

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, cap. 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 tésis, 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 comunión 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 orden 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 viene 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 Legislación*, 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 Legislación*, 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, íntegramente 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 ninguno 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 pertenece 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 áun la de los terrenos circundantes á la tumba; pero ¿cómo explicar el nacimiento y desarrollo de la restante, que, comparada con aquélla, 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 manifiestamente 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, áun 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 luego 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 luego 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 político.—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, aún 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

habia correspondido al Estado y que de ella se habia hecho una distribucion quedando parte todavía en comunidad, es lo cierto que cuando aparece Esparta en la historia, como dice Laveleye (1), habia 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 division, para que vivieran siendo todos iguales entre sí y con igual fortuna (3).» Conforme á este texto terminante de Plutarco, se habia creído hasta aquí que la division 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 realizacion de su ideal, que era mantener firme y enérgica la unidad del Estado, y, como consecuencia de ella, la igualdad entre sus miembros, habia aspirado á mantener esta perpétuamente mediante esa primitiva distribucion; 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 lacedaemonios; 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 si, 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 podia hacerse sino habiendo además del patrimonio de las familias un terreno comun de que se disponia á este fin y con cuyos frutos probablemente se atendia en parte á las comedas 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, *εστιο πατριον* (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 habia 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, PEPERE. 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 *σεισραχθεις* (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 legislacion 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 podian hipotecar fincas sobre las que tenian 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 caian, 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, pár. 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 pedian 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 valian 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 veremos 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 institucion singular, llamada *επζυός*, en virtud de la cual el necesitado recibia 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, mientras 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 aún 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, 1863, lib. 1º, 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 *fatris* 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 ceperat, 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 *fatras*, 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 entonces, 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 entónces 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 distribucion 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 trascritas 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 distribucion 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 distribucion á Rómulo, demuestra que por lo ménos, segun la tradicion, el reparto se habia hecho por partes iguales.

Pero ¿alcanzó esta distribucion 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 jardin 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 transmisibles y enajenables, libres del impuesto sobre la renta, aunque inscritas en el censo y sujetas á las cargas que jamás pesaron sobre lo poseido en el suelo comun. No hay que olvidar que, como hemos dicho ántes, la distribución 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) RUDORFF.—(Escritos de los agrimensores romanos, II, 302, 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 jurisconsulto, 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 reúnen 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: — IHERING. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desenvolvimiento*, § 17. Traducido del al. al fr. por V. de Meulenaere. — Paris, 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 quiritorio*, 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 específica*. 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 æs et librám*, *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 específica*, 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, segun ha hecho notar Fustel de Coulanges, como lo muestra el carácter sacerdotal del *libripens*; argüia 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 caractéres exteriores respondia 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 podia transmitir la propiedad romana, esto es, el dominio *ex jure quiritorio*? Segun 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. 3º, cap. 2º.

(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. 1º. París, 1852. 1858.

(4) «El mundo romano, dice Ihering, 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: *aceptar*, 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 transfiere, 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*, *manu capere*).»

tradicion, ganándose, sin embargo, en ellas el dominio *ex jure quiritario*, 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 quiritario* 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 mosáico, el canónico, el mahometano, el inglés y el extranjero).

(2) También Ihering es al parecer de la opinion de Colquhoun, pues en una nota (ob. cit., § 65), dice « que el dominio *ex jure quiritario* estaba en su origen limitado á las cosas *mancipi*. Como consigna esto incidentalmente, defriendolo para otra parte de la obra, aún no publicada, 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 había tradicion hecha por quien no era propietario, aunque con las solemnidades de la *mancipatio*; y cuando la había 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 prescripcion? ¿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 transmitia, 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 (*familiæ 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. Partícipe 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 Laferrière, loc. cit.

sarios para que apareciera ese dominio excelente, completo, llamado dominio *ex jure quiritario*, 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 quiritario*, 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 defendia 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 podian conceder á los extranjerios el dominio *ex jure quiritario*, en cuanto éste era una consecuencia y derivacion del *jus civitatis*, pero el pretor les reconoció más tarde tambien 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 tambien citada de Laferriere: *Historia del derecho francés*, etc., tomo 1.

(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 había el dominio *ex jure quiritarium*, 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 menos 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 quiritarium *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 hacía 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 cánón, 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 Caesaris, 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 quiritario*, 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 quiritario* 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 quiritario*, 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 trasmittente tenía. 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 tenía 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 estos 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 invasión, 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 teoría verdadera de la *posesion civil*, asi 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 esplicar 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 (opinion 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 sí misma y por sí 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 *jus 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 *jus retentionis*, el derecho á la *usucapion*, el ejercicio de la accion *Publiciana*, la percepcion de frutos, las ventajas que se derivan de la máxima: *in pari causa conditio possidentis melior est*, etc. en una palabra, el *jus 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 quiritaro*. 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 habian 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. 1ª, 12.

(2) Lib. II, cap. II.

esa posesion, en que al fin y al cabo ellos habian fecundizado esa tierra, la habian comprado, enajenado, trasmitido, que en ella estaba la tumba de sus padres (1), en una palabra, que realmente se habia convertido en una propiedad trasmisible 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 *possesiones* 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 tenían el dominio *ex jure quiritario*, 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 tenían 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 quiritarium* 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 quiritarium*; mientras 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 *quiritarium* 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 analogía 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 Stolon (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 Pyrrro 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 Pyrrro 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 Sempronia 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 Ihering.—§ 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 enfiteútico 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 tribunales, 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—Londres, 1877.

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

que tenía la grande propiedad, toda ella habria 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 solucion, 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 proscripcion, 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 distribucion de los bienes que se habían confiscado á los ciudadanos y á las ciudades condenadas con la proscripcion.

(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 Mommsen, lib. II, cap. VIII.

neicia 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 quiritario* 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 y el carácter del antiguo derecho de propiedad romano. — El *fiscus*. — *Dominio eminente* del Emperador. — Resultado del movimiento económico 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 quiritario* 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 quiritario 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 percepcion del *veinteno*, y así, aunque continuó la distincion entre propiedad quiritaria y propiedad provincial, era puramente nominal. Además, al mismo resultado contribuyeron la extension del *jus italicum* y la comunicacion 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 absolutó, 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 *mia* 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. 3ª § 1º, 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. 2º, 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 *enfiteusis* (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 enfiteuta 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 série de trasformaciones hasta llegar á la enfiteusis:

Tenencia precaria ó á voluntad.

Tenencia usufructuaria.

Arrendamiento perpétuo.

Tenencia colonial.

Enfiteusis antizenoniana.

Enfiteusis Zenoniana.

De todos modos, la marcha señalada por el *precario* el *arrendamiento*, y la *enfiteusis* 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 enfiteuta *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 enfiteuta era un mero derecho de servidumbre personal, *jus in re aliena*. Savigny, primero lo consideró como un *dominio bonitario*, pero luego hubo de convencerle 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 enfiteusis proporcionan al cultivador las ventajas del arrendamiento á largo plazo, una posesion 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 tenían de particular el llevar anejo el servicio militar (*militandi onus*); el que no podían pasar á simples particulares sino que, caso de faltar heredero ó ser abandonadas, iban á manos de un *læte* ó de un veterano, y sobre todo, que se transmitían por herencia de varón en varón. 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 rómpen 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 concedían, 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 tenía, 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 *lætes*, 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 creación 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 substituyó 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 Caesaris; 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 inícuas 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 abstenerian 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 erigía 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 perte-

(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 habría 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 quiritarío*. 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 reconocia 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 aún cuando subsistía todavía después de la Constitucion de Caracalla, era puramente nominal la diferencia y aún esa desaparició 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 tenía 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* podía 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 hacía suyo, por éste que luego 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 transformaciones que sufre la familia como las que experimenta lo referente á su propiedad. Así, de un lado, á la antigua confusión del patrimonio de la mujer con el de la familia, sucede la distinción y se comienza á hablar de bienes aportados y bienes exceptuados, de donde nacen los parafernales; tiene lugar ya la devolución de la *rei uxoriae* en los casos de muerte y de divorcio; y más tarde, cuando apenas 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 *dotal*, 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 luego 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 había roto por completo aquella poderosa y enérgica unidad que caracterizaba la familia romana, y que habían ido adquiriendo personalidad é independencia aquellos que ántes sólo eran y valían 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 seguramenté ántes del culto de la *gens* (*sacra gentilicia*) (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 relación precisamente á la *sacra gentilicia*.

(5) Por el S. Cárdenas.

(6) En su foliote sobre la propiedad colectiva.

que, según Cicerón, 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 exclusión.

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 los tiempos que conocemos había estado en vigor, es, que la existencia de la *gens* romana y sabina no se explicaría sin él. ¿Cómo habría 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 serie de generaciones y no la hubiese acrecentado de siglo en siglo impidiendo que es desmembrarse? 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 confirmación 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 hacía sino renovar leyes más antiguas, porque no se puede suponer que hubieran sido aceptadas por los contemporáneos de Escipión 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 había 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 había lugar á los peligros que más tarde motivaron la publicación 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 tenían en junto más que un lote de tierra y vivían 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*. — Cicerón, *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 luégo 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, proviniendo el término *hæciscere* 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: *successio in universum 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 intéstada 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 sucederia 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 aún 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 neccessarius*; *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 æs 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 quiritorio*, 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 Novella 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 *enfiteúsis* 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 transfería 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 también 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°. París, 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 léxicas* 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 traslación de la propiedad, esto es, á la trasmisión de los que luego se llamaron derechos reales, y quedando el *nexum* para la creación de verdaderas obligaciones (*jura ad rem*).

Por último, en cuanto al derecho político, si en Roma significaba la ciudadanía algo más que la participación 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 pretensión 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 proscripción y la confiscación 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 corrupción de las costumbres, cuando todos aparecían dominados por el afán de las riquezas; claro está que todo esto ejercía un gran influjo en el derecho de propiedad, así como ésta lo ejerció en la organización política, pues no sin razón se ha dicho que á la muerte de la República no había una clase media que pudiera impedirlo, porque se había agotado en las guerras civiles, resultando así que sólo había ricos que pedían reposo, y pobres que pedían 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 explicación de este hecho la dá Gans diciendo: «La decadencia de aquella época, de la cual constituiría ese derecho privado una gloriosa excepción, 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 egoísmo 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 *jura 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 8º del libro 3º.

(2) *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquid corpus nostrum aut servitutum 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 trasmisiones 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. 1133, 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 peiores 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°, § 1°.

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 jurisconsultos 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 adicion 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 transmisibles.

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 incorporales.

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 deudor, 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 2º, 1ª division, seccion 3ª, tit. 1º, cap. 1º.

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 áun 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 *derelecta*, 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 derelecto*, *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 austríaco, 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 adquiriente 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, miéntras que no hay semejante necesidad en el otro caso (1).

(1) Hay que notar que Laboulaye publicó su libro en el año 1839, 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 hacía 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 tercería*, 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, segun 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 Londres, 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 *titulo* 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 orden 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, *obligationes.*»

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) *Die 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, mientras 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 índole 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 incorporales; 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 incorporales no son susceptibles de ella. Así se encontraron con que, de una parte, no era posible esa condicion, tal como ellos la entendían, cuando se trataba de estos derechos que eran cosas incorporales; 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 transmitían; y entonces fué cuando inventaron los términos *cuasi-tradicion* y *cuasi-posesion*; 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 incorporales, que estas se *cuasi poseen* y *cuasi entregan*, y luego añade: «Las incorporales 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*, § 388.

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 quedarian 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 atienen 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, respondia á que los romanos consideraron que habia modos usados y reconocidos en todos los pueblos y otros peculiares de Roma, y de aquí esta 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 deberá 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 génio 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 génio 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 1583, á propósito 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 asistían 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 continua y paulatina sustitucion de éste por aquel. El derecho de propiedad del uno es el primitivo dominio *ex jure quiritarío*, 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 35; 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, comun, 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 realizó 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 omnímodo 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 justiniano. 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 aún quedó la diferencia de capacidad jurídica entre ciudadano y extranjero; lo cual no es maravilla, cuando aún hoy subsiste después de diez y nueve siglos de cristianismo y uno de revoluciones y progresos inspirados en el llamado derecho moderno.