

CAPÍTULO VIII

HISTORIA DE LA PROPIEDAD PRIMITIVA

Las Institutas del derecho romano, después de definir las varias formas y modificaciones de la propiedad, distinguen los modos naturales de adquirir. Los poco conocedores de la historia del derecho no sospecharán el gran interés que estos modos naturales de adquirir tienen para la especulación y la política. El animal salvaje que coge ó mata el cazador, el terreno que añaden al nuestro las sedentaciones lentas de una ribera, el árbol que arraiga en nuestro suelo, es lo que aquellos jurisconsultos llamaron modos naturales de adquirir. Al principio debieron de considerarlos *jus gentium*, por tenerlos también las sociedades inmediatas; y posteriormente, atendiendo á su sencillez, fueron colocados entre las prescripciones de la naturaleza. Así adquirieron una importancia que ha aumentado después en cantidad increíble; y modernamente se les ha acogido con placer y han influido seriamente en la práctica. Bastará estudiar uno de ellos: la ocupación.

Ocupación se define: «toma de posesión de un objeto que á la sazón no pertenece á nadie, con el intento de adquirir su dominio». Las cosas que no pertenecen actualmente á nadie ó que nunca tuvieron dueño, *res nullius*, sólo se conocen enumerándolas. Entre las que no tuvieron nunca propietario están: los animales salvajes, los pescados, las aves del campo, las piedras preciosas desenterradas por vez primera, y las tierras nuevamente descubiertas ó nunca cultivadas. Eu-

tre las que no tienen propietario actual están: las tierras y los muebles abandonados (artículo irregular, pero formidable) los bienes del enemigo. En todos estos objetos, el derecho de propiedad pertenecía completamente al ocupante que tomaba posesión con ánimo de hacerlos suyos; ánimo que á veces debía manifestarse por actos.

Se comprende con facilidad la influencia que entonces tuvo la idea de incluir la ocupación en el *jus gentium*, y la sencillez que adquirió al llevarla después al derecho de la naturaleza. Más difícil es comprender, en nuestras condiciones, *à priori*, la influencia de esa teoría en el derecho moderno. Del principio romano de la ocupación y de las reglas posteriores de los jurisconsultos, deriva nada menos que el derecho internacional moderno sobre presas de guerra y sobre adquisición de soberanía en los países descubiertos; y deriva, por otra parte, una teoría sobre el origen de la propiedad que han aceptado, á pesar de su vulgaridad, la mayoría de los filósofos juristas.

He dicho que deriva de allí el derecho internacional relativo á presas de guerra. En efecto, este derecho se funda en la hipótesis de que al comenzar las hostilidades, los pueblos se hallan en estado de naturaleza, y que, en la condición natural así producida artificialmente, carecen los beligerantes de propiedad privada. Como los últimos escritores de derecho natural han procurado siempre respetar la propiedad de cualquier modo en sus sistemas, la hipótesis de ser *res nullius* los bienes del enemigo, les ha parecido chocante é inmoral, y la han estigmatizado como simple ficción jurídica. Pero considerando que el derecho natural procede del *jus gentium*, se comprende bien por qué los bienes del enemigo se consideran no pertenecientes á nadie y pueden ser adquiridos por el primer ocupante; porque esto habian de pensar naturalmente los soldados, en la forma primitiva de la guerra, cuando, después del triunfo, se entregaban al pillaje desordenadamente. Aunque es probable que esto sólo ocurriera al principio con la propiedad mueble; porque por autoridades imparciales sabemos que en Italia antigua imperaban para la adquisición del suelo del país vencido reglas muy distintas; y porque cabe suponer que no se aplicó el principio de ocupación á la tierra (cosa

siempre difícil) hasta que el *jus gentium* se convirtió en derecho de la naturaleza, y que fué efecto de una generalización de los jurisconsultos de la época más brillante. Según se ve en las Pandectas, el principio de éstos consistía en afirmar llanamente que los bienes de cualquiera clase del enemigo son *res nullius* para el otro combatiente, y que la ocupación con que éste los adquiere es una institución de derecho natural.

Se ha censurado á veces las reglas que la jurisprudencia internacional ha deducido de aquí, creyéndolas benévolas para la ferocidad y la avaricia de los combatientes; pero tal acusación depende, á mi juicio, de conocer poco la historia de las guerras y la dificultad de hacer observar reglas en ellas. Cuando el principio romano de la ocupación entró en el derecho moderno y se aplicó á las presas de guerra, hubo ya algunas reglas secundarias que le limitaron y precisaron; y comparando las guerras posteriores al tratado de Grocio con las anteriores á él, se ve que la introducción de las máximas romanas ha hecho más tolerable la guerra.

Donde la teoría de la ocupación es culpable de haber influido perniciosamente en el derecho internacional moderno no es aquí, sino en los descubrimientos de países nuevos. Aplicando á esto los mismos principios que los romanos al hallazgo de una piedra preciosa, los publicistas adoptaron una teoría insuficiente que, aplicada á los grandes descubrimientos de la navegación en los siglos xv y xvi, más sirvió para promover dificultades que para resolverlas. Desde luego faltó la certidumbre en los dos puntos donde era más precisa: el de la extensión de territorio que el descubridor adquiría para un soberano y el de la naturaleza de los actos que deberían completar la toma de posesión. Además, el principio en sí mismo fué desconocido instintivamente por varias de las naciones más aventureras de Europa: los holandeses, los ingleses y los portugueses.

Nuestros compatriotas, sin rechazar formalmente la regla, nunca admitieron en la práctica la pretensión de los españoles de acaparar toda la América situada al Sur del Golfo de Méjico, ni la de los reyes de Francia de monopo-

lizar los valles del Ohio y del Mississipi. Desde el reinado de Isabel al de Carlos II, no existió verdadera paz en las aguas americanas; y un siglo más tarde aún seguían las usurpaciones de los colonos de Nueva Inglaterra en los dominios del rey de Francia. Tanto afectó á Benthan la confusión del principio referido, que hasta elogió á su modo la famosa bula de Alejandro VI dividiendo entre los españoles y los portugueses, por una línea tirada á cien leguas al O. de las islas Azores, todos los países no descubiertos aún; y realmente, aunque el elogio sea á primera vista grotesco, no es más absurda la división de Alejandro VI que la regla de derecho público que daba medio continente al monarca, con llenar sus servidores las mismas condiciones que el derecho romano exigía para adquirir la propiedad de un objeto que cupiera en la mano.

El interés de la doctrina de la ocupación para cuantos se ocupan de ésto, consiste en el servicio que ha prestado á la jurisprudencia especulativa para explicar el origen de la propiedad privada. Se ha creído cosa corriente que, en cierto tiempo, los procedimientos para la ocupación eran los mismos con que la tierra y los frutos, primeramente comunes, pasaron á ser propiedad individual. Se explicará esta creencia con sólo distinguir la idea del derecho natural antigua y la moderna. Los romanos creían, sin vacilar, que la ocupación, modo natural de adquirir, regiría para el género humano si viviera bajo las instituciones de la naturaleza; y aunque, como ya se ha dicho, es dudoso hasta qué punto admitieron la realidad del estado de naturaleza, sí parece que pensaron que la institución de la propiedad era menos antigua que el género humano. Pero los jurisconsultos modernos han ido mucho más lejos que los romanos en su insistencia sobre el estado de naturaleza; y en cuanto se admitió que la tierra y los frutos fueron en otro tiempo *res nullius*, y, por la doctrina del estado natural, se creyó que la ocupación regía para estas cosas *nullius* mucho antes de organizarse las sociedades civiles, afirmóse inmediatamente que los *bienes de nadie* del mundo primitivo se convirtieron por la ocupación en la propiedad individual del mundo histórico. No hace falta enumerar los jurisconsultos que de uno ú otro modo han aceptado esta teo-

ría, puesto que Blackstone, término medio de las opiniones de su tiempo, la resume así en su obra:

«La tierra y todas las cosas contenidas en ella eran propiedad del género humano por donación inmediata del Creador; pero la comunidad de bienes solo debió de aplicarse, en los primeros tiempos, á la sustancia de las cosas. Por derecho natural y por razón, el primero que usaba una cosa adquiría sobre ella cierta propiedad, aunque pasajera; un derecho de posesión que duraba lo que el hecho de la posesión. La tierra era común, nada era en particular de nadie: pero la que se ocupaba para descansar, ponerse á la sombra y análogos usos, constituía una especie de propiedad temporal, que fuera contra justicia y contra derecho natural discutir por la fuerza, aunque, desde que dejaba de usarse y ocuparse, cualquiera podría tomarla nuevamente.» A continuación expone Blackstone cómo «el aumento de número de hombres hizo preciso concebir la idea de una propiedad más duradera, apropiándose el individuo, no sólo el uso inmediato, sino la sustancia de las cosas.»

Ciertas ambigüedades de este fragmento hacen suponer que Blackstone no entendió bien el sentido de la proposición que hallaba en sus autoridades: «la propiedad de la tierra era adquirida por el ocupante cuando imperaba el derecho natural»; pero la limitación que él puso, por error ó con intención, la dió un sentido que ha tomado después frecuentemente. Muchos escritores, más precisos que Blackstone, dan por sentado que primeramente la ocupación daba derecho á un disfrute exclusivo y temporal, el que se hizo después exclusivo y perpetuo. Al formular así la teoría, han querido conciliar la doctrina de que «en el estado de naturaleza las cosas *nullius* se adquirirían por la ocupación» con la conclusión, obtenida de la Escritura, de que los patriarcas no se apropiaban permanentemente el suelo en que pacían sus rebaños.

La única crítica dirigible inmediatamente á la teoría de Blackstone está en que los hechos descritos en su cuadro de la sociedad primitiva no son más probables que otros muchos incidentes fáciles de imaginar. Así, por ejemplo, en la ocupación que se hiciera de un terreno para descansar ó tomar la sombra en él, lo probable es que el derecho de

posesión se extendiera precisamente lo mismo que el poder de conservarle, y que, por tanto, sería turbada por el primero á quien agradase el terreno y se encontrara con fuerzas para arrojar al poseedor. Pero realmente todas estas proposiciones carecen de base y es inútil discutir las: porque se puede llegar á saber lo que los hombres hicieron en el período primitivo, pero no los motivos por que obraron. Estos esbozos de la condición primitiva del género humano se obtienen suponiendo que los hombres no estaban colocados en las circunstancias en que hoy los vemos, y afirmando después que, en la condición así imaginada, conservaban los sentimientos y prejuicios con que hoy obran; aunque, en realidad, estos sentimientos pueden nacer de las mismas circunstancias que hace desaparecer la hipótesis.

Se ha creído alguna vez que, en un aforismo de Savigny, hay una teoría sobre el origen de la propiedad parecida á la de Blackstone. El gran jurista alemán sostiene que toda propiedad se funda en la posesión sostenida y legitimada por la prescripción. Pero Savigny establecía su proposición sólo por el derecho romano y, para comprender bien su alcance, se requiere antes explicar y definir cuidadosamente las expresiones que la forman. Se comprenderá, sin embargo, con bastante exactitud teniendo en cuenta que, por lejos que lleguen nuestras investigaciones sobre las ideas de propiedad de los romanos y por mucho que nos acerquemos á la infancia del derecho, no pasamos de una idea de propiedad compuesta de tres elementos: posesión, posesión sostenida (es decir, sin subordinación ni sujeción á nadie, pero exclusiva contra todo el mundo), y prescripción, ó período de tiempo en que la posesión sostenida se ha continuado sin interrupción. Quizá esta máxima pudiera ser generalizada más de lo dicho; pero no hay que esperar conclusiones racionales y seguras de una investigación que vaya más allá del punto en que esas ideas se combinan para formar la noción de la propiedad.

Sin embargo, lejos de repetir la teoría vulgar sobre el origen de la propiedad, la fórmula de Savigny nos sirve para fijar la atención en el punto débil de la teoría de Blackstone y demás autores á que él sigue: el del modo de comprender la posesión exclusiva, que parecía tan misterio-

sa á nuestros padres. Lo misterioso no es que la propiedad comenzara por la posesión sostenida ni que el propietario fuese un hombre poderoso y armado que defendía sus bienes. Pero ¿cómo se creó por el tiempo un sentimiento de respeto á la posesión? ¿Cuál es el origen de este respeto universal hacia lo que ha existido de hecho largo tiempo? He aquí las cuestiones que exigen detenido examen, el cual no cabe ciertamente en los límites de nuestro trabajo.

Antes de manifestar dónde adquiriremos algunos datos, pobres é inseguros, sobre la historia primitiva del derecho de propiedad, debo indicar que la vulgar idea de la importancia que tuvo la ocupación en los primeros periodos de la cultura es contraria á la verdad. La ocupación es una toma de posesión natural y consciente, y la noción de que este acto sea título á la propiedad de los objetos no pertenecientes á nadie, lejos de formar un carácter de las sociedades primitivas, debe de ser consecuencia de una jurisprudencia madura y de un estado avanzado de derecho. Que la simple posesión confiera al primer poseedor la propiedad de las cosas sin dueño, no ha podido ocurrir sin estar ya sancionado con larga inviolabilidad el derecho de propiedad, y sin ser antes de propiedad privada la mayoría de las cosas aprovechables. El sentimiento que informa esta doctrina es incompatible con el estado de incertidumbre del derecho de propiedad en los comienzos de la civilización. La verdadera base ha debido de estar, no en una tendencia instintiva hacia la institución de la propiedad, sino en la presunción, nacida del largo ejercicio de ésta, de que *todo objeto debe tener un propietario*. Al tomar posesión de una cosa *nullius*, que no tenía dueño ó no lo había tenido nunca, se permite al poseedor hacerse propietario suponiendo que todo objeto útil debe disfrutarlo alguien y que, en este caso, el alguien único es el ocupante. En resumen; éste se hace propietario por presumirse que todas las cosas deben ser propiedad de alguno, y que nadie tiene más derecho que él á la cosa ocupada.

Aunque no hubiera otra objeción á las descripciones del estado natural, hay un punto en que éstas contrarían vivamente los testimonios auténticos que tenemos. Nótese que los actos y motivos que saponen estas teorías son puramen-

te individuales. El individuo es quien suscribe por sí el contrato social: banco de arena movable, cuyos granos son los individuos, que, según la teoría de Hobbes, se endurece hasta ser la roca social, bajo la saludable disciplina de la fuerza. También es el individuo quien, en el cuadro de Blackstone, ocupa un trozo de terreno para descansar, ponerse á la sombra ú otros usos análogos. Este vicio se halla en todas las teorías derivadas del derecho natural de los romanos, que se diferenciaba del civil precisamente en que tenía en cuenta los individuos aislados; con lo que prestó á la civilización el gran servicio de emancipar el individuo de la autoridad de la sociedad primitiva. El antiguo derecho, es preciso repetirlo, casi no conocía los individuos: se ocupaba sólo de las familias, del grupo, no del hombre aislado. Aun después, cuando las leyes del Estado empezaron á entrar en los círculos de familia que eran al principio inaccesibles, se miraba á los individuos muy de otro modo que en un derecho adelantado. No se miraba la vida del ciudadano con los límites del nacimiento y la muerte; sino como continuación de sus abuelos, prolongada después en sus descendientes.

La distinción romana entre derecho de las personas y de las cosas que, aunque muy ventajosa, es del todo artificial, ha contribuido evidentemente á descarriar estos estudios de su verdadera dirección. Las lecciones del *jus personarum* se olvidan al llegar al *jus rerum*; y la propiedad, el delito y el contrato, se han considerado como si el estudio de la condición primitiva de las personas no diese ningún dato sobre la naturaleza de entonces. Si se hallara un sistema de derecho primitivo puro, y se tratase de aplicarle las clasificaciones romanas, se vería la frivolidad de dicho método. Pronto se notaría que la separación del derecho personal y real no tiene sentido en la infancia del derecho, que las reglas pertenecientes á esa división se confunden inexplicablemente, y que las distinciones de los últimos juristas sólo convienen al derecho de su tiempo.

Por lo que se dijo en la primera parte, se comprenderá *á priori* lo difícil de estudiar la historia primitiva de la propiedad, si nos limitamos á la individual. Es casi seguro que la propiedad colectiva, no la individual, fué la verda-

dera institución primitiva; y que las formas de propiedad que pueden servirnos son las relacionadas con el derecho de las familias y de los grupos de parientes. El derecho romano no puede ayudarnos por ser él precisamente quien, transformado por el derecho natural, legó á los modernos la idea de que la propiedad individual es el estado normal del derecho, y la colectiva la excepción. Pero hay una sociedad que merece siempre cuidadoso examen al buscar cualquiera institución perdida del derecho primitivo. Por cambios que ésta haya podido sufrir en la rama de la familia indo-europea establecida en la India, nunca sale enteramente de la cáscara en que se formó. Pues bien: los indios tienen una forma de propiedad que debe llamar nuestra atención enteramente, porque responde del todo á las ideas que el estudio del derecho de las personas puede sugerirnos sobre la condición primitiva de la propiedad. La *community village* de la India es á la vez una sociedad patriarcal organizada y una reunión de copropietarios. Las relaciones personales de los hombres que lo componen se confunden absolutamente con sus derechos de propietarios, y uno de los errores más grandes de la administración anglo-india fué el de tratar de separarlos.

Se sabe que la comunidad india es de origen muy remoto. Se halla como último punto de todas las investigaciones sobre la historia general ó local de la India, cualquiera dirección en que se hagan. Muchos escritores inteligentes y buenos observadores, la mayor parte sin teorías que defender sobre su naturaleza y origen, convienen en creer de las instituciones más indestructibles de una sociedad que no sacrifica por gusto ninguna costumbre á la reforma. Las conquistas y las revoluciones han pasado sobre ella sin turbarla ni moverla, y los sistemas de gobierno más beneficiosos para la India han sido los que la han tomado como base de su administración.

El derecho romano en su madurez y la jurisprudencia que le toma por modelo, ven en la copropiedad un tipo excepcional y pasajero del derecho de propiedad; como indica claramente la máxima universal: *nemo in comunione potest indivisus detineri* (nadie puede ser obligado á estar en la indivisión). En la India, el orden de ideas es inverso, y la

propiedad privada tiende siempre á hacerse colectiva. Ya hemos dicho lo que ocurría. En cuanto nacía un hijo, adquiría derecho de copropiedad en los bienes de su padre; y llegado á la mayor edad, podía á veces, según la letra de la ley, pedir la división de los bienes familiares. Sin embargo, de hecho, la división es rara, aun á la muerte del padre; y aunque la ley reconozca á todos el derecho de reclamar su parte, las propiedades signen indivisas durante muchas generaciones. Este dominio en común lo administra á veces un gerente que se nombra, pero, en general, sobre todo en algunas provincias, lo administra el primogénito de los agnados, el representante más viejo de la rama primogénita. Esta reunión de propietarios indivisos, corporación de parientes poseyendo una fortuna en común, es la forma más simple de la comunidad india; pero es otra cosa más: es una sociedad organizada que tiene sus funcionarios y atiende, no sólo á los fondos comunes, sino también casi siempre al gobierno interior, policía, administración de justicia y reparto de los impuestos y cargas públicas.

La comunidad que acabo de describir puede considerarse como un tipo. Sin embargo, no todas las comunidades indias se forman tan sencillamente. Aunque, según me dicen, los archivos de las provincias del Norte atestiguan casi siempre que la comunidad se formó por reunión de parientes, también atestiguan que, de tiempo en tiempo, se ha admitido hombres extraños, y que el adquirente de parte de los bienes puede generalmente, en ciertas condiciones, entrar en la corporación. En el Sur de la península hay muchas comunidades que parecen salidas de dos ó más familias; y hay algunas cuya composición se sabe que es enteramente artificial.

La agregación accidental de hombres de castas diferentes en una sociedad es contraria á la hipótesis de una descendencia común; sin embargo, en todas estas comunidades hay la tradición de un mismo origen primitivo ó se cree en éste. Mountstuart Elphinstone, que escribe especialmente sobre las comunidades del Sur, dice: «la idea popular es que los propietarios descienden todos de uno ó muchos individuos que fundaron el pueblo, sin más excepción que aquellos que adquirieron sus derechos, por compra ú otro

«título, de algún miembro del tronco primitivo. Confirma esta suposición el hecho de que actualmente sólo hay una familia de propietarios en los pequeños pueblos y muy pocas en los grandes; pero se dividen en tantas ramas y tienen tantos miembros, que el trabajo agrícola se suele hacer por los propietarios mismos, sin ayuda de colonos ni obreros. Los derechos de propietario se ejercen colectivamente, y, aunque suele haber una división en ellos, nunca hay entera separación. Así el propietario puede vender ó hipotecar sus derechos, pero necesita el consentimiento de la comunidad y que el adquirente ocupe su lugar y cumpla sus obligaciones. Cuando una familia se extingue, su parte vuelve al tronco común.»

Espero que lo dicho en el quinto capítulo ayudará al lector á comprender el alcance de este fragmento. No es probable que una institución del mundo primitivo se haya conservado hasta nuestros días sin adquirir, por una ficción legal, una elasticidad que no tenía al principio.

La comunidad india no es necesariamente una reunión de parientes; puede ser también una corporación de copropietarios, á imitación del grupo de parientes. El tipo á que debe ser comparada no es la familia, sino la *gens* romana. La *gens* también tenía por modelo la familia; era la familia extendida por diversas ficciones, cuya naturaleza precisa se pierde en la antigüedad. En los tiempos históricos, sus caracteres principales eran precisamente los dos que Elphinstone señala á la comunidad india: el suponerse siempre la comunidad de origen, aunque la contradijeran los hechos, y el que, repitiendo sus mismas palabras, «al extinguirse una familia su parte volvía al tronco común».

En el antiguo derecho romano, la sucesión sin heredero se defería á los *gentiles*. Todos los estudiosos de las comunidades indias suponen que han sido, como las *gentes*, modificadas por la admisión de extraños; pero no se puede saber bien hoy de qué manera eran admitidos. Actualmente, según nos dice Elphinstone, se hace por la compra de porciones con el consentimiento de los copropietarios. Sucede de todos modos como por sucesión universal: al tomar su parte el que la compra, toma también las cargas del vencedor dentro del grupo de sus copropietarios. Es un *emptor*

familie, y hereda el despojo legal de la personal cuyo lugar adquiere. El consentimiento de la comunidad, exigido para su admisión, nos recuerda el de los *comitia curiata*, el parlamento de la mayor comunidad de supuestos parientes, que era la antigua república romana; consentimiento esencial para la validez de una adopción y un testamento.

Todos los caracteres de las comunidades indias tienen signos de muy grande antigüedad. Tantos motivos especiales hay para suponer que en la infancia del derecho la propiedad era colectiva, que las reglas referentes á las personas se confundían con las de los bienes y las obligaciones privadas con las públicas, que podríamos obtener muchas consecuencias importantes en el estudio de estas comunidades propietarias, aunque no hubiere otras sociedades parecidas en el mundo. Pero recientemente han despertado gran curiosidad varios fenómenos semejantes observados en los sitios de Europa menos afectados por la transformación de la propiedad en feudo y que tienen afinidades con el mundo oriental á la vez que con el occidental. Las investigaciones de Haxthausen, Tegoborski y otros demuestran que las villas rusas no son reuniones casuales de hombres, ni reuniones contractuales, sino comunidades organizadas naturalmente, como las de la India. En teoría, estas villas son patrimonio de algún noble propietario y los campesinos, desde los tiempos históricos, han sido siervos de la gleba y en cierto modo siervos personales.

Pero esta propiedad superior no ha destruido la antigua organización del pueblo, y quizá el decreto en que se dice haber establecido la esclavitud el czar solo quisiera impedir que los campesinos abandonasen esta cooperación, sin la que el orden social antiguo hubiera caído pronto. La hipótesis del parentesco por agnación entre los convecinos, la mezcla de los derechos personales y de propiedad y otros muchos organismos espontáneos de la administración interior del pueblo ruso son exactamente iguales que en la India, pero hay una diferencia que conviene anotar con el mayor interés. Los copropietarios de una villa en la India, aun poseyendo en común, tienen en sus derechos una separación completa y que se perpetúa indefinidamente. La misma separación existe en Rusia teóricamente, pero no es per-

petua, sino temporal. Después de cierto tiempo, no siempre el mismo, los derechos particulares se extinguen, las tierras se ponen en común y se distribuyen otra vez entre las familias de la comunidad, según el número de sus miembros. Después de este reparto, los derechos de familias é individuos vuelven á desarrollarse en distintas direcciones, hasta el próximo período de distribución.

Hay una variedad aún más curiosa de este tipo de propiedad en los países que se han disputado tanto tiempo Turquía y Austria. En Servia, en Croacia, entre los eslavos de Austria, las comunidades de las villas se forman á la vez de copropietarios y parientes, pero su disposición interior difiere de la indicada en los dos ejemplos anteriores. La propiedad común ni está dividida ni se considera divisible, sino que la tierra se cultiva por el trabajo combinado de todos los habitantes y los productos se dividen anualmente entre las familias, ó según sus supuestas necesidades, ó según reglas que conceden á determinadas personas una parte fija de los frutos. Los jurisconsultos de Europa oriental atribuyen esta práctica al principio, de las leyes eslavas primitivas, de que la propiedad de las familias no puede ser dividida para siempre.

El gran interés de estos fenómenos en un estudio como éste, consiste en ver por ellos el desarrollo del derecho de propiedad *en el interior* de los grupos á que parece que perteneció en su origen. Creo por motivos poderosos que la propiedad de la tierra pertenecía antiguamente, no á los individuos ni á las familias, sino á sociedades más extensas, organizadas en la forma patriarcal; pero el tránsito, por lo menos oscuro, de la antigua propiedad á la moderna sería mucho más oscuro á no haberse descubierto y estudiado varias formas bien marcadas de estas comunidades. Conviene notar las variedades de arreglo interior de los grupos patriarcales, que pueden ó han podido ser observados recientemente, en los pueblos de origen indo-europeo. Se dice que los jefes de las tribus más rudas de las montañas distribuían los alimentos á los jefes de familia colocados á sus órdenes con muy cortos intervalos y á veces todos los días. También hacen una distribución periódica á los habitantes de las villas eslavas de las provincias austriacas y turcas

los ancianos de la corporación, pero es de una vez, al hacerse la cosecha anual. En las villas rusas la propiedad dejó de considerarse indivisible, y se desarrollaron libremente las pretensiones á la propiedad aislada; pero los progresos de la separación se detuvieron al cabo de cierto tiempo. En la India, no sólo no es indivisible el fundo común, sino que la propiedad separada de un trozo puede prolongarse sin fin, y subdividirse; pero de hecho la división es imposible por la costumbre y por la regla que prohíbe admitir extraños sin el consentimiento de la comunidad.

No digo que estas diferentes formas de comunidad de villa representen estaciones distintas en el tránsito del derecho de propiedad, ni que hayan sucedido en todas partes lo mismo. Pero, aunque nuestros testimonios no nos permitan ir tan lejos, sí permiten suponer que la propiedad privada, en la forma que hoy conocemos, se ha formado por grados, principalmente por la separación de los derechos individuales de los colectivos de una comunidad. Nuestros estudios sobre el derecho personal parece muestran la familia desarrollada en el grupo de los agnados; perdido después el grupo de agnados en *gentes* separadas; y por fin, reemplazando el individuo á la *gens*; y nuestros estudios ahora parece indican que, á cada paso de esa transformación, corresponde una alteración análoga en la naturaleza de la propiedad. Si esta indicación es cierta, afecta materialmente sin duda á la solución del problema que se han propuesto los teóricos respecto al origen de la propiedad. La cuestión, acaso insoluble, que ellos más han discutido, es la de los motivos por que se empezaron los hombres á respetar sus posesiones unos á otros. Se puede presentar también, sin esperanza de éxito, en la forma de averiguar los motivos que un grupo de hombres pudo tener para respetar el dominio de otro grupo. Pero si es cierto que el punto más notable de la historia de la propiedad privada está en su desprendimiento gradual de la copropiedad de la tribu, el objeto de las investigaciones es el mismo que ocurre en el origen de toda ley histórica: ¿Cuáles son los motivos que han guiado á los hombres á unirse en familia? La jurisprudencia no puede, sin auxilio de otras ciencias, dar respuesta. No puede más que consignar el hecho.

La indivisión de la propiedad en las antiguas sociedades no excluye la exactitud con que se divide cuando una parte es separada completamente del patrimonio. Esto procede sin duda de que se supone que la propiedad, al separarse, pasa á ser de un nuevo grupo, tanto que siempre que se ocupan de ella, una vez dividida, la tratan como un negocio entre dos cuerpos muy complejos. Ya he comparado el derecho antiguo con el internacional moderno, respecto á la dimensión y complejidad de las corporaciones cuyos derechos y cargas estudia aquél. Como los contratos y las transmisiones de la propiedad son cosas en que toman parte, no individuos aislados, sino sociedades organizadas, requieren muchas formalidades: un gran número de actos simbólicos y de palabras para grabar el acto en la memoria de todos los que toman parte, y la presencia de un gran número de testigos. De estas otras particularidades derivadas proviene el carácter resistente de las antiguas formas de propiedad.

A veces, el patrimonio es inalienable en absoluto, como entre los esclavos; las más de las veces, sin serlo en absoluto, lo es la práctica, como en casi todas las tribus germanas, por la necesidad de obtener el consentimiento de gran número de personas. Y donde estos impedimentos no existen ó pueden dispensarse, el mismo acto de la transferencia está recargado de formalidades, en que no es prudente descuidar ni una jota. El antiguo derecho no admite la dispensa de un gesto, por grotesco que sea, ni de una sílaba, aunque ya resulte sin sentido; ni de un solo testigo, por inútil que sea su testimonio. Las ceremonias deben ser hechas enteramente por las personas á que legalmente toca asistir; si no, la transferencia es nula, y se reintegra al vendedor en los derechos de que quiso en vano despojarse.

Estos obstáculos diversos á la circulación de los objetos útiles ó agradables, comenzaron á notarse en cuanto la sociedad tuvo un ligero movimiento; y en los medios con que las sociedades han tratado de vencerlos está el fondo de la historia de la propiedad. Hay uno de estos medios que aventaja á los demás por lo general y lo antiguo: el de dividir los bienes en varias clases; que debió presentarse espontáneamente á muchas sociedades primitivas. Una espe-

cie de bienes quedó debajo de las otras en orden de dignidad; y, al mismo tiempo, se desembarazó de los lazos con que la antigüedad sujetaba los bienes superiores. Más tarde, la ventaja mayor de las reglas de trasmisión y sucesión de los bienes creídos inferiores se fué reconociendo generalmente; y, por graduales innovaciones, la propiedad superior adquirió la plasticidad de la inferior. La historia del derecho de propiedad romano está en la asimilación de las cosas *mancipi* y *nec Mancipi*. La historia de la propiedad en el continente europeo es la destrucción del derecho feudal sobre la tierra por el romano relativo á los muebles; y aunque la historia de la propiedad en Inglaterra no está completa, se ve que el derecho de los bienes personales amenaza absorber y anular el de los bienes reales.

La única clasificación natural de los objetos útiles, basada en una diferencia esencial de los mismos, es la en muebles é inmuebles. Esta clasificación, familiar á los juriscultores, se desarrolló muy lentamente en el derecho romano, de donde deriva, y no se adoptó definitivamente hasta los últimos tiempos. Las clasificaciones del antiguo derecho semejan á ésta aparentemente á veces. Solían dividir los bienes en categorías y colocar los inmuebles en una de ellas; pero ó añadían á los inmuebles cosas que nada tienen que ver con ellos, ó separaban varios derechos que les están unidos estrechamente. Las cosas *mancipi* de Roma comprendían no solo las tierras, sino los esclavos, los caballos y los bueyes. En el derecho escocés entran con la tierra muchos títulos; y en el indio, los esclavos. El derecho inglés, por otra parte, separa los baldíos de las demás clases de tierra y les une á los bienes personales bajo el nombre de *chattels real*.

Por otra parte, las clasificaciones del antiguo derecho suponen superioridad é inferioridad; mientras que la división en muebles é inmuebles, al menos en derecho romano, no envolvía diferencia de dignidad. En tanto, las cosas *mancipi* eran consideradas superiores á las *nec Mancipi*; y los bienes que los escoceses llaman *heritable property* y los ingleses *realty* son superiores á los llamados *personalty*, á los que son opuestos. Los juriscultores respectivos han querido fundar estas clasificaciones en motivos comprensibles; pero

la filosofía del derecho no puede explicarlas, sino solamente la historia. La explicación más completa es que los bienes más distinguidos son los que primeramente conoció cada sociedad, y á que llamó solamente *propiedades*. Por otra parte, el haber considerado inferiores otros bienes y colocados en rango inferior es porque su valor se conoció después de detenerse el catálogo de los bienes superiores. Al principio eran desconocidos, ó raros, ó de poco uso, ó quizá mirados como simples apéndices de la propiedad superior. Así, aunque en Roma figuran entre las cosas *mancipi* varios objetos muebles de gran valor, las alhajas más preciosas no fueron nunca incluidas, porque los primeros romanos no las conocieron. Asimismo, en Inglaterra, los terrenos llamados *chattels real* han sido comprendidos entre los bienes inferiores llamados *personalty*, á causa de ser raros y de poco valor durante la ley feudal.

Lo curioso es que estos bienes hayan continuado reputándose inferiores después de haberse multiplicado y tener importancia. ¿Por qué no se les ha ido incluyendo entre los más favorecidos? Una razón conserva las clasificaciones. Es un carácter de entendimientos poco cultos y sociedades primitivas no comprender sin esfuerzo una regla general distinta de las aplicaciones que les son familiares. No pueden formar una máxima general de los varios ejemplos de su experiencia cotidiana; y niegan la designación dada á los bienes mejor conocidos á otros exactamente semejantes, por ser útiles y por ser materia de derecho.

Pero á estas influencias, que tienen una fuerza especial en materias de derecho, se unen luego otras más conformes con el progreso de las ideas de utilidad pública. Los tribunales y los jurisconsultos llegan á sentir las incómodas informalidades exigidas para la trasferencia, la reivindicación y la sucesión de los bienes superiores; y les repugna imponerlas á los demás bienes como en la infancia del derecho. De aquí dimana la tendencia á dejar estos bienes en un rango inferior en las clasificaciones y á permitir su transmisión por procedimientos más sencillos que los que, en las trasmisiones primitivas, sirven de obstáculo á la buena fe y de escalera al fraude.

Quizá no podemos comprender bien todos los inconve-

nientes de las antiguas transmisiones. Nuestros actos de transmisión son escritos, y su redacción, meditada con cuidado por el notario, rara vez no es precisa. Pero las trasferencias del antiguo derecho no eran escritas, sino *representadas*: gestos y palabras reemplazaban á la redacción de un jurisperito; y una fórmula mal dicha, un acto simbólico omitido anulaban el acto tan fatalmente como lo anulara hace un siglo, en un documento inglés, el error en la enumeración de los *uses* ó de los *remainders*. Y esto es indicar sólo á medias los inconvenientes del ceremonial antiguo. Mientras el rigorismo de la transmisión, escrita ó representada, se impone sólo á la de la tierra, las probabilidades de error son pocas, porque nadie se deshace de la tierra con precipitación. Pero la clase superior de bienes en el antiguo mundo comprendía también muchos muebles de los más conocidos y preciosos. Cuando la actividad social se rapidizó, hubiera sido un inconveniente enorme exigir formas de trasferencia muy complicadas para un caballo ó un buey, ó para el objeto más precioso de entonces, el esclavo. Mercaderías de este género debieron constantemente y de ordinario ser vendidas con formalidades incompletas y poseídas, por lo tanto, con títulos imperfectos.

Las cosas *mancipi* del viejo derecho romano eran: la tierra (en los tiempos históricos, la del suelo italiano), los esclavos y las bestias de carga, como caballos y bueyes. Indudablemente, los objetos comprendidos en esta clase fueron los instrumentos del trabajo agrícola, las más importantes mercaderías para un pueblo primitivo. A mi juicio, á esto se lo llamó desde luego por excelencia *cosas* ó *bienes*, y se empleó para transmitirlos el *mancipium* ó *mancipatio*; pero hasta mucho después no se les llamó especialmente cosas *mancipi* «que exigen una mancipación». Al lado de ellas existía ó vino á existir otra clase de objetos para cuya transmisión no se acudía al ceremonial de la *mancipatio*: bastaba con llenar parte de las formalidades ordinarias, especialmente la entrega inmediata y material, *tradición*, que es la indicación más aparente de un cambio de propiedad. Estos bienes fueron las *res nec mancipi*, «las cosas que se trasferen sin mancipación»; poco estimadas quizá al principio y transmitidas con frecuencia de un grupo á otro de

propietarios. Ahora, como la lista de cosas *mancipi* se cerró irrevocablemente, la de las *nec Mancipi* podía indefinidamente extenderse; y toda conquista del hombre sobre el mundo material añadía un artículo á los *nec Mancipi* ó aumentaba la importancia de los que ya lo eran. Así, insensiblemente, las cosas *nec Mancipi* llegaron á igualar á las *mancipi*, y disipada la idea de una inferioridad intrínseca, los hombres se dieron cuenta de las muchas ventajas de las formas de transferencia más simples sobre las complicadas del ceremonial antiguo. Dos de los agentes del progreso jurídico, la ficción y la equidad, fueron constantemente empleados por los jurisconsultos para dar á la tradición los efectos de la mancipación, y al fin, aunque los legisladores temieron mucho tiempo declarar que la propiedad de una cosa *mancipi* pudiera transferirse inmediatamente por la simple entrega del objeto, Justiniano dió este paso, borrando la diferencia entre cosas *mancipi* y *nec Mancipi* y haciendo de la tradición la única condición jurídica de la transferencia. La preferencia que los jurisconsultos concedieron desde el principio á la tradición, les movió á darle en sus teorías un puesto que ha hecho errar á sus discípulos acerca de su historia. La tradición figuraba entre los modos naturales de adquirir porque la practicaban generalmente las tribus italianas y porque era el procedimiento más sencillo. Si se miran un poco las expresiones de los jurisconsultos, se ve que, á su juicio, la tradición era más antigua que la mancipación, por proceder aquélla del derecho natural y ésta de la sociedad civil; lo cual es claro que no es cierto.

La distinción de cosas *mancipi* y *nec Mancipi* es el tipo de una clase de distinciones á que la civilización debe mucho, que abraza todas las cosas útiles, varias de las cuales forman una sola clase, mientras otras son abandonadas en una categoría menos alta. Los bienes inferiores son primeramente excluidos, por desdén ó negligencia, de las pesadas ceremonias antiguas; y los modos sencillos de transferir, generalizados primero por costumbre, pasan en otro grado de progreso intelectual á ser un modelo, cuya utilidad y sencillez son la mejor crítica del antiguo sistema ceremonioso. Pero en algunas sociedades las trabas puestas á la propiedad son demasiado fuertes y complicadas para caer tan fácilmente. El

hijo indio, como queda dicho, tiene desde que nace participación en la propiedad del padre y se requiere su consentimiento para enajenarla. En igual sentido, las costumbres generales de los antiguos germanos, á excepción de los anglo-sajones, prohibían la enajenación sin el consentimiento de los hijos varones; y el derecho primitivo de los eslavos la prohibía en todo caso. Impedimentos de esta clase no se vencen con una distinción entre las formas de la propiedad, tanto menos cuanto que abarcan todas las cosas útiles; de aquí que el antiguo derecho, cuando entra en vías de progreso, acude á otra distinción de los bienes, no por su naturaleza, sino por su origen. En la India, donde hallamos señales de los dos sistemas de clasificación, hay un ejemplo del último en la diferencia establecida para las sucesiones y las adquisiciones. Los bienes que el padre ha heredado son propiedad común de los hijos desde que nacen; pero, según costumbre general, los que adquiere durante su vida le pertenecen como suyos y puede transmitirlos como le convenga.

Algo así hay en el derecho romano, donde el primer golpe á la patria potestad fué el permiso dado al hijo de guardar para él lo adquirido en el servicio militar. Pero parece que fueron los germanos los que usaron más ampliamente este modo de clasificación. He dicho muchas veces que el alodio, aunque enajenable, era muy difícil transferirle, y que, además, sólo pasaba por herencia á los agnados. Así nacieron muchas distinciones para disminuir los inconvenientes de esa propiedad. El *wehrgeld* ó composición para el homicidio de un pariente, que ocupa tan alto lugar en el derecho germánico, no entraba en el dominio familiar y seguía reglas de sucesión totalmente diferentes. Igualmente el *reipus*, multa á la viuda que volvía á casarse, no entraba en el alodio de aquél á quien se pagaba y seguía un orden de sucesión en que los agnados no tenían privilegio; además, como entre los indios, se distinguía las adquisiciones del jefe de familia de los bienes heredados por él, permitiéndole disponer de los primeros más fácilmente. Había otras clasificaciones, y se distinguía la tierra de los muebles; pero los muebles estaban por su parte divididos en muchas categorías, sometidas todas á reglas diferentes. Este exceso de clasificación, extraño al parecer

en un pueblo tan tosco como el que conquistó á Roma, se explica, sin duda, por la presencia del derecho romano que absorbieron durante su larga permanencia en las fronteras del Imperio. Fácil es remontándose al origen de casi todas las reglas sobre transmisión y herencia de los bienes no alodiales, hallarle en el derecho romano, del que probablemente se tomaron en distintas épocas y fragmentariamente.

No podemos ni conjeturar hasta qué punto estos procedimientos facilitaron la libre circulación de los bienes, porque tales distinciones no tienen historia moderna. Como ya he dicho, la forma alodial de la propiedad se perdió en la feudal, y cuando el sistema feudal se consolidó y completó, sólo quedó la distinción entre la tierra y las mercaderías y entre los muebles y los inmuebles, de todas las conocidas en el mundo occidental. Al parecer esta distinción es la misma que el derecho romano acabó por aceptar, pero el derecho de la edad media difería del de Roma en que consideraba la propiedad inmueble positivamente más noble que la mueble. Con todo, este ejemplo basta para demostrar lo importante de aquellos procedimientos. En todos los países que imitaron al Código francés, casi todo el continente europeo, el derecho sobre los muebles, que fué siempre de derecho romano, ha sustituido al derecho feudal sobre la tierra. Inglaterra es el único país importante donde aún se está lejos de realizar completamente el cambio. Bien es verdad que sólo en Inglaterra la distinción de muebles é inmuebles ha sido un tanto turbada por las influencias que separaron las antiguas clasificaciones de los juriconsultos de la única fundada en la naturaleza. En conjunto, el derecho inglés distingue la tierra y las mercaderías; pero varias de éstas se consideran como apéndices de la tierra y ciertos intereses de ésta, por causas históricas, figuran entre los bienes personales ó muebles. No es en este caso sólo donde el derecho inglés reproduce los fenómenos del derecho primitivo, aislado de la gran corriente de las modificaciones jurídicas.

Voy á tratar de algunos procedimientos con que se atacó más ó menos felizmente las trabas de la propiedad; advirtiéndole que el plan de este libro no permite hablar de los

muy antiguos. Y conviene insistir sobre uno de ellos, porque los poco peritos en historia del derecho extrañarían que se aplicaran ya, en la infancia de éste, principios que al derecho moderno ha costado gran repugnancia y trabajo admitir, y que difícilmente se llevan hasta sus últimas consecuencias; como el llamado *usucapión* en Roma, y entre nosotros *prescripción*. Era una regla positiva del derecho anterior á las XII Tablas, que las cosas poseídas cierto tiempo sin interrupción se hacían propiedad del poseedor. El plazo era muy corto, uno ó dos años, según la naturaleza del objeto; y aunque, en los tiempos históricos, la usucapión no corría sino empezando la posesión de cierto modo, es probable que, en época anterior, la posesión se hiciera propiedad en condiciones menos severas que dicen los autores.

Repito que no creo que la jurisprudencia baste para explicar el respeto de los hombres hacia la posesión de hecho; pero es muy interesante que, cuando las sociedades primitivas adoptaron el principio de la usucapión, no sufrieran la influencia de las dudas y vacilaciones especulativas que han retrasado la adopción del principio entre los modernos. Los juristas modernos han visto siempre la prescripción con repugnancia y la han adoptado con violencia. En muchos países, especialmente en Inglaterra, la ley no ha pasado del grosero procedimiento de negar toda acción fundada sobre un daño anterior á cierta época, en general, el primer año de algún reinado anterior, y hasta después de la edad media, reinando Jacobo I, no se tuvo una ley, bien imperfecta por cierto, sobre prescripción.

Esta lentitud para adoptar aquella parte del derecho romano, leída constantemente por la mayoría de los legisladores europeos, se debe al derecho canónico. Las costumbres eclesiásticas de que procede el derecho canónico, relativas á intereses sagrados ó casi sagrados, consideraban naturalmente los privilegios que conferían imposibles de perderse por desuso; y en este sentido, cuando la jurisprudencia eclesiástica se consolidó, resistió particularmente á la prescripción. Al presentar los juriconsultos eclesiásticos su derecho canónico como modelo de legislación civil, influyó firmemente sobre los primeros principios. Dió menos reglas formales que el derecho romano á los cuerpos con-