

suetudinarios de Europa, pero sembró la tendencia eclesiástica sobre numerosos puntos fundamentales; y la tendencia se fortaleció con el desarrollo de cada sistema.

Pero si la repugnancia á la prescripción fué un resultado de esta influencia, yo creo que este prejuicio se aumentó al encontrarse con la doctrina de los jurisconsultos escolásticos de la escuela realista, según los cuales un derecho era indestructible aunque variara la legislación y aunque se le abandonara indefinidamente. Aún hay restos de este modo de pensar. Donde se discute en serio la filosofía del derecho, las cuestiones sobre las bases teóricas de la prescripción son calurosamente discutidas; y aún hoy interesa en Francia y en Alemania averiguar si una persona que durante varios años no ha estado en posesión es privada de su propiedad como castigo, ó porque la ley no quiere discusiones interminables. Pero ninguno de estos escrúpulos turbaba el entendimiento de la sociedad romana primitiva. Sus antiguas costumbres privaban de la propiedad á quien dejaba de estar en posesión, bajo ciertas condiciones, durante uno ó dos años; y no es fácil saber exactamente el sentido de la regla primitiva de usucapición, pero, tomada con las limitaciones que los libros indican, era una útil garantía contra los inconvenientes de un sistema de transferencia muy complicado.

Para gozar de las ventajas de la usucapición, era de rigor primeramente que la posesión continuada comenzase de buena fe, ó sea, con la creencia en el poseedor de que adquiría legítimamente la propiedad; y además que el objeto se le hubiere transmitido por un modo de enajenación que, sin servir de título completo, estuviera al menos reconocido por la ley. Así, en un caso de mancipación cuyas ceremonias se hubieran practicado con algún descuido, si se había llegado á la entrega ó tradición, el vicio del título era redimido por la usucapición. Nada hay en la práctica de los romanos que atestigüe en tan alto grado su genio jurídico como el empleo de la usucapición. Las dificultades que les rodeaban eran casi las mismas que rodeaban y rodean á los legistas ingleses. Por la complicación de su sistema, que no tuvieron ni valor ni fuerza para poder reconstruir, el derecho real se hallaba constantemente sepa-

rado del derecho positivo; el que era propietario en equidad no lo era en derecho. Pero la usucapición empleada por los jurisconsultos era un mecanismo por el que la falta de regularidad del título de propiedad estaba siempre salvada, y por el que la propiedad y la posesión, separadas un momento, se reunían de nuevo prontamente. La usucapición no perdió sus ventajas hasta las reformas de Justiniano. Confundidos el derecho y la equidad y dejando de ser la mancipación la transferencia romana, el antiguo procedimiento se hizo inútil, y la usucapición, cuyo plazo se alargó considerablemente, se transformó en la prescripción, que han adoptado al fin casi todos los sistemas modernos.

Mencionaré brevemente otro procedimiento de igual objeto que el anterior y que, aunque no aparezca en el principio de la historia del derecho inglés, se remonta á la más alta antigüedad en el romano; tanto que algunos romanistas alemanes, no observando las luces que en esta materia da la analogía del derecho inglés, le han creído más viejo que la mancipación. Hablo de la *cessio in jure*, reivindicación simulada, ante un tribunal, de la propiedad que se va á comprar. El demandante reclamaba el objeto en la forma ordinaria del procedimiento; el demandado no asistía, y el objeto, por consiguiente, se adjudicaba al demandante. No es necesario recordar á los legistas ingleses que este procedimiento ocurrió también á nuestros padres y produjo aquellas famosas multas y reivindicaciones (*finis and recovery*) que tanto han servido para llevar á la transmisión de la propiedad las trabas del derecho feudal. Entre el procedimiento romano y el inglés hay muchas cosas comunes, y ambos se aclaran provechosamente; pero existe la diferencia de que el fin de los legistas ingleses era separar las dificultades que existían en el título, mientras que los romanos trataban sólo de prevenirlas, sustituyendo una forma de transferencia necesariamente inatacable á otra forma frecuentemente atacada. Realmente es un procedimiento que se ocurre tan pronto como los tribunales funcionan constantemente, sin variación en las ideas primitivas. En estados más avanzados, los tribunales consideran un abuso procesal cualquier litigio simulado; pero siempre ha habido un tiempo en que bastaba con observar las formas escrupulosamente.

Mucho han influido los tribunales y su procedimiento sobre la propiedad: pero este asunto es muy extenso para las dimensiones de este libro y nos llevaría demasiado lejos. Debemos, sin embargo, decir que á ellos se debe la distinción entre posesión y propiedad; no la distinción misma, que, según un gran romanista inglés, es sólo la diferencia entre el derecho y el poder físico de ejecutar algo; sino la importancia que ha adquirido en la filosofía del derecho. La mayoría de las personas versadas en literatura jurídica han oído hablar de las confusiones de lenguaje de los juristas romanos sobre la posesión, y de que la solución del enigma por Savigny es la prueba más grande de su genio.

La posesión no es fácil de comprender por los términos de los juristas romanos. La palabra, según su etimología, debió de indicar primeramente el contacto físico ó la facultad de producir éste á voluntad; pero en el uso ordinario y sin epíteto, designa no sólo la tenencia material, sino el ánimo de hacer propia la cosa tenida. Savigny, siguiendo á Niebhur, notó que el origen de esta anomalía debía de ser histórico. Hizo notar que los patricios de Roma, que se hicieron colonos, bajo una renta nominal, de la mayor parte de las tierras públicas, eran simplemente poseedores en el antiguo derecho romano, pero poseedores dispuestos á conservar la tierra contra todo nuevo poseedor. Su pretensión, en realidad, era casi igual á la suscitada recientemente en Inglaterra por los poseedores de bienes de la Iglesia. Reconociéndose en teoría colonos del Estado, separables á voluntad, sostenían que el tiempo y el disfrute continuo habían transformado en propiedad su posesión, y que sería injusto despedirles para distribuir de nuevo las tierras. La asociación de esta pretensión y de los colonatos patricios ha influido de modo permanente en la palabra posesión.

El único medio que tenían los colonos, si se les quería echar ó turbar, era el interdicto posesorio, forma inventada por el pretor para protegerles, ó según otros, empleada antiguamente para sostener en posesión á un litigante hasta la resolución del pleito. Se comprendió entonces que el propietario, como poseedor, podía solicitar el interdicto, y éste vino á ser, por un sistema procesal muy artificioso, el procedimiento aplicable á las discusiones judiciales de un te-

reno. Así empezó un movimiento que, según John Austin, se ha reproducido después en el derecho inglés. Los propietarios, *domini*, prefirieron la sencillez de formas y la rapidez del interdicto á la complicación y dilaciones de la acción real; y á dicho fin invocaron la posesión como parte integrante de su propiedad. Esta facultad, concedida á quienes no eran propiamente poseedores, sino propietarios, de acogerse á la acción posesoria, pudo ser primeramente un beneficio, pero á la larga ha alterado seriamente el derecho romano y el inglés. Al derecho romano le dió varias sutilezas sobre la posesión que han contribuido mucho á desacreditarle; y el derecho inglés, para desembarazarse de la confusión en que cayeron las acciones reivindicatorias, ha tenido que acudir á un remedio heróico. Nadie dudará que la abolición virtual de la acción real inglesa, hace treinta años, fué ventajosa al público; pero los amantes del orden en el derecho censurarán que, en vez de aclarar, perfeccionar y simplificar las acciones del propietario, se hayan sacificado todas á la acción posesoria de la evicción, fundando en una ficción legal todo el sistema sobre reivindicación de la tierra.

Los tribunales ayudaron también mucho á modificar las ideas sobre la propiedad distinguiendo la equidad y el derecho, que son al principio base de dos jurisdicciones separadas. La propiedad de equidad en Inglaterra es simplemente la atribuida al Tribunal de Cancillería. En Roma el pretor introdujo los nuevos principios con la promesa de aceptar, en ciertas condiciones, una acción ó excepción especial; y por tanto la propiedad *in bonis*, ó de equidad en Roma, sólo tenía la defensa procesal del pretor. Difiere algo en Roma é Inglaterra el medio de defender contra el propietario los derechos fundados en la equidad. Entre nosotros están garantidos por las facultades del tribunal de Cancillería. Pero cuando el derecho y la equidad no constituían sistema y se administraban por las reglas romanas, no había tal facultad y se buscaba el medio más sencillo de negar al propietario los bienes que de hecho pertenecían á otro.

El resultado en uno y otro procedimiento es el mismo: el de mantener con distinciones procesales nuevas

formas de propiedad, de carácter provisional, hasta hacerlas conformes á derecho por el lapso de tiempo. Así el pretor concedía inmediatamente la propiedad de una cosa *mancipi* á quien la adquirió por simple tradición, sin que la usucapión se hubiera completado; y así, en cierta época, reconocía la propiedad del acreedor hipotecario (*anticresis*), que empezó por ser depositario solamente, y la del enfiteuta ó colono de una tierra á renta perpetua fija. En sentido paralelo, el tribunal de Cancillería inglesa creó un derecho de propiedad especial para el acreedor hipotecario (*mortgagor*), para la mujer casada cuyo contrato tenía ciertas cláusulas, y para el comprador que aún no había adquirido la propiedad completa. En todos estos casos hay formas de propiedad nuevas, reconocidas y conservadas; pero la equidad ha influido indirectamente de muchos modos más en Inglaterra y en Roma. Donde quiera que sus autores extendieron la equidad, el derecho de propiedad fué más ó menos afectado y modificado. Al hablar anteriormente de las distinciones legales y de los procedimientos antiguos que influyeron en la propiedad, significaba además que esta influencia dependía de las ideas de perfeccionamiento que respiraban los autores de sistemas de equidad.

Para describir la influencia de ésta en la propiedad habría que hacer su historia completa. Yo he hablado de ella principalmente porque muchos autores contemporáneos de nota creen que la diferencia romana entre propiedad legal y de equidad explica la diferencia de la propiedad feudal y la romana. El feudalismo reconocía la doble propiedad del señor del feudo y del poseedor; y dicese que esto parece una forma generalizada de la distinción romana entre propiedades quiritarias (ó de derecho, que diríamos hoy) y bonitarias, ó de equidad. Gayo mismo observa que la distinción de dos clases de propiedad es especial del derecho romano, y la contrapone á la propiedad completa ó alodial de otras naciones. Aunque Justiniano sólo reconoció una clase de propiedad, los bárbaros con el que estuvieron en contacto fué con el derecho parcialmente reformado de Occidente, y en los muchos siglos que acamparon en las fronteras del imperio pudieron aprender aquella distinción, origen luego de tan importantes resultados.

Para admitir esto, hay que reconocer antes que los elementos de derecho romano contenidos en las leyes bárbaras se han estudiado imperfectamente. Las teorías insuficientes ó erróneas sobre el feudalismo tienen de común el desdén á este elemento especial de su organización. Los autores antiguos de más fama en Inglaterra sólo daban importancia á detalles de la época turbulenta en que se completó el sistema feudal; y á este error se ha unido recientemente el de los alemanes que, por orgullo de nacionalidad, exageran el valor de la organización social de sus antepasados antes de su aparición en Roma. Otros escritores ingleses, que han visto claro el origen del sistema feudal, tampoco llegan en sus investigaciones á resultados satisfactorios, ya por buscar demasiadas analogías en los Códigos de Justiniano, ya por limitar su atención á los compendios de derecho romano que corren unidos á ellos.

Si el derecho romano tuvo alguna influencia sobre las sociedades bárbaras, la mayor parte debió de ser antes de la ley de Justiniano y de la redacción de sus compendios. Yo creo que el derecho reformado y purificado por Justiniano no fué quien dió carne y músculos al esqueleto de las costumbres bárbaras, sino el sistema indigesto que reinaba en Occidente, y que no sustituyó nunca el *Corpus juris* de Oriente. Es de suponer que el cambio ocurrió antes de conquistar los germanos ninguna parte del imperio; y por tanto, mucho antes de que los reyes germanos hicieran redactar compendios de derecho romano para sus súbditos de este origen. Quien aprecie la diferencia entre el derecho primitivo y el perfeccionado hallará la necesidad de esta hipótesis. Por groseras que sean las leyes bárbaras que poseemos, no se las puede suponer un origen totalmente bárbaro; y además, es seguro que solo conservamos por escrito una parte de las reglas practicadas por los conquistadores. Si alguna vez nos persuadiéramos de que había ya en los sistemas bárbaros gran parte de derecho romano corrompido, se habría casi conseguido resolver una grave dificultad. Para combinarse el derecho germánico de los conquistadores y el romano de sus súbditos, se requería entre ambos alguna afinidad mayor de la que hay entre un derecho refinado y unas costumbres salvajes, y acaso los Códigos

bárbaros, por primitivos que parezcan, sólo son una mezcla de costumbres primitivas y de derecho romano mal comprendido, y por este elemento extraño pudieron fundirse con una jurisprudencia romana á la que faltaba ya la perfección relativa adquirida bajo los emperadores de Occidente.

A pesar de todo, hay muchas razones para pensar que la propiedad feudal provenga de la doble propiedad romana. La distinción entre la propiedad de equidad y de derecho parece una sutileza poco inteligible para los bárbaros; y además, apenas se comprende sin la existencia de tribunales regulares. Pero la objeción más fuerte contra esta teoría es una forma de propiedad del derecho romano creada por la jurisprudencia de equidad que nos explica mucho más fácilmente el tránsito de unas á otras ideas: la enfiteusis, sobre la que se estableció frecuentemente el feudo de la edad media, aunque no se sabe exactamente su influencia en el origen de la propiedad feudal.

Es indudable que la enfiteusis, aunque quizá no se la conocía por su nombre griego, dió el camino para el feudalismo. La primera vez que en la historia romana se habla de propiedades demasiado grandes para cultivadas por un *pater familias* con sus hijos y esclavos, es al tratar de las propiedades de los patricios. Estos grandes propietarios no debieron de tener idea del cultivo por colonos libres. Sus *lati fundia* los cultivaban esclavos dirigidos por capataces, esclavos ó manumitidos; toda la organización estaba en hacer con los esclavos inferiores pequeños grupos, que servían como de peculio á esclavos mejores y de más confianza, interesados en el éxito del trabajo. Sin embargo, este sistema era desfavorable, sobre todo para las municipalidades. En Italia los funcionarios cambiaban con rapidez sorprendente hasta en la misma Roma, y tenía que ser muy imperfecta la vigilancia de un gran dominio por parte de una municipalidad. Así se dice que por esto empezó la costumbre de colonizar los *agri vectigali*, es decir, dar la tierra á perpetuidad á un colono libre, con renta fija y ciertas condiciones. Imitado después esto por gran número de propietarios, el colono, cuyas relaciones con el arrendador se definían al principio por contrato, fué reconocido por el pretor como

dueño de una especie de propiedad que se llamó enfiteusis. Desde este momento, la historia de la posesión de tierras se divide en dos ramas.

Durante este largo período, en que nuestros datos sobre el Imperio son muy incompletos, los esclavos de las grandes familias se transformaron en *coloni*, cuyo origen y condición son de lo más obscuro de la historia. Quizá se debió á la vez á la elevación de los esclavos y al descenso de los arrendatarios libres, al convencerse los romanos ricos del aumento de valor que toma la propiedad cuando el cultivador tiene interés en los productos. Los *coloni* eran siervos rurales, cuyo estado difería en muchas cosas de la esclavitud completa y que quedaban libres del amo, mediante cierta porción de la cosecha; y sabido es también que han sobrevivido á todas las revoluciones antiguas y modernas. En el feudalismo, aun colocados en los grados inferiores de la organización, siguieron en muchos sitios, pagando al propietario como se pagaba al *dominus*, y de uno de ellos, los *medietarii*, que pagaban la mitad de la cosecha, descienden los campesinos que cultivan aún el suelo de casi todo el S. de Europa. Por otra parte, la enfiteusis, á juzgar por las alusiones del *Corpus juris*, fué una novedad útil y corriente, y quizá por ella se rigieran los intereses de los colonos libres. El pretor, como queda dicho, veía en el enfiteuta un verdadero propietario. Dábale la acción real como á éste cuando era despojado y protegíale contra toda perturbación del dueño, mientras pagaba puntualmente el canon. Esto no indica que la propiedad del arrendador se suspendiese ó se extinguiese: quedábanle la facultad de volver á ella por falta de pago, el derecho preferente para comprarla y cierto poder de inspección del cultivo.

Hay, pues, en la enfiteusis un ejemplo atendible de las dos clases de propiedad del feudalismo, ejemplo más claro que la diferencia entre propiedad de derecho y de equidad. Pero la historia de la posesión romana no acabó aquí. Está probado que, entre las grandes fortalezas de la línea del Rin y del Danubio, que aseguraron tanto tiempo la frontera del Imperio en contra de los bárbaros, hubo terrenos, los *agri limitrophi*, ocupados por los veteranos del ejército á título de enfiteutas: esto era una doble propiedad. El

Estado era dueño del suelo, pero los soldados le cultivaban sin otra limitación ni condición que estar dispuestos para el servicio militar cuando la situación lo exigía. Aquella especie de servicio de guarnición, de régimen parecido al de las colonias militares de la frontera austro-turca, reemplazó al canon que pagaba el enfiteuta ordinario. Es indudable que en esto fundaron los reyes bárbaros el feudalismo. Habían visto funcionar la enfiteusis varios siglos, y muchos veteranos que guardaban la frontera tenían también origen, y acaso idioma, germánicos. La proximidad de modelo tan fácil de imitar explica por qué los reyes francos y lombardos quisieron asegurar los servicios militares dando á los soldados tierras; y por qué los beneficios tomaron en seguida tendencia hereditaria, á igual de la enfiteusis, que, aun sujeta al contrato original, pasaba casi siempre á los herederos del enfiteuta.

Es indudable que los beneficiarios, como después los señores de los feudos, debieron servicios poco propios de un colono militar, y nunca prestados por el enfiteuta. Aquel deber de respeto y gratitud al superior feudal, su ayuda para dotar á la hija y armar al hijo, la sujeción á su tutela en la menor edad y otros detalles debieron de copiarse de las relaciones establecidas en Roma entre el patrono y el libertado. Pero se sabe que los primeros beneficiarios acompañaban al soberano, lo cual, por brillante que parezca, envuelve notas de servidumbre. La persona que servía en su corte al soberano perdía algo de aquella libertad personal completa que constituye el privilegio más alto del propietario alodial.

## CAPÍTULO IX

### HISTORIA PRIMITIVA DEL CONTRATO

Pocas proposiciones generales relativas á este siglo son de tan fácil aceptación como ésta: «la sociedad actual se distingue de las anteriores principalmente por el gran lugar que ocupa el contrato en ella». Algunos de los fenómenos en que descansa esta proposición se señalan y comentan frecuentemente con elogio. Fácil es observar que en todos aquellos casos en que el derecho antiguo fijaba irrevocablemente la posición de un hombre desde la cuna, el moderno le permite crearla él mismo por contratos; las raras excepciones que aún existen de esta regla se denuncian á diario con apasionada indignación. Así, por ejemplo, la principal cuestión en la controversia aún reinante sobre la esclavitud de los negros es si el esclavo pertenece ó no á las instituciones del pasado y si la relación de obrero y patrono, única que admite la moral moderna, debe ó no estar determinada exclusivamente por contrato.

El reconocimiento de esta diferencia entre los siglos pasados y el presente forma la esencia de las investigaciones modernas más notables. Es indudable que la economía política, única rama de ciencias morales que ha progresado mucho en nuestro tiempo, no respondería á la realidad si el derecho imperativo siguiera completamente en el lugar que antes ocupaba, sin dejar á los hombres la facultad de imponerse reglas de conducta con una libertad desconocida anteriormente. Las personas versadas en la economía política tienden á considerar la verdad general de su ciencia como de carácter universal, y cuando pasan á las aplica-