siervo de la *gleba*, del representante, segun otros, de los que se llaman luégo *liti*, *lidi*, *aldiones* ó de los colonos; y de otro, en la institucion del *comitatus*, del patronato, aunque aquí reviste ya un carácter ántes desconocido por la circunstancia de consistir las donaciones en propiedad inmueble y no sólo en armas, caballos y objetos de botin, como en los tiempos anteriores á la invasion. Las segundas eran las tierras que su dueño entregaba á consecuencia de la recomendacion, por virtud de la cual se creaba un vínculo entre el recomendado y aquel á quien se recomendaba, y la tierra pasaba al dominio del señor del cual la recibia á seguida el recomendado análogamente á lo que sucedia en el caso anterior. Más adelante veremos si de la recomendacion nacía el beneficio cuando se devolvía la tierra con obligacion de prestar el servicio de las armas, y el censo, cuando se devolvía sin este deber y sólo con el de pagar el cánon.

Ahora bien; ¿eran ámbas una misma cosa de suerte que ya se conceda tierra propia al censatario, ya se reciba de él y se le devuelva, no son estas sino dos formas del precario, como sostiene Garsonnet? Que se encuentran estos términos: *censum et precarium*, usados en los documentos de aquel tiempo, no cabe duda; y que se emplean á veces como sinónimos, no es ménos cierto, y áun puede concederse que el segundo era el genérico, ó por lo ménos, el usado con más generalidad; pero á pesar de todo, no parece probable que se dejara de expresar en el lenguaje la diferencia esencial que, en razon del origen, habia entre las tierras concedidas y las tierras entregadas y devueltas, puesto que como consecuencia de esa distinta procedencia venía á resultar, por ejemplo, que la herencia tenía lugar respecto de la tierra recomendada de pleno derecho, miéntras que no sucedia lo propio con el verdadero precario,

esto es, con la tierra concedida; que en uno de los casos se limitaba el deber del poseedor al pago del cánon, mientras que en el otro además tenía el de prestar ciertos servicios; y que mientras el señor directo tenía determinadas obligaciones, cuyo incumplimiento llevaba consigo la pérdida del derecho y la consiguiente reintegración de la plena propiedad al primitivo dueño, esto es, al recomendado, no era posible eso mismo cuando se trataba de la tierra concedida. Por esto alguien ha resumido esta diferencia, no sin fundamento á nuestro juicio, diciendo que al paso que los recomendados tenían una verdadera propiedad sin otra limitación que el cánon que pagaba al patronato ó señor, los hombres libres, á quienes éste concedía tierras, sólo tenían un *jus in re aliena*; es decir, que en un caso, el dueño es el señor, estando su derecho limitado por el que tiene el terrateniente; y en el otro, este es el dueño, y su derecho es el que está limitado por el que tiene aquel.

En medio de la vaguedad que reina en el modo que cada cual tiene de apreciar los caracteres de estas distintas organizaciones, no puede ponerse en duda que la propiedad *censual* ocupa un lugar entre la beneficiaria y la servil, tanto que llega un día en que se borran todas esas diferencias entre las distintas formas de aquella, constituyéndose con cierta unidad este grado intermedio. ¿Qué es pues lo que la separaba de la una y de la otra? No sólo se empleaban á veces como sinónimos en la Edad Media los términos *census* y *precarium*, sino que en ocasiones se emplean como equivalentes esos dos y el de *beneficium*. Si como generalmente se ha creído, según vimos en el artículo anterior, verdaderamente sólo mereciera este nombre el militar, facilísimo sería distinguir de él el precario ó el censo, porque aquel lleva como carga la prestación del servicio de las armas, mientras que á ninguna de las formas de la propiedad censual va aneja semejante obligación. De todos modos, si bien es verdad que se encuentran á veces, como hemos tenido ocasión de ver, beneficios sin ese deber militar y sólo con el de pagar un cánon, esos constituyen una excepción, siendo por regla general gratuitos, mientras que respecto de los censos precarios sucede precisamente lo con-

trario, pues los gratuitos son la excepcion, en cuanto llevan casi siempre aneja la obligacion de pagar cánon ó renta. Además, la recomendacion en el caso del beneficio produce todas las que son consecuencias de la fidelidad, y esto no existe en ninguna de las formas censuales, ni aún cuando se trate de tierras recomendadas, puesto que nunca nace más que un derecho de carácter territorial, real, pero de ningun modo personal.

En cuanto á la propiedad servil, como pronto vamos á ver, se distingue por su origen, por la extension de los servicios y por la falta de proteccion legal, por lo ménos con carácter general. Las formas que reviste la propiedad *censual* en esta época tienen mucho de nuevas, mientras que la servil se relaciona más estrechamente con elementos anteriores. Esta, por lo comun, es sólo tenida por colonos, *lides* ó siervos, mientras que la censual está en manos de hombres libres y á veces hasta de personas de elevado rango. El precarista, por regla general, sólo pagaba un cánon, y únicamente por excepcion estaba obligado á la prestacion de servicios corporales; al paso que la propiedad servil estaba gravada siempre con ellos; y por último, la censual obtiene la proteccion de la ley, aunque no faltan escritores que lo niegan sin duda por confundirla con alguna de las formas de la propiedad servil, mientras que esta sí lo tiene la que le dá la costumbre amparada por el Tribunal del señor.

¿Cómo han contribuido á la constitucion de la propiedad censual los elementos históricos, ya romanos, ya germanos, y las circunstancias históricas que se producen despues de la invasion? A nuestro juicio, todos ellos tienen alguna parte en su desenvolvimiento: los romanos, más aún que por la enfiteusis, la cual durante esta época sólo se mantiene por excepcion y además tiene con la propiedad censual de entónces un parecido más aparente que real, por la propiedad de los colonos y quizás tambien algo por la condicion de las *tierras léticas* ó beneficios, los cuales tienen una relacion más directa con la propiedad beneficiaria segun hemos visto, pero puede ayudar á explicar la aparicion de ésta que tiene gran analogía

con aquella y que ha podido muy bien surgir de una trasformacion de la misma mediante la supresion de los deberes que eran consecuencia de la fidelidad. Tiene no poco de germana por la relacion de analogía que guarda con la servidumbre de la *gleba*, y tambien en cierto modo con el patronato; con aquella, en cuanto Tácito la describe como imponiendo al cultivador tan sólo la obligacion de pagar una renta ó cánon; con éste, en cuanto ha podido el censo ser debido en parte á una transformacion ó copia del beneficio. Por último, nace, á nuestro juicio, en primer término como una necesaria consecuencia de la conquista, pues que, de un lado, los vencedores comienzan por exigir á los vencidos la tercera parte de los frutos de la tierra (*hospitalitates*), que es la forma más rudimentaria y sencilla del censo; luego, utilizan el trabajo de éstos en el cultivo de sus propiedades, unas veces haciéndolos siervos de la *gleba*, otras, respetando su libertad y concediéndoles con un carácter más ó ménos permanente parte de la tierras que constituian los dominios de los germanos, sobre todo, de los principales de entre ellos.

Para formar juicio acerca de la propiedad censual, es preciso no olvidar que ella sirvió ya entónces para poner en relacion y en contacto á los vencedores con los vencidos, á los hombres libres con los siervos, y que esa vaguedad que se nota entre las distintas formas que reviste y en los límites que la separan de la propiedad superior y de la inferior, esto es, de la beneficiaria y de la servil, precisamente constituye uno de sus méritos, porque si, de un lado, el que con más frecuencia se toma en cuenta, parece que viene á significar una como merma de libertad ó una como servidumbre del hombre libre, de otro contribuye á elevar y levantar al siervo mejorando su condicion, como veremos más adelante. De todas suertes, nótese, que, como decíamos al comenzar, léjos de suceder aquí lo que con la enfiteusis, la cual en nada influye en la condicion de las personas, en estas instituciones censuales de la Edad Media se deciden á veces los derechos y los deberes respectivos, por lo ménos en parte, por esa consideracion, aunque está muy léjos de guardar la con-

dicion de las cosas con la de las personas la relacion estrecha que habremos de observar en la época siguiente (1).

VI — PROPIEDAD SERVIL.

Origen de esta propiedad. — Sus distintas, formas y relacion de las mismas con la condicion de las personas. — Cargas que gravaban esta propiedad. — Derechos de sus poseedores. — Diferencias y analogias con la propiedad beneficiaria y la censual.

Hemos visto que el que era dueño de una propiedad más ó ménos extensa se reservaba el cultivo y explotacion de una parte á que se llamaba el *mansus dominicalis* ó *indominicatus*, y concedia el resto, ya con el carácter de beneficio, ya en concepto de censo, ya con el de una tenencia más ó ménos servil, y de aquí los denominados *mansos ingenuiles, lidiles y serviles*.

No cabe duda alguna que por bajo de la propiedad beneficiaria y de la censual viene otro género de tenencia ó de posesion inferior á aquellas, y que por regla general llevaba consigo una limitacion mayor ó menor de la libertad de los poseedores. La cuestion consiste en averiguar su propia naturaleza y las várias formas que revistió. A primera vista la clasificacion de los mansos en *ingenuiles, lidiles y serviles* parece estar indicando la existencia de tres géneros correspondientes á los ingenuos ú hombres libres, á los lides (2) y á los siervos (3); pero no todos los escritores están conformes en este punto. Así,

(1) Véase Laboulaye, *ob. cit.*, lib. 8º, cap. 5º; lib. 10, cap. 6º: Pepin le Haleur, *ob. cit.* parte 3ª, § 1º al 7º: D'Espinay, lib. 1º, cap. 4º, § 4º: S. Maine, *Ancient Law*, cap. 8º: Garsonnet, *ob. cit.*, parte 2ª, cap. 3º, sec. 2ª.

(2) Segun D'Espinay, las palabras *litus* y *lidus* de las leyes bárbaras proceden al parecer de las raices sajonas, *lathen* y *liten*, que equivalen á la latina *servare*, en cuyo caso vendria á tener el mismo sentido etimologico que la palabra *servus*, *id est, servatus*. Garsonnet, apoyándose en Ducange y en Bandi di Verme, dice que los nombres de *aldi* y *aldionés*, que daban los lombardos á los que llamaban los francos *lidi*, los sajones *lazzi*, los anglo-sajones *ceorli*, y los visigodos *aldeani*, se derivan del término aleman *aldea*. Sea lo que quiera de esta etimología, no nos parece que esté justificada en modo alguno la asimilacion del término *aldeani* del Fuero Juzgo con esos otros usados por los demás pueblos bárbaros.

(3) Es de notar que los siervos se dividían en *casati* y *non casati*, segun que habian recibido ó no un manso, y por esto la condicion de los primeros era más análoga á la de los colonos, mientras que los *non casati* tenían una próxima á la de los antiguos esclavos.

por ejemplo, D'Espinay clasifica á esos poseedores en estos tres grupos: libres, colonos á lides y siervos; de donde se desprende que corresponderian respectivamente, á los primeros los mansos *ingenuiles*, á los segundos los *lidiles*, y á los terceros los *serviles*. En cambio Laboulaye, y lo propio hace Garsonnet, los divide en esclavos extraños al suelo, en lides ó siervos adscritos á la tierra, y en colonos ú hombres libres, que son tambien siervos de la *gleba* aunque de mejor condicion que aquellos; en cuyo caso corresponderian: á los colonos, los mansos *ingenuiles*; á los lides ó siervos adscritos á la gleba, los *lidiles*; y á los esclavos, los *serviles*.

Como no nos ocupamos de la historia del derecho de la personalidad, no tenemos para qué profundizar ni entrar en pormenores respecto de esta cuestion. Basta para nuestro fin hacer notar que Laboulaye incurre en el error de confundir los siervos adscritos á la gleba con los *lides*, y en el de incluir en esta clasificacion los esclavos extraños á la tierra, esto es, los que tienen una condicion análoga á la del esclavo del mundo antiguo, que nada tiene que ver en la cuestion. Respecto del *lide* ó *litus*, en medio de la gran variedad de opiniones que hay acerca de su origen y de su condicion, no ofrece la menor duda que tenian una intermedia entre la del hombre libre y la del siervo. Fuera debida á manumisiones incompletas ó efecto de que algunas tribus habian sido sometidas por otras ó sido hecho tributarias, lo cierto es que no puede confundirse el *lide* ni con el hombre libre ni con el siervo. Además, el mismo Laboulaye, en el capítulo en que habla de los *liti*, *tazzi*, *aldiones*, dice que se les denomina tambien *coloni*; y luégo, en otro en que se ocupa de los colonos, cita, precisamente para fundar la diferencia que establece entre ellos y los *lides*, un documento en que al concesionario se le llama *litus*, término que traduce Laboulaye por *colono*, palabra que pone entre paréntesis. Únase á esto el que en nuestro juicio no es posible incluir el colono en la categoría de los hombres libres, como lo demuestra el hecho de estar adscrito á la gleba al modo que el siervo, segun lo expresa el texto de un documento de aquel tiempo donde se le asimila á éste en los si-

guientes términos: «*colonus autem vel servus ad naturalem servitium, velit, nolit, reddeat.*» Por esta razon nos inclinamos á creer que está más en lo justo D'Espínay cuando dice que la diferencia entre el colono y el *lidge* no fué en un principio sino histórica, en cuanto se dió el primer nombre al que tenía esa condicion conforme al Derecho romano, y el segundo al procedente de las instituciones germanas, sobre todo, con motivo de la invasion; y que luégo llegaron á confundirse formando esa condicion intermedia entre la del hombre libre y la del siervo.

Esta cuestion no tiene para nuestro asunto tanta importancia como la que á primera vista puede parecer, porque todos los escritores están conformes en que, no obstante esa clasificacion de los mansos, no habia diferencias reales por lo que hacia á las cargas y á la naturaleza de los derechos que tenían sus poseedores, y ni siquiera habia correspondencia entre éstos y la condicion de aquéllos, puesto que el siervo á veces tenía mansos *ingenuiles*, el colono los tenía *lidiles*, y el *lidge* *serviles*, aunque nunca el hombre libre los tenía de estos últimos. Consistian las cargas, hablando en términos generales, pues es tan inmensa la variedad que hay segun los paises, y aún en cada uno segun la localidad, que es imposible reducirlas á unidad, en el pago de una renta, cánon ó foro, ya en metálico, ya en especie, y en la prestacion de servicios, ya corporales, como el de cultivar ó labrar un pedazo de la tierra del señor durante cierto número de dias, ya de otro género, como el de dar, por ejemplo, caballos para sus viajes, carros para sus faenas, alimentos para él y su séquito, etc.

En cuanto al derecho de los poseedores de este género de propiedad, variaba, dependiendo á veces de la condicion de aquellos y de la del mismo señor de la tierra; pero no cabe duda de que era hereditaria la del colono y tambien quizás la del *lidge*. No sucedia lo mismo con la del siervo; porque es de notar que, aún cuando no habia diferencia entre los distintos mansos de la clasificacion arriba expuesta, la habia entre los derechos que tenían los cultivadores de la tierra, pues que variaba segun era su condicion. Así, en general, puede estable-

cerse la diferencia, en este respecto, entre el siervo, el *lidge* y el colono, diciendo que el siervo, aunque por lo general no era separado de la tierra, podía serlo, y dicho se está con esto que no era, no ya hereditaria, pero ni siquiera permanente su propiedad, mientras que el *lidge*, si bien paga tributos y presta servicios como el siervo, son sus derechos fijos y estables, ya porque los determina ley, ya porque están consignados en la carta de concesion. Por lo que hace á la diferencia entre el *lidge* y el colono, que, como queda indicado más arriba, á nuestro juicio fué meramente histórica, consistia, segun Laboulaye, en que los colonos tenian, no sólo peculio, sino bienes propios, y pagaban tributos más ligeros. Pero aquí, segun acabamos de decir, incurre este escritor en el error de confundir los colonos con los hombres libres, por llegar á una correspondencia con los mansos *ingenuiles*. Dice que aquéllos tenian bienes propios, que se dividian en adquiridos y hereditarios, estando los últimos exentos de todo tributo, sin que respecto de ellos asistiera ningun derecho sucesorio al señor, y si sólo uno de traslacion de dominio. Pues bien, á nuestro juicio, se confunde aquí al colono, ó sea al que sólo tiene una verdadera tenencia servil, con el hombre libre, el cual, dueño de bienes propios, esto es, alodiales, recibe del señor esos mansos *ingenuiles*, que recibian esta denominacion en cuanto los cultivaba un hombre libre, pero que tenian el carácter general de la propiedad servil en cuanto reconocian la misma procedencia y estaban gravados con los mismos tributos y las mismas cargas.

De todas suertes, por encima de esta gran vaguedad respecto á las diferencias que separaban las distintas formas de la propiedad servil, siempre resulta la tendencia á establecerse una como correlacion entre ellas y la condicion de las personas, así como que es una clase de posesion ó de tenencia inferior á la beneficiaria y á la censal, y que se hallaba, por lo general, en manos de personas cuya libertad estaba más ó menos mermada. Pero á semejanza de aquellas dos, arguye en el cultivador ó poseedor un derecho que, como veremos más adelante, tiende á hacerse perpétuo á la par que el del censa-

tario y el del beneficiario, Y éste es precisamente el progreso que significa la servidumbre de la *gleba*, porque si bien no es hereditario el derecho del siervo en los primeros tiempos, como lo es el del colono y el del *lode*, de hecho adquiere cierto carácter de perpetuidad, tiende á revestir aquél, y llegará un día en que lo conseguirá mediante trasformaciones que habremos de estudiar más adelante. Este movimiento se facilita cuando los siervos y colonos llegan más tarde á confundirse, mejorando aquéllos de condicion, empeorando éstos, y cuando forman unos y otros aquellas asociaciones que comienzan en esta época, y que se desenvuelven en la siguiente, sirviendo de base á otra forma de la propiedad comun ó colectiva (1).

VII. — RELACION DEL DERECHO DE PROPIEDAD CON OTRAS ESFERAS DEL DERECHO.

Con el derecho de la personalidad; tendencia á establecer una relacion de correspondencia entre la condicion de las personas y la de la tierra; relacion con el *comitatus*. — Con el derecho de sucesiones; introduccion del testamento; sucesion legitima; contraste entre la sucesion romana y la germana. — Con el derecho de obligaciones; solidariedad de la familia; simbolismo en la trasmision de la propiedad. — Con el derecho penal; carácter del *wergeld* ó composicion; su relacion con el derecho de propiedad. — Con el derecho procesal; la jurisdiccion del señor; pruebas. — Con el derecho político; su influjo en la propiedad y en el desenvolvimiento de la aristocracia y de la institucion real.

Al examinar el derecho de propiedad de los primitivos germanos, hicimos ya notar las relaciones que mantenía éste con las restantes instituciones jurídicas, las cuales existían allí como en gérmen, y se desenvuelven, con motivo de la conquista principalmente, en la época que ahora estudiamos.

En primer lugar, por lo que hace al derecho de la personalidad, salta á la vista que comienza á determinarse una correspondencia, aunque un tanto vaga é indecisa, entre la condicion de las personas y la de las tierras, puesto que en general puede decirse que el *alodio* es la propiedad del hombre libre; que el noble la tiene á su vez de ese género, y, en cuanto de-

(1) Véase: D'Espínay, *ob. cit.*, lib. 1º, § 4º. Laboulaye, lib. 10, cap. 2, 3, 6, 8, 9, 10; Garsonnet, parte 2ª, cap. 3º, sec. 3ª.

pendía del Rey la *beneficiaria*; que el siervo está unido ó adscrito á la *gleba*, y que entre los hombres libres y los siervos hay una clase intermedia que posee una propiedad cuya condicion es tambien intermedia entre la alodial y la servil. Pero importa, sin embargo, recordar que, segun en otro lugar hemos dicho, la clasificacion de los mansos en *ingenuiles*, *lidi-les* y *serviles*, no guardaba una absoluta correspondencia con la condicion de los poseedores, puesto que á veces eran alternativamente tenidos unos ú otros por hombres libres, colonos ó siervos, así como tambien que no es cosa llana distinguir de una manera clara y precisa la propiedad censual de la servil ni de la beneficiaria.

Es evidente la correspondencia entre la propiedad alodial y la condicion del hombre libre; no lo es ménos que acusa una subordinacion de persona á persona la propiedad beneficiaria, y luégo viene esa otra clase intermedia, la censual, cuya condicion depende, á nuestro juicio, de dos motivos: de un lado, de la naturaleza de los servicios que el poseedor está obligado á prestar, puesto que miéntras habia unos que se estimaban propios del hombre libre, otros lo eran del que era más ó ménos siervo, al paso que, por el contrario, el servicio militar se consideraba característico de la libertad y señal de élla; y de otro de que la recomendacion venia á alterar estas relaciones, porque si, de una parte, mediante élla se evadia precisamente este servicio militar que habia sido como el distintivo del hombre libre, de otra venia á crear entre el recomendado y la persona á quien éste se recomendaba, relaciones que no eran uniformes, sino que variaban segun que alcanzaba la recomendacion sólo á la persona ó junto con ella tambien á la propiedad. Resulta, pues, que hay como una tendencia á establecer esa como ecuacion entre la condicion de las personas y la de la tierra, pero que en esta época todavía no llega á determinarse de una manera precisa y acabada.

Otro punto del derecho de la personalidad que tiene estrecha relacion con la propiedad, es el referente á la institucion del *comitatus* (*gasundchaff*, *thanehood*, *cortejo*, *séquito*, *patronato*). En otro lugar hemos visto lo que era éste entre los primi-

tivos germanos, y si bien no todos están conformes en el modo de estimar su influjo en la época bárbara, ni su relacion con las instituciones propias de la misma, no es posible poner en duda el papel importantísimo que durante élla desempeña en el desenvolvimiento de la organizacion social, y singularmente de la propiedad. Aunque, como ya hemos dicho más arriba, no fueron, á nuestro juicio, ciertamente los bandos guerreros los que llevaron á cabo la conquista de los dominios de Roma, no cabe duda de que se estableció entre todas las tribus germanas este género de vínculo entre patronos y clientes, y que continuaron recompensando los jefes á sus guerreros con donaciones ó presentes. La diferencia estriba en que ántes de la invasion se donaban bienes muebles, como armas, y en general el botin ganado en campaña, miéntras que después lo fué la tierra, la propiedad inmueble; y de aquí estas cesiones, ya con carácter de verdaderas donaciones, ya con el de beneficios que los reyes hacian á los jefes que les seguian, y que éstos á su vez hacen á los guerreros que les acompañan en el campo de batalla; relacion que tiene tanta más importancia cuanto que viene á establecerse y desenvolverse al lado de otra anterior y natural, cual era la propia de la tribu que arrancaba de la comunidad de origen, esto es, que tiene un carácter familiar ó patriarcal. De donde resulta que vinieron á coexistir lá autoridad del grupo que procedia de un mismo tronco y que formaba una como asociacion originaria, natural, primitiva, y esta otra que nace de un modo, por decirlo así, artificial y por virtud del pacto, de este hecho que tanta trascendencia tiene en toda la historia ulterior de Europa.

Por lo que hace al derecho de familia, importa señalar dos puntos. El primero se refiere á que tambien entre los germanos, no obstante su individualismo, que, como veremos más adelante, tanto se exajera por los historiadores, el verdadero dueño de gran parte de la propiedad era realmente la familia. De otro modo no tendrian explicacion, por ejemplo, la inalienabilidad de ciertos bienes, esto es, de los propios ó hereditarios, así como tampoco el que cuando se llega á autorizar su

enajenacion, es con la intervencion y el consentimiento de los hijos, de los herederos; ni el retracto gentilicio, que en una ú otra forma se encuentra en las más de las leyes germanas, y que tanto se desenvuelven en la Edad Media; ni la distincion tan fundamental en esta época entre los bienes propios y los adquiridos, la cual señala el mismo movimiento que hemos notado en todos los pueblos, en virtud del cual se inicia la individualizacion de la propiedad en cuanto una parte se supone de la familia, y por eso es inalienable y se denominan los bienes que la constituyen propios ó hereditarios, y otra ya se atribuye á aquél que la adquiere y la posee, y por eso se llaman los bienes que la forman adquiridos, teniendo, respecto de ellos, el padre una libertad para disponer de que carece respecto de los otros.

El otro punto se refiere al régimen económico de la familia. Es sabido que al contrario de lo que acontecia en Roma, el marido es quien dota á la mujer: *dotem non uxor marito offert* (1), mientras que aquélla sólo le ofrece un ligero presente en señal de la vida en comun que van á hacer: *atque invicem ipsa armorum aliquit viro offert* (2); dote que constituye la propiedad de la mujer perteneciendo la administracion y el usufructo de élla al marido, determinándose así un régimen que, segun ha dicho Laboulaye, es como un término medio entre el de la *manus* y el puro régimen dotal romano, en cuanto es más libre que el primero y más íntimo que éste. Además, la mujer recibe el llamado *morgengabe* ó donacion de la mañana que le hace el marido al dia siguiente de la celebracion del matrimonio.

¿Existe entre los germanos, en esta época, el sistema de comunidad, por lo ménos el parcial ó de gananciales? Por muchos se ha sostenido la afirmativa, fundándose en el derecho que la mujer tiene á una parte de los bienes del marido cuando sobrevive á éste, y que consistia, segun las tribus, en un tercio, una mitad, la parte de un hijo, etc., y variaba segun que se

(1) Tácito, *De moribus germanorum*, párrafo 18.

(2) *Ob. cit.*, párrafo 48.

trataba de los bienes muebles ó inmuebles. Pero Laferrière ha demostrado que es un error; que no es aquél más que un mero derecho de supervivencia, el cual, léjos de corresponder á ambos cónyuges, le tiene sólo la mujer, y que además no consistía en el derecho á una parte, ya igual, ya proporcional á los bienes aprobados de los adquiridos por el matrimonio, ó de los gananciales. Unase á esto la circunstancia de haber de sobrevivir la mujer al marido para ganarlos, de donde resulta que, léjos de tener los herederos de aquélla un derecho perfecto á esa parte de bienes, ya muera ántes, ya después del marido, sólo cuando le sobrevivía los adquiría y los podía transmitir á aquéllos, y se comprenderá que no existía entónces todavía, por lo general (1), ese régimen económico. Lo que si es cierto es que verdaderamente este modo de organizar la propiedad de la familia acusa una comunidad, que si de una parte se separa de la confusion que implicaba la primitiva *manus* romana, se aparta todavía más de la separacion que acusa el régimen *dotal* del derecho romano imperial; y más adelante veremos como la dote germana, el *morgengarbe* y ese derecho de supervivencia, junto con las modificaciones que experimenta la condicion jurídica de la mujer con el tiempo por virtud de las circunstancias históricas, hacen que se desenvuelva en la época siguiente el sistema de una verdadera comunidad.

El derecho de sucesiones acaba de mostrar el verdadero carácter del de propiedad en esta época, y sobre todo las estrechas relaciones que guarda con el de familia. Segun vimos, entre los germanos primitivos era completamente desconocido el testamento; es decir, que allí, como en todo pueblo primitivo, precede la sucesion legítima á la testamentaria. Tanto es así, que áun después de la conquista fué penetrando lentamente esta institucion, y no sin ser precedida por los pactos sucesorios tan opuestos al espíritu romano; y esto con más ó ménos dificultad segun las tribus, pues que no estuvieron todas ellas igualmente dispuestas á seguir el ejemplo del derecho

(1) Entre los visigodos existía ya, pero no en los demás pueblos.

romano, ni á escuchar los consejos de la Iglesia que extiende y propaga el testamento.

La sucesion legítima se caracterizaba ante todo por el principio de masculinidad, aplicado, no á todos los bienes, sino á algunos, en general á los alodiales, esto es, á los bienes que constituian propiamente el patrimonio de la familia. ¿Cuál puede ser el origen de este derecho? A nuestro juicio es debido á dos causas. En primer lugar, á la que es comun á todo pueblo primitivo, á que ántes de la invasion la única propiedad privada que existia entre los germanos era la de la casa y del terreno contíguo, y esta pertenecia á la familia, de ella no salia, y para que no saliera, debia continuar como en cabeza de uno de los varones. La segunda es, que estos bienes fueron debidos en parte á la conquista, y fueron ganados cuando la guerra se podía considerar casi como el estado permanente; y de aquí que se estimara que la propiedad debia ir á poder de los que eran miembros activos de la familia y de la sociedad, es decir, de los varones que podian empuñar las armas y defender á aquella. Esta razon del momento y aquella otra encaminada á mantener los bienes en la familia determinaron la generalidad del principio de masculinidad que encontramos en todas las leyes germanas, sin más excepcion que la visigoda, y con la única diferencia de que unas leyes llaman á las hijas cuando no hay hijos, y otras las posponen hasta á los parientes agnados de cuarto y quinto grado.

Además el derecho de sucesion de los germanos es poco favorable al principio de representacion, que no admiten sino aquéllos que fueron más influidos por el derecho romano; lo es poco á la sucesion de ascendientes, si se exceptúan, entre las leyes primitivas, las de los lombardos únicas que los menciona; y en cuanto á la sucesion de colaterales se determina no por el principio romano de la proximidad del grado, sino por el principio de la *parentela* (1).

(1) Esto es, que se toma en cuenta, no la distancia, medida por generaciones, que separa al difunto del heredero ascendiendo por ambas líneas hasta llegar al tronco comun, sino de la mayor ó menor proximidad á un tronco más cercano. De ahí, por ejemplo, que, segun el principio romano de la proximidad del grado, es

En cuanto á si se llevó tambien el principio de masculinidad á la sucesion de colaterales dando preferencia á los agnados sobre los cognados, miéntras el Sr. Cárdenas lo afirma, Laboulaye dice que quizá existió esta preferencia de los parientes paternos sobre los maternos, puesto que tanto se desenvuelve en la época siguiente, pero que no hay motivo para asegurarlo. Alguno hay, puesto que precisamente el mismo escritor cita una disposicion de la ley de los *thuringios*, en virtud de la cual los agnados paternos suceden hasta el quinto grado, pasado el cual la hija recibe toda la sucesion, así la de la madre como la del padre (1). De todas suertes, es indudable que no es característico de esta época este principio, el cual, así como el que se expresa en la conocida frase: *paterna paternis, materna maternis*, corresponde á la siguiente.

Una de las causas que contribuyeron á modificar este órden en el sistema de sucesiones, fué precisamente el testamento, el cual, segun hemos visto hasta aquí, acusa siempre una mayor libertad y una mayor individualizacion en la propiedad, y por esto los germanos empezaron á servirse de él para relajar y modificar en parte estos principios. Así, por ejemplo, por medio del testamento el abuelo llama á la herencia al nieto cuyo padre habia muerto, el cual, segun rigurosos principios no tenía derecho alguno, pues que ellos no conocian la sucesion por representacion, y llama á la hija, modificándose así el principio de masculinidad, como lo demuestra una célebre fórmula de Marculfo, que dice así: «*Rige entre nosotros una costumbre antigua, pero impía, que niega á las hermanas el derecho de repartir con los hermanos la tierra paterna* (2); pero yo, pensando en esta

preferido el tío al nieto de un hermano, porque aquél está en tercer grado, mientras que éste lo está en cuarto; al paso que, segun el principio de la parentela, es preferido el nieto del hermano al tío, porque para señalar el parentesco entre aquél y el difunto basta ascender al padre de éste, mientras que el tronco comun de él y del tío es el abuelo.

(1) Y por cierto que añade la ley: «La herencia pasa de la lanza al huso;» palabras que están indicando bien como una de las razones del principio de masculinidad en esta época es el relacionado con la defensa, con el estado de guerra á que ántes aludimos.

(2) «*Diuturna sed impia consuetudo inter nos tenetur ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant.*»

impiedad, y amándolos á todos por igual, puesto que Dios me los ha dado á todos igualmente, he querido que después de mi muerte gocen todos sin diferencia de mi propiedad. Así, querida hija mia, te instituyo por este documento mi heredera legítima, y te doy una parte igual en toda mi sucesion á la de tus hermanos, mis hijos. Quiero que participes por igual con ellos del alodio y de lo que he adquirido, y que en modo alguna tengas una porcion menor que la suya.» Este hecho indica cómo iban desapareciendo las razones á que originariamente habia sido debida esta organizacion.

Nada tan señalado como el contraste que forman el Derecho romano imperial y el germano en materia de sucesiones. En aquél la unidad de patrimonio, la igualdad entre los sexos (salvo la singularidad de las herencias militares y de las tierras léticas), el principio de representacion, la tendencia á favorecer á los ascendientes, la proximidad de grado respecto de los colaterales; y en éste, el principio de masculinidad, la distincion de bienes segun la cual mientras aquél se aplica á los alodiades ó patrimoniales, los adquiridos se distribuyen por igual entre los herederos sin distincion de sexos; la ausencia de la representacion, el poco favor para los ascendientes, el principio de la parentela para los colaterales.

En cuanto al derecho de obligaciones, es de notar, en primer lugar, que por el contrato se establece una relacion que no era meramente de individuo á individuo, sino más bien de familia á familia. En las más de las leyes germanas se encuentra consagrada esta solidaridad en virtud de la cual no sólo se obligaban todos los miembros de aquélla por las obligaciones que contraia cada uno de sus miembros, sino que se trasmitian hereditariamente las deudas así contraidas. Esta solidaridad unas veces transcendia á círculos superiores como la *centena* ó *hundred*, y otras se creaba por medio de pactos, como acontecia con las asociaciones llamadas *gildas*, que comienzan en esta época y tanto se desenvuelven en las siguientes. Además, es de notar el simbolismo empleado en los contratos cuando éstos tenian por objeto la trasmision de la propiedad, el cual en parte responde al genio y carácter del pueblo germano, y en parte era un vestigio ó recuerdo de principios anterior-

res cuya razon de ser habia desaparecido. Así, por ejemplo, no eran los mismos los requisitos exigidos cuando la que se transmitia era la propiedad de la tribu, pueblo, lugar, etc., que cuando una que pertenecia á la familia, así como variaban segun que se trataba de bienes hereditarios ó patrimoniales ó de bienes adquiridos, pues, segun hemos dicho más arriba, aquéllos piden el consentimiento de los hijos que no era necesario respecto de éstos; y sin embargo, continúan usándose en parte símbolos y fórmulas que respondian á la primitiva organizacion de la propiedad, como si no hubiesen nacido estas distinciones.

Con el derecho penal tiene una estrecha relacion el de propiedad, por el papel importante que juega en esta época el *wergeld* ó la composicion. Es sabido lo que era la *faida* ó derecho de venganza entre los primitivos germanos, y como se renunciaba ya entónces al ejercicio de tal facultad, pues que Tácito dice que no eran inexorables, y que se apaciguaban mediante donaciones ó entrega de animales y ganado mayor y menor, que hacia la familia del ofensor á la del ofendido. Este es el gérmen de la composicion ó del *wergeld*, el cual era un rescate á la par que una indemnizacion, puesto que, además del pago de ésta por el daño sufrido, significaba la renuncia al ejercicio de la *faida* (1). En su virtud determinaba una série de derechos y deberes entre las familias respectivas, pues los mismos que tenian la facultad de ejercer la *faida*, recibian participacion en la composicion, así como todos los miembros de la familia del ofensor venian obligados al pago de la misma; y la sucesion hereditaria respecto del *wergeld* se regia por principios especiales relacionados con este origen. De ahí, por ejemplo, que tuvieran un derecho igual los parientes de ambas líneas, porque en su caso hubieran tenido que responder; de ahí, la exclusion de las mujeres porque no podian ejercitar el derecho de venganza, etc., etc. Precisamente por esta trasfor-

(1) Habia además el elemento del *fredum*, cuya naturaleza no es igualmente apreciada por los escritores, pues miéntras que segun unos era como la multa que se pagaba al Estado por haber roto la paz pública, como dice Tácito, segun otros, era el importe de los gastos que ocasionaba el juicio.

macion de la *faida* en la composicion, en el pago de una cantidad, tenía el derecho penal de la época bárbara un desarrollo que á primera vista ha llamado la atencion de algunos escritores, quienes han sido inducidos á creer que era debido á que era entónces mayor la criminalidad, lo cual es un error manifiesto. Lo que sucedia era que se convertia el derecho penal en una rama del derecho civil, ó mejor dicho, del derecho de obligaciones; y si se determinaban con tanta minuciosidad y tantos pormenores los delitos y las penas, era porque venia á resolverse en una cuestion de indemnizacion, y de aquí la relacion inmediata que tiene con el derecho de propiedad.

En cuanto al derecho procesal, es de notar, en primer lugar, que con la propiedad aparece ya unida en esta época una forma de la jurisdiccion, la patrimonial, la que ejerce el señor ó patrono respecto de sus beneficiarios, colonos, *lides*, siervos, etc., en una palabra, sobre los unidos á él por alguno de estos vínculos que tan estrecha relacion tenian con la propiedad. Se distingue esencialmente de la *inmunidad*, esto es, de la concesion que hacian los Reyes, en virtud de la cual quedaban el señor y los habitantes de aquel territorio exentos de la jurisdiccion real; porque ésta, que era concedida, alcanzaba á todos los propietarios y hombres libres del territorio, miéntras que la patrimonial sólo se extendia á los unidos con el patrono ó señor por un vínculo relacionado con la tierra. Importa hacer notar este dualismo, porque hemos de ver más adelante que uno de los caracteres que determinan la trasfomacion ulterior de la propiedad, la transicion al feudalismo, es precisamente su resolucion. Además, si de una parte fué así la propiedad fuente de jurisdiccion, en cuanto ella la atribuia sobre los que cultivaban con cierto carácter la tierra, de otra, la distinta condicion de los poseedores de la misma vino tambien á influir en la organizacion de los Tribunales que al lado de los señores, condes, etc., administraban justicia, en cuanto ellos determinaban quiénes eran los *pares* ó los iguales. Por último, no debemos concluir este punto sin hacer notar, que algunas de aquellas *ordalias* ó pruebas de Dios, tan

frecuentes en aquella época, así como el duelo, se aplicaban también á los asuntos civiles, y que por lo mismo las cuestiones de propiedad se resolvían á veces empleando esos medios.

Por último, el derecho político aparece, quizás más aún que todos los anteriores, en estrecha relacion con el de propiedad. De los tres elementos que en la organizacion política de los primitivos germanos observamos en el capítulo anterior, el uno, que es allí el principal, el popular, representado por las asambleas, decae en esta época; mientras que los que allí existen sólo en germen, la aristocracia y la institucion real, son precisamente los que se desenvuelven. A este resultado contribuyen en primer término y de un modo directo la conquista y las donaciones territoriales, que son su consecuencia, y por virtud de las cuales principalmente surge esa aristocracia con tal fuerza que ya no puede ofrecer duda alguna su existencia. Por la primera de esas causas la institucion real adquiere un desenvolvimiento que ántes no tenía, puesto que en las tribus mismas que la conocian era el Rey un conductor de los ejércitos, un jefe militar, y no otra cosa; tanto, que aún después de la conquista, varía su condicion segun las tribus de que se trata; así que se muestra muy desarrollada en la ley *visigoda* y en la *borgoñona*, y todo lo contrario entre los *ripuarios* y los *anglo-sajones*. De otro lado, no contribuye ménos á ese desarrollo la propiedad, en cuanto los reyes, como se apoderaron de todas las tierras del fisco romano y de muchas de los vencidos, tuvieron á mano medios para recompensar á los nobles que los seguian, y crear el género de vínculos que de aquí nacia.

Además es preciso tener en cuenta que algunos de estos señores, condes, duques, etc., que tenian la jurisdiccion patrimonial, de que más arriba hemos hablado, respecto de sus colonos, siervos, *lides* y hombres más ó ménos libres que poseian la tierra, desempeñaban por delegacion de los monarcas la direccion ó gobierno de las provincias ó comarcas á cuyo frente estaban, y no ciertamente con carácter hereditario y ni siquiera permanente, puesto que cuando los hijos los heredaban en el ejercicio de esa funcion, era porque el Rey les confirmaba

en ella, sino que era entónces revocable. Pero téngase en cuenta que á la sazón la guerra era como el estado permanente de aquella sociedad; que en ella halló siempre el germano la ocasion de contraer el principal mérito que el hombre podia alcanzar; que la propiedad, derivada de la conquista y debida á esas donaciones remuneratorias, fué por lo mismo una señal de valor, de poderío, en una palabra, de estimacion, y se comprenderá como era natural que recayera el nombramiento y eleccion de estos jeñes en los mismos que por razon de su riqueza ejercian aquella jurisdiccion propia, y hé aquí otro dualismo que veremos tambien cómo se resuelve más adelante.

En resúmen, las relaciones que existen como en gérmen entre los primitivos germanos entre el derecho de propiedad y las restantes instituciones jurídicas, no sólo se desenvuelven en la época bárbara, sino que adquieren un carácter peculiar y propio, que es debido, en primer término, al hecho de la invasion, y en segundo, al papel importantísimo que desde entónces comienza á desempeñar la propiedad inmueble, cosa que no pudo tener lugar cuando el dominio privado de la tierra era una excepcion entre los primitivos germanos.

VIII. —INDICACIONES REFERENTES Á LOS PRINCIPALES PAISES DE EUROPA.

Razon de este estudio. — *España*; distribucion de la tierra; clases de propiedad; relacion con otras esferas del derecho. — *Italia*; el derecho romano en este país; la propiedad de los vencidos; influjo del derecho romano en las *leges langobardorum*. — *Francia*; distribucion de tierras; propiedad alodial; sentido del término, *terra salica*; beneficios; propiedad censual; propiedad comunal; diferencias entre unas y otras provincias. — *Alemania*; propiedad comun; id. alodial; id. beneficiaria y censual. — *Inglaterra*; la *mark* ó *township*; la propiedad privada; *bokland*; *folklund*, *gafolland*, etc.; analogia de esta organizacion con la del continente.

Como complemento de lo que queda dicho sobre el carácter general con que se muestra el derecho de propiedad en la época bárbara, vamos á hacer algunas sumarisimas indicaciones respecto del particular con que aparece en cada uno de los principales países de Europa; porque es de notar, que segun influyeron más ó ménos en las costumbres de los bárbaros, y

consiguientemente en su legislación, el derecho romano y el canónico, principalmente aquel, así se conservan en las leyes que se dictaron después de la conquista con mayor ó menor pureza las primitivas instituciones de los germanos. Por esto es posible ordenar las leyes germanas hechas para los vencedores en una série que comienza en las más influidas por el derecho romano, como la borgoñona, la visigoda y las lombardas, y termina en aquellas en que no es posible descubrir vestigio alguno de semejante influencia, como por ejemplo, las de los turíngios, sajones y alemanes.

ESPAÑA.

Es sabido que el Código de Eurico, si hemos de juzgar por la parte que de él nos es conocida, muestra numerosos elementos romanos al lado de instituciones germanas que ponen de manifiesto el parentesco, por algunos negado, entre los visigodos y los demás pueblos bárbaros; y más aún se observa este influjo en el Fuero Juzgo que vino á ser un Código territorial, á diferencia del anterior y del Breviario de Aniano ó Código de Alarico, que habian sido personales ó de raza. En ambos Códigos ocupa lugar preferente la cuestion de límites, y en el segundo, sobre todo, al dirimir las prolongadas discusiones que se habian originado de la primitiva division que hicieron los godos atribuyéndose los dos tercios de las tierras y dejando á los vencidos el tercio restante; y de aquí la denominacion de *tertia romanorum*, que se usa con ménos frecuencia en el Fuero Juzgo que en el Código de Eurico, porque corresponde aquel á una época en que se habia verificado hasta cierto punto la fusion de ambos pueblos, y así se emplea preferentemente el término comun de *sortes goticæ vel romanæ*.

El libro 10 del Fuero Juzgo está lleno de disposiciones dirigidas á este fin: al castigar severamente al que quebrantare el pacto de la division primitiva invadiendo la propiedad de su compañero; al imponer la obligacion de respetar el derecho de los vencidos en la propiedad comun; al establecer la prescrip-

cion extraordinaria de cincuenta años para que fueran respetadas las que en un principio habían sido usurpaciones; al procurar la conservación de los antiguos linderos, etc., etc. Todo demuestra cómo los vencidos no se habían avenido fácilmente á la situación de cosas creada por aquel reparto llevado á cabo en nombre del derecho de conquista.

Por lo demás, encontramos entre los visigodos clases de propiedad correspondientes á los tipos más arriba examinados. Así, hay la propiedad *comunal*, constituida por los montes y bosques que quedan indivisos y de que disfrutaban godos y romanos (1). La corona, que se adjudicó una parte de la tierra conquistada, hacía con ella donaciones á los *curiales* y *privados de Corte*, quienes quedaban obligados á pagar por ellas una renta y ciertas prestaciones de servicios, uno de ellos el militar, sin que pudieran enajenarla libremente. A la vez puede considerarse como verdadera propiedad *alodial* la que tenían los nobles, pudiendo disponer de ella á su arbitrio, y parte de la cual daban á su vez á sus clientes ó *bucelarios*, quienes contraían obligación de prestar el servicio de las armas á la par que en caso de infidelidad perdían los derechos adquiridos. Y por último, era verdadera propiedad *censual* la que correspondía á los colonos, esto es, á los siervos manumitidos y que luego adquirían esta condición mediante la cual iban unidos á la tierra que cultivaban con la obligación de ciertas prestaciones reguladas en gran parte por lo que respecto de los colonos estableció el Breviario de Aniano; y al lado de esta propiedad del colono ó censual, existía también la *precaria* unas veces temporal, otras sin tiempo fijo, y por la cual se pagaba la décima parte de los frutos.

Comprueban los elementos germanos que se encuentran en

(1) Garsonnet (*Ob. cit.*, parte 2ª, c. 1. sec. 1ª, § 1ª.) sostiene que ni entre los visigodos ni entre los lombardos continuaron los pastos comunes, fundándose en que así el Código visigodo como el edicto de Rotharis ordenaron bajo severas penas á los dueños de fincas por cerrar que consintieran pastar en ellas los ganados, cosa que hubiese sido innecesaria si hubiesen subsistido los pastos en comun. Pero, á nuestro juicio, estas disposiciones prueban lo contrario, esto es, que el derecho se extendía hasta las propiedades privadas, quizás por haber sido desprendimientos de la comun, ó sino por haber sido esta insuficiente.

el derecho de propiedad visigodo lo referente á sucesion, pues si por una parte encontramos que en muchos puntos, como, por ejemplo, en materia de testamentos, se ve el influjo directo del Derecho romano, en cambio hay la division de los bienes en propios y adquiridos, y el principio de troncalidad, y al lado de ellos otro que no tiene tan fácil explicacion. Por una ley de Chindasvinto se anuló la facultad, que ántes existiera, de testar áun en perjuicio de descendientes y de ascendientes, estableciéndose la legítima de los descendientes, y con élla la institucion, peculiar en aquel tiempo del pueblo visigodo, de las *mejoras*; y decimos que es difícil explicar, porque, si bien este principio de libertad de testar lo admitian los germanos en cuanto á los bienes *adquiridos*, respecto de los *propios* hemos visto que entre ellos predominaba, como en todos los pueblos, la sucesion legítima.

Muéstrase asimismo el carácter germano, respecto del derecho de familia, en la *dote*, en el *morgengave* y en los gananciales; en el derecho de obligaciones, en la esclavitud del insolvente; en el derecho penal, en el sistema de las composiciones, y en el político, en la jurisdiccion de los amos respecto de los esclavos, de los patronos sobre los clientes, en el carácter que va revistiendo la obligacion de prestar el servicio de las armas, aunque entónces es todavía más personal que real, y en el patronato y clientela militar, que, como más arriba queda dicho, son los elementos que van conduciendo á las sociedades europeas al régimen feudal (1).

ITALIA.

Es sabido que en este país continuó rigiendo el Derecho romano, sobre todo, en aquellas comarcas en que el Emperador Justiniano mantuvo su imperio; y como, por otra parte, de las tribus bárbaras que conquistaron la Italia, los hérulos

(1) Véase la *ob. cit.* del Sr. Cárdenas, lib. 2º, cap. 1º y 2º; el *Ensayo critico de Marina*; y el discurso leído al recibir la investidura del doctorado, sobre el Código de Eurico, por el Sr. D. José García.

apenas hicieron allí asiento, los ostrogodos se dejaron influir por aquel, como lo muestra el Código de Teodorico, Código territorial, pero incompleto y escaso en contenido, quedó así propiamente reducida la legislación germana en la península itálica á las *leges langobardorum*, entre las cuales hay diferencias que acusan el camino que llevan en su desenvolvimiento y el influjo que en ellas va ejerciendo la legislación romana. Los hérulos habian tomado el tercio de las tierras conquistadas; los ostrogodos tomaron de ellos ese mismo tercio; y respecto de los lombardos, aunque segun unos dejaron toda la tierra á los vencidos, segun otros, percibian la tercera parte de los frutos (1). El primitivo espíritu germano se advierte bien en el edicto de Rotharis, en el cual sólo se admite la sucesion legítima, y hasta se ponen singulares restricciones á la facultad de disponer *inter vivos*. Más tarde, así como Grimoldo habia establecido el principio de representacion, Luitprando reconoce á la mujer el derecho de suceder, y á la vez autoriza las disposiciones en favor de la Iglesia, el derecho de testar, el de mejorar á alguno de los hijos, etc. (2); lo cual demuestra como iban siendo sustituidos el antiguo predominio de la sucesion legítima sobre la testamentaria y el principio de masculinidad por el testamento y por el de igualdad de particiones entre los sexos, propios del Derecho romano. Además, como ha hecho notar Savigny (3), se revela este mismo influjo en la prescripcion de treinta años, en la enfiteusis, en la desheredacion, que ha de estar fundada en causa, de descendientes y ascendientes, en la division de la herencia en on-

(1) Pepin Le Halleur, (*ob. cit.*, 3ª parte, § 5º) dice, que durante mucho tiempo los lombardos prefirieron imponer al propietario romano una carga igual al tercio de los productos de la tierra, que no apropiársela. Segun Laboulaye (*lib. 5º*, caps. 4º y 5º) después de tomar las tierras del dominio público y cuanto bien les pareció, exigieron la tercera parte de los frutos, pero la situacion creada á los vencidos fué tal, que al fin concluyeron por entregar las tierras mismas á los vencedores; y Garsonnet (parte 2ª, cap. 1º, sec. 1ª), apoyándose en la autoridad de Bandi di Verme, dice, que un tercio de las fincas del fisco imperial y de los bienes de las ciudades y de las iglesias, se atribuyó á los reyes lombardos, otro al ejército y el tercero á los treinta y seis duques, jefes civiles y militares, entre quienes se dividió el reino.

(2) Véase Sclopis, *Historia de la legislación italiana*, tomo 1º, apéndice 8º.

(3) *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, tomo 2º, cap. 14.

zas, etc., etc. Continuaron rigiendo el principio de masculinidad respecto de la sucesion en la composicion ó *wergeld* del padre, la dote, llamada *meta*, el *morgengave* y el *mundium*, que se consideró como una propiedad divisible por herencia; así como el derecho de obligaciones muestra un gran desarrollo en lo referente á las precauciones que se tomaron para que no se confundiere el contrato de venta con el de alquiler, en la obligacion de renovar el préstamo cada cinco años hasta veinte, en la prohibicion de perseguir ni aprisionar al deudor ni al fiador doce dias ántes de tomar las armas ó después de dejarlas, etc., etc. El derecho lombardo hubiese desenvuelto de otro modo las instituciones puras germanas, si desde muy pronto no se hubiera mostrado este influjo del Derecho romano, que se revela, como tendremos ocasion de ver más adelante, en el famoso *Libro de los feudos* que tan singular importancia alcanzó en la Edad Media.

FRANCIA.

La legislacion germana en este país está consignada en la ley *visigoda*, de que ya nos hemos ocupado, en la de los *borgoñones ó gombetu*, en la *sálica* y en la *ripuaría*, estas dos, monumentos más puros de la legislacion germana que las dos primeras.

No se sabe con fijeza (1) la conducta observada por salios y ripuarios respecto de la propiedad de los vencidos, pero sí que los borgoñones se apoderaron en un principio de la tercera parte de los esclavos, la mitad de las casas, huertos y terrenos incultos, y los dos tercios de las tierras; y luégo, cuando tuvieron lugar nuevas invasiones de la misma raza, tomaron tan sólo la mitad de las tierras. En todas estas leyes encontra-

(1) Garsonnet (*ob. cit.*, parte 2ª, cap. I, sec. 1ª, § II.) dice que tomaron sólo las tierras del fisico, y luégo las que conquistaron á thuringios, bávaros y alemanes

Montesquieu dice que tomaron la tierra que necesitaron y dejaron el resto á los vencidos. Lo más probable parece ser que tuvieron bastante con lo perteneciente al fisco imperial y lo que á veces tomaron por derecho de conquista, como sucedió con las propiedades de los thuringios, alemanes y bávaros.

mos el origen de la verdadera propiedad *alodial* que era, como fruto de la victoria, completamente libre, y la cual es la que la ley de los salios llama *terra salica*, la ripuaria *alleu*, y la gombeta *sors*. Es verdad que respecto de la naturaleza y origen de la *terra salica* han discutido largamente los historiadores, para algunos de los cuales, como Eccard, Montesquieu y Guérard, es el terreno que, según Tácito, rodeaba la casa del germano (1), y suponen, por lo tanto, que se derivaba ese nombre del término alemán *sala* con que se denominaba ese recinto. Pero Laferrière ha demostrado concluyentemente, á nuestro juicio, la inexactitud de semejante aserto, recordando á este fin que en el inventario de las posesiones de que era dueño el monasterio de Wissembourg, formado en el siglo VII, figuran nada ménos que ciento once *tierras sálicas*, las cuales, léjos de corresponder á ese concepto de recinto ó espacio circundante, tienen una grandísima extension y están apartadas del monasterio, esto es, más allá de lo que se llamaba en la Edad media *le vol du Chapon*. La *tierra sálica* recibió este nombre de la ley misma, y significa lo mismo que las *suertes* de godos y borgoñones y que el *alleu* de los ripuarios, esto es, la propiedad adquirida como consecuencia de la conquista.

Lo que sucede es, que llega un tiempo en que se identifican los términos *tierra sálica* y *alodio*, pues si en un principio se dice, en las primeras redacciones de la ley sálica, que la mujer está excluida de suceder *in tota terra*, en tanto no habia entónces otra que la adquirida como consecuencia de la guerra, más tarde, al reconocer á aquélla el derecho de herencia, se la excluye tan sólo de la tierra sálica, *terra vero salica*; porque ya habia más propiedades que aquélla, y por esto dice Pardessus: «en una época difícil de fijar, se tomó por base la distincion admitida más tarde por los francos entre los bienes que se heredaban de los antepasados (*paternica, aviatica*), y los que se adquirian por virtud de otro título (*adquisita, comparata*)» (2); resultando así, que el carácter peculiar que tuvo

(1) *Suum quisque domum spatio cir. undat.*

(2) Disertación XVI, 708.

en principio la *tierra sálica* se atribuyó más tarde á todos los bienes propios ó hereditarios, á distincion de los adquiridos, y llegaron á hacerse sinónimos aquel término y el de alodio, y de aquí una de las razones de las diversas etimologías que se atribuyen á esta última palabra (1). Esto mismo se revela en la ley ripuaria, en la cual los términos *allen* y tierra *aviática*, que en un principio significaron cosas distintas, vienen luégo también á identificarse aplicándose á las últimas, esto es, á la propiedad patrimonial, el principio de masculinidad que habia regido respecto de las primeras, *alleus* ó *sortes*, que eran las adquiridas por virtud de la conquista.

Ahora oíen; lo esencial de esta propiedad es que en la sucesion de ella rige el principio de masculinidad, y no tenemos para qué repetir aquí lo que en otro lugar queda dicho respecto de si es debido su reconocimiento á que los germanos lo copiaran del establecido por los romanos respecto de los *agri limitanei*, herencias militares, tierras léticas, etc., ó si ha nacido espontáneamente entre aquellos como consecuencia de la co-propiedad de la familia, puesto que bajo ambos puntos de vista puede considerarse, sobre todo atendiendo á lo acontecido en Francia, esto es, á esa primitiva distincion y luégo á la identificacion de la propiedad que era consecuencia de la conquista, con la patrimonial.

Encontramos asimismo en Francia la propiedad *beneficiaria*. Los reyes daban á los *antrustiones*, *leudes*, *fideles*, etc., en recompensa del auxilio que de ellos recibian en campaña, tierras con la obligacion de prestar el servicio de las armas (2) y de mantenerse fieles al rey, y con el derecho de poseerlas ya temporalmente, ya de por vida, y sólo por excepcion con carácter hereditario (3); y lo que hicieron los reyes con estos nobles, los nobles lo hicieron con sus clientes en virtud del patronato militar. Claro está que aquí, como en todas partes,

(1) Esto es lo que expresaba terminantemente el célebre Dumoulin, cuando, hablando de la aplicacion de este principio á la sucesion, decia: el reino de Francia es un *allen*, y propiamente hablando, *allen* es tierra *sálica* (*allaudium est terra salica*.)

(2) Sobre este punto véase lo dicho en el § 4º de este capitulo.

(3) Id., id.

los beneficiarios tendieron á consolidar su derecho y á hacerle permanente, miéntras que los reyes, como lo demuestran algunas capitulares de Carlomagno y Ludovico Pio, protestaban siempre contra semejante propósito afirmando el carácter revocable de tales beneficios; pero al fin y al cabo los nobles vencieron, y la célebre capitular de Cárlos el Calvo, dada en 877 en Kiersy, por la cual se reconocia á todos los beneficiarios reales y á los Condes que gobernaban las provincias, el derecho de transmitirlos *ab intestato* en favor de sus hijos y el disponer por testamento en favor del heredero directo ó de un próximo pariente, junto con la obligacion que se impuso á éstos de respetar de igual modo los derechos de los que poseian los beneficios por ellos dados, viene á poner término á esta lucha sancionando lo que existia de hecho y determinando lo que puede decirse que es punto de partida del régimen feudal.

Hallamos tambien la propiedad *censual*, la cual procedia de que el propietario de la tierra se reservaba una parte de esta (*mansus dominicalis*), que cultivaba por sí, y entregaba el resto á colonos, á siervos ó á hombres de condicion mixta, y de aquí, segun hemos visto en otro lugar, los llamados *mansos ingenuiles, lidiles, serviles*. Habia, por último, propiedad *comunal*, la cual, segun han demostrado Legrand, Salvaing, Imbert y últimamente Proudhon y Latruffe, es anterior á la invasion y subsistió después de ella. Es de notar, en este punto, como prueba de los grandes vestigios que quedaban de esa primitiva organizacion, que la ley sálica no permite al extranjero establecerse en un pueblo sin el consentimiento de sus habitantes, y que en la ley de los borgoñones se habla con frecuencia de los bienes comunes, segun lo prueban textos como estos: *sylvarum, montium et pascurum unicuique pro rata suppetit esse communiõne* (1);..... *de sylvis quæ indivisæ forsitan residerunt, seu Ghotus seu Romanum sibi eas asumpserit* (2).

(1) Add. 1^o, tit. 1^o, cap. 6^o.

(2) Título 54, cap. 1^o. Derechos sobre el bosque, el pasto y el campo, que más tarde usurparon los señores, como en su lugar veremos. Véase Laveleye, *ob. cit.*, cap. 21.

Es de notar, como complemento de lo dicho respecto del derecho de propiedad, el carácter con que se muestra el de sucesiones, en cuanto se afirma el principio de masculinidad respecto de unos bienes (esto es, primero de la *tierra sálica* y los *alleus*, y más tarde en general de los bienes patrimoniales), y la igualdad de particiones respecto de otros, de los adquiridos. En cuanto al testamento, la ley borgoñona, más influida por el derecho romano, lo consiente, aún habiendo hijos, salvo respecto de las tierras procedentes del primitivo reparto, y admite la forma romana; los ripuarios sólo autorizan la disposición cuando no hay hijo ni hija, por medio de tradición ó de escritura con testigos, lo cual no constituye verdaderamente un testamento; y ménos lo autoriza la sálica, pues que segun élla, debe verificarse la trasmisión de la herencia por medio de un contrato solemne, que es una trasmisión real de la herencia, á que se llama *affatomia* (1).

Francia es uno de los países en que el derecho de propiedad característico de esta época, principalmente por lo que se refiere á los beneficios, alcanza un mayor desenvolvimiento, sobre todo en las provincias del Norte, en las cuales no cesaron ni un momento las invasiones, por lo cual no pudo el derecho romano ejercer el grandísimo influjo que alcanzó en las del Mediodía; diferencia que trasciende, como veremos en su lugar, á la constitución del *droit coutumier*, que origina un tan señalado contraste entre unas y otras comarcas en la época feudal precisamente, porque en las unas se desarrollaron libre-

(1) La *affatomia* tenía lugar ante la Asamblea presidida por el Centenario. El donante arrojaba un ramo en el seno de aquel á quien quería hacer heredero é indicando qué parte de su fortuna quería darle; el donatario iba entonces á la habitación del donante, recibía en ella tres huéspedes, y en presencia de testigos tomaba posesión de todo lo que se le donaba. Más tarde devuelve, empleando también el ramo, la cosa al donante, y ántes de que hubiesen pasado doce meses, el designado como heredero debía recibir por segunda vez aquél en la forma que la anterior. Si algún día se pone en duda la trasmisión, tres testigos juramentados declaran que han asistido á la Asamblea en que se verificó, y que han oído al que ha transmitido su fortuna nombrar al que la ha recibido, llamándole su heredero; y otros tres testigos deben atestiguar que el donatario ha permanecido en la casa del donante y que en élla ha recibido á tres huéspedes que han comido á su mesa; y por último, otros tres deben declarar, también bajo juramento, que el donatario había arrojado el ramo á su vez en el seno del donante en la segunda Asamblea.

mente esas instituciones que nacieron á seguida de la conquista, mientras que en las otras continuaron predominando los principios del derecho romano (1).

ALEMANIA.

En este país, más aún que en los anteriores, aparece que sólo una pequeña porcion del territorio de que se apoderó la tribu se daba en propiedad particular, esto es, la casa y el terreno anejo, quedando la mayor parte en comun, ya para distribuirla, sobre todo la tierra arable, en las suertes que alternativamente poseian los miembros de la tribu, ya para disfrutar en comun los pastos y los bosques, esto es, el *allmend*, *mark*, *gemeinde*, que servia de base á las antiguas comunidades rurales que han subsistido en ese país por más tiempo que en otro alguno, llegando hasta nuestros dias.

En cuanto á la propiedad privada, ántes de la invasion sólo conocieron, segun vimos en el capítulo anterior, la de la casa y la de los muebles (2). Después de la conquista nació el alodio (*sors*), siendo de notar, porque es una de las diferencias que separan más el derecho germano del romano, como en otro lugar queda dicho, que, léjos de ser el individuo dueño de la casa y de disponer de ella libremente, está sometida su enajenacion á trabas, en cuanto era necesario el consentimiento

(1) Véase Laferrère, *ob. cit.*, lib. 4º, caps. 5º, §§ 5º y 6º.—Davoud-Oghlon, *Lois germaniques*; lo referente á la sállica, ripuaria y gombeta. — D'Espinay, *ob. cit.*, libro 1º, cap. 4º, §§ 2º, 3º y 4º; y Laboulaye, *ob. cit.*, libe. 6º, 7º y 8º.

(2) Ahrens (Enciclopedia, *trad. esp.*, pág. 356), dice que desde los más remotos tiempos conocieron los germanos una propiedad, un *Eigen* (propio), pero sólo en los bienes muebles y en los lugares edificados, no en las tierras, en las cuales tenia lugar únicamente la posesion alternativa; y Lchr (*ob. cit.*, lib. 2º, cap. 8º, § 1º), dice que en el antiguo derecho germánico la idea de la propiedad, es decir, de la libre y absoluta disposicion de una cosa, se inmanifiesta desde luego bajo la forma de la propiedad privada; que los bienes raices se llaman *lo propio* (*das Eigen*), mientras que los bienes muebles se llaman simplemente *el haber* (*die Habe*). A nuestro juicio, es sólo aparente la contradiccion que resulta entre estos escritores. La propiedad realmente privada nació, como hemos visto en otro lugar, respecto de los bienes muebles, y en este punto, por tanto, es exacta la afirmacion de Ahrens; pero cuando más tarde se estableció respecto de los inmuebles, de la casa, como ésta es de la familia, recibe como por antonomasia el nombre de *propio* (*Eigen*) que quizás en los primeros tiempos se aplicaba sólo á los muebles.

to unas veces de la familia y otras de la comunidad, pues quedan no pocos vestigios de la antigua copropiedad de la tribu aún en la que se había constituido en propiedad privada. Así, por ejemplo, como ésta ha nacido de la distribución de la que fué colectiva, la comunidad tenía que intervenir en su transmisión, la cual era en un principio un acto solemne y público, una tradición material, una como investidura que se llevaba á cabo en el terreno mismo, en presencia de la comunidad reunida, y que más tarde se convirtió en una tradición simbólica ante el Tribunal.

De otro lado, encontramos en Alemania, quizás más que en los demás pueblos, lo que llaman los escritores de aquel país *propiedad dividida*; esto es, que era debida á una concesión del propietario, y que revestía distintas formas según las personas de que procedía, según las prestaciones y servicios que se imponían, según que era temporal ó perpétua, y según la índole de los deberes que llevaba consigo; y de aquí los beneficios y las distintas formas de la propiedad censual.

En cuanto á aquéllos, dada la época de que nos ocupamos, debe aplicarse á Alemania todo cuanto dicho queda de Francia. Sólo haremos notar que en el primero de éstos países tardaron mucho más tiempo en revestir el carácter de hereditarios, y que allí tienen más importancia que en Francia los llamados *beneficios ministeriales*, esto es, los que iban unidos á una función pública ó á un cargo en la Corte, los cuales, si bien en esta época no se distinguieron quizás de los demás, de hecho eran más precarios, pues que debían, en cuanto á la extinción, correr la suerte de los oficios á que iban unidos, y de ahí las mayores dificultades que tienen que vencer para hacerse hereditarios.

Por lo demás, el derecho de sucesión revela también los caracteres generales de la legislación germana. Tampoco allí hay testamento; se proclama por lo mismo la máxima: *solus Deus hæredem facere potest, non homo*; el principio de representación, que admiten desde luego otras tribus, como las de los francos, lombardos, etc., los alemanes tardan mucho en aceptarlo; rige el principio de masculinidad, respecto de un

género de propiedad, por razon de los servicios públicos y militares anejos á él, y respecto de otros, para procurar la conservacion del patrimonio de la familia; y así la ley alemana, como la borgoñona, antepone los hijos á las hijas, si bien prefiere á éstas en concurrencia con los demás parientes; en la sucesion colateral rige el principio germano de la parentela y no el de proximidad de grado; y por último, claro está que tampoco hay aquí aquella universalidad jurídica, aquella unidad de patrimonio que hemos visto en Roma, sino el principio de diversidad propio de los germanos, en virtud del cual regian distintas reglas para la sucesion hereditaria, segun la naturaleza y origen de los bienes. Desde entónces en el derecho aleman, léjos de considerarse el heredero como continuador de la personalidad del difunto, no se obliga *ultra vires hereditarias*, ni necesita aceptar la herencia, puesto que es considerado como propietario; y de ahí el principio que más tarde formulan los juristas franceses en el famoso aforismo: *le mort saisit le vif* (1).

INGLATERRA.

En este país encontramos asimismo la *mark* ó *township*, ó un grupo de familias que tienen una propiedad comun sobre un determinado pedazo de terreno que cultivaban y con cuyos frutos se sostenian; en una palabra, el *vicus* de Tácito, y que fué, al decir de los escritores ingleses, la unidad económica y áun política de la primitiva sociedad en Inglaterra. La parte cultivada del terreno comun se dividia en hojas dedicadas sucesivamente á la produccion de una distinta semilla, en cada una de las cuales tenía cada miembro del lugar ó aldea una parte que á veces se cerraba y acotaba temporalmente, pero llegaba un dia, que se consideraba como de fiesta entre los anglo-sajones, en que cantando y dando gritos derriba-

(1) Véase Ahrens, *Enciclop. trad. esp.*, pág. 355, 360, 374. — Lehr, *ob. cit.*, lib. 2º, cap. 8º: §§ 1º, 2º y 3º; lib. 5º, cap. 1º, § 1º. — Laveleye, *ob. cit.*, caps. 8º y 9º. — Garsonnet, parte 2º, cap. 1º, sec. 2º, § 2º; cap. 3º, sec. 1º, § 5º.

ban esas cercas para disfrutar en comun de los campos (1).

Nace la propiedad privada con el *bokland* (*book-land*, tierra registrada en carta ó codicilo, *terra codicilaris*), que se daba en propiedad plena á un individuo á título hereditario, y que á veces constituía como á modo de fideicomiso en que se sucedía de padres á hijos segun los términos en que lo hubiera ordenado el primero que la ganara. Esta propiedad estaba libre de toda carga, salvo las tres que constituían la llamada *trinoda necessitas*, de las cuales no estaba excluida ni siquiera la propiedad eclesiástica no obstante todas sus inmunidades (2).

Viene luégo el *fokland* (de *folk*, muchedumbre, y *land*, tierra, llamada tambien *terra popularis quæ jure communi possidetur*), el cual era en un principio propiedad de la comunidad, luégo se dividió con carácter temporal y transitorio entre los individuos de aquélla, y al fin dejó de distribuirse periódicamente y fué consolidando su derecho el poseedor, aunque quedando siempre gravada con numerosas cargas, en lo cual se diferencia del *bokland*; siendo de notar que estas concesiones del *fokland*, que en un tiempo hiciera la tribu y aún el jefe en su nombre, más tarde, cuando la *mark* se convierte en *manor* ó *manoir*, las hace el señor, el cual reservándose para sí y su familia las llamadas *terræ dominicales* ó *demerne lands*, distribuía el resto ya en concepto de *bokland*, ya en el de *fokland*.

Habia además el llamado *gafolland*, tierra censual dada con obligacion de pagar renta, de prestar ciertos servicios, ó ambas cosas á la vez. Además hablan algunos historiadores del *reveland*, que servía para recompensar servicios civiles, así como el *fokland* era para recompensar servicios militares; del *tainland*, posesion hereditaria exenta de la servidumbre de los colonos, y del *laenland*, tierra concedida á aldeanos que quedaban obligados á dar ganado, aves, huevos, grano, etc., ó ha-

(1) Exactamente como las llamadas en algunas provincias del Norte de España *derrotas*, que continúan, no obstante el famoso decreto de las Cortes de Cádiz de 8 de Junio de 1813, y los de 8 de Setiembre de 1836 y 15 de Noviembre de 1853 en que aquéllas se prohíben.

(2) Eran éstas tres cargas el *fyrð* (servicio militar), el *brige-bot* (reparacion de puentes y caminos), y el *burg-bot* (defensa de pueblos y fortalezas)

cer ciertos trabajos en la tierra del señor, y que estaban adscritos á la *gleba*.

Basta tener en cuenta esta breve exposicion para comprender la analogía que la organizacion de la propiedad inglesa de esta época tiene con la del continente. El *township* es la forma de la propiedad comunal: el *bokland* lo es de la alodial; el *fokland* y el *reveland* lo son de la beneficiaria; y al parecer el *tainland* y el *gafolland* lo eran de la censual, y el *laenland* de la servil. Sin embargo, prescindiendo aquí de la cuestion tan debatida entre los escritores ingleses, y en la que nos ocuparemos en su lugar, acerca de si en esta época existia ya el feudalismo en Inglaterra, áun con relacion al beneficio se han suscitado dudas por algunos historiadores. Así, por ejemplo, miéntras que Laveleye lo da por existente, diciendo que fué primero concedido vitaliciamente al conde, duque ó marqués que gobernaban una ciudad ó territorio, y que más tarde se hizo hereditario, Garsonnet encuentra que es dudosa su existencia en Inglaterra ántes de 1066, y aunque era de uso muy extendida la recomendacion, dice, que no se sabe si entre ella y las desmembraciones de la tierra comun habia algun enlace, ni si el deber de la fidelidad, característico del beneficio, era condicion de la concesion. De cualquier modo, es manifiesta la analogía entre la organizacion anglo-sajona y la del continente. El mismo Garsonnet reconoce que tienen allí lugar tres hechos innegables, cuales son: el de que el *folkland* sirve para pagar los servicios militares; que el poseedor del *tainland* estaba obligado tambien al servicio militar en cuanto la conversion fraudulenta de esta tenencia en *reveland* le sustraira á este servicio, abuso de que se queja el legislador en el *Dome-book*; y que miéntras los *tenanciers* militares daban al señor armas ú objetos de guerra, los rústicos daban ganados ú objetos propios de la agricultura. Si á esto se une la frecuencia de la recomendacion y el juramento de fidelidad (1), la importancia

(1) Segun Spyridion Zezas (*ob. cit.*, cap. 1^o), se prestaba en esta forma: «Por Dios, para quien es sagrada esta reliquia, quiero unirme y se fiel á L., amar todo lo que él ame, y odiar todo lo que él odie, conforme á la ley divina y á los principios del mundo, y no quiero ni de grado, ni por fuerza, ni de palabra, ni de obra,

que desde un principio tiene la tierra en aquel pueblo, hasta tal punto que ella viene como á ennoblecér al que era dueño de ella en cierta extension (cinco *hydes*), y que habia tambien cierta relacion entre la prestacion del servicio de las armas y la propiedad, en cuanto sí primero fueron sólo los nobles obligados á aquél, más tarde lo fué tambien el hombre libre en proporcion de su riqueza inmueble, esto es, dando un soldado por cada cinco *hydes* de tierra, bien puede asegurarse que tienen grandes puntos de contacto una y otra organizacion. Además tambien se encuentra entre los anglo-sajones la distincion entre bienes propios y adquiridos y el principio de masculinidad, hasta tal punto que eran preferidos los agnados dentro del quinto grado á la hija (1).

IX. CONCLUSION.

Variedad de formas de la propiedad; el pacto; lucha entre concedentes y concesionarios. — Vinculos que la division de la propiedad creaba entre las personas. — Elementos tradicionales y elementos propios de la época que contribuyen á la constitucion del derecho de propiedad. — Comparacion del derecho de propiedad germano con el romano. — Condiciones generales del derecho de propiedad al fin de esta época.

Para terminar el estudio del derecho de propiedad de la época bárbara, vamos á reasumir sus caracteres generales, examinar hasta qué punto han contribuido á su constitucion los elementos tradicionales y los propios de aquellos tiempos, comparar el derecho de propiedad germano con el romano, y ver, por último, cuál es su estado al fin de esta época, para tenerlo en cuenta luégo al estudiar su enlace con la siguiente.

Ante todo, salta á la vista la gran variedad de formas que la propiedad reviste, puesto que encontramos la comunal, la

hacer nunca nada que le desagrade, á condicion de que él me mantenga como yo quiero servirle, y que él cumpla todo lo pactado en nuestra convencion, cuando me he sometido á él y á su voluntad.»

(1) Véase Laveleye, caps. 8^o y 9^o. — Spyridion G. Zexas, caps. 3^o, 5^o y 7^o. — T. E. May, *Democracy in Europe*, cap. 48. — S. Maine, *Village communities*, págs. 40, 42, 61, 81, 120, 133. — Freeman, *Comparative politics*, lect. 3^a. — Hearn, *ob. cit.*, cap. 9^o, § 6^o. — *The student's Blackston*, lib. 2^o, cap. 4^o. — Davoud Oghlon, *ob. cit.*, leyes anglo-sajonas.

alodial, la beneficiaria, la censual y la servil; pero es de notar que la alodial, la que es completamente libre é independiente, desaparece en gran parte: la pequeña, porque es absorbida por las otras formas, á consecuencia de la falta de seguridad que llevaba á sus poseedores á entregarla á los poderosos para recibirla de ellos de nuevo, obteniendo así á la par la protección para la tierra y para sus personas; la grande, porque la dan sus dueños en beneficio á censo; resultando así que el fundamento principal de la organizacion de la propiedad en la época bárbara es el *pacto*, puesto que ya arranca de la concesion que el propietario hace de sus tierras al beneficiario, censatario, colono ó siervo, ya es la que aquellos reciben por virtud de la *recomendacion*, que es otra forma del pacto; nuevo elemento que interesa mucho tener en cuenta por el papel importante que juega, no sólo en el orden civil, si que tambien en el político en las épocas siguientes de la historia.

Estas concesiones que arrancaban del pacto, producian como consecuencia otro de los rasgos característicos de la propiedad de esta época, cual es la division del dominio entre concedentes y concesionarios; y de aquí aquella lucha permanente entre unos y otros, puesto que si los primeros aspiraban á mantener íntegros los derechos que se habian reservado sobre las tierras concedidas, estos pretendian ensanchar los suyos hasta llegar al dominio pleno y completo. «Esta no es sólo la historia de los beneficios, dice Laboulaye, sino que es la historia de todas las tenencias vitalicias cualquiera que sea su nombre, *ager publicus*, *ager vectigalis*, enfitéusis, beneficio, feudo, censo. Al lado del derecho místico de la propiedad hay un hecho importante que concluye á la larga por dominar el derecho, que es la posesion, que es el cultivo. En esta tierra fecundada con vuestro sudor, por vosotros cultivada, sobre la cual habeis edificado, teneis un derecho que cada año se hace más sagrado; el derecho del trabajo, origen de la propiedad misma. Llega un momento en que estos intereses se han desenvuelto de un modo tan poderoso sobre el suelo, que sería una grande injusticia el despojar de él al poseedor en provecho del propietario. La ley entónces defiende la causa

del colono ó del beneficiario; la propiedad se divide; el suelo se deja al colono, mientras que el pago de una renta ó cánon conserva ó mantiene el derecho paralizado del propietario. Pero este cánon se hace más insoportable á medida que el derecho del último se borra más con el trascurso de los años y ya no es más que una carga real que grava la propiedad nueva y que al fin y al cabo se rescata ó se extingue. El feudo reemplaza al beneficio, el censo al precario; la propiedad reemplaza al feudo y al censo; es esta una de esas revoluciones periódicas que se reproducen en todos los pueblos antiguos lo mismo que en las naciones de la Edad Media. La concesion, el cánon, la propiedad, son las tres grandes fases que las clases pobres ó siervas han recorrido sucesivamente para llegar á la libertad, y de la libertad al poder» (1).

Ahora bien; esta division de la propiedad crea entre las personas vínculos estrechos que no tienen sólo un carácter privado en cuanto obligaban á la prestacion de ciertos servicios, sino tambien otro verdaderamente público, puesto que, segun hemos visto, nacia como consecuencia y aneja á la propiedad una especie de jurisdiccion, la que ejercia el propietario respecto de los beneficiarios, los censatarios, colonos y siervos; siendo de notar que el derecho que aquel aplicaba era uno local ó peculiar, y no el derecho comun, puesto que nacia ó arrancaba en lo esencial precisamente de la concesion ó del pacto primitivo.

No cabe duda alguna que á esta organizacion han contri-

(1) *Ob. cit.*, lib. VII, cap. 13°.

El Sr. Cárdenas (*ob. cit.*, lib. 1°, cap. 6°, § 2°) dice tambien hablando de los beneficiarios: «Pero como el trabajo constituye sobre la materia una especie de derecho que es título moral del dominio, y la agricultura no prospera sin la estabilidad y seguridad del cultivador en la posesion de sus tierras, los beneficiarios tendian constantemente á ampliar y asegurar sus precarios derechos.»

Garsonnet, parte 2ª, cap. 3º, sec. 3ª, § 5º), hablando del carácter de la revolucion que tiene lugar en los siglos IX y X dice, que «ellos han visto la continuation y quizás la terminacion de este movimiento irresistible que lleva á todo poseedor á consolidar su posesion, á hacerla independiente y á erigirla en propiedad sometida á cargas, pero trasmisible á sus descendientes, como lo es la plena propiedad, el pleno dominio. . . . Lo que en esta época de la historia hacen los beneficiarios, los censatarios y los poseedores serviles, lo habian hecho en Roma los detentadores del *ager publicus*; los *tenanciers* darán el último paso en Francia en 1789 y alcanzarán la plena propiedad de sus tierras.»

buido elementos tradicionales, así romanos como germanos, al propio tiempo que circunstancias peculiares de la misma época bárbara. El derecho romano, con los beneficios militares, con el *precarium*, con el colonato, con la enfiteusis, con el *patrocinium*, y el derecho germano con el *comitatus*, el patronato y la clientela militar, con las donaciones como recompensa por los servicios prestados en campaña, y no poco con el espíritu guerrero propio de aquella raza, dieron: el uno, instituciones que podían servir como de ejemplo para resolver dificultades que surgían en el momento; y el otro, instituciones que, existiendo sólo como en gérmen entre los primeros germanos ántes de la invasión, se desarrollan y desenvuelven más tarde; y sucede esto principalmente porque en la época bárbara el hecho de la conquista da lugar á que sea la guerra casi como el estado permanente y por lo mismo á que se desenvuelvan instituciones como la del patronato militar. Además, no debe olvidarse la circunstancia importantísima de que las donaciones ó recompensas que hacían los Reyes á los nobles, y éstos á sus guerreros, á los hombres libres, consistieron después de la invasión en bienes inmuebles, en tierras; y por eso la trasformación que experimentaron las primitivas costumbres germanas revistieron caracteres tales, que algunos llegan á desconocer lo que á nuestro juicio es claro, esto es, que, sin negar la parte que pueda corresponder á instituciones romanas en esta nueva organización, y ménos las debidas á circunstancias propias del tiempo, no cabe duda que el origen, el gérmen, en lo esencial y fundamental, está en las costumbres germanas, sobre todo en la institución del patronato y la clientela militar, nacida también ántes de la invasión por virtud de un *pacto* entre patronos y clientes, y del cual no es la *recomendación* más que un desenvolvimiento que muestra las consecuencias de la sustitución de las donaciones de bienes muebles por las de inmuebles.

De tal suerte predomina en estos tiempos esta organización social y económica, que hasta en algunos de los países en que fué más decisivo el influjo del derecho romano, se desenvuelven las instituciones análogas á las que se desarrollan

en los países más germánicos, como el precario y la enfiteusis; y eso que prueban la influencia que la legislación del pueblo-rey ejerció en la germana las numerosas disposiciones que las leyes dadas para los vencedores tomaron de aquella, sobre todo en lo referente á testamentos, aceptación de herencias, desheredación, reservas, prescripción, contratos, etc.

Viniendo ahora á la comparación del derecho de propiedad romano con el germano, tal como se muestra este en la época bárbara, encontramos que en el primero el dominio tiene un carácter absoluto, unitario, indiviso é igual para todos; y de aquí como consecuencias, con relación á la sucesión hereditaria, el principio de unidad de patrimonio y el de igualdad de particiones; mientras que, por el contrario, en el segundo lo tiene relativo, limitado, dividido, el cual se refleja á su vez, respecto de la herencia, en el principio de distinción de bienes, los cuales se rigen por unas ú otras reglas según su origen y naturaleza, y en el de masculinidad. De aquí, como consecuencia, que si en Roma encontramos aplicada á la propiedad aquella igualdad común, que alcanza así al orden civil como al político, en la época bárbara, por el contrario, hallamos por todas partes la distinción y la desigualdad; división de los bienes en propios y adquiridos, en muebles é inmuebles; división de la propiedad en comunal, alodial, beneficiaria, censual y servil; y en cierta relación con estas distinciones, otra entre las personas según que son nobles, hombres libres, colonos, *lides*, censatarios, siervos ó esclavos. Por esto precisamente el derecho romano comienza á ser ya entonces el medio de dar uniformidad á aquella sociedad, por el singular contraste que formaban su unidad, su sencillez y su generalidad con los caracteres opuestos que mostraba la legislación germana.

Resulta, pues, que el derecho de propiedad romano revelaba un sentido individualista é igualitario, y que mostraba el opuesto el derecho de propiedad germano. ¿Guarda esto relación con el carácter general de una y otra raza, y con el modo de concebir el derecho y el Estado uno y otro pueblo? Ciertamente que sí. Para los que acepten sin reserva alguna, y atendiendo tan sólo al sentido literal del término, todo cuanto

se ha dicho del *individualismo* germano en oposicion á la contraria tendencia del pueblo-rey, parecerá esto un tanto extraño; pero para aquel que atienda á que en Roma, en la Roma imperial, no existian más que los dos extremos de la serie, la unidad del Estado y el individuo, originándose así la centralizacion arriba y el atomismo abajo, miéntas que entre los germanos esos dos extremos eran precisamente los débiles, porque el Estado nacional alcanzaba escasa fuerza, y el individuo aislado no se encuentra por ninguna parte entre ellos, y tenian, en cambio, fuertemente organizadas y constituidas instituciones intermedias, asociaciones que no nacian por virtud de la arbitraria voluntad del individuo, ni vivian merced á concesiones de los funcionarios del Estado, ni se limitaban á la prosecucion de empresas de carácter meramente económico, sino que eran corporaciones naturales ó nacidas del derecho de asociacion, pero dirigidas á la realizacion de otros fines además del fin económico. Así, miéntas que en Roma durante el imperio, en medio del Emperador y del individuo apenas si encontramos otras asociaciones que las que nacen del contrato de sociedad, la *societas*, que es por su esencia transitoria, entre los germanos vemos la familia, la comunidad que se funda en la *mark*, el lugar, pueblo ó aldea, la *centena* ó *hundred*, y hasta aquellas de siervos y colonos, que, libres en su nacimiento, puesto que nacen mediante el pacto ó convenio, luégo adquieren un carácter permanente; todas las cuales se extienden á algo más que á la gestion ó utilizacion de los bienes conómicos.

Esta oposicion se comprueba atendiendo á lo que ocurre, no ya en este período, sino más tarde, cuando renace el derecho romano y viene á ser un elemento integrante de la trasformacion que experimentan el Estado y el derecho mismo. ¿Cuáles son los dos grandes servicios que presta aquel en las épocas siguientes? Pues precisamente el levantar esos conceptos, esos elementos que tenian escasa fuerza entre los germanos; de un lado, la unidad del Estado, y por eso contribuye á la concentracion del poder y robustecimiento de la Monarquía; y de otro, la exaltacion de la personalidad y de la

individualidad, y por eso es el derecho romano, como veremos más adelante, el arma principal que se esgrime contra el feudalismo, y uno de los factores que más han ayudado á la formacion del sentido del liberalismo individualista en la época moderna. Los germanos representan la tendencia individualista, en frente de los romanos, en el sentido de que entre ellos no existia el Estado con aquella fuerte organizacion y aquel carácter absorbente que tuvo desde los comienzos la *civitas* romana, y que continuó luégo en el imperio. Por eso no habia allí esa fuerte y poderosa unidad que condujo en Roma á una igualdad que en la época bárbara no se encuentra, ni en la condicion de las personas, ni en la de la propiedad. De aquí otro de los bienes ó beneficios que debemos al derecho romano, puesto que en frente de todas esas distinciones y de esa singular diversidad ha contribuido al establecimiento de la igualdad comun y social que la época moderna trata de afirmar al lado de la libertad individual. Pero no se crea tampoco que porque el Estado nacional careciera de esa fuerza entre los germanos, no tenia limitacion alguna el elemento subjetivo de la personalidad ó de la libertad, puesto que, muy al contrario, siempre reconocieron al lado de éste el elemento objetivo de la ley ó de la costumbre y el de la comunidad, y siempre afirmaron la existencia del derecho como un órden superior al libre arbitrio del individuo.

Si ahora queremos resumir el estado en que aparece el derecho de propiedad al terminarse esta época, para ver más adelante cómo se enlaza con la siguiente, veremos en primer lugar, que hay una tendencia al establecimiento de una relacion de paridad entre la condicion de las personas y la de la tierra, siendo de notar que si de una parte es aquella manifiesta, puesto que parece corresponder la propiedad alodial al hombre libre, los grandes beneficios á los nobles, la propiedad censual á los colonos, la servil á los siervos, de otra, á veces se tocan y se confunden estas clases; y así el beneficiario puede estar en lo más alto de la escala social, si es un noble que ha recibido la tierra como donacion del Rey, y puede confundirse casi con el censatario, si es un hombre libre que la ha recibido

á su vez del noble; el censatario puede ser el hombre libre que ha entregado la tierra á un poderoso para obtener su proteccion, ó puede ser un colono que, merced á la concesion del censo, se ha convertido de siervo en hombre más ó ménos libre; y el siervo mismo puede alcanzar una condicion que le acerque ya al esclavo, ya al colono.

Resulta asimismo una tendencia á la jerarquía. De ello es una prueba la generalidad con que la propiedad alodial, que es la más libre y la más individual, se hace beneficiaria ó censual adquiriendo precisamente ese carácter jerárquico, que alcanza así á las personas como á las cosas, pero tendiendo á subordinar aquellas á estas, esto es, las relaciones personales á las reales. Resulta que nació como cosa aneja á la propiedad una especie de poder, de jurisdiccion, la que tiene el propietario para administrar justicia á los que están unidos á él por alguno de estos vínculos, como los beneficiarios, los censatarios los colonos y los siervos; y que, por una coincidencia de hecho, el mismo gran propietario ó noble, conde, etc., que ejerce esta jurisdiccion privativa y patrimonial que es consecuencia de la propiedad y que alcanza sólo á los que están unidos á él por esos vínculos, desempeña tambien frecuentemente la que se deriva del jefe supremo, la cual alcanza á todos los individuos que viven en aquella localidad; coincidencia de hecho que, segun hemos visto, tiene fácil explicacion si se tiene en cuenta que la propiedad era entónces una señal de valor y estimacion, y conferia una elevada posicion social, entre otras razones, porque ella era el premio de servicios prestados en campaña, que eran entónces los más estimados por lo mismo que eran los más necesarios; y que, por consiguiente, natural era que se encomendara la representacion del poder en las localidades á los que ocupaban ese rango social, esto es, á los grandes propietarios. Importa tambien hacer constar que este mismo poder, que no iba anejo á la tierra sino que procedia del Rey ó jefe de la tribu, hubo de pasar ya en esta época por voluntad de los monarcas del padre al hijo, porque la razon arriba indicada lo mismo cuadraba al uno que al otro; así como importa no olvidar que entre los beneficios los habia que iban

anejos á una funcion política, al ejercicio de un cargo al lado del monarca, etc., los cuales fueron en un principio por esencia revocables y transitorios, como lo era la funcion, pero que tambien trataron los beneficiarios de convertirlos, no sólo en vitalicios, sino en hereditarios.

En suma, se ve en esta época una tendencia manifiesta á la concentracion local, á la creacion de vínculos de union entre los que vivian en cada uno de estos círculos inferiores, al establecimiento de una comó fijeza sobre el suelo, á una inmovilidad mediante la cual queda, como ha dicho Laferrière, invariablemente unido al hombre el suelo, ya mande, ya obedezca, ya sea señor, ya sea siervo de la *gleba*, determinándose así, en medio de la vaguedad, de la diversidad y de una aparente contradiccion, características de esta época, un movimiento señalado, una corriente irresistible que arrastra á hombres, cosas é instituciones hácia el feudalismo.

CAPÍTULO X

LA IGLESIA

I. — RAZON DE ESTE ESTUDIO.

Influjo recíproco de cada orden de la actividad en los demás. — Influjo general del cristianismo por la doctrina. — Influjo del mismo en el derecho; el estoicismo y el cristianismo. — Carácter del influjo de éste en el derecho de propiedad; respectos en que debe estudiarse.

Es una ley biológica que preside al desarrollo de la historia humana, aquella en virtud de la cual cada orden de la actividad influye en los demás y es influido á su vez por éstos. De aquí el estudio, que constantemente se ha estado haciendo, de la influencia que ha ejercido el cristianismo en el derecho, aunque, á decir verdad, no se ha atendido con igual cuidado al que el derecho y las demás esferas de la vida han ejercido en el cristianismo. Un escritor moderno ha hecho indicaciones curiosas acerca de este extremo, haciendo observar, no ya lo mucho que la Iglesia utilizó de la organizacion política exterior de Roma, que es casi el único punto generalmente notado por los escritores, sino el influjo que ejercieron el derecho romano y hasta su tecnología en la ética y en la misma teología, en cuanto, por ejemplo, la obligacion moral es el deber público del ciudadano en las *Civitas Dei*, y en cuanto la diferencia tan notable que hay entre los problemas teológicos

que con preferencia se estudian en Oriente y los que se debaten en Occidente, puesto que allí preocupan más las de carácter especulativo ó metafísico, como los de la Encarnacion y la Trinidad, y aquí las de carácter moral práctico, como el de la gracia y el de la libertad; nacen, dice este escritor, de que la especulacion teológica ha cambiado de mundo, pasando del de la metafísica griega al del derecho romano (1). De igual modo, otro historiador sostiene que «para que una fé semítica haya podido llegar á ser la fé de Roma y de Europa, preciso que sus dogmas fúeran definidos por el entendimiento sutil de los griegos, y que la constitucion de la sociedad que se formó, fuese organizada por el inmortal genio jurídico de Roma» (2).

Pero áun bajo el aspecto del influjo que ejerce el cristianismo en el derecho, importa hacer notar los diferentes puntos de vista bajo los cuales cabe considerar esta relacion, puesto que, como ha dicho con razon Laferrière, encerraba aquel tres sociedades distintas: la puramente espiritual, que tenía por leyes el Evangelio, los cánones de los concilios ecuménicos y las máximas de los primeros padres y Papas sobre fé, costumbres y disciplina; la eclesiástica, que tenía por ley el derecho canónico; y la temporal, esto es, la constituida por la Iglesia en virtud de las relaciones exteriores referentes á los bienes temporales, en cuyo concepto participaba por completo del régimen propio de cada época.

El cristianismo viene así á influir en primer término por su doctrina (3), porque trae á la vida principios nuevos, uno de ellos, el más trascendental para el orden social, el de *humanidad*; que no es en el cristianismo la mera suma de individuos, como para el empirismo de todos tiempos, ni tampoco una pura abstraccion, como lo es para el humanismo idealis-

(1) S. Maine, *Ancient Law*, cap. 9°.

(2) Freeman, *Comparative politics*, lect. 2°.

(3) Comienza á hacerlo en la época misma en que se movia aún fuera y hasta enfrente de la organizacion política, constituyendo una cosa en verdad hasta entónces desconocida; esto es, una sociedad espiritual y extraña al Estado, y sin embargo, influyente; circunstancia que importa mucho tener en cuenta en los tiempos actuales, para aprender como es posible, sin volver á la antigua organizacion absorbente del Estado, salir del atomismo individualista hoy predominante.

ta, sino que es, por el contrario, un principio real, cuya base y fundamento radica en la esencia y naturaleza que es comun á todos los hombres (1), y de la cual se deriva el valor y dignidad de cada uno de ellos, que á todos alcanza, y que ninguno pierde por bajo que caiga, porque siempre queda aquel fondo verdaderamente divino que nos obliga á respetar y amar en cada hombre *al hombre*, ó como han dicho los cristianos, ya que Jesús lo desenvolvió en la vida en todo su esplendor: debemos amar en todos los hombres á Cristo (2); y principio del cual era una consecuencia como regla de vida aquel amor y aquella caridad que tan admirablemente describe el Apóstol de los gentiles (3).

Cierto que ni el fundador del cristianismo ni sus discípulos pretendieron hacer una aplicacion inmediata de esos principios al órden jurídico y social. De ello es testimonio la famosa frase: *regnum meum non est hoc mundo*, como lo son los consejos que San Pedro y San Pablo dan á los esclavos para que sean sumisos y obedientes (4). Pero como es imposible escin-

(1) «Porque así como el cuerpo es uno y tiene muchos miembros, y todos los miembros del cuerpo, aunque sean muchos, son no obstante un sólo cuerpo, así también Cristo, porque en un mismo espíritu hemos sido bautizados todos nosotros, para ser un mismo cuerpo, ya judíos ó gentiles, ya siervos ó libres; y todos hemos bebido en un mismo espíritu.... De manera que si algún mal padece un miembro, todos los miembros padecen con él, como si un miembro es honrado todos los miembros se regocijan con él. Pues vosotros sois cuerpo de Cristo y miembros de miembro.» (San Pablo, ep. 1^a á los Corintios, cap. 12, vers. 12, 13, 26 y 27.)

(2) Véase, *Estudios filosóficos y políticos*, por Gumersindo de Azcárate; *el positivismo y la civilización*, pág. 81.

(3) «Si yo hablara lenguas de hombres y de ángeles, y no tuviera caridad, soy como metal que suena ó campana que retiñe. Y si tuviera profecias y supiera todos los misterios, y cuanto se puede saber, y si tuviese toda la fé, de manera que traspasase los montes, y no tuviese caridad, nada soy. Y si distribuyera todos mis bienes en dar de comer á los pobres y si entregara mi cuerpo para ser quemado, y no tuviere caridad nada me aprovecha. La caridad es paciente, es benigna; no es envidiosa, no obra precipitadamente, no se ensoberbece, no es ambiciosa, no busca sus provechos, no se mueve á ira, no piensa mal; no se goza de la iniquidad, mas se goza de la verdad; todo lo sobrelleva, todo lo cree, todo lo espera, todo lo soporta. . . . Y ahora permanecen estas tres cosas, la Fé, la Esperanza y la Caridad, mas de ellas la mayor es la Caridad.» (Ep. 1^a, á los Cor., cap. 13, v. 1, 7, 13.)

(4) «Siervos, sed obedientes á los señores con todo temor, no ya solamente á los buenos y moderados, sino aún á los de recia condicion.» (Ep. 1^a, de San Pedro, cap. 2^o, vers. 18). «Todos los siervos que estén bajo de yugo estimen á sus señores por dignos de toda honra, para que el nombre del señor y su doctrina no sean blasfemados.» (Ep. 1^a de San Pablo á Timoteo, cap. 6^o, vers. 1^o.)

dir la conciencia humana, separar al hombre del ciudadano, naturalmente los principios fundamentales que atañen al órden religioso y moral tienden á encarnar en las instituciones sociales y jurídicas. Difícil es decir hasta qué punto hizo esto el cristianismo respecto del derecho, pues si de un lado ya Hugo suscitó en este respecto dudas que han sido igualmente mantenidas en nuestros días por escritores que no pueden pasar por sospechosos; de otro, es corriente el dar á entender que con el cristianismo experimentó el derecho romano una revolucion radical y casi instantánea, y el atribuir al influjo del primero todas cuantas modificaciones se verificaron en el segundo durante el imperio desde Constantino y aún ántes de él. Lo más extraño es, que eso se afirme y se sostenga por los que pretenden ser los más celosos defensores de aquel, los cuales, sin saberlo, le hacen de ese modo más daño que beneficio.

Mucho se ha repetido la frase de Montesquieu de que «el cristianismo dá su carácter á la jurisprudencia porque el imperio tiene siempre relaciones con el sacerdocio; véase si no el Código Teodosiano que no es más que una compilacion de las ordenanzas de los Emperadores cristianos (1).» Sin embargo, en ese Código se encuentran ciertamente algunas disposiciones progresivas, tales como las que protegen los intereses de los menores y de los huérfanos, las que otorgan auxilio á los padres que por ser demasiado pobres no pueden alimentar á sus hijos, las que tratan de poner término á los infanticidios, pero á su lado hay otras muchas que están revelando, como ha dicho Loiseleur, que si el emperador era cristiano, el imperio continuaba siendo pagano. De ello es muestra ese Código heterogéneo, lleno de contradicciones, donde aparece á veces recrudescida la antigua crueldad romana, pues hasta cuando es el espíritu cristiano el que indica á los emperadores los vicios que conviene estirpar, es el espíritu romano el que dicta el castigo, y así manda sellar con plomo fundido la boca y la garganta de los cómplices del delito de rapto, entregar á

(1) *Espíritu de las leyes*, lib. 28, cap. 21.

las llamas á los monederos falsos, cortar de raiz la lengua á los delatores convencidos de calumniadores, y otras de este género (1).

Pero viniendo al derecho civil, ¿es posible que olviden los que en tal error incurren, que cuando llevaba el cristianismo cinco siglos de existencia y dos de ser religion del Estado, la legislacion romana consideraba el matrimonio como un contrato, admitia y regulaba el concubinato, y reconocia el divorcio absoluto por mútuo consentimiento? ¿Es este el derecho de familia cristiano? ¿Cómo olvidan que al cabo de diez y nueve siglos de haberse promulgado, para la conciencia humana, el decreto de la abolicion de la esclavitud por Cristo, está todavía por ejecutar en el país que pretende ser el más cristiano del mundo? El afan de sustraer ciertos hechos á las leyes que presiden al desenvolvimiento de la historia, así como el error de suponer una relacion tan directa é inmediata entre la religion y el derecho, que no parece sino que ha de determinar en todo tiempo y en todas partes unas mismas instituciones jurídicas conduce á esas exageraciones. Cristiana y católica era toda Francia, y no obstante ser la autoridad paterna uno de los puntos respecto de los cuales más se ha ensalzado ese influjo, lo cierto es que miéntras en las provincias del Mediodia regía la pátria potestad romana, respecto de las del Norte se decia: *droit de puissance paternelle n' a lieu*. Cristiana y católica era toda España, y sin embargo, mientras que el Código de las Siete Partidas consagra la pátria potestad tambien romana hasta el punto de conceder al padre el derecho de vender, y aún en ciertos casos el de comerse al hijo, en Aragon se decia: *de consuetudine regni non habemus patriam potestatem*. ¿Qué demuestran todos estos hechos? Demuestran que el influjo que ejerce un órden de la vida en los demás, cualquiera que sea aquel, no puede sustraerse al lento movimiento y á la marcha que son consecuencia de la misma naturaleza humana. Lo grave del caso es, que si los imprudentes defensores de esas revoluciones rápidas é inmediatas perjudican al cristia-

(1) Véase, Loiseleur, *Les crimes et les peines*, cap. 5º, § 5º

nismo en cuanto se le atribuyen cosas que están en contradicción manifiesta con la verdad de los hechos, y la rectificación del error va á veces más allá de lo justo, causan además otro daño, cual es el de dar lugar á que el mundo piense que el reinado social de aquel ha sido ya una verdad, cuando precisamente apenas si comienza ahora á producir algunos de sus mejores frutos (1). Los principios cristianos, sobre todo, esa idea de *humanidad*, la más grande entre las nuevas que el cristianismo trajo á la vida, por necesidad tienen que trascender á los otros órdenes de la vida, pero la historia del derecho y la historia de la humanidad muestran cuán lentamente han ido penetrando sus consecuencias en las instituciones jurídicas y sociales.

A este prejuicio y al opuesto se debe la debatida cuestión entre la respectiva importancia del influjo que en el desarrollo del derecho romano han ejercido el estoicismo y el cristianismo, porque segun simpatizan más ó ménos con las opuestas tendencias de los que, pensando que son tipos reductibles Sócrates y Jesus, proclaman, los unos, la muerte de la religion, los otros, la muerte de la filosofía, así se inclinan los historiadores á levantar ó rebajar ese influjo respectivo de la filosofía estóica y de la religion cristiana.

Es muy extraño que lo que no han hecho autoridades respetables, desde San Agustín y San Jerónimo hasta Bossuet (2),

(1) «Muchas vicisitudes han señalado el desenvolvimiento del cristianismo; muchas desviaciones han tenido lugar en el camino señalado por la Providencia: la religion libre y espiritual se ha hecho frecuentemente opresiva para los espíritus; el fondo sublime se ha petrificado en formas estrechas y mecánicas, la igualdad ha sido ahogada por el privilegio, la libertad por la autoridad, y la justicia, tan estrechamente unida por Cristo al amor, se ha eclipsado ante el terror y la venganza. Pero á través de todas estas averraciones, el soplo divino ha hecho marchar la humanidad sin interrupción en el camino del perfeccionamiento, y puede tenerse fé en la Providencia, y creer que el espíritu religioso, mejor comprendido, se unirá de nuevo á todos los elementos de la vida individual y social para darles la sanción suprema.» Ahrens, *Filosofía del Derecho*, § 41.

(2) San Jerónimo, en cuanto dice terminantemente: «Las leyes de César no son las de Cristo. El apóstol Pablo enseña una doctrina y Papiniano otra. . . . Sin embargo, los estoicos se conformán en muchos puntos con nuestro dogma; *nostro dogmati in plerisque concordant.*» (*Comm. in Esaiam*, cap. 41.) Y claro es que si fuera debido al influjo cristiano, no tendria nada de particular este acuerdo. San Agustín dice: «*Dios concedió el imperio de la tierra á los romanos, para recompensarles por la*

lo hagan algunos escritores modernos; esto es, que pongan en aprieto su ingenio para ver el influjo que la estancia de San Pablo en Roma ha podido ejercer en la doctrina de Séneca y las relaciones posibles que ántes de Constantino pudieran haber existido entre la religion perseguida y la filosofía triunfante, para venir luégo á atribuir al cristianismo, no ya sólo lo que desde aquel emperador para acá se hizo en materia de derecho, sino, por lo ménos en parte, tambien lo anterior. El mismo Troplong, autor de una memoria sobre este tema, reconoce en la introduccion que el derecho no se ha asimilado el cristianismo hasta los tiempos modernos; que ántes de la Edad Media la sociedad ha sido unas veces más cristiana que sus leyes, y otras, las leyes más cristianas que la sociedad, y que «su ascendiente entónces no es todavía más que indirecto y lejano, porque no domina aún como el sol de Mediodía que reanima la tierra con sus rayos; sino que más bien es semejante al aura matinal que se eleva sobre el horizonte en el crepúsculo.» Si no fuera por la preocupacion, los unos y los otros reconocerian la respectiva importancia que el estoicismo y el cristianismo tienen en este punto. Aquel llega á ser la filosofía del derecho práctico ó positivo en Roma, y contribuye á acelerar el movimiento que impulsa á este en el sentido de la universalizacion, precisamente por lo mismo que favorecen grandemente esa tendencia los principios esenciales del estoicismo, en cuanto toma por reglas la naturaleza y la razon funda en ésta el derecho, y patrocina aquella exaltacion de la libertad y de la personalidad que tan bien cuadraba con el carácter que iba revistiendo en los últimos tiempos el derecho romano. A seguida viene el cristianismo á favorecer y facilitar

justicia de sus leyes. (De Civitate Dei, v. 15.) San Clemente escribe: «Dios no sólo ha escogido á los apóstoles para derramar la luz de su justicia por el mundo, sino que ha querido que brillara y resplandeciera por medio de los romanos. (Constit. apost., lib. 6.º.) El Papa Juan VIII, en el siglo ix, recomendaba á Luis II, Rey de Francia y Emperador de Occidente, que venerara mucho las leyes romanas que habian sido promulgadas por el espíritu de Dios; sed veneranda romanæ leges divinitus per ora principum promulgata (Decreti, 2ª parte, causa 16, cuestion 3ª, fragmento 17). Y Bossuet dice en su famoso discurso sobre la Historia universal: «si las leyes romanas han parecido tan santas, que su majestad todavía subsiste, es porque el buen sentido, que es el señor de la vida humana, reina por todas partes en ellas, y porque no se ha visto en ningun otro pueblo una aplicacion más hermosa de los principios de la equidad natural.

la continuacion de este movimiento, por lo mismo que los principios cristianos, sobre todo el ántes mencionado, el de *humanidad*, así como sus consecuencias sociales, empujan con nuevo vigor las ideas por el camino que ya traian, y lo hacen al modo propio y característico de la Religion. Pero suponer que el derecho romano cambia de esencia, de carácter y modo de ser con la aparicion del cristianismo, y que todo cuanto se verifica desde Constantino en adelante, y aún ántes, fué efecto de aquél, es desconocer la parte que en esta obra corresponde al estoicismo, y sobre todo, lo que importa aún más, la que corresponde al genio jurídico del pueblo romano, en armonía con su destino providencial. Precisamente un escritor moderno (1) ha hecho notar que la diferencia esencial, en este respecto, entre el mahometismo y el cristianismo, consiste en que, miéntras el primero destruyó el derecho que encontró existente en los pueblos que conquistó, poniendo en su lugar uno estrecho y atrasado, que él crea, el consignado en el Koran, el cristianismo, por el contrario, tomó el que halló constituido, el romano, y lo utilizó como medio para el cumplimiento de su fin civilizador. Tanto es así, que cuando la Iglesia se inspiró en los principios del cristianismo y en los del derecho romano, que tenian de comun, con relacion al órden social, el caracter unitario é igualitario, fué cuando mejor sirvió los intereses de la civilizacion, miéntras que los contradijo más tarde cuando se dejó influir en parte por los propios del régimen feudal, que están en contradiccion, tanto con los romanos como con los cristianos.

Después de todo, esta cuestion, que es grave y delicada, nos interesa aquí ménos de lo que importaria si tratáramos de otras esferas del Derecho, como, por ejemplo, el de la personalidad, el de familia, el procesal, y aún el penal y el político. El influjo de la Iglesia en el derecho de propiedad no es tan directo ni tan trascendental como en esos otros órdenes. Sin embargo, lo estudiaremos bajo los tres respectos más arriba notados; en cuanto es sociedad espiritual, examinaremos las doctrinas de

() Hearn, *ob. cit.*, cap. 20, §. 5.

los Padres de la Iglesia respecto de la propiedad; en cuanto sociedad eclesiástica, investigaremos las condiciones propias de su régimen económico; en cuanto sociedad temporal, veremos como el derecho garantiza el suyo con relacion á los bienes; y, por último, como consecuencia de todo, esto es, del influjo que ejercen los principios, el régimen económico propio de la Iglesia y el nuevo derecho que en su favor ó en su contra se crea, y aún el que alcanzan los sacerdotes que la dirigen, en cuanto no solamente son miembros de ella sino individuos del Estado, en el cual desempeñan un importante papel por su posicion social, veremos la influencia que ha ejercido en todo el derecho de propiedad y los elementos con que contribuye á la organizacion de la misma en esta época

II.—DOCTRINAS REFERENTES Á LA PROPIEDAD.

Concepto en que pueden derivarse de una religion principios referentes al órden económico. — Textos del Nuevo Testamento sobre la propiedad. — Doctrinas de los Santos Padres respecto del origen, del uso y del fundamento jurídico de esta. — Juicio crítico de las mismas.

Comencemos haciendo notar el concepto en que de una religion pueden derivarse principios referentes al órden económico. Claro es que no han de ser éstos como consecuencias necesarias que se deduzcan inmediatamente del fondo mismo de aquélla, sino que por virtud de la solidaridad que hay entre todas las esferas de la actividad, y más aún del carácter especial que la religion tiene, es evidente que de una manera más ó ménos mediata han de trascender sus doctrinas á todo cuanto constituye el fondo y el contenido de la vida social. Toda religion proclama una moral, la cual evidentemente, al determinar los principios segun los cuales debe regirse el hombre, ha de alcanzar á la propiedad en cuanto ella constituye uno de los órdenes en que aquél se mueve y se desenvuelve. Por esto precisamente veremos que la doctrina de los escritores cristianos, en este respecto, se refiere de un modo más directo á la propiedad que al derecho de propiedad, porque en el primer concepto entra completamente de lleno en la moral, en cuanto ésta determina las reglas segun las cuales debe hacerse uso de los bienes materiales.

Por lo mismo sería intento vano el pretender hallar en el Evangelio una doctrina completa y acabada referente á la propiedad: no hay ninguna precisa, no hay nada que autorice á sostener que el cristianismo defiende ó censura esta ó aquella forma de la misma. Así, de un lado, encontramos consagrada la privada é individual, pues con motivo de haber Ananías vendido una posesion y defraudado del precio poniendo sólo una parte de él á los piés de los Apóstoles, le dijo Pedro: «*Ananías, ¿por qué ha llevado Satanás tu corazon á que mintieses al Espíritu Santo y defraudases del precio de la heredad? Reteniéndola, ¿no se te quedaba á tí? y vendiéndola, ¿no estaba el precio en tu potestad? ¿por qué pusiste esto en tu corazon? No has mentido á los hombres, sino á Dios*» (1); así como la funda y legitima San Pablo en los textos siguientes: «*¿Quién jamás va á campaña á sus expensas? ¿Quién planta viña y no come del fruto de ella? ¿Quién apacienta ganado y no come de la leche del ganado? Porque el que ara, debe arar con esperanza, y el que trilla, con esperanza de percibir los frutos*» (2); y de igual modo el principio de la herencia se desprende de este otro texto: «*pues no deben los hijos atesorar para los padres, sino los padres para los hijos*» (4). En cambio hallamos, no sólo defendida y ensalzada, sino practicada la comunidad de bienes entre los primeros cristianos, hecho puesto en duda por algun escritor (5), pero cuya exactitud la atestiguan textos como los siguientes: «*Y todos los que creian, estaban unidos y tenian todas las cosas comunes; vendian sus posesiones y haciendas y las repartian á todos conforme á la necesidad de cada uno. Y de la muchedumbre de los creyentes el corazon era uno y el alma una: y ninguno de ellos decia ser suyo propio nada de lo que poseia, sino que todas las cosas eran comunes*» (6).

De suerte, que si hemos de juzgar por los textos del Nuevo Testamento, aparece reconocida la propiedad individual, y re-

(1) *Hechos de los Apóstoles*, lib. 5º, vers. 1, 2, 3 y 4.

(2) *I. Cor.* cap. 9º, vers. 7º.

(3) *I. Cor.* cap. 9º, vers. 10.

(4) *II. Cor.* cap. 12, vers. 14.

(5) Por Alfredo Sudre, en el cap. 5º de su *Historia del Comunismo*.

(6) *Hechos de los Apóstoles*, cap. 2º, vers. 44 y 45; cap. 4º, vers. 32.

comendada la propiedad comun y hasta practicada, aunque indudablemente sólo por excepcion y con un carácter meramente transitorio, ya porque la índole misma de esta organizacion no consentia que se extendiera, y ménos aún que se hiciera permanente, ya porque quizás habia nacido de circunstancias particulares que se habian modificado ó desaparecido. De igual modo debe interpretarse el consejo, y aún á veces exigencia, de Cristo respecto de aquellos que querian seguirle, al recomendarles que hicieran dejacion de todo cuanto poseian, pues es evidente que aquí no se trata de un régimen general de la propiedad, sino de las condiciones particulares en que debian colocarse los que estuvieran dispuestos á afiliarse á aquella sagrada milicia que iba á llevar á cabo la revolucion religiosa producida por el cristianismo.

Pero vienen después los Santos Padres, cuyas doctrinas respecto de la propiedad han sido interpretadas de muy diversa manera. Quién las presenta inspiradas en lo que hoy llamamos un sentido socialista y hasta comunista; y quién, por el contrario, se esfuerza por hacer ver que no hay en ellas semejante inspiracion; naciendo, á nuestro juicio, esta divergencia de que se confunden al examinarlas los distintos puntos de vista desde los cuales se pueden y deben considerar. Una cosa es el origen de la propiedad, otra el uso que de ella debe hacerse, y otra el derecho que constituye su garantía. Examinémoslas con esta separacion.

Respecto al primer punto, ó sea al origen, encontramos que el Papa San Clemente, discípulo de los Apóstoles y que habia practicado la vida en comun, después de decir que ésta es necesaria á todos los hermanos, especialmente á los que deseen servir á Dios de un modo irreprochable é imitar la vida de los Apóstoles y de sus discípulos, escribe: «El uso de todas las cosas de este mundo debia ser comun para todos los hombres, pero hubo alguno que *inícuamente* hizo ésto suyo, y otro aquéllo, y así se estableció la propiedad entre los mortales» (1);

(1) Epist. 5ª á la Iglesia de Jerusalem y á su Obispo Santiago.—De la vida en comun.

siendo de notar que se apoya, entre otras autorirades, en la de Platon. De igual modo, San Crisóstomo dice, entre otras cosas: «A fin de darnos el ejemplo, que por desgracia no imitamos en lo más mínimo, hizo Dios comunes las cosas indispensables á la vida, como la luz, el aire, la tierra, el sol. Hizo tambien de uso comun los caminos, las ciudades, las calles y las plazas. *Por eso la comunidad es de origen divino y natural, siendo artificial y humana la propiedad.* Cuando usamos en comun las cosas, ninguna cuestion surge, ninguna pugna entre los partícipes de ellas. ¿Quién disputa la propiedad de las calles y de las plazas? Los crímenes, las guerras, los pleitos, todas esas calamidades humanas nacieron cuando hubo uno que quiso apropiarse lo que era de todos, cuando se pronunciaron aquellas heladas palabras *tuyo y mio*, que todo lo trastornan y perturban. Donde estas palabras se han desterrado, ni hay guerras ni disputas, y por eso debemos imitar el ejemplo de la vida en comun dado por los discípulos de los Apóstoles, emulando la vida de los ángeles que no dividen el cielo con linderos. La economía aconseja tambien este género de vida; siguiéndolo, no habria pobres, porque lo existente bastaria para todos. ¿Qué diríamos de una familia en que el padre, la madre y los hijos hiciesen vida aparte cada uno, con su casa, sus criados y sus servicios? Nadie se muere de hambre en los conventos, y todos disfrutan allí de alimento abundante» (1).

Más numerosos y más conformes son todavía los textos que se refieren al uso que se debe hacer de la propiedad. San Justino decia: «Lo que amábamos sobre todas las cosas, el

(1) Contra los adversarios de la vida monástica, lib. 3º, núm. 8.—Homilía 5ª sobre la penitencia, núm. 1.—Idem sobre las palabras de San Pablo: «conviene que haya herejes.» núms. 1, 2 y 3.—Idem 33, sobre el cap. 13 del Génesis.—Exposicion del salmo 111.—Homilía sobre las palabras del Evangelio: «el hijo nada hace sin el padre.»—Idem 7ª sobre los hechos de los Apóstoles, núm. 2.—Idem 10ª sobre la epístola 1ª á los de Corinto, núms. 3 y 4.—Idem 2ª sobre el primer capitulo de la epístola á los de Tesalónica, núm. 4.—Idem 1ª sobre el cap. 1º á los de Filipo.—Idem 12ª sobre el cap. 4º de la 1ª á Timoteo, núm. 4.

En la *Revista Contemporánea*, tomos 4º y 5º, pueden verse más por extenso las citas de San Crisóstomo, asi como las que insertamos más adelante y otras muchas, en los artículos publicados por el Sr. Perez de la Sala sobre *las doctrinas socialistas del pueblo cristiano*. Véanse tambien los artículos del mismo sobre la *historia de la usura*, en los números 207, 208 y 209 de la *Revista de España*.

producto del dinero y de los bienes, lo ponemos ahora en común, y todo cuanto poseemos lo disfrutamos entre los menesterosos» (1). Tertuliano exclama: «Somos hermanos para las riquezas que entre vosotros (los gentiles) casi rompen la fraternidad, y así confundimos nuestras almas, haciendo, sin vacilar, á los demás partícipes de lo nuestro. Todo es común entre nosotros, ménos las mujeres» (2). San Basilio escribe: «Quien ama á su prójimo como á sí mismo, no debe poseer más que el prójimo, porque si más posee, claramente confiesa preferir su bienestar al alivio de muchos. ¿Qué es ser avaro? No contentarse con lo necesario. ¿Qué es ser espoliador? Apoderarse de lo ajeno. ¿No eres avaro ni espoliador si *haces tuyo lo que recibiste para repartir?* Si se llama ladrón á quien despoja al vestido, ¿qué nombre merece quien, pudiendo, no viste al desnudo? El pan que guardas, es del hambriento; la ropa, del desnudo; el calzado, del descalzo, y del menesteroso el dinero que escondes» (3). San Ambrosio dice: «que es ser asesino negar á un hombre los socorros que le son debidos para vivir» (4); y San Agustín, que: «excepto la comida y el vestido, *el resto debe darse á los pobres*, y si te niegas á ello, añade, robas lo ajeno, porque sólo es nuestro lo que racionalmente basta para nuestro sustento y el de la familia» (5). San Crisóstomo, dice: «Dios, al darnos las riquezas, nos ha confiado un *depósito*, del cual nos pedirá cuenta, convirtiéndonos en *administradores* de ellas para distribuirlas á los pobres. Las riquezas, viniendo de Dios, no pueden ser malas; no son en rigor buenas ni malas, por más que sean un obstáculo á la salvación, mucho más difícil en el rico que en el pobre. Las riquezas son buenas cuando se destinan á su objeto, invirtiéndolas en obras de misericordia, que son obras de justicia; y son malas cuando *no se distribuyen á los pobres con profusion*. El del rico (el cargo) es la *administración* de los bienes del

(1) Apología 2ª en favor de los cristianos.

(2) Apología, cap. 39.

(3) Sermones sobre la limosna.—Idem contra los ricos.

(4) Libro de Tobías, cap. 24.

(5) Sermon 276.

pueblo, y cuando no los distribuye, roba lo ajeno, sufriendo un duro castigo como administrador infiel» (1). Salviano habla de las amenazas dirigidas á los ricos, y dice: «Estas tremendas amenazas no son por los homicidios, fornicaciones, sacrilegios y demás vicios de los ricos, sino por la riqueza solamente. No dice al rico: serás atormentado por homicida ni fornicario, sino por ser rico, esto es, *por emplear mal* las riquezas echando en olvido que *te fueron dadas para obras piadosas*»(2).

Como se vé, de todos estos textos se desprende que segun el sentido general de los Padres de la Iglesia, el propietario tiene los bienes sólo como en depósito y administracion, debiendo dedicarlos al sostenimiento de todos sus hermanos y singularmente de los más necesitados; pero de ninguno de ellos se deduce, por lo ménos directamente, nada que se refiera al concepto del derecho de propiedad; ántes, por el contrario, parece que en ellos se dá por supuesto, en cuanto se imponen al rico deberes que no podian alcanzarle si no lo fuera, si no tuviera esa propiedad, esos bienes, para cuyo uso y distribucion se le dictan las reglas que deben guiar su conducta moral en este respecto.

Pero hay otros textos de los cuales ya puede inferirse algo respecto del concepto que los Santos Padres tenían del mismo derecho de propiedad. Así, por ejemplo, San Crisóstomo dice: «¿Habr  nadie tan loco que se figure rico por tener en depósito cuantiosas sumas que no le pertenecen? ¿Cómo puede llamarse propietario de lo que tantos dueños ha tenido y tantos habrá de tener todavía? Nadie es propietario de lo que   su muerte habrá de devolver forzosamente, y con harta frecuencia durante la vida. Causa risa leer en los testamentos: *dejo   este la propiedad,   aquel el usufructo*, cuando sólo tenemos éste, no siendo de nadie la propiedad, *palabra vana y que carece de sentido*» (3). San Ambrosio escribe: «¿Hasta dónde ¡oh ricos! habreis de llevar vuestra desenfrenada codicia? ¿Habitaís s los

(1) Plática 1.^a sobre Lázaro, núms. 4, 5 y 6; Hom. 2.^a al pueblo de Antioquia, núms. 5, etc.

(2) Contra la avaricia, lib. 1.^o.

(3) Véase la nota de más arriba.

por ventura la tierra? ¿Por qué arrojaís al compañero de la naturaleza, y reclamais la propiedad de ella? *La tierra se hizo para ser disfrutada en comun por pobres y ricos: ¿por qué ¡oh ricos! os la apropias para vosotros solos?*

El mundo que un corto número de ricos se empeña en *quitar* á los demás, fué creado para uso de todos. No sólo la propiedad de las tierras, sino también la del suelo, aire y mar reclaman unos cuantos ricos. Ese aire que encierras en tus vastos dominios, ¿cuántas gentes podría sustentar? ¿Por ventura los ángeles se reparten el cielo, para que tú dividas la tierra con linderos? *Lo que das al pobre no es tuyo, sino suyo: ¿por qué usurpas para tí sólo lo que fué dado en comun para el uso de todos? De todos es la tierra, no de los ricos: das, pues, lo debido, no lo indebido*» (1). Y dice en otra obra: «La naturaleza lo dió todo para ser disfrutado en comun: así Dios ha dispuesto, que los alimentos fuesen para todos comunes, y la tierra una propiedad también comun para todos. *El derecho natural es, pues, la comunidad, y la propiedad tiene su origen en la usurpacion*» (2). Y en otra: «Dios, Señor nuestro, quiso fuese la tierra poseida en comun por todos los hombres, y repartir á todos sus frutos; pero *la avaricia concedió el derecho de poseerla*. Es, pues, justo que si reclamas como propiedad algo de lo concedido en comun al género humano, ó más bien á todos los animales, por lo ménos, des algo á los pobres y no niegues el sustento al que es por derecho contigo copartícipe» (3). San Basilio dice: «No seais, los que blasoneis de racionales, más crueles que las mismas bestias, porque ellas usan naturalmente sin division de la tierra en donde nacen. El ganado pace en un mismo y sólo monte, y una yeguada pasta en el mismo campo, y así se ceden mutuamente cuanto necesitan para la vida. Nosotros obramos de otra manera; guardamos la cosas comunes, y *lo que es de muchos, lo poseemos solos*. Respetemos é imitemos la manera de vivir tan humana de algunas naciones

(1) Lib. de Naboth, cap. 1º, núm. 2; cap. 3º, núm. 11; cap. 12, núm. 53.

(2) Libro de las viudas, cap. 1º, núm. 5º.—De los deberes de los Sacerdotes, lib. 1º, cap. 28.

(3) Exposicion del Salmo 118.—Sermon 8º, núm. 22.

extrañas donde existe la ley dictada para un pueblo numeroso de tener una mesa comun y disfrutar de los mismos alimentos formando una sóla familia» (1). En otro pasaje dice, hablando de la «sociedad perfectísima, la que excluye toda propiedad privada,» que mata la discordia y destierra la desidia, que «en ella todas las cosas son comunes, y muchos son uno sólo, y uno no es sólo, sino muchos. ¿Hay nada comparable á este género de vida? ¿Hay nada más feliz y perfecto que esta union y unidad? Así quiso Dios fuésemos en un principio y para ello nos formó. Los que abrazan esta vida, vuelven al bien primitivo, eludiendo las consecuencias del pecado de nuestros primeros padres. No habria entre los hombres guerras, discusiones, ni partidos, si por el pecado no se hubiese repartido la naturaleza» (2). Y San Agustín dice á los donatistas: «Hé aquí vuestras fincas. ¿Con qué derecho las reclamas? ¿Por el divino ó el humano? El divino lo tenemos de la Escritura, y el humano de las leyes dadas por los Reyes. ¿Por dónde es cada uno dueño de lo que posee? ¿No es por ventura por derecho humano? Pues por derecho divino la tierra y cuanto contiene es de Dios. Este formó del mismo barro á ricos y pobres: á ricos y pobres sustenta el mismo suelo. Segun el derecho humano, se dice: esta finca, esta casa, este esclavo son míos. El derecho humano es de los Emperadores, porque por ellos distribuyó Dios á los hombres aquellos derechos. ¿Qué me importa, dirás, el Emperador? Segun su derecho posees. *Quita el derecho establecido por los Emperadores, ¿y quién se atreverá á decir: esta finca, este esclavo, esta casa, son míos? No digas: ¿qué tengo que ver con el Rey? ¿Qué tienes entónces que ver con la propiedad? Se posee conforme al derecho establecido por los Reyes. Has dicho: ¿qué tengo que ver con el Rey? Pues no hables de tu propiedad, porque has renunciado al derecho humano en virtud del cual posees» (3).*

(1) Hom. sobre el hambre y la sequía, núm. 8°.

(2) Institut. monást., cap. 18, núm 1, 2 y 3.

(3) Tratado 6° sobre el cap. 1° de San Juan, números 25 y 26.

Las declaraciones que se hacen en estos textos, unas veces de una manera directa, otras de una indirecta, arguyen ya un determinado concepto, no sólo del modo en que debe organizarse la sociedad económica, sino también del género de garantías que al efecto debe prestar el derecho, pues que naturalmente á la tendencia general hácia la comunidad y coparticipación de los ricos y pobres en todos los bienes correspondía en los Padres de la Iglesia una aspiración más ó menos reflexiva á que fuera amparada por una organización jurídica adecuada al caso.

Por último, hay otros textos que vienen á mostrar el sentido general de los Padres de la Iglesia en este respecto, como, por ejemplo, el siguiente de San Jerónimo: «Con razón llama Jesús á las riquezas, injustas, porque todas ellas provienen de la iniquidad: uno no puede ganar sin que otro pierda, y de aquí el proverbio: *todo rico es inicuo ó heredero de un inicuo* (1).» Forma singular contraste (2) con el sentido general que revela esta doctrina este otro texto de San Crisóstomo. «Ved cuantos vínculos naturales ha establecido Dios entre nosotros, y cómo, por virtud de la variedad de aptitudes que nos ha concedido, ha hecho de manera que todos necesitemos los unos de los otros. Así como ha dado á los diversos países distintos géneros de producción, á fin de que se estableciese entre ellos un cambio continuo de buenos oficios, de igual modo ha distribuido entre los hombres y en medidas diferentes los bienes temporales y espirituales, á fin de que los comunicasen entre sí en la forma en que lo aconseja San Pablo (3).» Hay aquí como un presentimiento del sistema económico del mundo, y nos parece oír á un discípulo de Bastiat al leer esas palabras así como se imagina uno en cambio estar oyendo á uno de Proudhon al leer las de San Jerónimo. Análogo sentido revelan estas otras de San Basilio: «¿A quién perjudico, dice, al conservar lo mío? ¿Y qué es lo tuyo? ¿De dónde trajiste al venir á la vida lo que recibiste? Hablas como aquél que, ocupando

(1) Carta á Hedibia.

(2) Notado por Bernard en su libro: *Les lois économiques*, cap. 16.

(3) Hom. 34, in us. cap. 4º, t. 10, núm. 314.

un sitio en un teatro, impidiese la entrada en él á los demás, destinando para él sólo lo preparado para el uso de todos, *porque apoderándose de las cosas comunes*, se las apropia fundándose únicamente en la ocupacion. Si cada uno tomase solámente lo necesario para sus necesidades, no habria ricos, pero tampoco pobres, ¿No has salido desnudo del vientre de tu madre, y no has de volver desnudo á la tierra? ¿De dónde has sacado tus bienes? Si los atribuyes al acaso, eres un impío que desconoces á tu Criador y no lo agradeces á quien te lo ha dado. Si los debes á Dios ¿para qué te los dió? ¿Es por ventura Dios injusto, que distribuya desigualmente lo necesario para vivir? ¿Por qué has de ser tú rico y otro pobre (1)?» San Agustin dice: «Quien pretenda ser agradable á Dios debe amar la sociedad en comun y aborrecer la propiedad. Así, aquellos (los primeros cristianos) entregaron á la comunidad la propiedad de sus bienes. Por ventura, ¿perdieron lo suyo? Cuando lo suyo lo hicieron comun, hicieron suyo lo de los demás. Los pleitos, enemistades, discordias, guerras, tumultos, disensiones, escándalos, pecados, iniquidades y homicidios, nacen de la propiedad. ¿Cuándo se ha litigado por lo que disfrutamos en comun, como el aire y el sol?..... Abstengámonos, pues, hermanos, de poseer privadamente (2).» Y San Jerónimo, por último, en la vida del monje Malco refiere que «embelesado con la contemplacion de las hormigas, recordó las palabras de Salomon y principió á desear la semejanza con ellas, donde se trabajaba en comun sin poseer nada propio y siendo todo de todos.» En cambio, encontramos que Lactantio, despues de condenar y atacar con decision la república de Platon, dice que éste, por no conocer al verdadero Dios, cayó en muchos errores, uno de ellos el disponer en las leyes civiles que todo fuese comun, y añade : «En cuanto á los bienes, es tolerable, *por más que sea injusto*, pues no debe ser perjudicado quien por su industria adquiere más, ni favorecido el que por culpa propia obtiene

(1) Hom. 6ª, sobre el texto: *destruiré mis graneros, etc.*, núm. 7; y tambien en el sermon sobre la riqueza y la pobreza, núm. 1.

(2) Exposicion del Salmo 83, núm. 4.—Id. del 131, núm. 5.

ménos:» donde se ve, á la vez que la protesta contra el comunismo, el influjo que el espíritu general de la época ejercía en este ilustre escritor cristiano.

Conviene hacer notar, finalmente, que ya entónces habia quien hacia depender de la creencia religiosa la capacidad de poseer, aduciendo argumentos que más adelante habremos de ver reproducidos y desarrollarlos, como, por ejemplo, al tratar de la expropiacion de los bienes de los pobres indios de América. San Agustin, dirigiéndose á los donatistas, que habian sido despojados de su patrimonio, además de lo que más arriba queda transcrito, dice: «Nadie posee cosa alguna legítimamente sino por derecho divino, *por el cual todo pertenece á los justos*; ó por derecho humano, que depende de la voluntad de los Reyes de la tierra. Por eso decís falsamente, *vuestros bienes*, pues no los poseís como justos, y los habeis perdido además por las leyes de los Emperadores. En balde decís: los adquirimos con nuestro trabajo, porque está escrito: *Los justos comerán el fruto del trabajo de los impios*» (1).

Ahora bien; para juzgar con imparcialidad el sentido de toda esta doctrina, preciso es tener en cuenta las circunstancias históricas en medio de las que se produce. En primer lugar, se hallan los Santos Padres bajo el influjo de la reciente predicacion cristiana, atenta á levantar el espíritu apartándole de las cosas terrenas, y á procurar en el orden moral la sustitucion del egoismo, á la sazón reinante, por el desinterés y la abnegacion; y no es maravilla, por lo tanto, esa tendencia general al menosprecio de las riquezas, á la censura del uso que de ellas hacian sus poseedores, y á la imposicion de deberes estrechos en cuanto á la distribucion y goce de los bienes materiales. Pero tan injusto seria atribuir á los Padres de la Iglesia una doctrina socialista ó comunista reflexiva, perfecta y acabada, como desconocer que en el fondo de ella hay mucho del sentido que á través de los siglos han venido inspirando las reformas más ó ménos utópicas que se han propuesto con relacion al organismo social. Los escritores cristia-

(1) Epístola 93, á Vicente, núm. 30.

nos se ocupan de la cuestion principalmente bajo el punto de vista que es propio del sacerdote y del moralista, esto es, bajo el de las leyes ó principios morales que deben regir este órden de la actividad; y de ahí es que muchas de las críticas que hacen de los abusos que cometian los ricos, no entrañan seguramente la negacion de la propiedad privada, y son completamente extrañas á la organizacion jurídica de la propiedad. Pero, de otro lado, no se puede desconocer que algunos de ellos, ya porque estuvieran imbuidos en la doctrina de Platon, ya por el influjo que ejerciera la tradicion de aquella *edad de oro*, de que en otro lugar nos hemos ocupado, cantada por tantos poetas, y en que se suponía la existencia de esa comunidad; ya fuera porque pretendiera hacer una aplicacion general de la vida en comun, que los primeros cristianos hicieron cuando eran pocos en número y formaban, por decirlo así, una milicia sagrada dedicada á la consecucion y propaganda del cristianismo; es lo cierto, que se ve siempre en el fondo de estos escritos esa tendencia general á la igualdad, á la comunidad, á borrar la diferencia entre ricos y pobres. Puede decirse, en vista del sentido general de los escritores de este tiempo, que la organizacion comunal y la propiedad privada están para los Padres de la Iglesia en una relacion parecida á la que guardan la virginidad y la vida matrimonial; esto es, que no obstante considerar más excelentes las primeras que las segundas, al fin y al cabo hubieron de reconocer la necesidad de que fuera lo mejor la excepcion y lo ménos bueno la regla general; y por esto, así como la virginidad quedó limitada á los que hacian voto solemne de castidad y continuó siendo el matrimonio la ley de la sociedad general, de igual suerte aquella comunidad se refugió bien pronto en los monasterios, al paso que continuaron en el mundo las distintas combinaciones y formas del derecho de propiedad.

Importa hacer constar la trascendencia que esta doctrina puede alcanzar, porque precisamente en los momentos actuales se nota un como renacimiento de aquel antiguo espíritu cristiano, y de aquí la acusacion que es frecuente lanzar hoy

sobre los que, inspirándose en él, toman en las cuestiones sociales, que tanto preocupan hoy al mundo, una actitud que tienen ciertos puntos de analogía y de contacto con la adoptada por otras escuelas, las cuales, por no venir acompañadas de una doctrina religiosa, ni protegidas bajo la égida de una Iglesia, asustan y escandalizan, aunque á veces no dicen más, y áun dicen ménos, que lo que estos ilustres escritores del cristianismo.

En suma, si se prescinde de la exajeracion á que conducia el misticismo entónces predominante, de la confusion de la moral con el derecho, de evidentes errores históricos y de las exajeraciones naturales en corazones que eran demasiado sensibles para no ser afectados por el egoismo reinante y por las estravagantes diferencias entre pobres y ricos, hay en el fondo de toda esta doctrina un sentido general, que, léjos de merecer censura, á nuestro juicio lo es de aplauso, esto es, en cuanto respetando el derecho de todo propietario, se le imponen deberes estrechísimos respecto del modo y forma en que le es lícito disfrutar de su riqueza y de los deberes que tiene que cumplir para con sus semejantes; en una palabra, en cuanto se contraría el individualismo irracional y egoista que conduce á no hacer uso de la libertad sino en provecho propio, y se sustituye con aquellos principios que recuerdan constantemente al hombre, que no vive sólo en el mundo, y que, por lo tanto, es deber suyo cooperar á la realizacion de los fines sociales, para los cuales es un medio la propiedad lo mismo que lo es para el cumplimiento del fin propio é individual. Ojalá estas predicaciones, estas censuras, estos anatemas de los Santos Padres hubiesen producido entónces, después y ahora mayor efecto del que lograron alcanzar, pues es sabido, como pronto vamos á ver, que ese afan por las riquezas no se extinguió ni desapareció en la sociedad cristiana, y que bien pronto la Iglesia misma y sus miembros se mostraron tan ávidos de ellas como la generalidad de las gentes.

III.—RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA IGLESIA.

Razon de ser del patrimonio eclesiástico.—Origen de éste.—Su condicion ántes de la paz de la Iglesia.—Su acrecentamiento y causas á que es debido.—Organizacion y distribucion.—Comienzo de los beneficios y su explicacion.—Inalienabilidad de los bienes de la Iglesia.—Clasificacion de éstos.—Resúmen.

Casi es escusado decir los límites dentro de los cuales vamos á encerrarnos al hacer este estudio. Nos importa tan sólo hacer notar los caracteres más salientes de la organizacion del patrimonio eclesiástico, esto es, aquellos que ejercen un mayor influio en la historia sucesiva, no sólo del patrimonio eclesiástico, sino del sistema general de la propiedad.

La Iglesia, como toda institucion social, necesita un régimen económico, esto es, medios ó recursos materiales para el cumplimiento de su fin. En las sociedades que tienen por objeto la produccion económica, es la riqueza su fin directo é inmediato, mientras que en las demás no es sino mediato; pero en todas es preciso é indispensable. Consecuencia de la misma naturaleza humana, por espiritual que sea el fin que la personal individual ó social persigue en la vida, siempre tiene relaciones con este orden económico, y de aquí que todas ellas, cualesquiera que sean su naturaleza, su organizacion y su destino, tengan un patrimonio. La Iglesia lo necesita, en primer lugar, para el cumplimiento directo de su propio fin, como, por ejemplo, el constituido por los templos y los objetos del culto; y en segundo, para el sostenimiento de los que ejercen funciones en ella, ó sea, sus sacerdotes.

Segun hemos visto en el párrafo anterior, los cristianos hicieron, por lo ménos algunos de ellos, vida en comun, pero asociándose voluntariamente y con un carácter que nace de las circunstancias y es debido á una necesidad de la época, como ha dicho Troplong, pero de ningun modo imponiéndole como una condicion absoluta y general. Además, esa vida en comun la hacian los cristianos como hombres, en cuanto los principios y tendencias del Cristianismo los llevaban á constituir este modo de organizacion social, mientras que aquí tratamos exclusivamente del régimen económico de la Iglesia

misma como sociedad religiosa. En tal concepto, desde los primeros tiempos los fieles contribuyeron á levantar las necesidades de ésta por medio de oblacones en especie, frutos, dinero, etc.; siendo de notar que, segun se desprende de los textos citados en el párrafo anterior, cuando algun cristiano queria hacer donacion de bienes inmuebles á la Iglesia, los enajenaba, y ponía á los piés de los apóstoles su importe en metálico, lo cual está indicando claramente como por la circunstancia de estar aquélla perseguida, y ser por tanto considerada como sociedad ilícita, y por lo mismo sin capacidad para adquirir, se sustrae por este medio á la prohibicion legal, cosa que no era fácil tuviera lugar respecto de la propiedad inmueble. Sin embargo, cuando se publicó el año 303 el edicto de persecucion de Galerio y Diocleciano, por el cual se ordenó arrasar las iglesias, y que el suelo de las mismas, los jardines, las casas y demás fundos anejos se incorporaran al patrimonio fiscal ó al municipal, lo cual se hizo en todas partes, sin otra diferencia que la de que en algunas alcanzó la confiscacion á los bienes particulares de los cristianos, y hasta de los que los ocultaban, y en otras no, resultó en el hecho que existía cierta propiedad inmueble, por lo ménos esa parte que se mandó confiscar y se confiscó.

Naturalmente este estado de cosas cambió cuando en tiempo de Constantino fué la Iglesia reconocida como sociedad lícita, y por tanto, como persona jurídica con capacidad para adquirir. Entónces, no sólo comenzó aquella á formar su patrimonio, sino que de tal modo se acrecentó éste en los siglos iv y v, que hubo de perjudicar, al parecer, al fin propio de la misma, puesto que San Jerónimo dice: «La Iglesia es mayor en poder y en riquezas, pero menor en virtudes (1).»

Comenzaron las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, habiendo llegado á ser tan frecuentes los casos de dejar en herencia los bienes á la Iglesia, que San Agustin dice: «Todo el que quiera, desechando un hijo suyo, nombrar por heredera á la Iglesia, busque otro que lo consienta, que no lo conseguirá de

(1) *Potentia quidem et divitiis major, sed virtutibus minor* (Vita Malch i.)

Agustin, ni de ninguno que obre como Dios manda» (1); y el mismo cita con elogio la equidad y desinterés de Aurelio, Obispo de Cartago, que restituyó á su dueño todos los bienes que éste habia cedido á la Iglesia, en atencion á que después de haberlo hecho tuvo una sucesion que no esperaba: «pues hubiera podido muy bien, dice, no devolverlos por derecho civil, aunque no por deber moral; *jure fori, non jure poli*» (2). Además, por virtud de las *precarias*, de que hemos hablado en el capítulo anterior y volveremos á hablar más adelante, por la remision de las penitencias, pues decia San Pedro Damiano (3): «cuando recibimos heredades de los penitentes, con arreglo á la cantidad de éllas reducimos la de la penitencia» (4); por las profesiones religiosas ó ingreso en el sacerdocio, pues que se cedian todos ó parte de los bienes en favor de la iglesia ó monasterio; en una palabra, por todos los medios que eran consecuencia de la piedad de los fieles, del poder creciente de la Iglesia, y con harta frecuencia de los abusos de los clérigos, singularmente de aquellos que acosaban á los moribundos para que diesen á sus bienes este destino piadoso, y que tan acerbas censuras merecieron á Carlo Magno y á algunos concilios y escritores cristianos, segun veremos más adelante, el patrimonio de la Iglesia fué así aumentando y ajigantándose (5).

(1) Sermon, 49, *De divers.*

(2) Cavalario. *Inst. can.*, parte 2^a, cap. 33.

(3) Libro 4^o, epist. 12.

(4) «Algunas propiedades hubo de adquirir tambien la Iglesia por redencion de penitencias impuestas á los pecadores. Eran éstas en algun tiempo tan largas, que á veces no alcanzaba para cumplirlas toda la vida de los penitentes, y ésto dió lugar á la práctica de redimir una parte de ellas con limosnas á los pobres, á los cautivos ó á los templos. Y aunque generalmente se hacian las limosnas en dinero ó en frutos, á veces consistian tambien en prédios á voluntad del penitente. Los libros penitenciales fijaban, es verdad, la tarifa de lo que habia de satisfacerse por cada día de penitencia, pero la Iglesia no reconoció nunca su eficacia, sino en el supuesto de que tales larguezas significaran dolor profundo y arrepentimiento sincero del pecador.» Cárdenas, *ob. cit.*, lib. 10, cap. 1^o, § 1.

(5) «Así llegó la Iglesia á acumular más propiedades de las que para su justo esplendor necesitaba y más tal vez de las que permitia la severidad de su primitiva disciplina, agravando sensiblemente este exceso su no siempre adecuada distribucion entre los partícipes. En los primeros siglos del Cristianismo habia ya notado San Jerónimo, que la muchedumbre de eclesiásticos contribuía á su menosprecio *multitudo clericorum illos contemptibiles facit*. Justiniano tuvo que prohibir la ordena-

De otro lado aparecen los diezmos y las primicias cuyo origen es bien conocido, y que por entónces eran prestaciones voluntarias, sin que en Oriente llegaran á estar nunca del todo reglamentadas, ni se exigieron en Occidente, ni áun con el carácter de obligacion moral, hasta que en el siglo VI, no el concilio de Macon, como suele decirse, sino el de Tours, celebrado diez y ocho años ántes, hizo obligatorio su pago (1).

El patrimonio la Iglesia era en un principio administrado por el Obispo, puesto que segun los cánones de los Apóstoles (39, 40, 41) á él tocaba distribuir los bienes como si lo hiciera bajo la mirada del Eterno, no debiendo apropiarse nada, ni hacer regalo alguno á sus parientes con el patrimonio de Dios; y añadian que á nadie ocurriera pedirle cuentas de su administracion, ni examinar como él cumple su encargo, lo cual toca sólo á Dios. Pero más tarde, por disposicion del concilio general de Calcedonia, hubo de crearse el ecónomo para descargar al Obispo de los penosos deberes que aquella le imponia.

Que ya por entónces eran grandes los abusos de que era objeto la propiedad de la Iglesia, lo demuestran las numerosas disposiciones dictadas con el fin de prevenirlos. Los concilios de España muestran hasta dónde habian llegado. El segundo de Braga (572) castigaba á los Obispos y presbíteros que «aplicaban caprichosamente las cosas eclesiásticas, las distribuian entre sus parientes ó las destinaban á usos propios» (cán. 14, 15 y 16). El primero de Valencia (524) condenó á los clérigos que «con manos rapaces, y á manera de ladrones, tomaban los bienes del Obispo al tiempo de su muerte.»

cion de nuevos eclesiásticos miéntras que no quedara reducido el número de cada Iglesia al que le estuviera señalado por sus estatutos (*Novell. Collat.* III. tit. 3º, capítulo 1º). Cárdenas, *ob. cit.*, lib. 10, cap. 1º.

(1) El 2º de Tours, que se celebró el año 567, dice á los fieles: «os advertimos muy encarecidamente que, siguiendo el ejemplo dado por Abraham, no dejéis de ofrecer á Dios el diezmo de todos vuestros bienes, para que podais conservar lo demás.» El 2º de Macon, celebrando en 585, dijo: «estatuimos y dec-etamos (*statuimus ac decernimus*) que los fieles vuelvan á la antigua costumbre de ofrecer á los eclesiásticos, ministros de los altares, el diezmo de sus bienes, el cual emplearán aquéllos en atender á los pobres y á la redencion de cautivos. Si alguno infringe obstinadamente esta saludable disposicion, que sea separado para siempre del cuerpo de la Iglesia (*a membris Ecclesie omni tempore separetur*)» *La somme des Conciles généraux et particulieres* por el abate Guyot, Paris, '868, t. 1º, pág. 412.

El concilio IV de Toledo (633), cánon 33, dice: «La avaricia es la raíz de todos los males, y esta ánsia culpable se apodera hasta del corazón de los Obispos. Muchos fieles, por amor á Cristo y á los mártires, construyen basílicas en las diócesis de los Obispos, y depositan en ellas ofrendas; pero éstos se apoderan de ellas y las distraen de su destino. De ahí procede que los clérigos, como no reciben sus honorarios, carecen de lo necesario para celebrar los santos oficios. Las basílicas destruidas no se reparan, porque la avaricia sacerdotal ha arrebatado todos los recursos. El concilio presente ordena, pues, que los Obispos gobiernen sus diócesis sin recibir nada más que lo que les es debido, con arreglo á los antiguos decretos, es decir, el tercio de las ofrendas y de las rentas de los párrocos, etc.» Y en el IX (655) se lamentan los Padres de que «las iglesias parroquiales y los monasterios se arruinan por la incuria ó las rapiñas de los Obispos.» Son de notar en este punto las disposiciones de algunos concilios relativas á los siervos, como, por ejemplo, la del concilio de Agde, celebrado el año 506, el cual dispuso, que si algun Obispo manumite algun esclavo de la Iglesia por haberlo merecido, deben mantenerse el beneficio de la libertad y la liberalidad que la acompañaba, con tal que el don no hubiese excedido de 20 *solidi*, y un valor igual en tierras, viñas y habitacion; y el IV de Toledo, cánon 67, dice: «mas los Obispos que nada anticiparon de sus bienes propios á la Iglesia de Cristo... temen la sentencia divina, y no intenten dar la libertad á los esclavos de la tierra para su condenacion... porque el Obispo, su sucesor, restituirá á la Iglesia sin oposicion alguna tales libertos, porque no la equidad, sino la perversidad les dió la libertad» (1).

Los cánones apostólicos ya habian ordenado lo conveniente para que se distinguiera el patrimonio particular del Obispo del de la Iglesia, aquél pudiendo al morir disponer de lo que le pertenecia como quisiera y en favor de quien quisiere, «para que su haber no se pierda, confundiendo con los bienes de

(1) *Ob. cit.*, del Sr. Cárdenas, lib. 2º, cap. 2º; id., id. del abate Guyot, t. 1º, páginas 378 y 79; Laferrière, *ob. cit.*, l. 3º, c. 6º, sec. 3º, § 5º.

ésta, porque quizá tiene una esposa, hijos, parientes ó servidores (1)».

Todos los bienes de la Iglesia en los primeros tiempos constituían un acervo comun, el cual se distribuía en lo general (2), y sobre todo los procedentes de rentas y bienes raíces, en cuatro partes, destinadas al Obispo, al clero, al culto y reparacion de las iglesias, y á los pobres (3). Pero más tarde fué cada iglesia adquiriendo un derecho sobre los bienes en que consistían las donaciones que se hacían en su favor; y así el concilio de Agde permite á los Obispos apartar de la masa comun pequeñas porciones de bienes raíces en favor de los párrocos de las aldeas, concesiones que el Obispo podia revocar á voluntad; pero el concilio III de Orleans (538) vedó la revocacion, y lo propio dispuso el concilio de Lyon celebrado en el mismo siglo. Asimismo en el *Carpentoractense* (527), se dispone que el Obispo deje á cada párroco su renta para el sostenimiento de su clero y de la fábrica, y que no distraiga para su iglesia cosa alguna sino en caso necesario (4). Más terminante es todavía el concilio de Trosley ó Troly (909), el cual decreta lo siguiente: *unusquisque presbyter in sua ordinatione ac dispositionis cura habeat parrochiam suam cum dote et decimis ecclesie, videlicet cum sui episcopi consilio ac dispositione* (5). En España fueron tambien al principio sólo donaciones revertibles á la muerte del concesionario y revocables por el Obispo, y después ya se constituyen en bienes del fondo diocesano, concedidos á perpetuidad llegando á generalizarse en los siglos VIII y IX. Este es el origen de los *beneficios* (6), esto

(1) *Fortassis enim aut uxorem habet, aut filios, aut propincuos, aut servos* (cánon 40).— Véase, Guyot, *ob. cit.*, t. 1.º, pág. 12.

(2) Decimos en lo general, porque variaban tambien segun su origen. Asi las primicias en algunas partes se distribuyen entre el Obispo, los presbíteros y los diáconos; y el diezmo entre el clero inferior, las vírgenes, las viudas y los pobres.

(3) En España se divide sólo en tres partes, entre el obispo, el clero y el sostenimiento de las iglesias, suponiéndose que el sobrante de las dos primeras, después de satisfechas las necesidades de los ministros, iría á los pobres. En Inglaterra se divide tambien sólo en tres partes: clero, pobres y sostenimiento de las iglesias.

(4) Walter, *Manual de Derecho eclesiástico*, lib. 6.º, cap. 1.º.

(5) Véase *ob. cit.* del abate Guyot, t. 2.º, pág. 157.

(6) Por eso Walter después de la cita que hace del decreto del Concilio de Carpentras, añade, que la institucion de los beneficios ha completado la obra.

es, de la facultad de percibir los productos de los bienes asignados á cada título y á cada uno de los ministros (1). Esta institucion nació, en nuestro juicio, por virtud de un movimiento análogo al que, segun hemos visto, ha seguido la propiedad en todos los pueblos, en cuanto comienza siendo comun y tiende á individualizarse. La de la Iglesia empieza teniendo tambien una forma colectiva, y por eso se constituye ese acervo comun; y se inicia el movimiento de disgregacion cuando va adquiriendo gran extension y van determinándose en su interior organismos particulares. Por eso donde primero se organizó de este modo fué en las parroquias rurales, así como, por el contrario, donde existian congregaciones de sacerdotes se mantuvo todavía durante algun tiempo el antiguo estado de cosas. Por virtud de esta trasformacion vino hasta cierto punto á ser el sujeto de la propiedad, no la Iglesia episcopal, como ántes, sino la Iglesia parroquial.

Pero si á esto fué debido el origen de los beneficios, su extension es efecto indudablemente de las circunstancias de los tiempos, esto es, del ejemplo de los beneficios militares. Como dice Lafferrière, la idea que habia presidido á la division de éstos, presidió á la division primitiva de los beneficios eclesiásticos. La tierra de la Iglesia era dada al sacerdote con el cargo de un deber, de una funcion sacerdotal (*beneficium datur propter officium*), cómo los bienes del fisco se daban á los *fideles*, á los *condes*, con el cargo del servicio militar ó de una funcion administrativa. Más adelante veremos como siguiendo por este camino, se desenvolvió el sistema benefical constituyendo un feudalismo *sui generis*.

Viniendo ahora al punto referente á la condicion de los bienes eclesiásticos, importa sobre todo hacer notar que en un principio se denominan patrimonio de Cristo y se conside-

(1) Segun los teólogos, el beneficio es el cargo ú oficio en la Iglesia dotado con rentas perpétuas. Segun los canonistas, es la porcion de bienes de la Iglesia señalados á un eclesiástico para que goce de ellos durante su vida en retribucion del servicio que hace ó debe hacer á la Iglesia. Realmente el conocido principio: *beneficium datur propter officium* sólo es compatible con la definicion de los canonistas, no con la de los teólogos.

ran como patrimonio de los pobres; pero al propio tiempo los clérigos tenían participacion en él, en cuanto habian menester de medios de subsistencia por aquello de: *quia qui servit altari, de altari vivere debet: dignus est operarius cibo suo ó mercede sua* (1). De todas suertes, como la subsistencia de estos es una condicion para el mantenimiento de la sociedad religiosa de que son miembros activos y funcionarios, el fin que entraña el atender á los pobres es permanente, y, sobre todo, lo es en general el que la Iglesia persigue, se desprende de todo una consecuencia que desde los primeros tiempos se dedujo, cual es la *inalienabilidad* del patrimonio de aquella. El cánón apostólico 39 prohíbe toda enajenacion. El Papa San Symmaco en 502 declara los bienes igualmente inalienables, y lo propio hacen numerosos concilios particulares. Pero es de notar, é importa que quede consignado como dato para juzgar las revoluciones que ulteriormente experimenta la propiedad de la Iglesia, que esta inalienabilidad no era absoluta, puesto que habia casos en que podian enajenarse los bienes eclesiásticos, cuales eran la *necesidad*, la *piedad*, ó la *utilidad*; esto es, que se comprendió desde un principio la imposibilidad de someter la organizacion de la propiedad eclesiástica, cualquiera que ella fuese, á una absoluta y completa inmovilidad, quedando así por tanto abierta la puerta á las transformaciones, no sólo en el caso de necesidad, sino aún en los más numerosos que caben dentro de las denominaciones de piedad y utilidad.

Si se atiende á la naturaleza de los bienes que en esta época constituyen el patrimonio de la Iglesia, pueden someterse á la siguiente clasificacion. En primer lugar, deben distinguirse aquellos objetos que sirven directamente para el cumplimiento del fin religioso, como sucede, por ejemplo, con los destina-

(1) Es singular el contraste que forma el misticismo, si podemos llamarlo así, con que se ha mirado la remuneracion debida por el ejercicio de la funcion sacerdotal y el opuesto carácter que ha presentado con frecuencia en la realidad. Como el sacerdote, por serlo, no deja de ser hombre, claro es que há menester medios de vida, y por tanto, no es preciso apelar á grandes razonamientos, ni aún buscar textos del Evangelio para legitimar el que reciba una; y así ha sucedido, que afirmando la Iglesia siempre el principio de que la administracion de sacramentos es gratuita, luego ha venido á resultar en el hecho lo contrario, en cuanto ha sido base de los llamados derechos de estola y pié de altar.

dos al culto, y de aquí la division en cosas *sagradas*, que se subdividen en *consecratae*, como los templos, y *benedictae*, como los cementerios (1), y lo que constituye propiamente el patrimonio de la Iglesia, *res ecclesiasticae in specie, patrimonium sive peculium ecclesiae*). El canonista Walter establece la diferencia entre uno y otro género de bienes, diciendo: que los primeros no están sujetos á las reglas ordinarias de la propiedad, y que están fuera del comercio en cuanto se aplican exclusivamente al culto, mientras que los segundos entran *casti* en la categoría de los temporales ordinarios, y el uso ó disfrute de ellos está sujeto á las reglas comunes, salva la vigilancia especial bajo la cual están colocados, y los obstáculos que hay para su enajenacion. Se comprende fácilmente que dentro de la Iglesia misma se establezcan por esta diferencias esenciales entre una y otra propiedad, puesto que mientras la primera es un medio directo y esencial para su fin, la segunda sólo lo es indirecto, y de ahí la semejanza ó parecido que esta última tiene con la de los demás organismos sociales; y aún cabe que esa diferencia trascienda más ó ménos al orden jurídico general.

Lo que en estricto sentido se denomina patrimonio ó peculio de la Iglesia está compuesto ya en esta época por tres géneros de bienes que importa distinguir. De un lado, están las oblaciones, voluntarias en su origen, é impuestas más tarde por la costumbre; de otro, los diezmos y primicias, institucion que, como veremos más adelante, á fines de la época bárbara no sólo es obligacion impuesta por la Iglesia en Occidente, sino que tiene la sancion civil, revistiendo así el carácter de una verdadera contribucion en favor de aquélla; y viene, por último, la propiedad inmueble, que en uno ú otro concepto, y variando segun los tiempos, posee la Iglesia. Decimos que importa hacer notar esta distinta condicion, porque el ser voluntaria ó el ser exigible, el estar constituida por cosas muebles ó por bienes inmuebles, el tener ó no el carácter de impuestos, y el ser éstos

(1) Distincion que es en parte la misma que la de los romanos en cosas *sagradas, religiosas y santas*.

exigibles por disposicion de la Iglesia ó por mandato del Estado, entraña una diversidad de condicion cuya trascendencia habremos de ver más adelante.

En conclusion, vemos que la Iglesia tiene propiedad desde el primer día de su existencia, siquiera la constituyan tan sólo las ofrendas que en especie hacen los fieles; que su patrimonio, constituido primero en general por bienes muebles, lo es más tarde por bienes inmuebles; que con ellos atiende, no sólo al cumplimiento del fin religioso, sino de otros sociales, como la enseñanza, y sobre todo la beneficencia, declarando siempre en principio la Iglesia que su patrimonio es el patrimonio de los pobres; que los que ejercen funciones sacerdotales sólo tienen derecho á participar de él, en cuanto es preciso para subvenir á sus necesidades, debiendo distribuirse el resto entre aquéllos; que ese peculio va acrecentándose de una manera extraordinaria desde que Constantino da la paz á la Iglesia hasta la terminacion de la época que estudiamos; que, por lo que hace á su organizacion, reviste al principio un carácter colectivo, en cuanto se formaba con toda ella un acervo comun, y luego comienza á desintegrarse iniciándose la formacion de los beneficios; y finalmente, que á consecuencia de la naturaleza misma de la Iglesia, de su carácter permanente y de la índole de su destino, son sus bienes en principio inalienables, pero no en absoluto, puesto que hay casos en que se autoriza la transformacion y la trasmision de los mismos.

IV. —DERECHO DE PROPIEDAD DE LA IGLESIA DURANTE LA ÉPOCA ROMANA.

Condicion de aquél ántes de Constantino. — Cambio desde que éste dió la paz á la Iglesia. — Derechos y privilegios que alcanza esta: expropiaciones hechas en su favor; testamentifaccion; derecho de suceder en ciertos bienes abintestatos; prescripcion y exencion de tributos. — Juicio critico de la capacidad jurídica reconocida á la Iglesia y de la concesion de privilegios á la misma respecto de la propiedad.

Antes de Constantino, mal podia ser reconocida la capacidad de adquirir á la Iglesia, cuando Diocleciano en el año 290 habia prohibido á toda asociacion (*collegium*) recibir herencia

alguna sin autorizacion especial. Léjos de eso, segun dijimos en el párrafo anterior, por el edicto de persecucion de Galerio y Diocleciano se mandó arrasar las iglesias y entregar el suelo así como los demás fundos anejos, ya al patrimonio fiscal, ya al municipal, ya al de los particulares. Veinte años más tarde, Constantino obligó á las ciudades á devolver estos bienes á la Iglesia, y hasta se impuso su restitucion gratuita á los individuos que los habian comprado durante la persecucion. Mas luégo vino la reaccion, y el emperador Juliano, en el año 361, á la par que dotaba los templos paganos con tierras fiscales, reintegraba á las ciudades en la propiedad de aquellas cuya restitucion se les habia impuesto. Es verdad que después Valentiniano devolvió al fisco las tierras que de él procedian, pero no revocó la reintegracion acordada por Juliano, la cual fué por el contrario renovada ochenta años más tarde (443) por Honorio, aunque excluyendo de ella las propiedades que habia poseido la Iglesia por espacio de treinta años. La circunstancia de tener, no sólo templos, sino fundos anejos á los mismos, demuestra que, en el hecho y por tolerancia, ya ántes de Constantino venía la Iglesia adquiriendo bienes inmuebles, y por eso sin duda Walter (1) dice, que la incapacidad de adquirir fué tácitamente abolida á consecuencia de las leyes que concedian á los cristianos la libertad religiosa (2), y cesó completamente desde el edicto de Licinio y Constantino (313).

En él se concedió completa libertad á los cristianos, y consiguientemente, no sólo se reconoció á la Iglesia la capacidad para adquirir, sino que, como vamos á ver, se creó un derecho privilegiado, y además se acrecentó el patrimonio de aquella con las numerosas concesiones y liberalidades del fisco imperial y con lo que era fruto de la expropiacion de que fueron víctimas paganos, judíos y hereges (3). A consecuencia del edicto

(1) *Manual de derecho eclesiástico*, lib. 6º, cap. 2º.

(2) Alejandro Severo fué el que publicó el primer edicto favorable á los cristianos, el que los autorizó á abrir un templo en Roma, en 222.

(3) Los paganos en el año 415, por Honorio (*Cód. Theod.*, XVI, 10, 20); los judíos, hasta que el mismo Honorio suspendió la expropiacion de las sinagogas (*Cód. Theod.*, XVI, 8, 23, 23), y la de las iglesias y bienes que habian pertenecido á las numerosas sectas de heréticos que aparecieron en los primeros siglos, en los años 415 y 428 (*Cód. Theod.*, XVI, 5, 57, 65).