

RUDOLF VON IHERING

---

3 ESTUDIOS JURIDICOS



2018



INSTITUTO PACÍFICO

RUDOLF VON IHERING

# 3 ESTUDIOS JURIDICOS

DEL INTERES EN LOS CONTRATOS  
LA POSESION

LA LUCHA POR EL DERECHO





La Revista **Actualidad Civil** del Instituto Pacífico ofrece en esta oportunidad un extracto del libro titulado *Tres estudios jurídicos*, del jurista alemán, fundador de la sociología del derecho Rudolf Von Ihering (1818 - 1892). Las partes de este texto abordan tres instituciones del derecho romano; con ello se apreciará cómo se originó dichas instituciones del derecho romano.

De esta manera, el texto cuenta con tres (3) secciones que desarrollan propiamente diversos temas en torno a las instituciones que se originaron en la historia del derecho romano. En la primera sección, se expone el origen de la teoría de la obligación en el derecho romano; segunda sección se expone el origen de la posesión como un derecho; tercer sección expone sobre la lucha por el derecho desde los orígenes del derecho romano.

Para la presente edición se ha tomado como fuente el original del libro, la traducción de Adolfo González Posada, publicada en 1947, en Buenos Aires, en la "Editorial Atalaya".



# ÍNDICE GENERAL

Capítulo Primero: CONSIDERACIONES LEGISLATIVAS.....	9
CAPÍTULO PRIMERO: CONSIDERACIONES LEGISLATIVAS.....	11
Capítulo II: ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ROMANO.....	19
Capítulo II: ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ROMANO.....	21
1. — Ejecución forzoso de las prestaciones por la conminación de penas pecuniarias y por los medios de coacción personales.....	21
2. — Empleo de la condena pecuniaria con un fin de satisfacción.....	25
Capítulo III: INTERESES NO ECONOMICOS RECONOCIDOS Y PROTEGIDOS POR EL DERECHO ROMANO.....	27
Capítulo III: INTERESES NO ECONOMICOS RECONOCIDOS Y PROTEGIDOS POR EL DERECHO ROMANO.....	29
SECCIÓN PRIMERA: Intereses cuyo fin radica en la persona de un tercero.....	29
1. — Afecciones de familia.....	29
2. — Sentimientos de piedad del heredero para con el testador.....	31
3. — Simpatía y benevolencia para con las personal completamente extrañas.....	31
4. — Amor o la cosa pública.....	33
SECCIÓN II: Intereses cuyo fin radica en nuestra propia persona.....	35
1. — Intereses materiales.....	35
2. — Intereses ideales.....	39
3. — El sentimiento de la familia.....	39
4. — El patronato.....	40
Sección III: Conclusiones.....	41
Capítulo IV: REFUTACION DE LOS ARGUMENTOS SACADOS DE TEXTOS DE APARIENCIA CONTRARIOS.....	44
CAPÍTULO V: LIMITES POSITIVOS DE LA PROTECCION DEL INTERES EN NUESTRO DERECHO ACTUAL.....	53
CAPÍTULO V: LIMITES POSITIVOS DE LA PROTECCION DEL INTERES EN NUESTRO DERECHO ACTUAL.....	55
CAPÍTULO VI: DE LA NECESIDAD DE UN INTERES EN LA PERSONA DEL ACREEDOR.....	65
1. — ¿Se puede perseguir por convención intereses extraños?.....	67
I. La posesión como objeto de un derecho.....	71

III. La posesión como fundamento de un derecho.....	76
IV. Relaciones posesorias no protegidas .....	79
V. El motivo legislativo de la protección posesoria .....	81
VI. Lo posesión es un derecho .....	85
VII. Lugar de la posesión en el sistema jurídico .....	91
VIII. Nacimiento y extinción de la posesión (existencia concreta), condición de la voluntad.....	92
IX. La apropiación corporal de la cosa .....	93
X. La posesión de los derechos .....	98
XI. Transformación de la posesión en el desenvolvimiento del Derecho moderno.....	102
XII. Lo literatura .....	104
Capítulo Primero: INTRODUCCION.....	107
Capítulo II: EL INTERES EN LA LUCHA POR EL DERECHO .....	115
Capítulo III: LA LUCHA POR EL DERECHO EN LA ESFERA INDIVIDUAL.....	119
Capítulo IV: LA LUCHA POR EL DERECHO EN LA ESFERA SOCIAL .....	133
Capítulo V: EL DERECHO ALEMÁN Y LA LUCHA POR EL DERECHO.....	147



## Capítulo Primero

### CONSIDERACIONES LEGISLATIVAS

1. Orígenes de la teoría según la cual toda obligación debe tener un valor patrimonial. —
2. Consecuencias de esta teoría. — 3. Los romanos reconocieron esas consecuencias y las rechazaron. — 4. Esta teoría no resiste al examen, ni aun desde su propio punto de vista. — 5. El punto de vista es falso en si mismo. — 6. Extensión del poder del juez



## CAPÍTULO PRIMERO CONSIDERACIONES LEGISLATIVAS

1. *Orígenes de la teoría según la cual toda obligación debe tener un valor patrimonial.*  
— Se ha pretendido que toda obligación debe tener un valor patrimonial. Es esta una teoría errónea que nuestra ciencia debe al descubrimiento de Gayo, y especialmente a la referencia hecha por éste (IV, 48), según la cual el juez romano debía hacer recaer la condenación que pronunciaba sobre una suma de dinero. Los juristas de la escuela llamada *histórica* han tenido el gran mérito de utilizar de la manera más fecunda para la historia del Derecho este descubrimiento, hecho en su época. Pero procediendo con entera imparcialidad, no podrá menos de censurárseles porque, llevados de su celo y amor hacia la historia del derecho, y en sus esfuerzos por utilizar del mejor modo posible los descubrimientos verificados en esta materia, han tratado las fuentes como si no fuesen el objeto de una aplicación práctica, y sí sólo sabias investigaciones arqueológicas, poniendo a un lado sin más, como errores científicos, las reglas de Derecho aplicadas durante siglos.

Tal es lo que ha pasado con respecto de la cuestión del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias. En tanto que hasta esta época nuestra práctica había ignorado por completo la condición del valor pecuniario de la prestación reclamada en justicia, y no oponía, por ejemplo, dificultad alguna en conceder una acción relativa al cumplimiento de los sponsales, y decidía eventualmente una satisfacción pecuniaria en tanto que declaraba obligatorias las convenciones referentes a la educación de los hijos en una religión determinada, y en caso de lesiones corporales daba una acción de daños por los perjuicios sufridos, el relato de Gayo vino a ofrecer la ocasión de introducir en la jurisprudencia práctica el dogma del valor pecuniario de las prestaciones, sirviendo para dar una base a ese dogma en las fuentes un texto de las Pandectas, B. L. 9, Parr. 8 de estatut. (40-7), ea IN OBLIGATIONE CONSISTERE, QUAE PECUNIA LUI PRAESTARIQUE POSSUNT.<sup>(1)</sup>

1 SAVIGNY: *Obligae*, I. pág. 9, nota 6. — Puchta: *Pandectas*, párr. 220, nota 1. — Arndst: *Pandectas*, párr. 202, nota 3. — KELLER: *Pandectas*, párr. 22. — BRINZ: *Pandectas*, párr. 89-92-138. Antes, esta opinión era sostenida ya sin acudir a ese texto por GOESCHEN: *Curso sobre el derecho civil común*, II, párr. 460. — UNTERHOLTZNER: *Lehre von den Schuldverhältnissen*, I, párr. 103. De los autores que posteriormente le han afiliado a esa doctrina, me limito a citar a T. MOMMSEN: *Teoría del interés*, pág. 122.

Hasta esta época, ningún jurisconsulto, que yo sepa, desde los glosadores hasta el presente siglo, había descubierto esta regla importante en este texto. Todos los intérpretes habían pasado por delante de él sin sospechar siquiera la regla eminentemente fértil en consecuencias que encerraba. En la doctrina actual se ha producido un cierto movimiento, una reacción hacia la época anterior, siendo Windscheidt (*Pandectas*, II, Parr. 251, nota 3)<sup>2)</sup> a quien corresponde el mérito de haber entrado en la lucha para sostenerla.

2. *Consecuencias de esta teoría.* — Veamos a dónde conduce el dogma del valor pecuniario. Un mozo de hotel estipula, en un contrato con un patrono, que quedará libre los domingos después de mediodía. ¿Es válida esta convención? ¡No! La libertad del domingo por la tarde no tiene ningún valor pecuniario para el mozo del hotel, porque piensa dedicar ese tiempo a divertirse. Esa libertad, lejos de procurarle dinero, por el contrario, le costará alguno. Un inquilino estipula para él y para sus hijos el goce del jardín de la casa. ¿Puede esta convención ser perseguida en justicia? ¡No! El juego y el paseo no tienen un valor pecuniario. Una señora enferma, a causa de su estado de salud, y por no tener ruido en su casa, ha dejado de arrendar las habitaciones vacantes; al fin se decide, después de largas vacilaciones, a darlas a un inquilino que le ha prometido tener mucho cuidado, comprometiéndose especialmente a no hacer música. Poco después se descubre que el inquilino es un profesor de piano, que da durante el día lecciones en su casa, y que durante la noche estudia y se ejercita en el referido instrumento. ¿Debe respetar lo pactado? ¡No! La salud y el reposo durante la noche no tienen valor pecuniario.

Según esto, el patrimonio es el único bien que el Derecho civil está llamado a proteger. Los demás bienes son cosas sin valor que no deben preocupar al juez: el juez sólo conoce los intereses del bolsillo: donde éstos no llegan, para él no llega el derecho. Admitamos por un momento ese punto de vista, pero sigamos las consecuencias hasta el fin. Supongamos que el mozo del hotel se haya comprometido a quedar en la casa los domingos por la tarde. Más adelante le molesta esto, y conviene con su patrono en que le dejará la tarde de los domingos libre, mediante una indemnización suficiente para pagar a quien le sustituya. La tarde de los domingos, ¿no tiene ningún valor para el mozo del hotel? Paga por obtenerla. El inquilino antes citado, debe pagar por 1a habitación 1.000 marcos, y por el jardín 100. ¿No tiene el jardín valor pecuniario para él? La dama enferma del caso supuesto, cede por 40 marcos las habitaciones que valen 50, ¿no conceptúa de ningún valor su tranquilidad y reposo? Todas esas personas pagan el bien que quieren tener, y, según los principios más

2 Además de los autores citados, y que han profesado esta opinión antes o después de él, véase Baron: *Pandectas*, párr. 208. Por mi parte, me había separado de la teoría dominante, en mis lecciones, ante de la publicación del curso de Windacheldt.

rigurosos del derecho, en caso de falta de cumplimiento de la otra parte, tienen acción para hacer que le restituya lo que han dado (*condictio ob causam datorum*). Sin duda el hecho de que semejantes concesiones contractuales sean pagadas en dinero no resulta siempre de un modo tan claro como en los ejemplos citados. Ordinariamente, la convención se pacta en conjunto, sin que todos los puntos particulares se evalúen en dinero, pero no por eso dejan de ejercer su influjo como factores aislados de la suma total convenida; forman parte de ésta y pesan con su peso propio sin que se advierta. El inquilino, al igual que el comprador de la casa, evalúa el jardín, aun cuando para ambos se haya convenido un solo precio: ambos a dos pagan el jardín. Lo mismo ocurre con el mozo del hotel en el caso citado, porque cuando se reserva la libertad del domingo por la tarde obtiene un salario menos elevado que cuando renuncia a ella.

3. *Los romanos reconocieron esas consecuencias y las rechazaron.* — Ese punto de vista tan importante de la remuneración efectiva, aunque no directamente aparente, de las prestaciones convencionales, que yo no recuerdo haber encontrado en uno solo de los juristas modernos que de la cuestión tratan, no pasaba inadvertido para los juristas romanos. Sabino, al comienzo ya de la era imperial, lo había hecho valer, y Papiniano, que, según él mismo declara, lo había olvidado, no vacilaba, reconociéndolo de nuevo, en abandonar una opinión anterior: de ahí la observación quejumbrosa de Cujas (*Observs.*, II, 27), de que tal ejemplo debería ser imitado por los juristas modernos. En la L. 6, Parr. 1, de serv. exp. (18-7), Papiniano suscita la cuestión de si el vendedor de un esclavo puede ir contra el comprador que hubiese faltado al compromiso adquirido de tratar al esclavo con rigor y dureza (*propter poenam homini irrogatam*), y refiere que anteriormente había respondido negativamente fundándose en que:

Viro bono non convenire credere, venditoris INTERESSE QUOD ANIMO SAEVIENTIS satisfactum non esset; pero añade:

*Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agia ideo arbitratus est, quoniam HOC MINORIS HOMO VENISSE VIDEATUR.*

El punto de vista enunciado antes está expresado aquí con toda la claridad deseable; y no se puede comprender cómo los numerosos exégetas que han estudiado ese texto, haciéndolo objeto de consideraciones edificantes, sobre el ejemplo de amor a la verdad dado por Papiniano, han podido dejar pasar inadvertida una decisión de una importancia tan capital bajo su aspecto dogmático. La teoría del valor pecuniario de las prestaciones obligatorias hubiera revestido otra fisonomía muy distinta. Sí

las cargas de naturaleza pecuniaria disminuyen el valor y disminuyen en el tanto el precio en venta, L. 24 de her. vend. (18-4),

*... quia ideo et minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emtor,*

lo mismo ocurre con las cargas de naturaleza no pecuniaria que pesan sobre el comprador.

Un ejemplo concreto lo tenemos en la L. 10 de serv. exp. (18-7), cuando alguno vende dos esclavos con la restricción: *ne alterius servitutem quam Seji peterentur*, una restricción que no tenía el más mínimo valor patrimonial para el vendedor, sino que se había puesto por una mera benevolencia personal para el esclavo, y que, sin embargo, como dice el jurisconsulto, le había costado su dinero: *minorato pretio vendidit*. Javoleno, en la L. 79 de cont. erut. (18-1), trata de un caso algo distinto (venta con reserva de arriendo), y advierte que Labeón y Trebatio, habían querido negar la act venditi en cumplimiento de la cláusula accesoria, pero que él era de distinta opinión:

*Ego, contra puto, si MODO ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conditio praestaretur, nam hoc IPSUM PRETIUM FUNDI VIDERETUR, quod EA PACTO venditus fuerat, eaque jure utimur.*

Según esto, en la disminución del precio de venta es en donde radica el equivalente pecuniario de la convención accesoria. La condición añadida por Javoleno (si modo vilius vendidisti), ha tomado en Papiniano la forma de un motivo (*Quoniam hoc minoris homo venisse videatur*). Y seguramente con razón. En efecto, la suma en que la parte ha evaluado la restricción casi nunca se indica en el contrato mismo, y la obligación de la prueba haría la mayoría de las veces la reclamación ilusoria.

4. *Esta teoría no resiste al examen, ni aun desde su propio punto de vista.* — Si lo que enseña Papiniano es exacto —y el conocimiento más superficial de la vida basta para convencerse de ello — ¿con qué derecho el juez denegará las demandas en que se reclame la ejecución de prestaciones convenidas, cuando éstas no tienen un valor patrimonial en el sentido del dogma dominante? El demandante le respondería. ¡Para mí tienen un valor patrimonial! la prueba de ello es, que las he pagado. Y no sólo para mí, sino que su valor lo tiene para cuantos se encuentran en las mismas condiciones patrimoniales que yo. Ved si no la vida: hay cientos y miles de gentes que hacen como yo y que pagan esas prestaciones: a ellas también se les puede aplicar la regla que el Derecho romano establece para la evaluación de la cosa: L. 33, pr. ad. leg. Aq. (9-2), *non affectiones aestimandas esse... pretia rerum non ex affectione, nec utilitate SINGULORUM sed COMMUNITER fungi.*

No se trata aquí de caprichos aislados de un individuo, sino de bienes de un valor general. ¿Para qué sirve el dinero a aquel que lo tiene? ¿Es únicamente para satisfacer las necesidades de la vida? Las diversiones, la distracción, la salud, la instrucción, ¿no tienen también sus derechos? Cuando, en la posición en que yo me encuentro, creo deber consagrar mi dinero a esos fines, cuando lo sacrifico para proporcionarme el placer de un jardín, el reposo en mi casa, algunas horas de distracción; cuando por una casa bien construída, o por una habitación con hermosas vistas, pago el doble de lo que yo hubiera debido pagar de otra manera, ¿mediréis el valor de esos bienes con el criterio del pobre que no puede pagarlos? Tomad entonces la misma medida para la estimación de un cuadro, de un caballo de lujo, etc., y declarad que el precio que pagan para tenerlos el aficionado y el inteligente, es un precio insensato, un simple valor de afección, de que no tenéis que ocuparos. Lo que concedáis al comprador no podéis negarlo al inquilino; si protegéis los miles de marcos que el primero ha pagado por la propiedad del jardín, debéis proteger también los cientos que el segundo ha pagado por el goce del jardín; es decir, por procurarse un placer personal. Si estimáis que no debéis darle ninguna indemnización por la perturbación o la pérdida del goce del jardín, por la privación de su hermosa perspectiva, o por la omisión del decorado convenido, porque no se trata en todo eso de valor pecuniario, sino de puro lujo, le arrebatáis el dinero que ha pagado por todo eso. Cometéis una injusticia, no sólo con sus gastos, sino también con su patrimonio. ¿Llegaréis a decir acaso; el patrimonio no debe ser aplicado al puro goce, y no protejo a quien así se sirve de él? Entonces declararéis la guerra a nuestro derecho por entero. Nuestro derecho no distingue si he comprado champagne o aceite, un cuadro o una silla: me deja libre para emplear mi dinero aun para mi placer, y si soy protegido cuando he comprado un jardín, deseo saber por qué no lo seré cuando me he limitado a alquilarlo, y reclamo una reparación para el placer perdido a consecuencia del despojo o de la perturbación en el goce de ese jardín.

Llegamos de este modo, aunque sea tomando de la teoría del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias su propio punto de vista, al resultado de que el juez debe proteger los intereses y los bienes a los cuales tal doctrina cree deber negar un valor patrimonial. El error nefasto que comete aplicando la regla consiste en que la restringe, para decirlo en breves términos, a la *producción patrimonial*, perdiendo de vista el *consumo* patrimonial. Para el dueño del hotel, la hermosa perspectiva que desde él se goza, es un medio de producción patrimonial; si a consecuencia de nuevas edificaciones se le priva de ella, la teoría le concede reparación, porque por ese hecho pierde dinero en sus negocios. Para el particular, la hermosa perspectiva es sólo un objeto de consumo patrimonial; si se le priva a causa de las edificaciones nuevas, no obtiene, según esa teoría, reparación alguna, porque sólo pierde un mero goce. Pero

en realidad pierde también dinero, el dinero que ha pagado por la casa en razón de su hermosa situación.

Esta teoría no resiste, pues, al examen ni aun desde su propio punto de vista; entraña una contradicción interna; quiere proteger el patrimonio, y lo deja sin protección donde quiera que ha perdido su forma apreciable para convertirse en bienes ideales, tales como el placer, la salud, el recreo, etc.

5. *El punto de vista es falso en sí mismo.* — Pero semejante punto de vista es totalmente falso en sí. No es verdad que el patrimonio constituya el único bien que el Derecho tiene que proteger, como objeto del contrato, y que los demás bienes no puedan llegar a participar de esta protección más que por la vía indicada, esto es, haciéndolos derivados del patrimonio. Esos bienes tienen el mismo derecho que el patrimonio a presentarse ante el juez para ser protegidos por sí mismos; son además indispensables para la vida de un pueblo civilizado, y desde el momento que el contrato, esto es, el principio de la organización autónoma individual de la vida, es admitido con relación al patrimonio, no se advierte por qué han de ser menos los referidos bienes. La policía y la justicia criminal no protegen sólo el patrimonio; extienden su brazo tutelar a todos los bienes sin los cuales la vida civil es imposible. El juez civil, ¿puede proceder de otro modo? No se ve motivo alguno intrínseco para la diferencia. La lista de los bienes cuya protección el Derecho confía a la policía y al juez criminal debe servir también para el civil. Que el derecho a esos bienes tenga su fundamento en la ley o en la convención, ¿qué puede importar eso para saber si son dignos de protección?

Pero, se dirá: la policía y el juez de lo criminal tienen otros medios de protección que el civil; pueden proteger los bienes no patrimoniales; el juez civil no puede. He ahí en dónde está el error. La protección del juez civil se pretende que ha de faltar porque no tiene a su disposición el sable y la prisión, y sí sólo la condena pecuniaria, y se cree que con ésta no puede proteger más que los bienes que puedan reducirse a dinero. Concediendo —se dirá— al juez civil las armas de la policía o del juez penal, estará en situación de proteger también los bienes que no encuentran su equivalente en dinero; todo depende, pues, de esta extensión de poder.

Por mi parte respondo: que el juez civil haga una sana aplicación de la pena pecuniaria, y encontrará que en la mayoría de los casos es suficiente por completo.

6. *Extensión del poder del juez civil.* — El poder dado al juez de condenar al pago de dineros, no se restringe, en efecto, sólo a la función a que la teoría criticada se refiere exclusivamente —yo la llamo la función de *equivalencia*—, es decir, a la de-



terminación del valor pecuniario de la prestación. A esta función se juntan otras que designaré como *función penal* y *función satisfactoria*.

Por *función penal* no entiendo la *imposición* al demandante de una pena privada, que era el fin de las acciones penales romanas, sino la *amenaza* de una pena como medio de presión para el caso de incumplimiento de la orden judicial, según el lenguaje romano, la imposición de una *multa*, por oposición a la poena. El juez que por el empleo de esa amenaza no alcanza el resultado deseado, debe censurarse a sí propio por no haber empleado con bastante energía el medio puesto a su disposición. Si 10 marcos no bastan, que conmine con 100, 1.000, 10.000 o más. El medio no deja de ser eficaz más que con respecto de los que sean absolutamente pobres. Pero no tengo para qué investigar aquí qué otros poderes debe poner el Estado a disposición del juez; sólo quiero mostrar lo que el juez puede hacer por medio del dinero, en el supuesto, naturalmente, de que obre con prudencia, para proteger con eficacia los *bienes no económicos*.

La simple conminación de una pena pecuniaria no basta para poner a salvo los intereses del derecho- habiente que reclame el cumplimiento de un contrato. La medida mira al porvenir, y la pena conminada y hecha efectiva no va a parar a su bolsa, sino a la caja del fisco: no es una poena, sino una *multa*. Bastará que el demandado prolongue el proceso por medio de subterfugios, para que antes, caso de que el juez llegue a conminarle con la pena, resulte ésta sin objeto, quedando así frustrado el derecho del demandante. Es preciso, pues, como complemento, que el juez tenga la facultad de servirse del dinero, no sólo para el porvenir, sino también para el pasado, y en su virtud, pueda condenar al demandado a pagar una indemnización al demandante en relación con la lesión definitiva de su derecho. La *satisfacción* destinada a garantizar contra la ruptura consumada del contrato, es también tan indispensable para la fuerza jurídica de las convenciones, como la amenaza de una pena con el fin de impedir la ruptura *inminente* del contrato. Negar ese poder al juez es condenarle a la impotencia y dejar sin protección el derecho del demandante.

¿Pero qué medida posee el juez para evaluar en dinero el valor de una lesión jurídica que tenía por objeto, no la cosa, sino la *persona*? Y yo respondo: ¿Qué medida tiene para conminar con una pena? ¿Fijará 10, 20, 30, 100? Pongamos en esta situación a un teórico lleno de escrúpulos, a un lógico que no hace nada sin razón coercitiva: no logrará jamás tomar una decisión, porque, ¿cómo señalar 30 marcos, y no 40, 50 ó 60, ó sólo 20? Sería la posición del asno de Buridán ante dos cajas de heno absolutamente iguales. En realidad, ningún asno se ha muerto de hambre en esta situación; sólo el asno de la teoría puede mantenerse en una abstención vacilante. . . pero es porque no padece el hambre. Lo mismo pasa con el juez. El carácter

mismo de su misión grave, la responsabilidad de su posición, le ponen a cubierto de semejantes escrúpulos dialécticos; y cuanto más penetrado esté en su deber, menos vacilará en calcular las penas para esas violaciones frívolas de obligaciones contraídas, tan alto, que no sólo dé plena satisfacción al sentimiento jurídico lesionado del demandante, sino que también el ejemplo dado ejerza, sobre los demás un saludable efecto de intimidación.

No examinaré si la jurisprudencia de los tribunales alemanes se ha penetrado siempre de todo esto por completo. De todos modos, la jurisprudencia de otros países, por ejemplo, Francia y Bélgica, muestra que la falta de medida fija de las violaciones del derecho, de una tarifa de las rupturas de los contratos, no impide emplear la función penal y satisfactoria del dinero de tal manera, que los intereses de naturaleza no patrimonial, encuentran igualmente la protección que les corresponde, y que la lealtad y la buena fe en las relaciones obligatorias no resultan en la realidad meras palabras vanas.

Las explicaciones que siguen probarán que los romanos han conocido muy bien las tres funciones del dinero que acabamos de distinguir: la función de equivalencia, la función penal y la función de satisfacción, y que no han opuesto dificultad alguna al hacer la aplicación de la segunda y de la tercera, de la manera más amplia al par que más enérgica.

## Capítulo II

### ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ROMANO

1.— *Ejecución forzosa de las prestaciones por la conminación de penas pecuniarias y por los medios de coacción personales* 7. Acciones arbitrarias. — 8. Causaciones. — 9. Poderes del Pretor: Ejemplos. — 10. No es exacta la afirmación de que en Derecho romano sólo las prestaciones en valor pecuniario podían constituir el objeto de una acción

2.— *Empleo de la condena pecuniaria con un fin de satisfacción* 11. Acciones penales



## Capítulo II

### ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ROMANO

#### 1. — Ejecución forzoso de las prestaciones por la conminación de penas pecuniarias y por los medios de coacción personales.

7. — *Acciones arbitrarias.* — Paso en silencio la función de equivalencia del dinero, porque es universalmente conocida, y abordo inmediatamente la función penal. Requiere menos una prueba especial, que el simple recuerdo de cosas de todos sabidas.

Había en Roma toda una categoría de acciones (que tendían a *exhibir* y a *restituir*), en las cuales el juez romano recibía como misión del magistrado que le nombraba, imponer desde luego al demandado la prestación real (*arbitrium*), no condenándole con dinero más que cuando no se conformase con esta orden, en cuyo caso le condenaba, en castigo de su desobediencia (*contumacia*), en el tanto, según la estimación hecha por el demandante bajo juramento (*juramentum in litem*). Desde el momento en que la acción se reconocía como fundada, el demandante quedaba constituido en árbitro de su propia causa (*arbiter litis aestimandae*), y en tal supuesto, era juramentado como todo juez o árbitro. Se trata, no de fijar el *valor pecuniario* de la prestación, sino de determinar la suma satisfactoria que debía pagar el demandado que de mala fe había negado la prestación o la había hecho imposible. No era el interés material, sino el ideal de la lesión frívola del derecho, lo que debía encontrar reparación.

L. 1. de in lit. jur. (12-3)... EX CONTUMATIA aestimatur ultra rei pretium.

L. 8. ibid. . . non est aequum, pretio (id est quanti res est) litem aestimari, cum et contumacia PUNIENDA sit.

8. *Cauciones.* — Se imaginaría, en mi concepto, de una manera completamente inexacta, la posición del juez romano, si se quisiera sostener que en las acciones que no pertenecen a la categoría de las que acabamos de indicar, el juez no podía dirigir amonestaciones al demandado que obstinadamente se negase a efectuar la presta-

ción prometida (por ejemplo, entregar la cosa vendida o facilitar la casa alquilada), siempre que estuviese en situación de hacerlo. Sería un error creer que el juez no podía ejercer una presión sobre el deudor, amenazándole por adelantado con una condena o pena tan elevada, que tenía que parecerle desventajoso persistir por más tiempo en su negativa. En lo que concierne a la orden dada en justicia, de abstenerse en el porvenir de verificar ciertos actos, por ejemplo, de ejercer una servidumbre, el juez podía indiscutiblemente conminar con una pena, salvo que en esta ocasión se servía en el procedimiento romano, de una promesa de pena hecha al demandante (*cautió*), de una pena convencional fijada e impuesta por el juez al demandado.

9. *Poderes del Pretor*: Ejemplos. — Además del *judex*, había en Roma el magistrado (pretor), y si se quiere comprender la organización romana del poder coactivo judicial (lo *judicial* en su sentido actual), es preciso no perder de vista la importante participación del magistrado en ese poder. Para garantizar la administración de la justicia, el magistrado disponía de medios coactivos que correspondían al poder del magistrado en general, y entre esos medios figuraba la amenaza de una pena pecuniaria, de una *multa* para el recalcitrante. Poco importa que los romanos hablen o no de una *obligatio*, en el caso en que, suponiendo la acción incontestada, el magistrado cohibía en virtud de su oficio al demandado rebelde a efectuar la prestación. El magistrado cohibía al deudor a hacer las prestaciones debidas: eso, y no la palabra *obligatio*, es lo que para nosotros constituye el punto esencial.

De ese modo es como, por ejemplo, imponía la libertad del esclavo, ordenada por testamento (Fideicomissaria libertas), y la compra previa de un esclavo extraño con el objeto de libertarlo. L. 6, 12, 13, 15, 24, Parr. 12, etc., de fideic. lib. (40-5). Imponía la emancipación de las hijas del legatario ordenada en el testamento. L. 92 de cond. (35-1) . . . *COGENDUM* emancipare, neque enirn debet circumveniri testatium voluntas Pablo. Sent. Rec. IV, 13, Parr. 1 (derecho anterior. L. 114, Parr. 8 de leg. 1, 30). Velaba por la observancia de las disposiciones testamentarias del padre respecto de sus hijos, L. 7 in f. de ann. leg. (33-1). . . *interventu iudicis haec omnia debent*. . . *ad effectum perducí*, respecto de sus funerales. L. 14, Parr. 2 de relig. (11-7). Si *cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia non duxerit... extra ordinem cum a praetore COMPELLENDUM funus ducere*, respecto de la construcción de un monumento. L. 50, Parr. 1 de her. pet. (5-3)... *principali vel pontificali autoritate COMPELLUNTUR ad obsequium supremae voluntatis*. Vigilaba la observancia periódica de las ceremonias religiosas usuales de parte del esclavo libertado con esta carga. L. 44 de man. test. (40-4)... *officio tamen iudicis eos esse COMPELLENDOS testatrcis jussioni parere*. L. 71, Parr. 2 de cond. (35-1).

El padre que, sin razón, niega el consentimiento para contraer matrimonio a uno de sus hijos o la dote de su hija, es obligado por la autoridad. L. 19 de R. N. (23-2) *...per procónsules praesidesque provinciarum COGUNTUR.*

A los testigos testamentarios se les cohibe para reconocer sus sellos. L. 4. Test, quemand. aper. (29-3), *...praetoris id officium est ut COGAT signatores convenire et sigilla sua recognoscere.*

El tenedor del testamento puede ser constreñido a comunicarlo y a dejar sacar copia. L. 2, Parr. 2, *ibid.*, *...omni modo ad hoc COMPELLETUR.*

El árbitro elegido, con su consentimiento, por la parte, puede ser compelido a practicar la instrucción del litigio y a dictar sentencia. L. 3, Parr. 1 de rec. gen. arb. (4-8) *...ubi semel quis in se receperit arbitrum, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat.* L. 32, Parr. 12 *ibid.* *Multa ad versus eum dicenda est.*

El marido puede ser compelido a cuidar del sostenimiento de su mujer loca. L. 22, Parr. 8. Sol. mat. (24-3) *...adire judicem competentem, quatenus NECESSITAS imponatur marito, omnem talem milieris sustentationem sufferre, et alimenta praestare et medicinae ejus succurrere;* igualmente los padres y los hijos pueden ser constreñidos a alimentarse recíprocamente. L. 5 de agnosc. lib. (25-3), Parr. 1 (COGATUR), Parr. 2 (COGATUR), Parr. 5 (COMPELLATUR), Parr. 8 (*ae* JUBENUT), etc.

Con relación al tutor apenas si se necesita advertirlo. Se ve hasta dónde extendía el magistrado su solicitud por los pupilos y qué uso hacía de sus poderes para eso en la L. 1 Parr. 2 *ubi pup. educ.* (27-2), donde el jurista se pregunta, si en caso de necesidad el magistrado no tiene el poder de cohibir a los parientes más próximos a recoger y educar al menor (por supuesto mediante una pensión) y responde afirmativamente: *Quaestionis est, an debeat etiam INVITUM COGERÉ, utputa libertum, parentem vel quem alium de affinibus cognatisve? Et magis est, un interdum debeat id facere.*

Los ejemplos expuestos tienen todos por objeto actos personales. Pero el magistrado romano no vacilaba en imponer directamente la misma *prestación real* cuando ésta era exigida por las circunstancias, y no hubiera sido posible reemplazarla por la satisfacción pecuniaria: lo prueba así la L. 12 pr. de relig. (11-7) que concede al pretor el poder de forzar al propietario vecino a ceder el paso necesario al poseedor de una tumba.

*Praetor enim COMPELLERE debet, justo pretio iter ei praestari.*

Otro ejemplo de la imposición directa de la prestación lo tenemos en la obligación de ejecutar una obra prometida al común: L. 13 de pollic. (50-12) *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt, opera EXSTRUERE DEBERE eos qui pro bonore pollicite sunt, non PECUNIAS pro his inferre cogi.*

L. 8 ibid... *Cum et absens per amicum perficere id opus possit. Iudices... si opus pefici ab eo debere CONSTITUIRENT obedire eum reipublicae ob hanc causam JUBEUNT.*

Lo mismo ocurre en el caso en que la obra hubiera sido ordenada por testimonio. L. 11, Parr. 25 de leg. III (32). *Si quis opus facere jussus paratus sit pecuniam dare reipublicae ut ipsa faciat cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur et ita D. Marcus rescripsit.*

Vese claro por estos textos cuan falso es sostener que en el procedimiento formulario de Roma, los jueces no podían condenar sino en dinero; se olvida que al lado del *judex* estaba el pretor.

Un ejemplo del derecho posterior lo tenemos en la ley (no glosada) 46, pr. Cod. de episc. (1-3)... *intra annum dumtaxat id fieri cogere*, Parr. 2 ibid. *praesidibus provinciarum NECESSITATEM IMPONENTIBUS heredibus.*

10. *No es exacta la afirmación de que en el Derecho romano sólo las prestaciones en valor pecuniario podían constituir el objeto de una acción.* —Los materiales contenidos en las fuentes ponen a cualquiera en situación de resolver la cuestión de si la autoridad en Roma se encontraba o no en posición de procurar a sus mandatos la obediencia necesaria. En la mayoría de los ejemplos citados se trata precisamente de prestaciones que no tienen valor pecuniario, y en las cuales por tanto, de ser exacto que según el Derecho romano, sólo las prestaciones de valor pecuniario podían ser objeto de la acción, no debía haber la protección jurídica.

El primer error que se ha cometido en esta cuestión es el de haber olvidado al pretor, que figuraba al lado del *iudex* romano. Ahora bien; los poderes que nuestras fuentes conceden al uno y al otro están reunidos en la persona del juez moderno. El segundo refiérese al alcance de la condena pecuniaria pronunciada por el *iudex*; y se presenta aquí la función tercera antes indicada del dinero: la función de satisfacción. Consiste ésta en que el juez conceda al demandante una suma de dinero en vista de la lesión de su derecho por parte del demandado, no como equivalente, en el sentido económico (*verum pretium, rei aestimatio o quanti ea res est, id quod interest*, en el sentido económico) sino como satisfacción de un sentimiento jurídico lesionado, como equivalente por el perjuicio causado en sus intereses no económicos.



## 2. — Empleo de la condemo pecuniaria con un fin de satisfacción

11. Acciones penales. — La función penal del dinero en los delitos del Derecho romano dirigidos, no contra el patrimonio, sino contra la persona, es conocida de toda jurista. Citaré, a modo de ejemplo, la *actio injuriarum aestimatoria* y la *actio sepulcro violato*. Pero lo que aquí nos interesa no es la simple existencia de esas acciones penales y el ejemplo de dinero con un fin penal, sino más bien la justificación de esos hechos de parte de los juristas romanos *desde el punto de vista de interés*, esto es, el reconocimiento del fin ideal de satisfacción del dinero. Los materiales que las acciones penales ponen a nuestro servicio tienen, en nuestro concepto, el más alto valor en cuanto muestran en qué medida el Derecho romano protege el interés.

A esos materiales añado, por mi parte, otros más que se refieren a la protección del interés, *independientemente de la hipótesis de un delito*. Todos ellos, tomados en junto, me servirán para contestar a esta cuestión: ¿Cuáles son, además del dinero, los intereses que el Derecho romano reconoce y protege?.



### Capítulo III

## INTERESES NO ECONOMICOS RECONOCIDOS Y PROTEGIDOS POR EL DERECHO ROMANO

12. División de dichos intereses

#### SECCIÓN PRIMERA

*Intereses cuyo fin radica en la persona de un tercero*

1. —Afecciones de familia
2. —Sentimientos de piedad del heredero para con el testador
3. —Simpatía y benevolencia para con las personas extrañas
4. —Amor a la cosa publica

#### SECCIÓN II

*Intereses cuyo fin radica en nuestra propia persona*

1. — Intereses materiales
2. — Intereses ideales
18. El sentimiento religioso
3. — El sentimiento de la familia
4. — El patronato

#### SECCIÓN III

Conclusiones



### Capítulo III

## INTERESES NO ECONOMICOS RECONOCIDOS Y PROTEGIDOS POR EL DERECHO ROMANO

12. *División de dichos intereses.* — Voy a dar una idea de los intereses no económicos del Derecho romano, sin distinguir la forma bajo la cual son protegidos (por medio de una acción penal o de una acción reipersecutoria), ni la circunstancia con ocasión de la cual son reconocidos como jurídicamente relevantes (aun fuera del caso de la *acción*). Si logro establecer de ese modo la *extensión de la noción romana del interés*, podré aplicarla a la cuestión de saber qué intereses pueden ser el objeto de un contrato.

Divido esos *intereses* en dos clases, a saber: aquellos cuyo fin reside en la persona de un tercero, y aquellos cuyo fin radica en nuestra propia persona.

### SECCIÓN PRIMERA

#### Intereses cuyo fin radica en la persona de un tercero

##### 1. — Afecciones de familia

a) Actio de servo corrupto utilis del padre con relación a la seducción de sus hijos.

L. 14, Parr. 1 de servo corr. (11-3). . . *utilis competit officio judicis AESTIMANDA, quoniam INTEREST NOSTRA animum liberorum nostrorum non corrumpi.*

La antítesis entre este interés y el interés pecuniario resultante de la subordinación del esclavo, está expresamente indicada al principio del texto (*servi qui in patrimonio nostro esset — pauperiorem se factum esse dominus probare potest*) se reconoce, pues, que, con relación a los hijos, no hay interés pecuniario en cuestión, y, sin embargo, el juez debe pronunciar una condena pecuniaria.

b) *Actio injuriarum*, con ocasión de una injuria inferida al hijo o a la esposa.

Pablo. S. R. 4, Parr. 3. *NOSTRA INTEREST vindicare*. Gayo, III, Parr. 221. L. 1, Parr. 3 de injur. (47-10).

*Spectat enim ad nos injuria*, Parr. 5 *ibid.*, *nostrum pudorem pertingit*. L. 18, Parr. 5 *ibid.*, *per filium, per uxorem facere injuriam*.

c) Acción contra el vendedor concedida al padre cuya hija ha sido despojada del inmueble que ha comprado a aquél y ha dado a ésta en dote.

L. 71 de evict. (21-2).

*Pater filiae nomine fundum in dotem dedit: evicto eo, an ex empto, vel duplae stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur. Non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest; nec conferre fratribus cogitar dotem a se profectam, manente matrimonio. Sed videamus, ne probabilius dicatur, committi hoc quoque casu stipulationem: INTEREST enim patris, filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendae dotis; utique si in potestate sit: quod si emancipata est, vix poterit defendi, statim committi stipulationem, cum uno casu ad eum dos regredii possit. Nunquid ergo tune demum agere possit, cum mor tua in matrimonio fiiia, potuit dotem repetere, si evictus iundus non esset? An et hoc casu interest patris dotatam filiam habere sit statim convenire promissorem possit? Quod magis PATERNA AFFECTIO inducit.*

La razón decisiva sobre la cual se funda aquí para permitir que se intente inmediatamente la acción (cuando de otro modo no se puede intentarla sino después de devuelta la dote) es la idea del interés del padre por la felicidad de su hija.

d) *Actio tutelae* del pupilo contra el tutor que ha dejado de procurar los alimentos a los próximos parientes del pupilo. L. 1, Parr. 2 de tut. et rat. (27-3).

*Putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiseret.*

e) *Postulatio suspecti tutoris* de parte de los más próximos parientes femeninos del pupilo. L. 1, Parr. 7 de susp. tut. (26-10). *Quinimmo, et mulieres admittuntur, sed hae solae, quae PIETATE NECESSITUDINIS ductae ad hoc procedunt: ut puta mater, nutrix quoque, et avia (possunt). Potest et soror. . . , et si qua alia mulier fuerit, cujus Praetor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam non continere injuriam pupillorum, admittit eam ad accusationem.* Compárese L. 5, Parr. 1, *quil. ex caus.* (42-4).

f) *Actio de efusis et dejectis* en pago de la pena fijada en el edicto cuando un pariente ha sido muerto violentamente. Aunque esta acción, en caso de muerte de un

hombre, fuese popular, C. L. 5, Parr. 5 de his. qui effud. (9-3), menciona expresamente el interés particular que tenían los parientes más próximos en intentarla.

Dummodo sciamus hanc actionem ei potissimum dari debere, CUJUS INTEREST: vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit.

## 2. — Sentimientos de piedad del heredero para con el testador

14. a) Respecto de las restricciones que el testador ha impuesto al legado hecho a ciertos parientes en interés de los mismos.

L. 71 pr. de cond. (35-1) . . . *sed si filio, fratti, alumno minus industrio prospectum esse voluit, INTERESSE HEREDIS credendum est: atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur, ac postea non alienaretur.*

L. 19 de leg. III (32). Si tibi legatum est. . . ufi quid facias, etiam si NON INTEREST heredi id fieri, *nogandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit.*

b) Disposiciones del testador relativas a la venta de los esclavos. L. 18, Parr. 2, fam. erc. (10-2) . . . *officio familiae erciscundae iudicis contineri, UT VOLUNTAS TESTATORIS NON INTERCEDAT.*

c) Acción sobre erección del monumento deseado por el testador contra el que ha sido encargado de elevarlo, eventualmente contra el coheredero. L. 12, Parr. 17, mand. (17-1) . . . *heres ejus poterit mandati agere. L. 7 de ann. leg. (33-1) . . . coheres tuus agere potest tecum familiae erciscundae, ut facias, quoniam INTEREST ILLIUS quim etiam si utriusque jussi estis hoc facere, invencem actionem habebitis.*

d) *Actio injuriarum* por difamación de la memoria del testador, o violación de su cadáver. L. 1, Parr. 4-2 de injur. Caso en el cual, es verdad, se invoca la consideración: *injuriam HEREDI quodammodo factam; semper enim HEREDIS INTEREST defuncti existimationem purgari.*

(Este caso es análogo al mencionado en el núm. 1 let. b.)

## 3. — Simpatía y benevolencia para con las personal completamente extrañas

15. a) Acción del vendedor del esclavo al efecto de obtener la liberación impuesta al comprador. L. 54 p. mand. (17-1) ...*AFFECTUS ratione mandati agetur. . . placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudicii habendam.*

b) Acción del dueño de la esclava vendida con motivo de traspasar la prohibición impuesta al comprador y de prostituirla. L. 6 pr. de serv. exp. (18-7). . . *cum et ancillam contumelia affecerit et venditoris forte AFFECTIONEM simul et VERECUNDIAM laeserit. . . remota quoque stipulationalione placuit ex vendito esse actionem*, o bien a causa de inobservancia de cualquier otra prohibición concerniente al trato que se debe dar a los esclavos. L. 7 ibid. *Quod si; ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam AFFECTUS RATIONE recte agetur. . . cum beneficio adfici hominem INTERSIT HOMINIS.*

c) El interdictum de homine libero exhibendo. L. 3, Parr. 9 de hom. lib. (43-29). *Hoc interdictum ómnibus competit, nemo enim prohibendus est LIBERTATI FAVERE.*

d) Mandato en favor de tercero.

El mandante puede estar interesado en la ejecución de un mandato encaminado a la gestión de los negocios de un tercero. Ocurre esto siempre que en caso de incumplimiento fuese el mismo obligado (*mandatum mea et aliena gratia*, L. 2, Parr. 3 mand. (17-1). En ese caso su interés es personal y de naturaleza patrimonial. Tal es el supuesto a que se refiere la L. 8, Parr. 4 mand. (17-1). Pero el mandato puede haber sido dado también únicamente en interés de un tercero (*Mandatum aliena gratia*, L. 2, Parr. 2 ibid.), sin que el mandante se perjudique pecuniariamente en nada por el no cumplimiento. ¿Puede acudir en justicia a causa de ese mandato? Según el dogma dominante del valor patrimonial de la prestación prometida no, y así parece resultar declarado por Ulpiano en la L. 8, Parr. 6 ibid., pero la comparación de ese decreto con otros (L. 6, Parr. 4 y L. 8, Parr. 4) del mismo Ulpiano, enseñan lo contrario. En el primer texto, Ulpiano no habla más que del mandato dado en interés de la persona del mandante, y en los otros dos del mandato en favor de un tercero.

Dice de este último en la L. 6, Parr. 4:

*Si tibi mandavero, quod mea* <sup>(3)1</sup> *non intererat, veluti, ut pro Seio intervenías vel ut Títio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro 7 Digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.*

3 <sup>1</sup> Todos los manuscritos así como los escoliastas de las Masillicas, leen (xiv, 1, 6, párr. 4) *no*. En el Códice Parisinus et Patavinus esa palabra se había omitido originariamente; pero se añadió luego (véase T. Mommsen en su edición de las *Pandectas*). Según el tenor del texto, y según la L. S, párr. 4, la exactitud de esto no puede ponerse en duda.



En la L. 8, Parr. 4, se refiera a cuando un tutor da a su cotutor el mandato de comprar un esclavo para el pupilo, y distingue dos casos: si la compra del esclavo ha sido necesario o inútil. En el primer caso, el mandante es él mismo responsable del incumplimiento del mandato, y tiene, por tanto, una acción en virtud de su propio interés. En el segundo caso no es responsable, y, sin embargo, se le concede la acción. ¿Por qué? *Quia mandato NON EST obtemperatum*, dice el jurista. Lo cual recuerda la frase de la L. 92 de cond. (35-1), citada antes *neque enim debet circumveniri testantium voluntas*. ¿Cómo medir aquí el interés patrimonial del demandante? Semejante interés no existe, porque el tutor ha dado el mandato únicamente en interés del pupilo, y ni él ni el pupilo sufren un daño patrimonial por el incumplimiento del mandato. Si a pesar de esto el juez debe condenar al mandatario en dinero, ¿qué otro fin podrá perseguir que el de castigarle por el no cumplimiento de una obligación contraída, *quia mandato non est ob temperatum*? Y ¿qué otra consecuencia puede sacarse de esto, si no es que el cuidado de una tercera persona es también motivo suficiente para dar un mandato?

#### 4. — Amor o la cosa pública

16. Desde este punto de vista le consideran las célebres *acciones populares* de los romanos. Dan éstas ocasión al ciudadano de entrar en lucha por los intereses de la cosa pública; no se pregunta si tienen un interés personal en intentarlas. Tal puede ocurrir L. 3, Parr. 1, L. de pop. act. (47-23), pero no es necesario: la simple consideración de la cosa pública basta; puede intentarse la acción únicamente en interés general (*jus populi tueri*, L. 1 *ibid.*). No hay protesta más patente contra la falsa teoría de que en Derecho romano no se podía acudir en justicia más que en interés propio, que la existencia de esas acciones.

No se contraían a la esfera de aplicación que comúnmente se indica; a la protección de las cosas destinadas al uso público (*reipublicae*); en éstas en rigor podría invocarse un cierto interés personal, aunque lejano, en el demandante; extendíanse, por el contrario, en su aplicación práctica a circunstancias tales, en que tal interés no existía en manera alguna; dábanse para proteger a las personas incapaces de defenderse, y que en cierto modo estaban *bajo la protección del público*.

Entre esas personas se colocaban:

a) *El impúber*. — Protección contra el tutor incapaz o de mala fe, por medio de la *postulatio suspecti tutoris*.

b) *El menor*. — Protección contra todo perjuicio por medio de la *actio popularis* de la *Lex Plaetoria*<sup>(4)</sup>.

c) *El prisionero de guerra o el ausente en función pública*. Protección contra la dilapidación de sus bienes por medio de la *Lex Hostilia*, pr. J. de iis per quos (4-10).

d) *El hombre libre*. — Protección por medio del *interdictum de homine libero exhibendo*, en la época antigua por el *vindex libertatis* (el *pro libertate agere* del texto citado antes).

A esos casos del Derecho antiguo, Justiniano ha añadido uno nuevo, muy interesante, el de la *actio popularis* para la ejecución de una fundación pía o de interés general dispuesta en testamento. En caso de abandono por parte de las personas llamadas en primer lugar a ejecutarla, cualquiera podía ejercer aquella acción.

L. 4 b., Parr. 6, c. de episc. (1-3) ...*cum sit enim COMMUNIS PIETATIS ratio, communes et populares decet etiam affectiones constitui harum rerum executionis.*

Según se ve, la *communis pietatis ratio*, la simple *piedad* para con las personas interesadas en la fundación e incapaces de protegerse, la humanidad pura... es un motivo suficiente de una acción.

Dado lo que precede, no es mucho decir, en mi concepto, que es preciso la más supina ignorancia del Derecho romano para atribuirle la idea de que en él no se puede obrar más que en interés propio. Generalizábase con esto una idea que los juristas romanos han emitido sólo para la *stipulatio*: L. 38, Parr. 17 de V. O. (45-1) . . . *inventae sunt HUIUSMODI obligationes ad hoc, ut unusquisque SIBI acquirat, quod SUA interest*, pero que el Derecho romano jamás ha llegado a formular en términos generales.

4 <sup>1</sup> Véase *Espíritu del Derecho Romano*. T. IV.

## SECCIÓN II

### Intereses cuyo fin radica en nuestra propia persona

Podemos distinguir aquí otros dos casos: los intereses cuyo fin es *sensible, material*; y los que tienen un fin *intelectual, ideal*. Entre los primeros, fuera del interés patrimonial, pueden señalarse el bienestar, la comodidad, las diversiones, el placer, en una palabra, los goces exteriores de la vida.

#### 1. — Intereses materiales

17. La protección de intereses de este género está reconocida en las aplicaciones siguientes:

I. — L. 16, Parr. 1, quod vi (43-24).

Cuando se cortan árboles en el fundo de otro, el propietario tiene siempre una acción de daños y perjuicios. El usufructuario, por el contrario, parece que no debería tenerla más que cuando sufre un *daño*, esto es, cuando se trata de árboles frutales, y con la corta resulta el producto del fundo disminuido. Pero el jurista le reconocía igualmente una acción cuando los árboles no eran de especie frugífera, y el perjuicio recaía sólo sobre el mero *goco* o placer de contemplación y demás.

*Sed si AMOENITAS quaedam ex hujusmodi arboribus praestetur, potest dici et FRUCTUARI INTERESSE PROPTER VOLUPTATEM el gestationem, et esse huic interdicto locum.*

II. — Por otra parte, el usufructuario, aun cuando pueda aumentar el producto del fundo, debe abstenerse de desarraigar esos árboles, y, en general, de hacer nada que aumente el producto a costa del recreo: éste tiene también su valor, si no para el usufructuario, a lo menos para el propietario que tiene protegido su derecho.

L. 13, Parr. 4 de usufr. (7-1) . . . *et si forte VOLUPTATE fuit praedium: viridaria vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas, atque amoenas habens, non debbit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid quod ad reditum spectat.*

## III. — L. 25, Parr. 2 Loe. (19-2).

Cuando una edificación levantada en el terreno del vecino quita al locador la luz y la vista. Tiene este la *actio conducti*, y en su caso puede reclamar una disminución del alquiler. Lo mismo ocurre en el caso en que el arrendador haya omitido el reparar las ventanas o las puertas en mal estado (V. L. 15, Parr. 1, *ibid.*), pero debe soportar las pequeñas incomodidades ocasionadas por las reparaciones necesarias (L. 27, p. *ibid.*).

## IV. — Servidumbres de puro recreo.

Mientras la servidumbre predial del derecho antiguo, es decir, la servidumbre rural al servicio de los intereses de la agricultura, atendía sólo a la utilidad, la del derecho nuevo, es decir, la servidumbre urbana, que debe su nacimiento a los intereses de la vida urbana y que está destinada a satisfacerlos, ha seguido paso a paso el desenvolvimiento de la vida urbana. No sólo atiende a la utilidad, sino también al recreo: la condición de la *utilitas* (*servitas fundo utilis esse debet*) se ha extendido por ella al recreo y goce de la vida, de suerte que, por ejemplo, se puede establecer una servidumbre de lujo, y ese progreso ha reobrado hasta sobre la misma servidumbre rural; así, una servidumbre de aguas puede ser establecida con un objeto de pura comodidad o goce.

L. 3, p. de aqua (43-20).

*Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa, vel AMOENITATIS, aqua duci possit.*

V. — *Actio mandati* relativa a intereses no patrimoniales.

Me parece indiscutible que según las L. 6, Parr. 4 y L. B, Parr. 4 mand. (17-1) antes citada, la *actio mandati* puede encaminarse a dos fines. Sí por el mandato conferido a un tercero no se exige un interés pecuniario ni con relación a él, ni con respecto del mandante, con mayor razón será así cuando este último ha obrado por sí mismo. Las palabras *quatenus intersit* de la L. 8, Parr. 6, *ibid.*, deben, pues, ser referidas, como en tantos otros textos ya citados o que se pueden citar aún, al interés de naturaleza no *patrimonial*. Nuestras fuentes nos proporcionan ejemplos de semejante interés, existente en el caso mencionado aquí por Ulpiano (*mandavi tibi, ut fundum emeris; si entererat mea emi, teneberis*).

L. 54, de leg. II, Parr. (31) . . . *saepe enim confines fundos etiam SUPRA justam aestimationem INTEREST NOSTRA acquirere.*

L. 1, Parr. 15. Si quid in fr. patr. (38-5) ..HOC INTERESSE ...*quod venierit possessio in quam habet patronus AFFECTIONEM vel oportunitatis, vel vecinitatis, vel coeli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulti.*

Si en el caso del último texto, la acción de que trato se niega, es porque presupone un valor pecuniario (*pars debita bonorum*) *fraus enim (a liberto) in damno accipitur pecuniario*; ahora bien, ese principio es inaplicable a la acción del mandato y a todas las acciones que aquí citamos: el *quod interest* no se restringe al valor pecuniario.

#### VI. — Tranquilidad y paz.

El edicto del pretor daba, en virtud de una *alicuatio iudicii mutandi* causa dolosa, una *actio in factum* encaminada al *interesse*.

L. 1, pr. de alien. (4-7) . . .*tanti nobis in iactum actione tenetur, quanti NOSTRA INTER-SIT alium advera sarium nos non habuisse.*

¿Qué debe entenderse aquí por el interés? La L. 3, Porr. 4, *ibid.*, nos lo dice: *forte si qua impensas fecerit aut si quam aliam INCOMMODITATEM passus erit alio adversario substituto.*

La L. 8, Parr. 2, Rat. rem. (46-8) contiene una disposición análoga. Un *procurator* ha reivindicado una persona libre como esclavo de su amo, y ha sido vencido; este último intenta a la vez el proceso, y también lo pierde. El demandado, ¿puede reclamar en este caso su *interés* del *procurator* en virtud de la *sticonsiste* su *interés*? El texto responde:

*Quanti ea res est ei praestatur. . . id este QUANTI INTERFUERIT ejus de statu suo rursus non periclitari pulatio ratam rem dominum hábiturum.* ¿En qué *et propter* *impendía quae in litem fecerit.*

Admítase, pues, aquí, del mismo modo que en el otro caso citado, un doble interés; un interés pecuniario y un interés no pecuniario; y para este último, es decir, para las molestias de un segundo proceso, para las incomodidades ocasionadas con la agitación que el proceso produce, se concede igualmente al demandado una satisfacción, y, nótese, no como pena, sino como interés (*quanti ea res est i. e. quanti interfuerit ejus*). A causa de la dificultad de semejante evaluación del *interés*, Labeón había aconsejado, según el texto, hacer recaer la estipulación *ratam rem dominum hábitarum*, no de una manera general sobre el *quanti ea res est*, sino sobre una suma determinada; *quia aestimatio libertates ad infinitum* extenderetur; pero no hacía falta: el juez sabía muy bien, en caso necesario, fijar las sumas por sí mismo.

En la venta de un esclavo, el vendedor conviene con el comprador que este esclavo no pasará jamás a posesión de los parientes del vendedor. Esta convención ¿da lugar a una acción? Sí, según la L. 135, Parr. 3 de V. O. (45-I), aun cuando no resulte visible interés pecuniario alguno. Sin embargo, se ha dicho del vendedor que puede acudir *in id quod ejus* INTEREST.

## VII. — Lesiones corporales, dolores.

Aunque los juristas romanos hayan reconocido en diversas ocasiones que el cuerpo humano y la vida humana no pueden evaluarse en dinero, L. 1, Parr. 5 y de his qui eff. (9-3), L. 3 Si quadrupes (9-1), L. 2, Parr. 2 de lege Rhod. (14-2), aun cuando en las diferentes acciones relativas a lesiones corporales, esos textos niegan expresamente una indemnización por la belleza perdida, es decir, por la consecuencia estética de la lesión corporal, sin embargo, es lo cierto que el lesionado tenía también, según el Derecho romano —y no sólo a partir de nuestra práctica moderna—, un derecho por causa de daños y perjuicios producidos por la lesión real y los dolores sufridos.

Ya en el Derecho romano, en la *legis actio membri rupti*, la fijación judicial de la composición había sustituido al Talión fijado por la ley de las Doce Tablas, para el caso en que las partes no se entendiesen acerca del cuánto de la composición. A esta disposición, el edicto del pretor añade la *actio* de *effusis et dejectis*, que para el caso si *nocitum esse dicitur*, tendía a *quantum ob eam rem aequum judici videbitur*.

L. 1 p. de his qui effud. (9-3). Ulpiano advierte expresamente en la L. 1, Parr. 6 *ibid.*, que las palabras *quantum aequum videbitur* no se refieren a los *damna quae IN REM hominis liberi facta sunt*, si *forte vestimenta ejus vel quid aliud scissum corruptumve* es (lo que entraba en el *damnum injuria datum* de la *lex Aquilia*), *sed ea quae IN CORPUS ejus admittuntur*: ahora bien, ésta no se aplica sólo a los gastos de enfermedad y a las pérdidas de tiempo de la L. 3 si quadrupes (9-1), porque la L. 5, Parr. 5 dice expresamente que en nuestra acción no se trata del daño pecuniario: *NON sit damnum PECUNIARIUM*.

En caso de lesión corporal producida por animales salvajes, el edicto de los ediles reproducido en la L. 40-42 de aed. ed. (21-1) daba al lesionado una acción que tendía a *quanto bonum aequum judici videbitur*, es decir, a una satisfacción que se determinaba según las circunstancias individuales, y debiendo tenerse en cuenta entre ellas la lesión corporal.

Según la L. 27, Parr. 5 de adult. (48-5), si por orden de un tercero, un hombre libre hubiera sido sometido al tormento, creyéndole esclavo, la acción que de haber sido esclavo competía al señor, en pago de su doble valor, se le concedía a él mismo

como *actio utilis*: trátase en realidad de un equivalente por los dolores experimentados.

## 2. — Intereses ideales

18. I. — *El sentimiento religioso*. — Se viola éste cuando se profana o degrada una tumba, y el derecho le protege en tales casos, mediante la *actio sepulcri violati*. Si el juez romano hubiera tenido que cuidar sólo del valor pecuniario de las cosas, le hubiera sido difícil seguir las instrucciones que le da la L. 3, Parr. 8 de sep. viol. (47-12).

*Qui de sepulcri violati actione judicant, aestimabunt QUATENUS INTETSIT, scilicet ex INJURIA, quae facta est, item ex LUCRO ejus, qui violabit, vel ex DAMNO quod contigit, vel ex TEMERITATE ejus, qui fecit.*

Distínguese aquí expresamente el interés ideal de la lesión del derecho y el interés económico.

Un ejemplo de la misma naturaleza nos le ofrece la L. 11 de relig. (11-7), El vendedor de la tumba estipula que el comprador no enterrará en ella ciertos muertos. He ahí una convención desprovista de todo interés pecuniario, y, sin embargo, válida.

II.—*La ambición*. — Se ha hecho desaparecer una estatua levantada públicamente en honor de una persona: la L. 11, Parr. 1 quod vi (43-24) concede a esta persona el *interdictum quod vi aut clam*, aun cuando tal estatua no fuese de su propiedad y no tuviese en ello otro interés lesionado que el de su gloria.

*... eum, cujus statua in loco publico in municipio posita sit, quod vi aut clam agere posse, quia INTERFUERIT EJUS NON TOLLI.*

## 3. — El sentimiento de la familia

La L. 35 de minor. (4-4) reconocía como motivo suficiente de restitución para el menor: *si ejus INTERESSE emtam ab eo rem fuisse adprobetur, velutì quod majorum ejus fuisset.*

La L. 36 de bon. lib. (38-2) reconocía el mismo interés en el patrono con relación a la demanda de *bonorum possessio contra tabulas* en la sucesión comprometida del liberto:

*Multi enim casus intervenire possunt, quibus EXPEDIAT patrono petere bonorum possessionem, quamvis aeris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii ejus excedat, veluti si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus MAJORUM PATRONI SEPULCRA sint et magni aestimat patronus bonorum possessione jura pro parte ea ad se pertinere vel aliquid mancipium, quod non pretio, sed AFFECTU sit aestimandum. . . ANIMO potius quam aliorum computatione bona liberti aestimat.*

Encuéntanse también reglas de conducta para el tutor:

L. 22 Cod, de adm. tut. (5-37). *Nec vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas aut revulsas videre satis est lugubre.*

#### 4. — El patronato

Cuando alguno había comprado y manumitido un esclavo, que tenía derecho a ser manumitido por el heredero, este esclavo podía reclamar al heredero como patrono. Si así lo hacía, el comprador perdía el derecho al patronato y se preguntaba si era preciso concederle entonces la *actio emti*, como refiere Pablo en la L. 43 de act. emti (19-1). Ulpiano había contestado negativamente. El mismo, de acuerdo con Juliano, responde afirmativamente en la L. 45, Parr. 2, y con razón. Verdad es que si después de la manumisión del esclavo no se había impuesto cargas especiales (*operarum promissio*), el patronato no ofrecía interés pecuniario (de ahí la decisión de la L. 5, Parr. 5 de praesc. Verb. 19-5: *an deducendum erit quod libertum habeo? sed hoc non potest estimari*), porque la perspectiva del derecho de sucesión perteneciente al patrono era completamente incierta, como que dependía de la circunstancia de que el manumitido dejase fortuna y no hijos. Sin embargo, bajo otro aspecto, ese derecho tenía un cierto valor ideal; establecía una relación reconocida y protegida por el derecho, relación de sumisión, de reconocimiento, de piedad; y en tal concepto, la privación del patronato, en el caso indicado, debía mirarse jurídicamente como una pérdida. (L. 25 de fidei lib. 40-5 . . . *ne emtor et pretium et LIBERTUM perdat.*) La fijación de la suma que debía pagarse era cosa del juez; sea cual fuere la estimación, reconocía, al hacerlo, que un derecho que los romanos tenían en tanto, no podía ser arrebatado sin indemnización.



### Sección III

## Conclusiones

19. He expuesto con todo detalle los materiales que desde hace años he recogido en nuestras fuentes, y probablemente podrían aumentarse todavía: para no debilitar la impresión, y al propio tiempo para poder invocar algunas expresiones decisivas de los textos, he dejado hablar a las fuentes mismas. No temo encontrarme con contradicción seria alguna si, fundado en esos materiales, consigo las proposiciones siguientes:

i) Es un error afirmar, partiendo del principio de la condena pecuniaria en el procedimiento romano, que el juez no podía apreciar más que los intereses y los bienes de un valor *económico*.

La condena pecuniaria, en sus manos, abrazaba, por el contrario, todos los intereses que el derecho reconocía como necesitados y dignos de protección. A la *vera rei aestimatio*, como objeto de la estimación judicial, se añaden, según lo que precede:

*Affectus, affectiones, verecundia, pietas, voluptas, amoenitas, incommoditas, etc.*

El demandante debe recibir reparación, no sólo por las pérdidas pecuniarias, sino también por las restricciones ocasionadas en su bienestar o en sus conveniencias, por las incomodidades, las agitaciones, las vejaciones, etc., que se le hubieren causado. No se trata de una pena fijada de antemano por la ley: el juez debe, teniendo en cuenta las circunstancias individuales, fijar la reparación libremente apreciada (*quanti interest ex injuria*): en suma, al lado de su función de *equivalente* y de pena, el dinero tenía también en el procedimiento romano una función de *satisfacción* (por el pretor y por el juez).

2) Las expresiones *id quod interest, quanti ejus interest, etc.*, indican en el lenguaje de las fuentes, no sólo el *interés pecuniario*, sino todo interés jurídicamente protegido.

*Interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi —interest patris filiam dotatam habere— interesse heredis credendum est, si testator filio prospectum voluit —si monumentum fieri voluit— defuncti aestimationem purgari interest hominis hominein beneficio officii —interest fructuarii propter voluptatem et gestationem— interest ex injuria, quae sepulcro violato facta est —interest statuum ejus non tolli, etc.*

Ante todos esos testimonios, ¿habrá quien todavía sostenga el aserto de que la palabra *interest* de nuestras fuentes debe traducirse únicamente como dinero, y que quien quiera acudir en justicia debe probar que el incumplimiento de lo prometido le ha ocasionado un perjuicio *pecuniario*? *Placuit prudentioribus AFFECTUS rationem in bonae fidei judiciis habendam*, dice Papiniano en la L. 54 pr. Mand. (17-1), esto es, la jurisprudencia romana ha llegado a la idea de que en la vida humana la noción del valor no consiste sólo en el dinero, sino que, por el contrario, fuera del dinero hay otros bienes a los cuales el hombre civilizado concede un valor que quiere sea protegido por el derecho. En la L. 6, Parr. 1 de serv. exp. (18-7), el mismo jurista opone al caso *si PECUNIAE RATIONE interest, etc.*, de la falta de interés pecuniario, o, como él dice expresamente en la L. 7, *ibid.*, *affectus ratio. PRUDENTIORIBUS placuit*, dice Papiniano, es decir, los prudentes opinan; y si se quiere argumentar de otro modo, se tendrá el juicio de Papiniano sobre las opiniones modernas que aquí tenemos que combatir.

3) La función de satisfacción del dinero no se contrae sólo a los *delitos*, ni al derecho a la *vindicta* concedida por la ley en esta materia, L. 2, Parr. 4 de coll. (37-6), ni a la *ultio*, L. 6 de sep. viol. (47-12); extiéndose también a los contratos: *IN BONAE FIDEI JUDICIIS affectus rationem habendam esse*. (L. 45 pr., etc.) No se trata de una particularidad de la teoría de la esclavitud cuando el vendedor de un esclavo puede reclamar del comprador la observancia de las reglas de conducta que le han sido impuestas con respecto de este esclavo; no se trata de casos excepcionales en la L. 54 citada (casos que hoy no tendrán práctica aplicación), sino de un principio jurídico general de todos los *bonae fidei judicia*; encontrándose, según hemos demostrado, aplicaciones de él en las fuentes. El inquilino obtiene indemnización por la supresión de la vista y de la luz, por el mal estado de las puertas y ventanas, aun cuando no haya experimentado ninguna pérdida pecuniaria. — El pupilo la obtiene, porque el tutor ha dejado de socorrer a sus más próximos parientes, aunque de este modo haya obtenido un ahorro en sus gastos. — El tutor la obtiene contra su cotutor, porque no ha cumplido el mandato dado en favor del pupilo. — El propietario, porque el usufructuario ha convertido el parque de lujo en huerta de producto. — El *procurator* debe indemnizar en dinero al demandado que se ha visto obligado a soportar un nuevo proceso por los retardos e incomodidades sufridas. — El vendedor de un esclavo obtiene una satisfacción del comprador que ha violado la obligación que se le había impuesto en cuanto al tratamiento de aquel.

Conforme a esos precedentes, y volviendo sobre los ejemplos modernos citados al principio (núm. 2), declaro que, como juez, no tendría el menor escrúpulo en conceder al mozo del hotel una indemnización por la privación de la libertad en las tardes de los domingos; al inquilino, por la supresión del goce del jardín; al arrendador, por la música que le tocan faltando a las condiciones estipuladas. Y lo haría así, no sólo por ellos, sino en interés del orden jurídico, a fin de que la lealtad y la probidad en las relaciones no sean vanas palabras.

## Capítulo IV

### REFUTACION DE LOS ARGUMENTOS SACADOS DE TEXTOS DE APARIENCIA CONTRARIOS

20. L. 9, Parr. 2 de statut (40-7).

Réstame probar que los textos sobre los cuales nuestros adversarios creen poder fundar su teoría, no contradicen la opinión que acabo de exponer.

He aquí los textos:

La L. 9, Parr. 2 de statut, es la verdadera fuente y origen de todo el error. Si con las palabras *ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*, el jurista hubiera querido decir lo que, siguiendo un error de Gayo, se ha querido entender (el objeto de la obligación no puede ser más que una prestación de valor económico) hubiera sostenido, como resulta de los testimonios de las fuentes indicadas, una tesis falsa. ¡Cómo conciliar su aserto con sus testimonios!

Según vemos en estos, los bienes y los intereses que no tienen por fin el dinero y el valor pecuniario, pueden también ser evaluados en dinero; *pecunia lui praestarique possunt*. Pero eso, no es cierto respecto de una prestación imposible, y precisamente se trataba de una de ese género en el caso que el jurista tenía que resolver. El esclavo prometido es hombre hecho libre por consecuencia de una disposición testamentaria, resultando así imposible el prestarlo: *LIBERTAS pecunia lui non potest nec reparari potest*; esto es, la libertad no tiene equivalente, ni para el mismo esclavo (*libertas res inaestimabilis est*, L. 106 de R. J. 50-7), ni para los terceros, porque no se puede comprar con dinero una persona libre; la libertad, una vez adquirida por el esclavo, no puede serle quitada (*reparari non potest*) ni vuelta a comprar con dinero al mismo (*lui non potest*).

Entendido de este modo, el pasaje de que se trata adquiere una significación que permite armonizarlo con las otras decisiones de nuestras fuentes. Pero si entre la fórmula abstracta de un principio y las decisiones concretas de nuestras fuentes se tropieza con una contradicción, nos limitaremos a seguir las instrucciones mismas

de nuestras fuentes (L. 1, de R. J. 50-17: *Regula est quae rem, quae est, brevitor anarrat. NON UT EX REGULA JUS SUMATUR, sed ex jure, quod est, regula fiat.* L. 202, *ibid.*: *Omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim ut non subverti possit*); cuando tengamos que referirnos a las decisiones concretas, corrigiendo la fórmula según ellas o bien entendiéndola de tal manera que con ellas se concilie.

21. Reúno estos dos textos, porque, en mi concepto, es preciso explicarlos de la misma manera:

2. L. 95 de V. O. (45-1) y

3. L. 7 de praesc. verb. (19-5).

Hemos declarado jurídicamente obligatoria la promesa hecha por el inquilino al dueño de abstenerse de hacer ruido con la música. A ese caso, oponemos aquel en el cual un médico hace que su enfermo le prometa, a causa de la excitación de su sistema nervioso, que se abstendrá de la música. Esta promesa, ¿es de igual modo obligatoria? No, sin duda. Y sin embargo, la convención tiene exactamente el mismo tenor que en el otro caso. ¿En dónde está, pues, la diferencia? La respuesta se ve clara: el arrendador tiene un interés, el médico no; aquél ha reclamado la promesa en su propio interés, éste en el del enfermo; no pasa de ser un consejo de médico su recomendación; ahora bien, ese consejo no pierde su carácter de tal, porque se haya prometido seguirlo.

L. 2, Parr. 2 Mand. (17-1).

*. . . Cujus generis mandantum consilium magis est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obiigatur.*

L. 2, pr. *ibid.*

*. . . Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.*

Llegamos, en vista de todo, a la regla siguiente: la promesa debe tener un interés para aquél a quien se hace, aunque este interés no sea de naturaleza patrimonial. La razón admite que el arrendador se haga prometer por el locatario que se abstendrá de tocar la música, o que no tendrá perros; y no admite que tal promesa se exija por una persona que viva al otro extremo de la ciudad. No es exacto que toda convención, por ser tal, obligue: no obliga más que cuando la restricción que el que promete se impone aproveche a aquel que la recibe; es preciso que el uno *gane* lo que

el otro *supra*; la simple *restricción* como tal no encuentra protección jurídica; es preciso que esté motivada y justificada por el interés de otro.

Esta noción de finalidad en el dominio jurídico es la esencia de todos los derechos en el sentido subjetivo (los intereses jurídicamente protegidos según mi definición).

La L. 15, pr. de serv. (8-1) insiste en términos explícitos sobre esta noción de finalidad, en materia de servidumbres prediales.

*Quotiens nec haminttm nec praedioium servitutes sunt quia NIHIL VICINORUM interest, non valet, veluti; ne per fundum tuum eas aut ibi consistas; it ideo si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo quaeris quaerere MINUENDAE AQUAE MEAE GRATIA.*

Así, la promesa de no abrir pozos en su propio suelo no tiene efecto, en cuanto no constituye más que una mera restricción impuesta a una de las partes; no se convierte en eficaz y obligatoria sino cuando se añadan intereses de la otra parte (garantía de alimentación de los otros pozos). Cuando lo que uno pierde lo aprovecha el otro, la promesa no es simplemente un acuerdo de voluntades (fuerza obligatoria abstracta del contrato); tiene un sentido racional, un fin (*finalidad de la servidumbre predial*).

La promesa de detenerse a una corta altura en la construcción de una casa, es obligatoria cuando se hace de vecino a vecino (*servitus altius non tollendi*), no es obligatoria y sí completamente ineficaz cuando se hace a quien habita a lo lejos (condición de la vecindad para la servidumbre predial).

Es preciso, pues, un interés en el contrato para que éste sea obligatorio. No tenemos para que investigar por el momento de que naturaleza debe ser este interés; bástanos esta proposición negativa: *sin interés no hay convención obligatoria*.

Auxiliados por este principio, abordemos ya el primero de los textos citados.

L. 95 de V. O. (45-1).

*Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit, si et ibi insulam fieri ejus interest.*

Reconozco desde luego que no he parado mientes en otras ocasiones en la significación de ese texto, y sólo me consuela el pensar que otros lo han comprendido tan mal como yo. Me había imaginado el caso de la ley en el sentido de que uno pactase

con un empresario de edificios un contrato relativo a la construcción de una casa (*locatio conductio operis*), y que luego se hiciera prometer la ejecución de ese contrato en la forma de la estipulación. No podía figurarme que el propietario debiera también probar aquí previamente su interés en la ejecución del edificio, porque, pensaba yo, el interés no puede ser puesto en duda ya que tenemos como prueba el contrato mismo. Si se puede poner en tela de juicio el interés de la estipulación, ¿por qué no ha de suceder lo propio en la *locatio conductio operis* que le ha precedido? Según esto, el demandante en la acción de este último contrato, ¿deberá también comenzar por consignar su interés? ¡Absurdo! Y este absurdo no es menor porque ese contrato es *stricti iuris* y el otro *bonae fidei* —distinción a que se ha acudido para evitar la aplicación de ese texto a nuestro Derecho actual.<sup>51</sup> Lo que es absurdo, lo es como *jus strictum* y de *bonae fidei*, y por mi parte yo no he descubierto hasta ahora en el Derecho romano nada absolutamente absurdo, ni aun en el *jus strictum*.

La impresión de sorpresa que ese texto produce, aumenta cuando se advierte que el estipulante no había designado siquiera el solar sobre el cual el edificio debería de elevarse, según se infiere de las palabras: *si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit*. ¿Dónde se ha visto nunca un contrato para construir un edificio en el cual se hubiera omitido ese punto? Tales son las consecuencias a las cuales me llevaba mi concepción anterior del texto, y se comprenderá el porqué me parecía tal texto un enigma.

Los demás juristas, que yo sepa, partían del mismo supuesto.

La glosa advierte respecto de ese texto: *Si quis stipulator, tibi insulam fieri, debet locum designare, in quo fieri eam vult, alias non valet stipulatio*, y nadie, que yo sepa, ha pensado ni aun posteriormente en otro caso.

¿En qué se funda, sin embargo, el *sibi fieri* que supone el texto? El mismo texto no contiene la palabra *sibi*; *Quid*, ahora, ¿si el estipulante hubiese tenido en su intención, no un edificio sobre su propio suelo, sino sobre el ajeno, no un edificio para él, sino para el mismo que promete? Se me dirá: ¿qué interés razonable podría tener en que el otro se edifique una casa? Y respondo: un especulador quiere convertir en solares de edificación una zona extensa de terreno situada en una localidad aún no edificada. Su interés le aconseja, pues, imponer a todos aquellos que le compran un solar situado en ese sitio la obligación de edificar una casa: *insulam fieri*.

51 Por ejemplo, Baron, *Pandectas*, párr. 208 (pág. 415); por lo demás la exposición que hace el autor de nuestra teoría es irreprochable. Windscheld, *Pandectus*, II, párr. 251, nota 3, cree poder explicar los textos por la necesidad de la condena pecuniaria que toma como punto de partida. Pero esta necesidad existía para todas las acciones, y es bien cierto, sin embargo, que el demandante, en la *reivindicatio*, *condictio ex mutuo*, *actio emte*, *actio conducti*, etc; no debía empezar por probar su interés.

En vez de esta hipótesis puramente abstracta, citaré un caso concreto y positivo.

Hace algunos años un particular donaba al ministerio de la Guerra prusiano un gran espacio de terreno edificable, situado en Lichterfeld, cerca de Berlín, para erigir una escuela militar. La traslación de la escuela militar de Berlín a Lichterfeld, debía, según todas las probabilidades, determinar a una porción de industriales y comerciantes a ir a establecerse en esta localidad, y a comprar en ella terrenos para edificar; de este modo la donación resultaba bien pagada. Ahora bien; cuando el acto de donación se verificaba, el donante se aseguraba de una manera indudable de la creación de la escuela en Lichterfeld; ¿puede nadie dudar que tenía algún interés en la ejecución de la convención, y que el ministerio de la Guerra no hubiera tenido derecho de disponer de otra manera del terreno donado, sino que, por el contrario, tenía la obligación de edificar allí la escuela militar?

Comparemos ahora la L. 95 de V. O. citada:

*Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apperet, quo in loco fieri insulam voluerit, si et TIBI insulam fieri ejus interest.*

Yo creo que tenemos ya la explicación.

Abordo ahora el tercer texto citado:

22. L. 7 de praesc. verb. (19-5).

*Si tibi decem dederó, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest, aut si nihil interest condicam tibi, ut decem reddas.*

Ese texto emana del mismo Papiniano, que advierte expresamente en la L. 54 Mand. (17-1) y en la L. 7 de serv. exp. (18-7), antes citadas, a propósito de las convenciones que tienen por objeto la manumisión o el buen trato del esclavo, que en la *bonae fidei judicia* (y de ese número es también, según la L. 2, Parr. de prec. (43-26), la *actio praescriptis verbi*) no es preciso un interés pecuniario, sino que basta el puro interés personal (*affectus ratio*). La L. 7 cit, no puede, por consiguiente, tener la significación que se le quiere dar: que un contrato relativo a la libertad de un esclavo no da lugar a una acción más que cuando se liga a él el demandante por un interés en *dinero*.

Pero ¿cómo conciliar la L. 7 cit. con los otros dos textos?

Para conseguirlo hay un doble medio.



En primer lugar, no ver exclusivamente en el interés, el interés del dinero conforme a lo que dejamos dicho antes. Sin duda las palabras *quanti interest* parecen indicar dinero. Pero la indicación cuantitativa del interés se armoniza especialmente con los intereses no económicos, como lo prueba el Parr. 7 pr. J. de inj. (4-1).

*Sea postea praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum iuerit.*

El segundo medio es el siguiente: Papiniano no admite el interés personal respecto de un esclavo más que para los esclavos propios, y no para los extraños. En aquéllos, podríamos decir para completar su pensamiento, este interés es explicable, es el resultado natural de las relaciones domésticas entre el amo y el esclavo. La cosa es muy distinta cuando se trata del esclavo extraño. Es tan extraño frente al tercero como los miles de esclavos que viven en Roma. ¿Qué interés puede tener el tercero en que llegue a ser libre? ¿Por qué él y no otro cualquiera? He ahí por qué el derecho toma bajo su protección los contratos del amo anterior respecto de la libertad y el buen trato de un esclavo. Pero no cuando se trata de un esclavo que le es completamente extraño.

En apoyo de esta opinión podría invocarse la importancia que el Derecho romano concede siempre al interés personal tocante a la cosa propia. Si la reclamación del demandante se refiere a la prestación de la cosa de otro, el demandado debe prestar simplemente el interés pecuniario; si se refiere a la restitución de la cosa propia, el demandado debe atender también al interés personal —de afección— (*quanti in litem actor juraverit*). el que vende su casa, puede imponer al comprador, con respecto del trato de la misma, restricciones (*legem dicere*) que no tendrían efecto alguno respecto de una cosa que no le pertenece.<sup>(6)</sup>

En lo que concierne al contrato relativo a la manumisión del esclavo, el Derecho romano le hace producir efectos muy diferentes, según que interviene en favor del esclavo propio del estipulante o en favor del esclavo de otro: en el primer caso tiene un efecto real, en el segundo un efecto *obligatorio*; en otros términos: en el primer caso, si el comprador no cumple el contrato, el esclavo se hace libre *ipso jure*; en el segundo, no se da al vendedor más que una acción personal.

6 Es lo que he demostrado en otro lugar (*Espíritu del Derecho romano*, tomo IV, nota 497). Me limito aquí a citar los textos que se relacionan con la cuestión. En cuanto a la primera proposición, V. L. 19 de serv. (8-1); L. 6 p. Comm. Praed. (8-4); L. 11 de relig. (11-7); L.9 Cód de pact. Int. Emt. (4-54); en cuanto a la segunda. V. L. 61 de pact. (2-14).

De este modo se puede comprender que el mismo jurista exija en la L. 7 cit. un interés pecuniario en la liberación de un esclavo, y declare, por el contrario, en la L. 54 cit. como suficiente el simple interés de afección. En la primera se trata de un esclavo extraño; en la segunda, de un esclavo *propio*.

Es preciso reconocer que esta distinción no deja de tener algún fundamento legítimo.

Tomemos un ejemplo en nuestra época actual: cuando uno vende un caballo de montar que ha usado durante algunos años, y al cual ha tomado cierto cariño, es fácil de comprender (y así ocurre frecuentemente), que imponga al comprador la condición de no dedicarle a trabajos rudos y penosos. Se comprende también que, cuando se lega su galería de cuadros o su biblioteca al Estado, al municipio, etc., se ponga por condición no vender, ni dispersar, o bien cuando se vende un predio rural, que el parque y el monumento de un antepasado que en él se encuentran serán respetados. Por el contrario, jamás he oído decir que tales condiciones se pongan a propósito de caballos, bibliotecas, galerías, parque, etc., de otro.

Un padre o un tutor que coloca su hija o pupila como sirviente, puede estipular por ella el trato, con relación a la alimentación y al trabajo, y, según nuestras explicaciones, no puede negársele la acción correspondiente; si un tercero hiciera lo mismo, su contrato no produciría más efectos jurídicos que los que en Roma producía la libertad del esclavo extraño.

Los dos textos antes citados pueden de este modo ponerse a un lado, no quedando, entre los que invocan los defensores del valor pecuniario de las obligaciones, más que la L. 38, Parr. 17 de V. O. (45-1). Pero como ese texto no dice una palabra de la necesidad del interés pecuniario para la obligación, y exige sólo que la obligación tenga un interés para el acreedor, del que ya me ocuparé más adelante, puedo prescindir de él por el momento.

Termino, pues, afirmando que no hay un solo texto en nuestras fuentes que exija como condición indispensable de la obligación el valor pecuniario de la prestación; que hay, en cambio, una serie que demuestra que el juez romano podía también condenar en dinero con motivo de intereses no económicos, y esto, no sólo en las acciones penales, sino también en las de contrato. Pero aunque no hubiera ni un solo testimonio en ese sentido para esas últimas, fuera de la prueba relativa a las penales, que la *pecuniaria aestimatio de la condemnatio* en Gayo, IV, 48, y que no implica el reconocimiento del principio del valor pecuniario, bastaría para quitar todo fundamento al dogma de que la obligación no puede tener por objeto más que una prestación de

naturaleza patrimonial. Ese dogma, en sí mismo, no es otra cosa que un error ocasionado por una mala inteligencia de una referencia de la historia del Derecho.

Para el juez, no hay duda, la regla que resulta de esta teoría es perfectamente cómoda. Le dispensa de investigar trabajosamente hasta dónde puede extender la protección de los intereses puramente personales, y le permite ponerse al abrigo de toda duda y de toda dificultad; dondequiera que el valor pecuniario no puede señalarse...: ¡rechaza la acción! y basta. Pero una cosa es el interés del juez, y otra el de la vida, y se trastornan las relaciones naturales de las cosas cuando se subordina este último al primero.

La indeterminación de la medida o del punto de vista adecuado para el juez no son razón bastante para prescindir de ellos, cuando las necesidades de la vida los exigen, reemplazándolos con otros que si tienen para el juez la ventaja de la precisión, no convienen en la vida práctica. La medida del *dilligens paterfamilias* que debe servir al juez para hacer la distinción tan importante entre la culpa *lata* y la culpa *levis*, no es menos indeterminada y menos elástica que la del interés personal, y la condición del largo espacio de tiempo (*usus longaevus, longa consuetudo, tenaciter conservata*, etc.), para la costumbre, no cede, en tal concepto, a las dos nociones precedentes. Por otra parte, la misión del juez consiste precisamente en encontrarse en estado de remediar con su propia prudencia y saber, y con un tacto exacto, las imperfecciones de las fórmulas abstractas del Derecho. Un juez que no sabe más que aplicar maquinalmente los principios abstractos, es indigno de ese nombre. La misión que le confiere la L. 54 Mand. (17-1) *in bonae fidei judiciis AFFECTUS rationem habendam esse*, no es más difícil que la aplicación exacta a un caso particular de la noción del *paterfamilias*, de la condición de la *longa consuetudo* y de tantas nociones jurídicas.

De ninguna manera quiero rehuir y dejar para el juez las dificultades de la aplicación práctica de la regla que aquí defiendo; creo, por el contrario, que es mi deber completar las explicaciones al fondo puramente negativo que yo acabo de dar, mostrando positivamente hasta dónde debe extenderse la protección de los intereses no económicos o personales. No es que yo estime posible agotar el asunto, pero confío en que, tratándose de una materia de que la teoría prescinde con cierta prudente circunspección, no vendrá mal un estudio aunque sea modesto.



## CAPÍTULO V

### LÍMITES POSITIVOS DE LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS EN NUESTRO DERECHO ACTUAL

23. Intereses no protegidos por el derecho. — 24. De los Intereses que deben ser protegidos. — 25. Noción del Interés. — 26. Interés en la venta. — 27. Alquiler de casas. — 28. El servicio doméstico. — 29. Convenciones que tienen por objeto la habitación y el alimento, la asistencia médica, la educación, la enseñanza, etc. — 30. Convenciones que tienen por objeto intereses artísticos o científicos. — 31. Convenciones que tienen por objeto un fin de interés general



## CAPÍTULO V

### LIMITES POSITIVOS DE LA PROTECCION DEL INTERES EN NUESTRO DERECHO ACTUAL

23. *Intereses no protegidos por el derecho.* — ¿En qué límites producen una acción los contratos? Windscheid (*Pandectas*, Parr. 25, nota 5) pone como condición “un interés legítimo según la apreciación del juez”, y excluye todas “las reclamaciones fundadas en un simple *capricho*”. Barón (*Pandectas*, Parr. 208) profesa idéntica opinión.

No creo que esta distinción agote y comprenda toda la materia; hay intereses que no consideramos como caprichos, y que, sin embargo, no tienen derecho alguno a la protección jurídica.

Intentaremos determinar, primero *negativamente*, los límites de la protección jurídica, poniendo a un lado las relaciones que sin duda alguna no gozan de la protección jurídica.

Figuran, en primer término, las relaciones de la llamada vida mundana o de sociedad. Hállase ésta fuera del derecho; excluye por su misma naturaleza la coacción exterior. Una invitación a una reunión y la aceptación de esta invitación, no engendran efecto jurídico para ninguna de las dos partes, aun cuando en ello se juegue algún interés patrimonial. La invitación de un amigo a pasar los meses de verano en su quinta, tiene indudablemente un valor pecuniario; ahorra al invitado los gastos de su propio sostenimiento. Pero ¿quién se atreverá a sostener que si la invitación se retira, el invitado tiene derecho al reembolso de esos gastos? Y, sin embargo, los defensores del valor pecuniario de las obligaciones, de ser lógicos, deberían reconocerle tal derecho. Resulta de aquí que el dogma del valor pecuniario es demasiado estrecho de un lado, al par que demasiado amplio de otro. No hay falta de intereses en el invitado, y no puede verse en él un simple *capricho*..., pero nadie podrá sostener que semejante invitación engendra un *derecho*.

Lo mismo puede decirse de la aceptación de la invitación. La falta de un invitado puede, según las circunstancias, hacer perder todo el placer que su presencia prometía al que le invitó y a los demás invitados. El interés de su presencia, para aquél, no es ciertamente un simple capricho. Pero ¿quién se atreverá a sostener que aun cuando el invitado haya prometido de la manera más formal acudir, el que lo invitó tenga por ello una acción en reclamación del interés de afección? En mi concepto, ni la promesa de una pena convencional cambiaría ésto en nada, a pesar de la L. 38, Parr. 17, de V. O. (45-1). Creo aplicable al caso los principios de la *conditio turpis*. La coacción hállase en contradicción con la relación a que aquí se aplica. La vida *mundana* o de *sociedad*, es por su naturaleza *libre*, y por mi parte consideraría, con la L. 71, Parr. 2, de cond. (35-1) semejarte promesa como una *cautio per quam jus LIBERTATIS infringitur*.

Pero la vida a que nos referimos puede dar ocasión a una obligación de carácter profesional. El contrato que verifica el dueño de la quinta con el encargado de los carruajes que han de conducir a la casa a los invitados, con el dueño del restaurant para el servicio de la comida, con los músicos para tocar los bailables de la fiesta, es un contrato profesional, que no pierde en nada su carácter propio por haber sido pactado con ocasión de la vida mundana o de sociedad. Supongamos que esas personas encuentran posteriormente un empleo más ventajoso para sus servicios, ¿podrán rescindir su contrato? Quien funda la fuerza obligatoria de las convenciones en el interés pecuniario del acreedor, debe responder afirmativamente, porque en la reunión en la cual esas personas deben prestar sus servicios, no se trata de un interés pecuniario, sino de puro recreo. Por mi parte, no vacilaría como juez en condenar a esas personas en caso de incumplimiento del contrato a una pena pecuniaria arbitraria, y al hacerlo lo haría creyendo conformarme con los principios del Derecho romano.

En la vida *mundana* o de *sociedad*, es decir, la reunión pasajera con el fin de pasar el tiempo o de conversar, no comprendo las relaciones que se llaman de *complacencia*, es decir, la prestación gratuita (de favor) de servicios y la entrega pasajera de las cosas propias. Tampoco esto tiene, en mi concepto, derecho alguno a la protección jurídica, aunque el interés sea de carácter patrimonial. Quien ha obtenido de otro la promesa de que le enseñará los rudimentos de la lengua latina, de las matemáticas, etc., o del piano, tiene un *interés* apreciable en el cumplimiento de semejante promesa: no se trata en verdad de un simple capricho; la promesa obtenida tiene además un valor patrimonial (los honorarios de los profesores que la enseñanza gratuita economiza). Y, sin embargo, ¿puede nadie sostener que se haya de conceder una acción para el cumplimiento de esta promesa? Según las circunstancias en que la promesa le ha sido hecha, no tenía el carácter de un negocio periódicamente obligatorio, sino



de mera *amistad*, que no puede obligar.<sup>(7)</sup> Lo que se dice de las *prestaciones de servicios*, puede afirmarse, en mi concepto, de la promesa de cesión temporal de ciertas cosas, y considero falsa la opinión de que el *pactum* de *COMMODO* DÉ LUGAR a una acción de una manera absoluta, mientras el comodato *realizado*, a diferencia del *precario*, está fuera del poder arbitrario del pretor.

Sin embargo, la revocación del comodato realizado no se rechaza de una manera absoluta: está prohibido hacerla de una manera intempestiva tan sólo. Arg., L. 17, Parr. 3 Comm. (13-6) ... *intempestive... inopportune*. En cuanto al precario, V. L. 12 de prec. (43-26) ... *nulla vis est hujus conventionis est alienam rem domino invito possidere liceat*.

La tercer categoría de promesas que tenemos que separar, se compone de aquéllas que no presentan interés para el estudiante. Nos remitimos al caso ya citado en que un enfermo promete a su médico abstenerse de la música, comparado con el de la promesa del inquilino al propietario, que es obligatoria.

¿En qué estriba la diferencia entre ambos casos?

El arrendador *sufre* por el incumplimiento de la promesa, el médico no. Del propio modo, el propietario sufre cuando su vecino remonta más su edificio, pero no cuando quien esto hace es otro propietario en lugar lejano. En el primer supuesto, el Derecho concede una acción, en el segundo no.

Pero no debe restringirse la condición del interés al inmediatamente propio: comprende también, según lo demuestran los ejemplos romanos citados (núm. 13), el interés de las personas unidas al que estipule por las leyes de la sangre o del deber. En esas personas *sufre* aquél también: como en sentido inverso, en el caso de un *usus* restringido a sus necesidades personales, goza por ella cuando les permita participar de su goce. (L. 2, Parr. 1; L. 9 de um., 7-8.)

Cuando el padre o el tutor, al poner a su hijo o pupilo a hacer un aprendizaje, estipulan que irá al catecismo o a la escuela, o bien cuando al colocar su hija a servir convienen la manera cómo será tratada con respecto del alimento y demás, no se puede, en mi opinión, negarles, so pretexto de falta de interés, la acción para perseguir el cumplimiento del contrato. El padre y el tutor *deben*, en los contratos de ese género, velar por el interés del hijo o del pupilo; el interés de esas personas es suyo: si éstas sufren, ellos sufren igualmente cuando están animados de buenos sentimientos.

7 La L. 70. Párr. 7 Mand. (17-1) y L. 13. Párr. 2 de rec. arb. (4-8), mencionan promesas amistosas análogas que no crean ninguna obligación.

24. *De los intereses que deben ser protegidos.* — Abordaré ahora la determinación *positiva* del interés; es decir, la enumeración de los intereses a los cuales, en mi sentir, dado el desenvolvimiento actual de nuestra vida y civilización, no se puede negar el derecho de protección jurídica. Los intereses del patrimonio se colocan desde luego a un lado, pues no hay cuestión respecto de ellos. Tampoco creo tener necesidad de mencionar aquí el derecho de familia.

25. *Noción del interés.* — La primer cuestión que debemos resolver es ésta: ¿qué es el interés? Sin comprometerme, por el momento, a dar una explicación detenida de esta noción, cosa que reservo para otro lugar,<sup>(8)</sup> me limitaré a reproducir el resultado de mis investigaciones anteriores.

El interés, en el sentido subjetivo, designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida. Si me intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque yo *siento* que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de la vida en su sentido lato. El sentido en el cual tomamos aquí la noción de la condición de la vida, es completamente relativo; lo que para uno constituye parte de la vida en su *plenitud*, es decir, el bienestar, está desprovisto de todo valor para otro. Y es esto verdad, tanto para los pueblos como para los individuos, y hasta para las diversas fases de la civilización de un mismo pueblo. Con los intereses del pueblo se modifica también el derecho, cuya misión consiste precisamente en asegurar por la coacción exterior las condiciones indispensables de la vida en la sociedad. La medida de los intereses es, por tanto, variable, y sería realmente desconocer por completo la importancia del asunto, el pretender tratar *abstractamente* la cuestión de los intereses que se deben proteger jurídicamente, como si fuera posible llegar a la misma solución para todos los pueblos y para todos los tiempos. Un jurista de la antigua Roma se hubiera burlado de Papiniano y de su principio, *AFFECTUS rationem habendam esse*, porque no comprendía aún los intereses admitidos por Papiniano, como el campesino de la antigua Roma no hubiera comprendido la posibilidad de establecer una servidumbre predial, no sólo por utilidad, sino también por recreo.

Papiniano, por el contrario, hubiera comprendido nuestra época con sus intereses, porque no son otros, en su esencia, que los de su época, es decir, los de un pueblo de civilización desarrollada; y aunque nuestra época ha sobrepujado bastante la suya en lo concerniente a los organismos exteriores que sirven a la civilización: librería, prensa, caminos de hierro, teléfonos, etc., la medida adecuada para considerar en justicia los intereses que entrañan, no le hubiera faltado. Lo que le hubiera llenado de asombro sería el ver que una jurisprudencia que se vanagloria de haber

8 En el tomo II de mi obra: El Fin en el Derecho.

sido educada por él y por los romanos, haya intentado aplicar, para los intereses que se deben proteger jurídicamente, una medida que es el reflejo de una concepción de la vida de un pueblo inculto, y la cual, si pudo bastar para el pueblo romano antiguo, en Roma, en la época ya de los juristas clásicos había sido reemplazada por otra más elevada y más en relación con la civilización de esta época.

De esta suerte, es como el cuadro de los intereses del Derecho romano, tal como queda trazado antes, puede conservarse sin dificultad aun hoy. Mi tarea consiste sólo en completarlo mediante ejemplos tomados de nuestra vida actual. No me propongo dar más que ejemplos, no quiero trazar una casuística completa, ni aun de una manera aproximada. Bastarán, en verdad, los ejemplos para dar una idea clara, de los intereses puestos en juego, y para bosquejar un esquema al cual todos puedan fácilmente añadir los casos por mí omitidos.

26. *Interés en la venta.* — Se me permitirá hacer previamente algunas indicaciones sobre la relación del contrato de venta con la cuestión que nos ocupa. Para ese contrato, el Derecho romano no conocía, que yo sepa, más que la medida del interés pecuniario, lo cual es en mi concepto una imperfección, un vestigio de la época anterior, que creo estamos en lo firme al rechazar.

En efecto, paréceme indudable que con el reconocimiento del valor pecuniario no siempre queda satisfecho el interés del comprador.

El comprador puede tener en el cumplimiento del contrato de venta un interés distinto del dinero tan solo. Los contratos de suministro de los “objetos necesarios al ejército o a la marina en tiempo de guerra, o de los víveres necesarios para evitar los efectos del hambre” (Código penal del Imperio alemán, Parr. 329) no son otra cosa, desde el punto de vista del Derecho privado, que contratos de venta ordinarios. Ahora bien; de su ejecución pronta depende la salud y el bienestar de millares de hombres, quizá el éxito de toda una campaña militar, y en su consecuencia la seguridad del Estado. Con razón nuestro Código penal ha conminado con penas (acaso demasiado suaves todavía) el incumplimiento de tales contratos. En mi concepto, en caso de incumplimiento inmotivado de un contrato de venta (por ejemplo, en caso de ventas sucesivas), se debería conceder también al juez civil, a petición de la parte lesionada, el derecho de hacer justicia al sentimiento jurídico ofendido de esta última, condenando a la primera a una satisfacción pecuniaria. ¿Qué le sirve al comprador obtener el valor pecuniario de la cosa, cuando este valor, no sólo no es más elevado, sino que puede hasta ser menor al del precio convenido? De hecho no hay tal protección, no hay ahí un perjuicio jurídico que pueda impedir a un hombre de negocios sin conciencia vender a un segundo comprador que le ofrece más, una cosa que ha

vendido ya una vez. La pena del doble que los romanos establecieron en una porción de relaciones, estaría aquí muy en su punto. Si nuestro Código la consignase, ahorraría al juez muchas dificultades y dudas, y no se censuraría a nuestro Derecho por presenciar impasible e impotente actos injustos realizados sin vergüenza y con pleno conocimiento de causa.

El principal contrato, al cual se refieren casi todas las cuestiones de interés dudosas de nuestra vida actual, es el contrato de arriendo en sus tres formas: *locatio rei*, *operarum*, *operis*. Señalaré en este amplio campo de aplicaciones las especies que siguen:

27. I. *Alquiler de casas*. — Examinemos ante todo las reclamaciones del arrendatario por incumplimiento del contrato de alquiler de parte del arrendador.

Las causas normales de esas reclamaciones son las siguientes:

Retardo en la entrega de la casa, en el supuesto de que corresponda por ley o por convenio al arrendador la obligación de poner la habitación en estado de uso.

Retención de una parte de la casa, por ejemplo, el jardín anexo.

Perturbación en el uso de la casa, por disposiciones o actos injustos del arrendador.

Ruptura del contrato de alquiler hecho por un término dado, a consecuencia de la venta anticipada de la casa.

Condenar en esos casos al inquilino a la prueba de su interés pecuniario, cuando la acción que tiende a la ejecución material del contrato es insuficiente, es tanto como dejarle sin protección alguna y sacrificarle a la arbitrariedad del dueño. Ordinariamente cito en mis lecciones el caso siguiente, como ejemplo, repito, de lo que puede producir el principio del interés pecuniario.

En espera de una fiesta, que según todas las probabilidades atraería a una ciudad un gran número de forasteros, una persona comprometió para sí y su familia habitaciones suficientes en un hotel de la localidad; en el intervalo, el dueño del hotel, apurado por los numerosos pedidos de habitaciones, encontró ocasión de alquilar aquéllas en un precio mucho más elevado. El que las había comprometido, confiando en el compromiso, llegó a la población a altas horas de la noche, encontrándose despedido del hotel, y teniendo que recorrer con su mujer e hijos de un lado a otro hasta acomodarse en un hotel de un rango muy inferior. ¿Qué decidirán aquí esos jueces

que miden el interés exclusivamente según el valor pecuniario? Si el viajero desairado ha tenido la suerte de encontrar un coche para hacer sus correrías en busca de nuevo hotel, el juez condenará al reembolso de la suma gastada para ese concepto; y si a causa de la hora avanzada de la noche el viajero no ha podido encontrar carruaje, ese juez no impondrá condena de ningún género, pues a la mañana se habrá encontrado el viajero con la misma cantidad de dinero en el bolsillo que al empezar sus peregrinaciones: no ha sufrido la más mínima baja en su patrimonio. Ahora bien: ¿es ese resultado, que contradice y ofende todo sentido jurídico, el que se quiere defender, y el que hasta se llega a defender como una idea sutil del Derecho? Prefiero entonces pedir justicia a un pachá turco, antes que a una jurisprudencia perfeccionada que me deja de tal manera abandonado. Si eso fuera admisible, sería el primero en tirar esa jurisprudencia por la ventana.

Se hacen a veces en interés del arrendador convenciones que no tienen ningún valor pecuniario. Citaré entre ellas: la convención relativa a que el inquilino no tocará música, o que no podrá tocarla después de una hora dada; que no podrá organizar bailes en la casa, ni tener perros, ni subarrendar. Me remita para esos casos a lo dicho antes (núm. 2).

28. II. *El servicio doméstico*. — La cocinera deja el servicio antes de la expiración del término convenido; la niñera sale y no vuelve. Los amos experimentan un gran contratiempo: la señora tiene que ocuparse con la cocina y el señor en cuidar a los niños. ¿Qué auxilio les presta en esta contingencia la teoría del derecho común del valor pecuniario? Absolutamente ninguno. Las incomodidades, para ella, no tienen valor pecuniario. Felizmente tenemos aún en las poblaciones ordenanzas sobre los domésticos, que remedían la falta de protección jurídica a que nos condena esta teoría; pero lo que yo sostengo precisamente es que el Derecho nos debe ayuda, y que una teoría que nos la niega está viciada en sus fundamentos y es mala. No puede invocar el Derecho romano: aquí mismo lo dejo demostrado (núm. 17-6): la L. 8, Parr. 2, Rat. rem. (46-8), concede expresamente un recurso contra las incomodidades sufridas.

Se estipulan, frecuentemente, con los contratos para el servicio doméstico, convenciones sobre el alimento, la extensión o especie del servicio, horas de libertad que el doméstico ha de tener, por ejemplo, el domingo por la tarde, asistencia a los oficios religiosos, etc. Esas estipulaciones son tan esenciales para los domésticos o para los parientes o tutores que las pactan, que sin ellas, en muchos casos, no hubieran contratado. Supongamos ahora que los dueños no respetan esas convenciones, ¿no dará el Derecho protección alguna contra ellas? No me refiero aquí al cumplimiento por coacción —llega la mayor parte de las veces tarde— sino a la reparación pecuniaria

por lo pasado. Y ¿quién no ve claro que sin esto la convención pactada no es más que una vana palabra?

29. III. *Convenciones que tienen por objeto la habitación y el alimento, la asistencia médica, la educación, la enseñanza, etc.* — Figuran en este grupo la colocación de un loco en un manicomio, de un escolar en un colegio, los convenios sobre la prestación de alojamientos militares, los contratos a precio fijo para la asistencia médica, y en particular los contratos municipales para el cuidado de los pobres, los de las compañías de ferrocarriles para la asistencia médica de su personal y el contrato de *pupilaje* (habitación y alimento por un precio dado).

30. IV. *Convenciones que tiene por objeto intereses artísticos o científicos.* — Citaré, por vía de ejemplo, los siguientes casos:

Contrato con un editor. Que el autor haya o no estipulado honorarios, no se trata para él solo de una cuestión de dinero, sino también y a veces sólo de la publicación de su obra, sea con miras de gloria personal o por amor a la ciencia. Considerar el contrato con un editor sólo desde el punto de vista del interés pecuniario, es desconocer por completo la importancia ideal de la literatura, colocándola al nivel de una mera industria, y al escritor al de un servidor asalariado, en cuya persona el Derecho no reconoce ni protege otro interés que el de la ganancia pecuniaria.

Lo que se afirma de este contrato puede también afirmarse de las estipulaciones aisladas del mismo: por ejemplo: forma del libro, grabados, época en que se pondrá a la venta, etc.

Convención del pintor respecto de la exhibición de su cuadro en la vitrina de un comerciante de objetos de arte o en una exposición de pinturas.

Convención del autor dramático o del músico sobre la ejecución de su drama o de su ópera.

Convención del actor sobre el desempeño de ciertos papeles.

Todas estas convenciones tienen por objeto intereses verdaderamente vitales de las personas a quienes conciernen; pero ninguna de ellas estaría en situación, en el supuesto de inobservancia, de fijar su interés pecuniario con precisión, y a menudo la ejecución por medios coactivos será imposible. Así, pues, en este punto también nos vemos obligados a reconocer que el principio del interés pecuniario no responde de ninguna manera a las exigencias de nuestra civilización tal como se ha desarrollado hasta nuestros días.

En la enumeración que precede me he limitado a los ejemplos en los cuales el punto de vista del interés pecuniario está absolutamente excluido, omitiendo además todos los casos en los cuales la ruptura del contrato afecta también al interés económico. La ruptura del compromiso contraído por una cantante para varias representaciones, o por un profesor de francés en un colegio, causa un perjuicio al teatro y al colegio, que se proponen obtener beneficios; y aunque el cuánto del daño económico no pueda evaluarse exactamente en dinero, el interés de que trato no por eso deja de ser, ante todo, un interés pecuniario. El error que aquí pudiera cometer el juez no concierne a la aplicación del principio de la condena pecuniaria considerada en sí misma, sino sólo sobre su falsa aplicación. Desgraciadamente ocurre con demasiada frecuencia en nuestra práctica alemana la exigencia de la prueba estricta del cuánto del interés personal.

También puede citarse aquí la promesa de recompensas a las obras de arte o de ciencia; por ejemplo, el premio para un drama o para un cuarteto. Los jueces del concurso designados por el fundador, desde el momento en que aceptan su misión, están obligados a aplicar las primas prometidas de la manera que les esté prescrita.

Su juicio sobre el valor de las obras presentadas queda naturalmente libre e ilimitado; pero en cuanto a las diversas categorías de concursos, están jurídicamente ligados por las instrucciones recibidas, y no pueden, por ejemplo, atribuir a una comedia el premio prometido para un drama. Están *jurídicamente* obligados a emitir su juicio, al modo como lo estaba el *arbiter* romano.

31. V. *Convenciones que tienen por objeto un fin de interés general.* — Por vía de ejemplo citaré la suscripción o la reunión de fondos para personas necesitadas, para la erección de un monumento, creación de fundaciones, etc.

La relación que se establece entre las personas que se ponen a la cabeza de semejantes empresas (comités, juntas) y los suscriptores, es una relación de mandato; y según los textos indicados antes (núm. 15) sobre el *mandatum aliena gratia*, es indudable que en el caso del no empleo de las sumas suscriptas, los suscriptores tienen, no sólo una acción de restitución (*conditio ob causam datorum*), sino también la acción del mandato para el cumplimiento de sus voluntades.

Citaremos también, a modo de ejemplos, los contratos estipulados por los comités de fiestas para la preparación de locales destinados a recibir los extranjeros participantes en las fiestas públicas (gimnastas, cantantes, etc.), para socorrer a los soldados en marcha, los contratos de las sociedades de socorros para proporcionar víveres a los pobres, y los de las comisiones de embellecimiento de los parques públicos. La forma normal bajo que se realizan, en nuestra vida actual, esos esfuerzos

encaminados a la persecución o a promover fines de utilidad general, es la creación de círculos o comités.

Las convenciones que éstos pactan, tienen de particular, desde el punto de vista del Derecho, que los miembros del comité contratan a la verdad en su *propio nombre*, pero no en su propio *interés pecuniario*.

En el número de esas convenciones figura igualmente la construcción de un *íerrocarril en interés del público*, que ha dado lugar al presente estudio.



## CAPÍTULO VI DE LA NECESIDAD DE UN INTERES EN LA PERSONA DEL ACREEDOR

32. Estado de la cuestión. División.

1.— *¿Se puede perseguir por convención intereses extraños?*

33. *¿Se puede estipular contratos en interés de otro?*

2.— *Los intereses que se persiguen en la realización de un contrato, ¿pueden ser de utilidad general?*

34. Nada impide perseguir en los contratos objetos o fines de interés general



## CAPÍTULO VI DE LA NECESIDAD DE UN INTERES EN LA PERSONA DEL ACREEDOR

32. *Estado de la cuestión. División.* — Creo haber refutado suficientemente en todo lo que procede el dogma de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las pretensiones obligatorias.

Pero se presentan todavía otras dos cuestiones.

1. ¿Se puede en una convención perseguir intereses extraños? (Parr. 1.)
2. En caso afirmativo ¿es preciso hacer una excepción para los intereses públicos? (Parr. 2.)

### 1. — ¿Se puede perseguir por convención intereses extraños?

33. *¿Se pueden estipular contratos en interés de otro?*— Se ha sostenido que nos e puede estipular un contrato e interes de otro, ni en nombre propio, ni en el ajeno.

Este aserto hállase en contradicción con los hechos más conocidos.

Todo *adstipulator*, todo *procurator* en Roma, realizaba la convención en interés de su mandante; la institución completa del *procurator* hubiera sido imposible entre los romanos, si esta circunstancia hubiera constituido un obstáculo a la validez del contrato; todo demandado hubiera podido objetar al *procurator* que había obrado no en interés propio, sino ajeno.

En realidad, la simple conclusión del contrato por el *procurator* bastaba para darle acción. ¿Con qué objeto lo había estipulado? ¿Era para él o para su mandante? ¿Conforme o no con sus instrucciones? Todo eso concernía exclusivamente a las relaciones con su mandante, y no tenía por qué inquietarse respecto de ello el demandado. Que tales relaciones fuesen conocidas de la otra parte después del contrato,

c que el mismo *procurator* se las hubiese dado a conocer, lo decisivo era tan sólo la forma de la conclusión del contrato en *nombre propio*.

Nuestro Derecho actual, como es sabido, ha ido más allá aún en el reconocimiento de los contratos estipulados por terceros, porque permite concluir el contrato a nombre del mandante. Autoriza la representación directa. Pero eso no excluye ni hace superflua la representación indirecta. Ahora bien; desde el momento en que se reconoce la validez de esta forma de contrato, resulta imposible que no se pueda estipular contratos más que en interés propio.

Pero hagamos abstracción por un momento, de la representación, y veamos a dónde nos llevaría la tesis de que no se puedan estipular contratos más que en propio interés.

Quien dice interés en el contrato, dice fin perseguido por el contrato en cuanto a la persona. Si el fin perseguido por el contrato se refiere al contratante mismo, ha contratado en su propio interés; si el fin se refiere a un tercero, entonces ha contratado en interés de otro.

Compra uno un violín para su sobrino, ¿puede exigir la entrega? No, según la opinión adversa, porque no lo ha comprado para sí. El dueño de una casa que no tenía necesidad de hacer en ella reparaciones, pero que se decide a hacerlas por complacer al inquilino, estipula con varios artesanos algunos contratos al efecto. ¿Son obligatorios éstos? No, porque no es a él, sino al inquilino a quien van a beneficiar. Según esto, todos los contratos con un fin de mera liberalidad en obsequio hacia un tercero serían nulos, resultando así que no habría contrato seguro. Quien quisiera reclamar su cumplimiento debería esperar a que se le obligase a hacer la prueba de su propio interés; el hombre que tiene los ojos buenos y sanos debería justificar el interés que ha tenido en comprar los anteojos; el hombre con el cabello abundante debería consignar por qué ha comprado una peluca, o bien, como no tiene en sí interés alguno en la ejecución del contrato, debería ser despojado de su acción. El egoísmo más seco, sería, según lo expuesto, el único motiva que encontraría defensa ante el Derecho; toda acción, para otros, resultaría suprimida; y hasta el egoísmo, para alcanzar justicia, debería demostrar que era tal egoísmo, y que ni por excepción había obrado en interés de otro.

En realidad, una intrusión semejante del fin contractual en el círculo de la apreciación judicial, es completamente extraña al Derecho, y, según el Derecho romano en particular, *desde el instante en que el contrato se ofrece atestiguando el interés*, no se pide a nadie probarlo. La misma conclusión del contrato vale como prueba del interés.

Y digo desde el momento en que el contrato se ofrece para atestiguarlo.

Con esta indicación aludo a las convenciones mencionadas antes en los números 21 y 23, que dan o no lugar a una acción, según que el estipulante sufre o no sufre por el incumplimiento, y que exigen así la prueba de un *interés*, pero no de un interés patrimonial, según hemos visto.

Al lado de esas convenciones que no dan lugar a una acción más que de una manera *hipotética*, es preciso distinguir las que dan lugar a ella de una manera *absoluta*. Para éstas no era necesario jamás, según el Derecho romano, la prueba del interés en la creación de la obligación (que no es preciso confundir con la estimación del *interés* por incumplimiento de la *obligación*); la simple terminación del contrato basta ya para procurar la acción del estipulante. Entre esas convenciones están todas aquellas que tienen por objeto la prestación de una cosa — la *cosa* presenta en sí siempre un interés; así tenemos la acción de restitución de lo que se ha dado en préstamo, depósito, comodato, etc., o la de entrega como resultado de una venta, de un cambio. De esta clase es también la *locatio conductio* en el sentido romano, bajo sus tres formas, como *locatio rei*, *operarum*, *operis*. Del propio modo que quien ha comprado una cosa no debe probar previamente que tiene un interés en el cumplimiento del contrato, así, quien ha arrendado una habitación, o los servicios de un criado, o la construcción de un edificio, no debe probar que tiene interés en que el contrato se cumpla; la convención como tal da fe claramente de que constituye un negocio.

Lo mismo ocurre con los contratos hechos por una comisión o comité para la construcción de un ferrocarril de interés general. Si una sociedad ferrocarrilera, que ha confiado la construcción de un ferrocarril a un empresario, no debe justificar previamente su interés, tampoco debe hacerlo el comité respecto de los contratos verificados con el fin de cumplir su misión. No veo en dónde puede estar aquí la diferencia para el que haya comprado, dado en préstamo, contratado la construcción de un ferrocarril, sea un gobierno, un particular o un comité. ¿Se dirá que el comité no ha obrado para sí, y que, por tanto, el contrato es nulo? Entonces quienquiera que estipule un contrato, aunque sea en su propio nombre, pero en interés de otro, debe esperar que se le haga la misma objeción; jamás, dado esto, bastaría el simple contrato como tal; el demandante debería comenzar siempre por justificar que lo ha verificado en su propio interés. Y no sólo se acabaría así con el principio de la autonomía, que impera en toda nuestra vida social, sino que toda la seguridad en las relaciones civiles resultaría perturbada, quedando abierta la puerta a las malas artes del engaño — ya que hasta en los mismos contratos concluidos en interés propio, el demandante tendría que empezar por demostrarlo — y haciendo por tal modo el Derecho imposible toda representación personal del interés ajeno.

Cada cual sólo podrá obrar para sí mismo.

Para terminar: la *actio locatio* para la ejecución de una *locatio conductio operis* no exige tampoco para ser fundada la prueba del interés, como tampoco la exige la *actio emti* para la ejecución de un contrato de venta: la cuestión de saber en interés de quién esos dos contratos se han pactado, no se somete al juez: éste debe limitarse a imponer al demandado el cumplimiento del contrato, cuando reconoce haberlo estipulado.

2. — Los intereses que se persiguen en la realización de un contrato, ¿pueden ser de utilidad general?

34. *Nada impide perseguir en los contratos objetos o fines de interés general.* — De las consideraciones hechas hasta aquí resulta que en los contratos de la especie indicada, el demandante puede reclamar la prestación convenida sin tener que explicar si esta prestación es en beneficio suyo o de otros. El objeto perseguido en el contrato constituye sólo un motivo de la conducta del demandante (acerca de la cual puede éste negarse a dar explicaciones al demandado), pero no constituye un elemento de su derecho. Siendo esto así, no se advierte qué influjo tendrá el que el objeto o fin sea verosímil o abiertamente de utilidad general o pública. El objeto no tiene en principio nada que ver con el contrato; el contrato de venta queda tal contrato de venta aun cuando recaiga sobre un buque de guerra que el comprador tiene intención de poner a disposición del gobierno. Según la teoría de nuestros adversarios el constructor de buques que ha emprendido la construcción de un navio podría oponer al demandante que un buque de guerra no presenta utilidad alguna para un particular. La circunstancia de que hay órganos especiales instituidos para la gestión de los intereses públicos, hace que haya tan escasa cooperación de los particulares, de las corporaciones y de las sociedades para los mismos fines, que, por el contrario, el gobierno debe, con razón, acoger su cooperación con reconocimiento. Es preciso estar ciego voluntariamente para no ver en qué amplia esfera nuestro Estado moderno se ve auxiliado por la actividad de las sociedades en sus esfuerzos por el bien público, y cuántas cargas suprime esta actividad o a lo menos cuántas aligera con su ayuda. El Estado, cada vez que se forma una sociedad de beneficencia, habrá de decir a sus fundadores: ¡el cuidado de los pobres es cosa mía y del municipio! ¿a qué os molestáis por eso los particulares? Quien preste un momento de atención para contemplar el desenvolvimiento de nuestra administración pública en estos últimos siglos, encontrará que toda una serie de cargas que el Estado ha tomado hoy en sus manos han sido en un principio soportadas por medio de la libre asociación: la enseñanza por los comités escolares, la asistencia de los pobres por las sociedades de socorros, la construcción de calles, de diques, etc.

¿Y debe el Derecho poner obstáculo precisamente a la manifestación de esos esfuerzos tan potentes y eficaces para la prosperidad pública? ¿Debe decir a los particulares que consagran su tiempo, su trabajo y su dinero a fines de utilidad general, ocupaos en vuestros negocios y no en los negocios públicos?

Vanamente he procurado investigar hasta aquí un derecho que contenga semejante principio, y difícil será a nuestros adversarios encontrarlo. En todo caso, no deberían buscarlo en el Derecho romano, porque, muy lejos de haberse colocado en actitud hostil a la libre acción del espíritu de comunidad, por el contrario, según hemos visto en un gran número de ejemplos, ha dado a ese espíritu un gran impulso, sosteniéndole y animándole en una medida que supera bastante a cuanto en el mismo sentido se ha hecho por nuestro Derecho actual.

Y para precisarlo mejor aún: ¿conocía el Derecho romano ni una sola regla que negase eficacia a una convención pactada en un interés general o público, y sólo en vista de este interés? El espíritu público en Roma se manifestaba a menudo, como es sabido, en la construcción de edificios públicos, templos, circos, teatros, monumentos, etc. Supongamos que uno de esos grandes de Roma de quien la historia nos ha conservado los rasgos de liberalidad grandiosa y verdaderamente útil, hubiera hecho un pacto para la edificación (*locatio operis*) con un empresario, o con una sociedad constructora, y se viera obligado a intentar una acción, ¿qué pretor o juez romano hubiera acogido la excepción del demandado, sosteniendo que el demandante había contratado, no en su interés, sino en interés general? En tiempo de guerra ocurría en Roma que ciertos particulares ricos o asociaciones (por ejemplo, las sociedades de publicanos) armaban navios de guerra poniéndolos a disposición del Estado. Aquí el objeto y fin del contrato traspasaba los límites de la utilidad general en el sentido indicado; entraba en la esfera de las cargas del Estado. ¿Podrá ser de otra suerte entre nosotros? No conozco regla alguna de Derecho que haya modificado en este punto el Derecho romano. La regla de que en las convenciones que producen una acción de una manera absoluta, se mira, no al fin perseguido por el contrato, sino a la conclusión de éste, no ha dejado de aplicarse para los fines de utilidad general, ofreciéndose en la vida actual abundantísimos ejemplos de convenciones pactadas en vista de intereses de ese carácter. Me bastará para ese objeto citar uno sólo. Un comité para el embellecimiento de una localidad, estipula con un jardinero una convención para el establecimiento de un parque público (*locatio conducti operis*); con un herrero otra para la entrega de los bancos de hierro destinados al parque (*emptio venditio*); con un banquero otra parte el depósito en cuenta corriente de las suscripciones recaudadas (*mutuum*). Si el comité se viera obligado a intentar una acción contra cualquiera de esas personas, ¿habrá juez que la rechazase fundándose en que el comité ha pactado

una convención no en interés propio sino en interés general, y que para atender a este último existen órganos especiales?

## I.

### La posesión como objeto de un derecho

Uno de los signos por los cuales el jurista se distingue de todo otro hombre, está en la diferencia radical que establece entre las nociones de posesión y de propiedad. En el lenguaje común se emplean con gran frecuencia esas expresiones como equivalentes. Se habla de retención, de restitución de la propiedad, allí donde, en el lenguaje del jurista, se debería hablar de retención o de restitución de la posesión. Se habla de grandes posesiones territoriales, de posesiones, de fundos, etc., cuando se trata de la propiedad, y esta confusión se encuentra también entre los romanos. En el lenguaje de la vida diaria, se servían de la palabra *possessores* para designar los propietarios de inmuebles. Puede inferirse de este hábito del lenguaje cuán poca diferencia se advierte entre la propiedad y la posesión, en cuanto a su manifestación exterior en la vida. Y en realidad, es así. Por lo común, el poseedor de una cosa es al mismo tiempo su propietario; de ordinario el propietario es el poseedor, y mientras subsista tal relación normal, es inútil establecer una distinción. Pero desde el momento en que la propiedad y la posesión se separan, el contraste se produce inmediatamente con una evidencia tal, que no puede pasar inadvertido, ni siquiera al no jurista. Es evidente, hasta para el espíritu más sencillo, que la sustracción violenta y clandestina de una cosa mueble no hace perder la propiedad al propietario, y aun cuando en su vida haya oído hablar de poseedor ni de propietario sería capaz de definir de hecho las posiciones distintas del uno y del otro, con una exactitud tan perfecta que no le quedaría que aprender del jurista más que el lenguaje: la una se llama la propiedad, y la otra la posesión. Para negar el uno el derecho de guardar la cosa y para conceder al otro el derecho de recuperarla, el no jurista ha debido comprender que la relación de esas dos personas en cuanto a la cosa, es enteramente distinta, y no le sería difícil expresar la diferencia con una exactitud perfecta. De hecho, se diría, la cosa se encuentra en manos de uno —he ahí la posesión—, diría el jurista; pero de derecho, sigue perteneciendo al otro como antes —he ahí la propiedad—, diría el jurista; el conflicto resultará entre el no propietario que posee y el propietario que no posee.

El hecho y el derecho; tal es la antítesis a que se reduce la distinción entre la posesión y la propiedad. La posesión es el poder de hecho, y la propiedad el poder de *derecho* sobre la cosa. Ambas pueden encontrarse en cabeza del propietario, pero pueden también separarse, pudiendo ocurrir esto de dos maneras. O el propietario transfiere a otro la posesión tan sólo, quedándose con la propiedad; o la posesión le



es arrebatada contra su voluntad. En el primero, la posesión es justa (*possessio justa*), y el propietario mismo debe respetarla; en el segundo caso es injusta (*possessio injusta*), y puede aquél acabar con ella por una acción en justicia. Ahora bien; una vez adornado con esta facultad, resulta que tiene el derecho de poseer. En su persona, la posesión no tiene, como en la del poseedor injusto, el carácter de una relación de puro hecho, sino el de una relación jurídica; la posesión del propietario lleva consigo el derecho de poseer (*jus possidendi*).

La importancia práctica que para él presenta ese derecho es evidente. La utilización económica de la propiedad tiene por condición la posesión. La propiedad sin la posesión sería un tesoro sin llave para abrirlo, un árbol frutal sin la escala necesaria para recoger sus frutos. La utilización económica de la propiedad consiste, según la naturaleza distinta de las cosas, en el *uti, frui, consumere*. El propietario puede realizarla por sí mismo (utilización *inmediata* o *real*), o cederla ya por dinero (arriendo, venta, cambio), ya gratuitamente (préstamo, donación) a otras personas (utilización *mediata* o *jurídica*), siendo necesario clasificar en esta segunda categoría la concesión condicional del derecho de vender, bajo forma de hipoteca. Todos esos actos tienen por condición la posesión. Quien no tiene una cosa no puede consumirla, ni usarla, ni percibir sus frutos, y si la conclusión de convenciones (obligatorias) para la cesión de *uti, fruí* o de la propiedad a otras personas no supone la existencia actual de la posesión, la realización de esas convenciones, por la *ejecución*, la exige. Según el Derecho romano, y según el Derecho común actual, lo dicho es cierto aun para la transmisión de la propiedad, la cual no puede efectuarse sino mediante la transmisión de la posesión.

De donde resulta que el propietario privado de la posesión se encuentra paralizado en cuanto a la utilización económica de su propiedad. La posesión como tal no tiene ningún valor económico, y no lo adquiere más que porque hace posible la utilización económica (de hecho o de derecho) de la cosa, aun cuando se tratase sólo de la mera contemplación de un cuadro. Sí un cuadro me fuera entregado en una caja cerrada, la posesión estaría desprovista de valor para mí. La posesión sin provecho posible sería la cosa más vana del mundo. Su valor consiste únicamente en la función indicada: *es un medio para alcanzar un fin*.

Sigúese de aquí que arrebatarse la posesión es paralizar la propiedad, y que el derecho a una protección jurídica contra la desposesión, es un postulado absoluto de la idea de propiedad. Esta no puede existir sin tal protección, por lo cual no es necesario buscar otro fundamento a la protección posesoria; se infiere de la propiedad misma.

Pero el Derecho romano ha dado al derecho de poseer del propietario una extensión infinitamente más amplia que la que se supone en el caso indicado, en el cual no se advierte más que la antítesis de la posesión y de la propiedad reducidas a su expresión más simple. El Derecho romano da al propietario el medio de recuperar la posesión de todo individuo en cuyas manos encuentra su cosa, y sea cual fuese la manera cómo este individuo ha recibido la posesión. Ese medio, que consistía en la época primitiva en un acto solemne de recurrir a la fuerza privada, y que no conducía a una instancia judicial más que en caso de resistencia, es la *reivindicatio*. Encierra el signo particular de la noción romana de la propiedad, comparada con el aspecto que reviste en el derecho de los demás pueblos. Como en ninguna otra parte, encuéntrase ahí la idea que los romanos se formaban de la importancia de la posesión para la propiedad. Propiedad y derecho a la posesión son sinónimos. Para hacerse restituir la posesión, el propietario no tenía más que probar la propiedad en su persona por uno de los modos de adquisición legalmente prescriptos, y la existencia de la posesión en la persona del demandado. La propiedad y la posesión se miden aquí sin mezcla de ningún otro elemento, pudiera decirse que casi en toda la pureza de su principio; y de ahí lo que distingue esta lucha por la posesión, de la disputa señalada antes, donde se encuentra además, en la persona del demandado el elemento de la injusticia subjetiva que aquí falta. En razón de este elemento, el autor de la injusticia subsiste como tal aun cuando cese de poseer. Para que la acción sea admisible, no es preciso que el demandado tenga todavía en sus manos la cosa, mientras que la reivindicación, fundada únicamente en el hecho de que otro posee, supone la existencia de la posesión en el *momento que se intenta*.

Las explicaciones que preceden no han indicado siquiera la importancia jurídica particular que se da a la posesión como tal, en el Derecho romano y en todas las legislaciones que de él se derivan. Hemos considerado la posesión en su relación con la propiedad, y podemos resumir lo expuesto en las proposiciones siguientes:

1) La posesión es indispensable al propietario para la utilización económica de su propiedad.

2) Resulta de esto que la noción de propiedad entraña necesariamente el derecho del propietario a la posesión.

3) Ese derecho no podría existir si el propietario no estuviese protegido contra el despojo injusto de la posesión. La protección jurídica contra todos los atentados injustos a la posesión del propietario, y los cuales consisten en el despojo o en la perturbación: de esta última, forma un postulado absoluto de la organización de la propiedad.

4) La cuestión de saber si al modo del Derecho romano, la protección del derecho de poseer del propietario debe ampliarse aun contra los terceros poseedores, es para el legislador una cuestión abierta, que puede decidir y que ha decidido en uno o en otro sentido.

Ese derecho de reclamar la restitución de la posesión contra los terceros, lo ha extendido el Derecho romano más tarde a otros derechos. Ha extendido la *reivindicatio* (como *utilis vindicatio* o *in rem actio*) a otras personas distintas del propietario. Tales son, en primer lugar, las personas a las cuales el propietario mismo, sin despojarse de su propiedad, ha concedido el derecho de utilizar la cosa, ya para procurarles el goce económico de propiedades edificadas o de bienes rurales (*superficies, enfiteusis*, una y otra concedidos a perpetuidad o por largo plazo), ya para asegurar el pago de sus créditos (hipoteca con el derecho de vender eventualmente la cosa, *pignus, hypotheca*). Aparte de esas personas, cuya posición jurídica caracteriza el jurista atribuyéndoles un *jus in re*, la acción ha sido concedida de una manera más restringida (como *actio publicana*) al *bonae fidei possessor* o poseedor de buena fe (propietario putativo); es decir, a aquel que sin ser propietario en realidad, tiene, sin embargo, motivos suficientes y razones para creerse tal, porque ha adquirido la cosa de un modo regular y propio para procurarle la propiedad, pero cuyo efecto no se ha realizado en su persona, a consecuencia de obstáculos particulares para él desconocidos. Inútil en un conflicto con el propietario o con las personas que al mismo están asimiladas, la acción le presta, frente a todas las demás, el mismo servicio que al propietario y a las personas que se le consideran asimiladas: le devuelve y pone en sus manos la cosa perdida.

Todas estas relaciones se refieren a la propiedad, de la cual los *jure in re* son ramificaciones y la *bonae fidei possessio* un reflejo. En todos se reproduce la idea fundamental de la propiedad: el derecho a la restitución de la cosa encontrada en manos de otro, la vuelta de la posesión al derechohabiente, la invocación del *jus possidendi* contra quienes no lo tienen.

La importancia de la posesión consiste en ser el contenido del *jus possidendi*. La posesión es el contenido o el objeto de un derecho. Si no tuviese otra importancia, ofrecería desde el punto de vista del Derecho escaso interés, porque todas las cosas, por ejemplo, andar a pie o ir en coche, beber agua, prestar servicios, pueden ser el objeto de un derecho.

En tal concepto, una definición de la posesión no sería para el jurista más necesaria que las de todos esos otros actos; pero desde luego puede asegurarse que la cosa no es tan fácil ni sencilla como parece.

La posesión, en efecto, debe ser considerada desde otros dos puntos de vista. En primer lugar, es la condición del nacimiento de ciertos derechos, y además, concede por sí misma la protección posesoria (*jus possessionis* por oposición al *jus possidendi*); es, por tanto, la base de un derecho.

## II.

### La posesión como condición del nacimiento de un derecho.

La persistencia de la propiedad una vez adquirida no está ligada a la de la posesión. El propietario conserva su propiedad aun después de haber perdido la posesión. Ahora bien; siendo un principio la propiedad independiente de la posesión, no se alcanza por qué, pudiendo continuar sin posesión, no ha de poder igualmente nacer sin posesión, y por qué, por consiguiente, una simple convención sin entrega de la posesión no ha de bastar para transferir la propiedad. Sin embargo, el Derecho romano exige a este efecto el acto de la tradición, y a pesar de sus numerosas derogaciones, esta regla se ha mantenido hasta nuestros días.

La idea que la ha inspirado salta a la vista. Para nacer la propiedad debe manifestarse en toda su realidad; ahora bien; esta realidad es precisamente la posesión, la cual es indispensable para la realización del fin de la propiedad. La propiedad no nace sin posesión más que en la adquisición a título de herencia o legado. Entre vivos, la posesión es indispensable para llegar a la propiedad.

La adquisición de la propiedad de las cosas sin dueño (*occupatio*) tiene también por condición la apropiación de la posesión, y ocurre lo mismo en la adquisición de la propiedad de los frutos de parte del colono (*fructus perceptio*).

En todos esos casos, la posesión tiene importancia sólo como un punto de transición momentánea hacia la propiedad. Si sobreviene su pérdida inmediatamente después, no implica el menor ataque a la propiedad una vez establecida. Lo que hay es que no es sólo la posesión la que engendra aquí la propiedad; es preciso además que concurran las otras condiciones exigidas por el Derecho.

Si la posesión no tiene en estos casos más que el valor de un *punto* de transición momentánea hacia la propiedad, y no se la considera más que como acto, hay otro modo de adquisición de la propiedad en el cual toma el aspecto de un estado de transición, de una *situación* duradera. Nos referimos a la usucapión. Tampoco aquí basta la simple posesión como tal, es preciso que concurran ciertas condiciones (que en conjunto forman la *conditio usucapiendi*), las mismas a las cuales se refiere la protección jurídica del *bonae fidei possessor* contra los terceros de que hablábamos poco ha.

La prescripción revela de nuevo la estrecha correlación que existe entre la posesión y la propiedad. La posesión se ofrece una vez más, en este caso, como la puerta que conduce a la propiedad; sólo que el camino es más largo, por faltar las condiciones que concurren en el otro caso.

En la teoría de la posesión, la doctrina no trata de los casos en que la posesión aparece como condición de la adquisición de la propiedad. Los deja con razón a la teoría de la propiedad. En efecto, la posesión es aquí tan solo una de las múltiples condiciones de las cuales depende el nacimiento del Derecho, y no deberían ser tratadas en este sitio, más que en el caso en que no hubiera otra ocasión de explicarse acerca del asunto. Esta ocasión la ofrece el Derecho romano, en cuanto en él la posesión ha recibido el aspecto y valor de una institución jurídica independiente.

### III

#### La posesión como fundamento de un derecho.

El poseedor, como tal, está protegido contra todo ataque (perturbación o despojo) a su relación posesoria. Esto basta para caracterizar el lugar que la posesión ocupa en el Derecho, como institución independiente. La idea fundamental de toda la teoría posesoria es el *jus possessionis*, esto es, el Derecho del poseedor de prevalerse de su relación posesoria hasta que se encuentre con alguno que lo despoje por la prueba de su *jus possidendi*, y sin que el mismo deba probar su propio *jus possidendi*. Se pregunta, con sorpresa, lo que puede haber determinado a los romanos a conceder la protección del Derecho a ese puro hecho que no puede alegar en su favor más que a sí mismo. La cuestión ha dado mucho que hacer a nuestros juristas, y las opiniones andan aquí muy discordes. La respuesta no puede encontrarse más que en la forma que el *Derecho romano* ha dado a esta protección de la posesión. La resumiré a continuación a grandes rasgos.

El conocimiento exacto de la forma particular dada a la protección posesoria en el procedimiento romano, no presenta interés alguno para las gentes extrañas al Derecho. Bastará decir que era una orden (*interdictum*) emanada del pretor a instancia de una parte y dirigida a la otra, orden que no tenía fuerza contra esta última más que cuando concurrían las condiciones a las cuales se hallaba subordinada. En todas las órdenes pretorias de este género, el magistrado que las dictaba no investigaba si esas condiciones concurrían o no. Era esto objeto de la instrucción ulterior por el juez, y la cual no se verificaba más que en el caso en que no se hubiera dado cumplimiento a la orden. La orden no era, pues, absoluta; se dictaba bajo la reserva de que las condiciones a que se subordinaba debían ser establecidas. Esta forma, empleada por el pretor para un gran número de relaciones, tenía una aplicación muy especial

en la posesión. Tales eran las *interdicta possessoria*, que los romanos clasificaban en tres especies. Para decidir al demandado ulterior, se le conminaba con penas severas, dado el caso en que sucumbiera, pudiendo asegurarse que siempre que el derecho del demandante era incontestable, la orden lograba su objeto. De ordinario no se llegaba a un procedimiento ulterior más que cuando la relación posesoria era dudosa; y en este caso, si el demandante sucumbía, la pena recaía sobre él. Podía, pues, costar caro intentar o sostener a la ligera una instancia posesoria.

Pero, preguntará el hombre extraño al Derecho, ¿cómo podía haber discusión acerca de cuál de los dos poseía, si la existencia de la posesión se comprueba a primera vista? Aquí se presenta la teoría posesoria particular del Derecho romano, que exige una calificación particular para que la posesión participe de la protección jurídica, y que, en su consecuencia, distingue dos especies de posesión: la posesión *jurídicamente protegida* y la posesión *jurídicamente desprovista de protección*. En nuestro lenguaje actual, la primera se llama *posesión jurídica* —civil— (los romanos la llamaban simplemente *possessio*, o *possidere ad interdictae*, por oposición al *possidere ad usucapionem*, del *bonae fidei possessor*). La segunda, en nuestro lenguaje actual, recibe el nombre de posesión natural o detentación tenencia. Los romanos se sirven en ese caso de varias expresiones que no tienen interés para las gentes extrañas al Derecho, y entre las cuales me limitaré a citar *possessio naturalis* y *detentio*, por estar en ellas el origen de las expresiones modernas. La posesión viciosa (*vitiosa possessio*) ocupaba el lugar intermedio entre esas dos posesiones; expresaba la relación del poseedor injusto (*possessor injustus*) frente al justo (*justus*). El que se encontraba en esa relación con el poseedor anterior, y citaré como ejemplo principal el caso de desposesión violenta, encontraba plena protección contra todas las demás personas, y tomaba, respecto de estas últimas, la posición del poseedor; pero frente al poseedor justo, se le negaba la protección jurídica, importando poco que la acción posesoria fuese intentada por él o por el adversario: no tenía frente de éste posición distinta de la del detentador. El vicio de la posesión (*vitium possessionis*) sólo tenía una importancia relativa. Sin influjo frente todas las demás personas, restringía sus efectos a la relación existente entre el poseedor justo y el injusto. El primero tenía frente al segundo el derecho de hacerse justicia por sí mismo, al igual que frente al detentador que poseyese en su nombre (véase iv); podía, por su propia autoridad, recobrar la posesión, siempre que no fuese a mano armada (*vis armata por oposición a la violencia permitida: vis simplex o quotidianá*). Si tropezaba con una resistencia, reclamaba la autorización de la justicia, la cual le era concedida por una de las tres especies de interdictos posesorios, a saber: por los *interdicta RETINENDAE possessionis*, cuya idea fundamental era que el *verdadero poseedor* tiene derecho de hacerse justicia por sí mismo, y que reclamaba la defensa de la autoridad al oponérsele resistencia (*vim fieri vetó*). Muy lejos de prohibir el uso de la violencia en materia posesoria, según se ha sostenido, contenían, por el contrario,

la autorización oficial de servirse de ella. Se enlazan estrechamente con la antigua idea romana de que el derechohabiente puede hacer valer su derecho por su propia autoridad, y que no debe reclamar el auxilio de la autoridad sino cuando se estrellé contra una resistencia, en cuyo caso el adversario que la opone es castigado con una pena. Nuestro punto de vista moderno de que todo individuo que tiene un derecho contra otro debe, ante todo, seguir las vías del Derecho, era completamente desconocido de los romanos de la época antigua. Abstracción hecha de ciertas relaciones particulares, que, en razón de su carácter dudoso debían ser sometidas a la decisión del juez, y en las cuales la demanda de un juez se indicaba especialmente como particularidad del procedimiento que se debía seguir (*legis actio per iudicis postulationem*), el romano estaba convencido de la legitimidad de la justicia privada. Resulta esto con evidencia incontrastable de que, en las tres formas más importantes del procedimiento antiguo, el cumplimiento del acto de justicia privada en las formas prescriptas por la ley era la condición previa de la introducción de la instancia judicial. Esas formas mismas habían tomado de ahí sus nombres (*legis actio per vindicationem, per manus injectionem, per pignoris capionem*).

La protección posesoria se relaciona igualmente con esta antigua idea romana. No está prohibido, ni aun al poseedor natural, al detentador, mantenerse en posesión usando de la violencia, salvo una restricción relativa, que más adelante mencionaré, a propósito de la detentación, a saber, que no podía obrar de ese modo frente aquel de quien tenía su posesión. No hay en esto sino una consecuencia del principio completamente general de que la violencia puede ser rechazada con la violencia (*vim vi repellere licet*), en su aplicación especial a la relación posesoria. Pero es preciso distinguir con cuidado el empleo de la violencia con el fin de defender por sí mismo la posesión para mantener la relación existente, del empleo de la violencia con el fin de hacerse justicia, así por ejemplo, con el fin de recuperar la posesión perdida de hecho. Este último es el privilegio del poseedor jurídico (civil). Sólo él puede vencer por la vía del derecho destinada a asegurarle. Si el poseedor natural lo intenta, se verá rechazado. Es preciso que en su lugar obre aquel por quien él posee. Del mismo modo, el *injustus possessor* es rechazado cuando obra contra el *justus possessor*, porque desde el punto de vista de sus relaciones recíprocas, no es al primero, sino al último a quien corresponde el derecho de justicia privada.

#### IV

### Relaciones posesorias no protegidas

Las cosas sobre las cuales un derecho de propiedad no es posible, no pueden ser objeto de la posesión en el sentido jurídico, siendo preciso aplicar la misma regla

a los que no pueden ser propietarios (en Roma, los esclavos y los hijos de familia). Donde la propiedad no es posible, objetiva o subjetivamente, la posesión tampoco lo es. La posesión y la propiedad van de la mano: la falta de aptitud en la persona o en la cosa, en cuanto a la propiedad, implica la misma falta respecto de la posesión.

A ese motivo de exclusión de la posesión, que no tiene una gran importancia hoy, se añade otro infinitamente más importante, que ha conservado todo su valor. En ciertos casos en que el propietario ha abandonado por contrato la cosa a otro, bajo la reserva de devolvérsela ulteriormente con o sin condiciones —casos que comprendo bajo el nombre de relaciones de *posesión derivada*—, el Derecho romano concede la posesión a ciertos tenedores temporales (por ejemplo, al enfiteuta o colono hereditario), y la niega a otros (por ejemplo, al colono, al arrendatario ordinarios). La negativa de la posesión, en esos casos, es cosa que puede producirnos no pequeña sorpresa. Aquel que se ha apoderado de la posesión de una cosa, verbigracia, el ladrón, el bandido y el que se ha procurado con violencia la posesión de un inmueble, obtienen la protección del derecho; mientras que aquel que la ha obtenido de una manera justa no es protegido: está, en cuanto a la relación posesoria, destituido de todo derecho, no sólo frente a tercero, sino frente a quien con él se ha obligado por contrato a dejarle la cosa durante el término del arriendo o alquiler. Si se le reclama antes de la expiración del arriendo, debe restituirla; de otro modo se hace reo de una desposesión que habrá de costarle cara. Sin duda puede intentar inmediatamente la acción del *contrato* y reclamar daños, pero debe restituir la cosa hasta sin oponerse: el arrendador tiene contra él el derecho de hacerse justicia, y, en casq necesario, proceder contra él con el posesorio. Los juristas romanos dan como explicación de esto, que el colono posee por el arrendador, en su nombre (*alieno nomine possidere*), que no tiene posesión propia, sino meramente el ejercicio de la posesión de otro. Esta consideración se impone, desde el punto de vista que se llama la construcción jurídica, pero no explica de ninguna manera el aspecto real de las cosas. Para llegar a ese resultado, la teoría romanista ha seguido el camino de las deducciones lógicas. Para la posesión, dice, es preciso en la persona del poseedor la misma voluntad que en la del propietario (*animus domini*). Esta voluntad existe en el propietario real y también en el putativo y en el supuesto, es decir, en aquel que, despreciando la propiedad, se ha apoderado de la cosa de otro, tal como el ladrón, el bandido, y, en punto a inmuebles, el *dejiciens*. En cambio no existe en aquel cuya posesión se deriva del propietario, y que por lo mismo reconoce la propiedad de otro. Con respecto a la posesión, desempeña simplemente el papel de un representante que quiere tener la cosa, no para sí, sino para el propietario. Fácilmente se ve de qué manera se violenta aquí la noción de la representación, porque, en realidad, el colono no tiene intención de detener la cosa para el arrendador, sino para sí. La idea de la representación en materia posesoria no es exacta más que cuando se ha recibido la cosa exclusivamente en interés



de aquel que la ha dado, por ejemplo, para guardarla (*depositum*), para entregarla a otro (*mandato*), en las relaciones entre amo y criado; en fin, según el nombre que yo creo debe dársele, en la posesión *por procurador*. El que se niegue en esos casos a aquel que tiene la cosa toda protección posesoria contra el dueño de la posesión, es un resultado invencible de la dependencia necesaria del representante respecto de su amo o dueño: el sistema contrario le concedería una independencia que no se concilia fácilmente con el fin de la relación. Pero en los casos en que la cosa es dada a aquel que la tiene, por sí mismo —y que yo comprendo bajo el nombre de posesión interesada—, la idea de una representación es inexacta. Debemos referirnos aquí a una disposición del Derecho romano que no puede deducirse por vía de consecuencia jurídica, y que más bien se debe procurar justificar por motivos prácticos. Añádase a esto que en una porción de casos de posesión interesada, el Derecho romano concede la posesión en lugar de la detentación que resultaría de la teoría del *animus domini*, y se tendrá de ese modo la prueba de que no se ha tomado el punto de vista que le atribuye la teoría.

En realidad, las consideraciones de carácter práctico son las que aquí han influido para hacer inclinarse la balanza. Las he expuesto de una manera más detenida en un libro sobre la Voluntad en la posesión (*Besitzwillen*, Jena, 1889. Ns. XVI-XVII). En las relaciones entre arrendadores y arrendatarios o colonos, la falta de protección posesoria del tenedor debía conservar en el propietario la posibilidad de lanzarle en todo tiempo, y esto en atención a un interés doble; primeramente para poder aprovechar cualquier venta que durante el arriendo se presentara, y además para poder librarse en todo momento de un colono incapaz o de un inquilino pendenciero o desagradable.

La falta de protección posesoria no priva, sin embargo, de todo derecho al simple tenedor. Fuera del derecho de mantenerse por sí en posesión, que no se le niega, ni aun a él, el Derecho romano le concede, en atención a los atentados contra su posesión (perturbación o despojo) varias acciones; sólo que no se trata de acciones posesorias propiamente dichas. De donde se sigue que éstas tienen una naturaleza particular que explicaremos.

## V

### El motivo legislativo de la protección posesoria

Sí es extraño que el Derecho romano niegue la protección posesoria al colono o al inquilino, no lo es menos que se la reconozca al poseedor injusto. ¿Por qué? Savigny, cuya opinión puede considerarse hoy como dominante, responde: en interés del sostenimiento de la paz y del orden público. Esta consideración de *policía*, llámé-

mosla así, parece ser de una notoria evidencia, pero no se armoniza con el aspecto que reviste la protección posesoria en el Derecho romano. Según esta consideración, el poseedor natural y las personas incapaces de poseer deberían tener igualmente un derecho a ser protegidos, porque es perfectamente indiferente que sea en su persona o en la del poseedor jurídico en donde se procura la defensa de la paz y del orden público. Se ha dicho también: la posesión se protege en vista de la personalidad, o bien; en atención a la voluntad de la persona. Atentar o herir una relación posesoria en la cual se ha realizado, y en cierto modo incorporado la personalidad (o la voluntad), es atentar o herir a esta personalidad misma. Dirigir un atentado contra la relación posesoria, es lesionar la personalidad. Lo mismo puede responderse a esta consideración. Puede estimársela como perfectamente exacta desde el punto de vista de la filosofía del Derecho o de la legislación, pero no se armoniza con el Derecho romano. Según ella, los tenedores y los hijos de familia deberían por igual poder reclamar la protección posesoria, porque al fin son tan personas y tan capaces de voluntad como el poseedor jurídico.

Sólo de una manera puede explicarse satisfactoriamente el aspecto de la protección posesoria en el Derecho romano, y es diciendo que ha sido instituida a fin de *aliviar y facilitar* la protección de la propiedad. En vez de la prueba de la propiedad, que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (*reivindicatio*), le bastará la prueba de la posesión, frente a aquel que se la ha arrebatado inmediatamente.

¿Puede, según esto, la posesión representar la propiedad? Sí, porque es la propiedad en su estado normal —la posesión es la *exterioridad*, la *visibilidad* de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular, el poseedor es al mismo tiempo el propietario; los casos en que no lo es constituyen una ínfima minoría. Podemos, pues, designar al poseedor como el *propietario presunto* y se comprende muy bien de un lado que el Derecho romano haya declarado esta presunción de propiedad —esta a *prima facie*, como dice el Derecho inglés— suficiente contra el demandado allí donde sólo se trata de rechazar los ataques a la propiedad, y de otro que cuando la cosa se encuentra en manos de un tercero y el demandado tiene a su favor la presunción de la propiedad, haya exigido que tal presunción no pueda destruirse más que por la propiedad. La acción posesoria nos muestra la propiedad a ía defensiva, y la reivindicación a la ofensiva. Exigir de la defensiva la prueba de la propiedad, sería proclamar que todo individuo que no está en estado de procurar la prueba de su propiedad —lo cual es imposible en muchos casos, quizá en la mayoría, cuando se trata de muebles— se halla fuera de la ley; cualquiera puede arrebatarle su propiedad.

La protección posesoria aparece así como un *complemento indispensable* de la propiedad. El derecho de propiedad sin la acción posesoria sería la cosa más imperfecta del mundo, mientras que la falta de la reivindicación apenas le afectaría, a no considerar la cuestión más que en su aspecto práctico. Nuestro derecho actual la he puesto fuera de uso en un gran número de casos. La organización de la propiedad, de hecho, no descansa tanto en el derecho de la propiedad y en la acción reivindicatoria, como en la seguridad de la posesión, la cual, en verdad, descansa a su vez menos en la acción posesoria de derecho privado que en la pena de derecho criminal. El punto de vista que acabamos de exponer, figurándonos la protección posesoria como una facilidad para proteger la propiedad, expresa perfectamente la idea romana relativa a la significación de la posesión. Resulta esto de la proposición antes anunciada; allí donde la propiedad no es posible, la posesión tampoco lo es, proposición que de otro modo no tendría sentido. No se explica más que por el hecho de que la posesión se considera como la exterioridad de la propiedad que el derecho debe proteger. Donde no se puede concebir jurídicamente la propiedad, no puede haber cuestión acerca de la presunción de propiedad que constituye la base de la protección posesoria. No creo necesario reproducir aquí las demás razones que para fundar esta opinión he expuesto con gran detenimiento en otra obra (*Grund des Besitzschutzes*, Jena, 1869).<sup>91</sup>

Si para ser protegido como poseedor basta demostrar su posesión, esta protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario. La protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido. Tal consecuencia es absolutamente inevitable. El derecho debe aceptarla por encima de todo, para alcanzar su fin de facilitar la prueba de la propiedad. Para evitar tal consecuencia, sería preciso abrir la puerta a la cuestión de derecho, debiendo ocurrir esto en el procedimiento posesorio. El carácter esencial de éste es que la cuestión de derecho quede anulada para las partes. Ninguna de ellas tiene necesidad, para obtener la facilidad de la prueba establecida en atención al propietario, de alegar o de probar su derecho; aun más, no se le oye, si lo alegase. Así el demandado no puede objetar al demandante que es propietario o que tiene un derecho de obligación sobre la cosa (*excepciones petitorias*), y el demandante no puede suplir las lagunas de la prueba de: su posesión por la alegación de su derecho de propiedad. En ese sentido, pero sólo en ese sentido, es en el que lo juristas romanos dicen: la propiedad y la posesión no tienen nada de común y no pueden ser confundidas.

Sobre la aplicación rigurosa de esta regla descansa la diferencia del posesorio y del petitorio (*interdicta possessoria y petitorium iudicium*). En aquél se trata sólo de la

9 <sup>1</sup> En español: *Teoría de la posesión, Del fundamento de la protección posesoria*, traducción con prólogo y notas de A. Posada, 1892.— (N. del T)

cuestión de la *posesión*; en éste se trata exclusivamente de la cuestión de derecho, por lo que se comprende, hablando el lenguaje de la práctica, que la decisión del posesorio no *prejuza* la del petitorio; es decir, que la parte que ha sido vencida en el primero puede aún triunfar en el segundo, y viceversa. De este modo es posible que el no propietario triunfe en el posesorio contra el propietario. La institución hecha para éste se resuelve en su contra. Pero no sucumbe, porque la reivindicación le proporciona el modo de dar fin en cualquier momento a la posesión provisionalmente protegida de su adversario. Esos efectos que exceden del fin legal de las instituciones jurídicas, son, hay que reconocerlo, incorrecciones que el legislador debe aceptar sin remedio; es como la lluvia, que riega lo mismo a los que la necesitan que a los que no la necesitan. Semejantes incorrecciones se reproducen en más de una institución, sobre todo en aquellas que tienen por objeto facilitar la prueba. A modo de ejemplo citaré los títulos al portador y los certificados. Introducidos a favor del interesado, para facilitarle la prueba de su derecho, aprovechan también a quien se ha procurado los títulos de una manera injusta. Cuando se trata de semejante falsedad en las pruebas, hay que elegir entre dejar que el que no tiene derecho se escurra al lado del derechohabiente, o para excluir a aquél negar a éste la inapreciable ventaja que supone el empleo de una prueba fácil. Los casos de la primera categoría, son tan escasos en número, comparados con los de la segunda, que no deben tenerse en cuenta. La concesión, pues, de la protección posesoria al que no tiene derecho, cuando el *fin* legislativo no atiende más que al derechohabiente, aparece como una consecuencia no querida, pero inevitable.

La teoría reinante sobre la posesión trastorna por completo la relación. Hace del reverso el anverso, y del anverso el reverso. Según ella, la protección posesoria no ha sido introducida para el propietario, sino para el poseedor como tal. Lo cual implicaba la necesidad de justificarla desde ese punto de vista. Ahora bien; acabamos de ver cuán poco concuerdan las consideraciones que al efecto se hacen (orden público, personalidad, voluntad) con el aspecto que el Derecho romano ha dado a la protección posesoria, único punto que por el momento importa. La protección posesoria del Derecho romano no puede ser comprendida más que desde el punto de vista de la propiedad, y poniéndola en relación con la seguridad necesaria de la propiedad. La especiosa objeción que se ha formulado teniendo en cuenta que los juristas previenen contra toda confusión entre la posesión y la propiedad, se destruye con advertir que no se refieren más que a la separación práctica en la aplicación judicial, que yo mismo acabo de justificar, de ningún modo a la correlación de las dos instituciones, en que ni siquiera se ocupan. He ahí una cuestión abierta para la ciencia: el desenvolvimiento histórico de la protección posesoria, así como la organización dogmática de la teoría posesoria por parte de los juristas romanos, bastan para demostrar, con toda la claridad y certeza de que puede desearse, la existencia de esta relación legislativa entre la propiedad y la posesión.

Nuestro examen de la protección posesoria ha establecido, pues, la misma relación íntima de la posesión con la propiedad que hemos encontrado desde el principio, y que al fin se ha de encontrar al examinar ulteriormente la cuestión de la existencia concreta de la posesión.

Resumiendo lo expuesto, las proposiciones sentadas hasta este momento son las siguientes:

1) La posesión constituye la condición de *hecho* de la utilización económica de la propiedad.

2) Así, el derecho de poseer es un elemento indispensable de la propiedad.

3) La posesión es la puerta que conduce a la propiedad.

4) La protección posesoria se presenta como una *posición defensiva* del propietario, desde la cual puede rechazar más fácilmente los ataques dirigidos contra su esfera jurídica.

5) Por consiguiente, se niega dondequiera que la propiedad es jurídicamente excluida.

En todas partes, pues, se reproduce la relación de la posesión con la propiedad.

## VI

### Lo posesión es un derecho

La cuestión de saber si la posesión es un derecho o un hecho, es objeto de una controversia no resuelta hasta el día en la ciencia jurídica. La opinión dominante sostiene que es un hecho, y es preciso reconocer que aparentemente toda la razón está de su parte. La posesión nace puramente de hecho, sin presuponer un derecho. ¿Cómo, pues, ha de ser un derecho? El poseedor que no tiene otra cualidad sucumbe en la lucha contra el propietario reivindicante; prueba que la posesión no es más que un puro hecho que desaparece ante el derecho. En realidad, sin embargo, eso no demuestra que la posesión no sea un derecho, sino que constituye un derecho de una especie particular, diferente por su naturaleza de todos los demás. Para aplicar a una relación jurídica una distinción teórica de carácter general, es necesario, ante todo, determinarla con precisión. Ahora bien; es lo que no se ha hecho, en punto a la distinción del hecho y del derecho por casi todos aquellos que de la cuestión han tratado. Un jurista ya muerto, Büchel, ha escrito una vasta monografía a este propósito, en la cual no ha dicho ni una palabra acerca de esta cuestión previa tan

decisiva. Y en realidad, ¿para qué? Esta distinción fundamental debe ser clara para todo jurisconsulto. Debería serlo ciertamente; pero se ha visto poco ha que no lo es. La doctrina antigua no ha hecho la más leve tentativa para fijar científicamente la noción del derecho en un sentido subjetivo. Lo que se encuentra en los tratados antiguos no es más que una paráfrasis de la expresión: derecho al término medio de equivalentes —de que he hablado en mi *Espíritu del Derecho romano*, tomo IV—. La doctrina nueva se ha referido a la primera, en la solución de esta cuestión por tanto tiempo abandonada; mas, por una fatalidad que persigue a la posesión, tal doctrina, que, según su definición del derecho hubiera debido reconocerle la naturaleza de tal, se la ha negado.

Para juzgar si la posesión es un derecho o un hecho, me fundo en la definición del derecho que he expuesto en otro lugar con gran detenimiento<sup>(10)</sup>. Los derechos son los intereses jurídicamente protegidos. Ha sido objeto de contradicción. Si la reproduzco aquí, no sólo es para poner al público al cual esta obra se dirige, en situación de formarse una idea de la naturaleza jurídica de la *posesión*, sino porque creo que precisamente mi noción del derecho puede revestir un valor especial para el economista.

Las objeciones que se han producido contra mi definición no son fundadas. No es verdad que para definir el derecho me sirvo de la noción misma que trato de definir. Sin duda, la palabra derecho se representa en la expresión “jurídicamente protegidos”; pero es con una significación muy distinta. En el primer respecto significa el derecho en el sentido *subjetivo*, y en el segundo en el sentido *objetivo*; estas dos nociones son fundamentalmente diferentes. Que se ponga en lugar de *jurídicamente protegidos*, legalmente protegidos, y todo quedará bien. Si me he valido de la primera expresión, es porque la ley no es la única fuente del derecho en el sentido objetivo; es necesario acudir al derecho consuetudinario, que no puede ser comprendido en la expresión “LEGALMENTE protegidos”.

Se ha creído poder criticar el elemento del interés (que yo opongo como elemento *sustancial* al elemento formal de la protección del derecho), diciendo que, según las circunstancias, un derecho puede no tener el menor interés para el derechohabiente, y, sin embargo, estar protegido como tal. Así se razona, por ejemplo, en la crítica hecha recientemente por Kuntze<sup>(11)</sup>. Esta crítica se funda en una confusión que no se me podrá atribuir, porque he indicado suficientemente la diferencia. Es necesario haber leído muy por encima mi libro para atribuirme una opinión contra la cual me mostraba yo mismo tan prevenido. En mi definición me refería al interés abstracto,

10 Obra citada, LV, Parr. 70 y 71.

11 Zur Besitzlehre. Für und wider Rudolf v. Ihering. Leipzig, 1890, págs. 77 y sgtes.

que es decisivo para el legislador en el establecimiento de todos los tipos jurídicos sin excepción. He dicho expresamente que la medida de este interés varía según el horizonte de los intereses del pueblo y de la época; que el juicio sobre la cuestión de saber si ciertos intereses son dignos de protección y la necesitan, se modifica con la evolución de las apreciaciones del pueblo. Ciertos intereses a los cuales, en una fase inferior de la civilización, se les niega la protección del derecho, han sido admitidos por ella con el progreso de la civilización; otros la han perdido.

La cuestión de saber si en un caso particular existe el interés que el legislador juzga digno de ser protegido y que, según él, necesita serlo (*interés concreto*), no tiene importancia alguna en tesis general; la prueba de los hechos a los cuales la ley refiere el *nacimiento* del derecho, basta, sin que el demandante deba consignar el interés que tiene en hacer valer su derecho, ni que el demandado sea admitido a prevalerse de la falta de este interés. Un ciego puede prevalerse de una servidumbre de vistas; el hombre desprovisto de todo sentimiento del honor puede intentar una acción de injurias; el comodante puede pedir la restitución del libro prestado por un cierto tiempo, aun cuando el comodatario tenga mayor interés en conservarlo durante un tiempo más largo, y aquél no tenga acaso interés alguno en verlo. La decisión célebre de Ciro, que, a despecho de los derechos de propiedad, zanjaba la cuestión de los dos mantos adjudicando el mayor al más alto y el menor al más pequeño, está en contradicción flagrante con los principios superiores más incontrastables del derecho. *El derecho es en concreto absolutamente independiente de la cuestión de interés*. No es de otro modo más que en ciertos casos: en las obligaciones interesadas, como yo las llamo, por ejemplo, el mandato. En esos casos es preciso la prueba de un interés concreto para dar al juez una medida de evaluación, y aun en ciertas demandas obligatorias de otra especie, este interés puede añadirse accesoriamente y llegar a ser así el objeto de la prueba. Además, en algunos casos nominativamente citados por la ley, la falta de interés se opone al ejercicio de ciertas facultades. La noción de la *argucia* y de la sutileza *legal* tiene ahí su fundamento; es el ejercicio sin *interés* y con el único fin de perjudicar a otro, de facultades que, consideradas en sí mismas, son jurídicamente fundadas. Sólo está prohibida donde la ley la prohíbe expresamente, y, por paradójico que parezca, en eso es en lo que consiste la seguridad del orden jurídico. Estaría éste sacrificado si, en principio, la persecución de los derechos, en justicia, dependiese de la prueba del interés en la persona del demandado, o bien se permitiese sólo al contrario oponer y probar la falta de interés.

Si se parte de esta definición: los derechos son los intereses jurídicamente protegidos, no puede haber la menor duda de que es necesario reconocer el carácter de *derecho* a la posesión. Hemos expuesto más arriba el interés que implica la posesión; constituye la condición de la utilización económica de la cosa. Que esta utilización

resulta así posible para el derechohabiente, como para el que no tiene derecho, no nos importa; en todo caso, la posesión presenta interés como pura relación de hecho: es la llave que abre el tesoro, y es tan preciosa para el ladrón como para el propietario. A este elemento sustancial de toda noción jurídica, el derecho añade en la posesión un elemento formal: la protección jurídica, y de este modo concurren todas las condiciones jurídicas de un derecho. Si la posesión como tal no estuviese *protegida*, no constituiría, en verdad, más que una relación de puro hecho sobre la cosa; pero desde el momento en que es protegida, reviste el carácter de relación jurídica, lo que vale tanto como derecho.

Windscheid ha querido eludir la necesidad de esta conclusión, diciendo: la posesión engendra muchas “consecuencias jurídicas”, pero eso no constituye un derecho; si no sería preciso calificar también como derechos las conveniencias y los testamentos<sup>(12)</sup>. Confunde en este caso el hecho *generador* del derecho con su efecto. Un hecho no es un derecho; la adquisición de la posesión vale en este respecto tanto como la conclusión de un contrato o la confección de un testamento. Pero cuando, como en los tres casos citados, la ley concede a un hecho consecuencias jurídicas favorables para una persona determinada, que coloca en situación de asegurárselas por medio de una acción, provoca la producción precisamente del conjunto de las condiciones legales que llamamos derecho. Al hecho de la conclusión del contrato la ley liga la *consecuencia jurídica* de que el acreedor puede reclamar del deudor la ejecución del contrato; al hecho de la confección del testamento liga la consecuencia jurídica de que el heredero instituido puede reclamar de los terceros la restitución de los bienes de la sucesión, y de los deudores de ésta el pago de sus deudas; al hecho del nacimiento de la posesión liga la consecuencia jurídica de que el poseedor puede exigir de los terceros el respeto de su situación posesoria. En los dos primeros casos denominamos la consecuencia jurídica, derecho del acreedor o de sucesión. ¿Qué motivo hay para negarle el nombre de derecho en el tercero? Si se niega el derecho de posesión sólo porque resulta como consecuencia de un hecho, es preciso también negar el derecho del acreedor y el de sucesión, porque la relación entre el hecho generador del derecho y la consecuencia jurídica es exactamente la misma, y, en efecto, no hay un solo derecho que no presuponga un hecho generador de derechos. Todos los derechos sin excepción aparecen como consecuencias jurídicas, es decir, como consecuencias jurídicamente protegidas en favor de aquellos a quienes deben aprovechar. No tengo inconveniente en conceder a quien destruya esta definición, el derecho de decir que la posesión no es un derecho: si se renuncia a eso, se admite la naturaleza jurídica de la posesión.

---

12 Pandectas, I, Parr. 160.



Sin duda un hecho puede también engendrar consecuencias jurídicas que no constituyan derechos; tales son los hechos de *extinción* (por ejemplo, la derelictio, la entrega, el pago), y los hechos modificativos de derecho (por ejemplo, la mora, la culpa, el *dolo* en las relaciones *contractuales*). Pero dondequiera que los hechos engendran consecuencias que la ley garantiza al interesado por medio de una acción especial, destinada exclusivamente a este fin, tales hechos los clasificamos (como generadores de derecho) bajo el nombre de derechos.

En la mayoría de los derechos, la confusión del hecho generador con el derecho mismo está excluida por la diversidad misma de los nombres que el lenguaje les da; por ejemplo, el contrato y el crédito, el testamento y el derecho de suceder. Pero en el lenguaje de los romanos había también expresiones que tenían los dos significados; por ejemplo, *nexum*, *obligatio*, y tal es precisamente el caso de la posesión. Del mismo modo que al *nexum* y a la *obligatio*, como acto (hecho generador de derecho), se ligaba y refería el derecho del acreedor (consecuencia jurídica), designado bajo el mismo nombre, así a la posesión como estado de hecho se liga y refiere la posesión como derecho.

Los juristas romanos tuvieron plena conciencia de ese doble aspecto de la posesión. En el primer sentido, distinguen la posesión como *causa facti*, o por medio de expresiones análogas, por ejemplo, *corporis, facti est*; en el segundo la designan como *jus possessionis, jura possessionis*, siendo por tanto difícil de comprender cómo se han podido emplear expresiones de la primera categoría, para sostener que la posesión, en sentir de los juristas romanos, no es un derecho. El aserto está desmentido por el reconocimiento formal de la posesión como derecho, y hay tan poca contradicción entre esas dos expresiones, que, muy al contrario, ponen de manifiesto el reconocimiento exacto, por parte de los juristas romanos, de la naturaleza jurídica de la posesión. En la posesión, la relación entre el hecho generador y el derecho es tan particular, que fuera de un solo caso, que mencionaremos inmediatamente no se la encuentra en ninguna otra parte.

En todos los demás derechos, y pueden citarse por vía de ejemplo como principales la propiedad y la obligación, el derecho se separa desde el momento en que ha nacido del hecho que lo ha engendrado, por ejemplo de la tradición, de la ocupación, del contrato, del delito: el hecho corresponde inmediatamente después al pasado, sólo persisten sus consecuencias. En la posesión, por el contrario, el mantenimiento de la relación de hecho es la condición del derecho a la, protección: el poseedor no tiene un derecho sino en cuanto, o mientras posee. En otros términos; en todos los demás derechos el hecho es la condición *transitoria* del derecho; en la posesión es la condición *permanente*. De ahí nace la diferencia de la prueba. En los primeros mira al

pasado; en éste al *presente*; en aquéllos no prueba más que el *nacimiento* del derecho, al cual se refiere como consecuencia necesaria su *existencia*; en este es preciso probar la existencia del derecho, y por eso no basta probar que la posesión ha nacido en tal o cual momento, porque no se estaría por ello autorizado para concluir que existe actualmente, sino que es preciso probar que la posesión existía en el momento mismo en que el atentado se ha cometido.

De este modo es cómo en la posesión, el hecho y el derecho se completan: el derecho nace con el hecho y con él desaparece; no existe más que en tanto en cuanto el hecho existe. Ocurre lo mismo con el derecho de la personalidad, el cual ha compartido la suerte del de posesión, por lo que ciertos juristas han querido, tan equivocadamente como para la posesión, negarle el carácter de un derecho. Así como la posesión se encuentra unida a la existencia del estado de hecho destinado a protegerla, así el derecho de personalidad está ligado a la existencia de la persona; nace y muere con ella: en este caso el hecho y el derecho concuerdan también completamente.

No se hubiera llegado a desconocer la naturaleza jurídica de la posesión si no se hubieran encontrado inconciliables con ella los dos hechos jurídicos que siguen. El primero es que aun el poseedor iniusto es protegido. ¿Cómo puede la injusticia engendrar el derecho? ¡Qué contradicción más grande! ¡El despojo violento está prohibido, y sin embargo, tiene por consecuencia un derecho! Pues el mismo fenómeno se presenta en materia de propiedad. El especificador, es decir, aquel que de una materia existente hace una cosa nueva, por ejemplo, el zapatero que emplea el cuero para hacer unas botas, el sastre que emplea paño para hacer un vestido, se hace el propietario de esta cosa, aun cuando la materia no le pertenezca. Igualmente, según la teoría romana sobre el derecho de caza, el que cazaba en terreno de otro contra la voluntad del propietario se hacía dueño de lo que hubiere cazado. Aquí también el hecho simple engendra el derecho. La ley no ha querido en modo alguno dar la aprobación a ese hecho y dejar el campo libre al no propietario para hacer toda clase de especificaciones y al cazador para cazar en terreno ajeno: sus disposiciones responden a la idea de que los terceros no tuvieran que sufrir por la injusticia del acto: las consecuencias perjudiciales alcanzan exclusivamente a las personas culpables, lo cual se obtiene por medio de una acción personal dirigida contra ellos. La propiedad les es reconocida, no *por ellos mismos*, sino en interés de la seguridad de las transacciones sobre la *propiedad*. He ahí una de las ideas más fecundas del Derecho romano, que además se reproduce en una porción de relaciones, en que la adquisición de la propiedad en la persona del *adquirente* puede ser atacada, sin que el vicio que entraña su adquisición alcance a la *propiedad*. Esta pasa pura e intacta de manos del adquirente actual a la corriente de las relaciones: el principio enfermizo que la atacaba en su poder, queda en él y toma la forma de una acción personal. Quien no

se dé cuenta de esta idea del Derecho romano, no podrá comprender el aspecto de la propiedad romana, ni la protección posesoria: se sorprenderá lo mismo al ver que la propiedad se conceda al propietario injusto (expuesto a la acción de rescisión) que al ver la protección posesoria concedida al poseedor injusto. Mas debe tenerse presente que la propiedad se concede a aquel, no en atención al mismo, sino en atención a los terceros que han adquirido la cosa de él, y también que la protección posesoria se concede al poseedor injusto, no por él, sino en atención al *propietario*. El fin perseguido por la ley no hubiera podido ser alcanzado si se le hubiera negado la propiedad al adquirente injusto, y la protección posesoria al poseedor injusto.

La comparación con la propiedad nos proporciona también un arma para rechazar la segunda objeción hecha contra la naturaleza jurídica de la posesión. La posesión, se dice, sucumbe en la lucha contra la propiedad, es decir, en la reivindicación; no puede, pues, constituir un derecho. Si la conclusión fuese justa, la propiedad no sería un derecho tampoco, porque en ese caso mismo sucumbe a su vez bajo la acción personal de rescisión, y hasta hay otro caso en que la propiedad, como tal, puede extinguirse directamente por la declaración de otra persona, a saber: por una reserva condicional de revocación (condición resolutoria) adicionada a la transmisión. La noción de derecho no sufre nada por la circunstancia de que otra persona pueda en cualquier momento ocasionar la resolución del mismo.

El acreedor hipotecario puede siempre poner término a la propiedad del deudor por la venta de la cosa, y el deudor puede dar fin en todo momento al derecho del acreedor pagando la deuda. Lo mismo ocurre con la posesión en su relación con la propiedad. Mientras la persona que tiene el derecho de revocación no hace uso de él, el propietario, el acreedor hipotecario, el poseedor, deben ser considerados como en su pleno derecho. La circunstancia de que la posesión, como tal, no da el derecho, sino tan sólo la *posibilidad* de hecho de usar de la cosa, no implica el desconocimiento de su naturaleza jurídica. De lo expuesto resulta tan sólo que es un derecho muy poco extenso; pero los intereses más ínfimos pueden revestir el aspecto de derechos desde el momento en que no son de la categoría de aquellos a los cuales la ley niega la protección jurídica. Ahora bien; la cuestión del interés jurídico de la posesión ha sido elevada por la ley hasta colocarla fuera de toda discusión, por el hecho sólo de haberle concedido la protección jurídica. De este modo la posesión ha sido reconocida como un interés que reclama protección y digno de obtenerla; y todo interés que la ley protege debe recibir del jurista el nombre de derecho, considerando como *institución jurídica* el conjunto de los principios que a él se refieren. La posesión, como relación de la persona con la cosa, es un *derecho*; como parte del sistema jurídico, es una *institución de derecho*.

## VII

## Lugar de la posesión en el sistema jurídico

Después de lo dicho, ese lugar se presume. La posesión aparece como una relación *inmediata* de la persona con la cosa; pertenece, pues, al derecho de las cosas. No existe acuerdo para determinar si ha de clasificarse antes o después de la propiedad. Dado su fin legislativo, según lo dejo expuesto, y no viendo en ello más que un complemento de la protección de la propiedad, debe considerarse después de la propiedad, porque es preciso exponer la insuficiencia de la propiedad para hacer comprender la necesidad de la protección posesoria. La propiedad es el eje de todo el derecho de las cosas. Relaciono con ella, en primer término, dos instituciones que designo como *instituciones paralelas*, porque, como la propiedad, abrazan extensivamente la cosa entera, pero con una energía intensiva menor; puede denominárselas, en rigor, como instituciones de socorro de la propiedad, habida cuenta la importante facilitación de la prueba que procuran al propietario. Son éstas la protección posesoria y la propiedad putativa (*bonae fidei possessio*). Con éstas se relacionan luego los derechos llamados reales sobre la cosa de otro, es decir, los derechos revestidos de la protección absoluta (*jura in re aliena*), que abrazan la cosa, no por entero, sino sólo en ciertas direcciones, y que por esto denomino *desmembraciones* de la propiedad.

## VIII

Nacimiento y extinción de la posesión (existencia concreta),  
condición de la voluntad

La simple proximidad local (en el espacio) de la persona respecto de la cosa no crea ya la posesión; es preciso para esto la *voluntad (animus)* que establece un lazo entre ellas. La adquisición de la posesión, según la teoría de los juristas romanos, no puede ser procurada sino mediante un acto especial de la voluntad de la persona, dirigida hacia ese fin (*acto de aprehensión*); solamente para las personas incapaces de voluntad (menores, locos) basta el acto del tutor. El Derecho romano no conocía la adquisición de la posesión *ipso jure*, ni aun en el caso de sucesión. El heredero debe empezar por adquirir la posesión, mientras adquiere la propiedad por la sola adición de la herencia.

Según la teoría reinante, esta voluntad debe tender a poseer la cosa como o a la manera de una cosa propia (*animus domini*). A la falta de semejante voluntad es a la que en ciertos casos, según parece, se debe conceptuar como posesión, no en el sentido jurídico, sino en el natural (detención, mera tenencia). Esta doctrina es falsa: la verdadera explicación de la diferencia está, no en la naturaleza particular de la voluntad de poseer, la cual no tiende nunca más que a la aprehensión de la cosa,

sino en la disposición legal, que, según la diversidad de la relación (*causa possessionis*), hace nacer, ya la posesión, ya la detentación o tenencia. La simple *declaración* de la voluntad no es suficiente, según el Derecho romano, para hacer adquirir la posesión: es preciso la *manifestación real* de la voluntad: *adipiscimur possessionem*, dice un jurista romano, *CORPORE ET ANIMO*, *neque per se animo* (simple declaración de la voluntad), *neque per se corpore* (mera proximidad en el espacio). Así los juristas romanos no admiten que tengamos la posesión de las cosas caídas en nuestro fundo, o que en él se han depositado, ni de las que se han dejado olvidadas en nuestra casa, etc. El poseedor anterior que viene recogerlas no comete, pues, un despojo respecto de nosotros.

Pero la voluntad puede preceder a la apropiación corporal; por ejemplo, en la adquisición de la posesión de la caza o de la pesca que cae en nuestras trampas o lazos, anzuelos o redes, así como en las cosas que pedimos y que durante nuestra ausencia han sido depositadas en nuestra casa o dejadas en nuestro fundo; en estos casos hay, según la terminología moderna, adquisición de la posesión por custodia. Lo propio ocurre en la adquisición de la posesión por representante. En todos esos casos no es preciso el acta de aprehensión por el poseedor mismo; porque la relación de hecho existe y la voluntad del poseedor se ha manifestado de antemano.

## IX

### La apropiación corporal de la cosa

Se designa hoy con el nombre de *corpus*, la relación exterior de la persona con la cosa establecida por la aprehensión. Los juristas romanos, por el contrario, no se servían de esta expresión más que para designar la manifestación de la voluntad en el acto de aprehensión. El *corpus*, según la teoría dominante, es el poder *físico*, o la supremacía de hecho sobre la cosa. Tal es la noción fundamental según la teoría, actual. Es absolutamente errónea, según puede verse en mi obra ya citada sobre el *Fundamento de la protección posesoria*. Si los romanos se hubieran dejado guiar por ella, hubieran debido admitir la posesión de los hijos de familia; porque precisamente respecto de ellos se ha inventado la expresión técnica para designar el poder, potestas, y hubieran debido reconocer en el bandido la posesión sobre el hombre libre que ha hecho prisionero con el fin de obtener un rescate, porque éste se encuentra incontestablemente en su poder. Pero nada de eso han hecho, y bien sabían por qué: no se puede ser propietario de hijos ni de personas libres, y donde la propiedad no es posible, la posesión tampoco lo es. ¿Por qué? Porque la posesión no es el poder físico, sino la exterioridad de la propiedad.

Este punto de vista decisivo para los casos donde es preciso rechazar la posesión, no lo es menos para aquellos en que es preciso admitirla.

Que se pregunte cómo el propietario suele obrar con sus cosas, y se sabrá cuándo es preciso admitir la posesión y cuándo se debe rechazar. La aptitud del propietario varía según la diversidad de las cosas. Por razones que no hay para qué exponer, tiene en su casa, y las conserva en ella, la mayoría de las cosas muebles: son estas las cosas que se pueden ocultar. Pero ciertas cosas no pueden guardarse de ese modo; su destino económico exige que estén al descubierto: las hierbas, el heno, la paja en el campo, la madera cortada en el bosque, la turba, el carbón al lado de la mina, las piedras en la cantera, los materiales de construcción al pie de la obra. A esta categoría pertenecen también los animales domésticos que van y vienen en libertad, el ganado en los pastos, y entre los romanos los esclavos. En todos esos casos, no hay poder físico sobre la cosa: la seguridad del poseedor no se funda en que se halle en situación “de excluir la acción de las personas extrañas” (Savigny), sino en que la ley prohíbe esta acción: descansa, no sobre un obstáculo físico, sino jurídico.

Esta diferencia se reproduce también en las cosas inmuebles. Las unas se hallan defendidas por obstáculos mecánicos (muros, verjas, empalizadas, etcétera), como las casas, jardines, solares para edificar, etc. Las otras están abiertas y libres, accesibles a la acción de los terceros lo mismo que a la del poseedor. Sostener que existe un poder físico sobre las cosas en el poseedor, es decir una enormidad tan diametralmente contraria a la idea que según el lenguaje se tiene de la expresión poder, que me parece excusado refutarla.

¿Por qué la posesión se protege por el derecho? No es ciertamente para dar al poseedor la alta satisfacción de tener el poder físico sobre una cosa, sino para hacer posible el uso económico de la misma en relación con sus necesidades. A partir de aquí, todo resulta claro. No se recogen en su casa los materiales de construcción, etc., no se depositan en pleno campo el dinero, los muebles, las cosas preciosas y demás. Cada cual sabe lo que debe hacer de esas cosas, según su diversidad, y este aspecto normal de la relación del propietario con la cosa constituye la posesión.

Tal es la noción que ha guiado a los romanos, aunque no lo hayan expresado en ninguna parte, ni en sus reglas sobre la adquisición y sobre la extinción de la posesión, ni en sus decisiones jurídicas. Para los que son extraños al Derecho, la exposición de esas reglas y la prueba de que están conformes con la noción indicada, no tendría interés alguno; pero es necesario, sin embargo, que yo demuestre, en dos puntos, la verdad, y al propio tiempo el valor de la misma.

Ante todo, importa poner en claro la ventaja que presenta la noción que acabo de dar sobre el poder físico. Para ciertas cosas, el punto de vista del poder físico es perfectamente exacto. Son aquellas que para asegurarlas se deben tener guarda-

das, bajo su protección, bajo llave, y para las cuales semejante modo de conservación constituye el aspecto normal de la relación. Estas cosas son las que se pueden *guardar y defender*. Pero si ese punto de vista es exacto, no es a causa de las cosas mismas, sino porque ese modo de tenencia constituye para esas cosas la *forma económicamente obligada* de su relación exterior con la persona. El poder físico y la utilización económica se corresponden por completo en ese caso. No es a este aspecto de la relación al que se ha referido originariamente la noción de la posesión, según resulta de la misma etimología de la palabra posesión (*possidere, de sedere*). El aspecto visible de la relación (*CORPORALIS possessio*, o también *NATURALIS possessio* en el lenguaje romano) es el que ha servido aquí, como en lo demás, de punto de partida al lenguaje. El progreso del pensamiento jurídico ha despojado de un modo creciente la noción de la posesión de este aspecto material, sacando del *corporaliter* o *naturaliter possidere*, un *civiliter possidere* con el mismo sentido, pero sin cuidarse los jurisconsultos romanos de adaptar la fórmula doctrinal de la noción de la posesión, al progreso de su aspecto real. La doctrina romanista no ha dado un paso más hasta el día: se ha limitado a conservar la noción material originaria. Sus esfuerzos para conciliar ésta con el desenvolvimiento real de la posesión en el derecho nuevo, aseméjase al intento de hacer entrar el cuerpo de un hombre maduro en los vestidos que usara cuando niño; los vestidos estallarían por todos lados. Para no ver esto, sólo hay un medio, el cerrar los ojos, que es lo que la teoría romanista ha hecho, con tan especial cuidado, que, según ella, hay poder físico sobre la cosa en casos en que un hombre con ambos ojos bien abiertos no puede descubrir de la misma ni la más leve apariencia. El error cometido por dicha teoría, podemos ya resumirle en breves palabras: ha dado un valor absoluto a un punto de vista que es de una verdad relativa, es decir, limitada a ciertos casos: ha perdido de vista que esta verdad relativa no tiene en sí misma su razón de ser, sino que es *derivada*; es decir, que el punto de vista del poder físico no tiene una significación para la posesión, más que porque ese poder es exigido en ciertos casos para su utilización económica. Tomando, en fin, por base y refiriendo en su virtud la noción de posesión a la existencia de una relación conforme a ese fin, entre la persona y la cosa, obtenemos dos formas de la relación de la posesión.

1) Sobre las cosas que se pueden guardar y defender. — Relación de poder (físico) sobre la cosa.

2) Sobre las cosas libres o abiertas. — No hay relación de poder.

El otro punto mediante el cual yo quiero mostrar a las personas extrañas al Derecho la exactitud y el valor de mi noción de la posesión, es la posibilidad que ofrece y que sólo ella puede ofrecer a los *terceros*, para reconocer si hay posesión. Este punto

ha pasado completamente inadvertido para la teoría romanista, y si no tiene un gran interés en Derecho privado, tiene una gran importancia en materia penal.

Supongamos dos objetos que se encuentran reunidos en un mismo sitio: unos tordos cogidos por un lazo en un bosque, o en un solar en construcción, los materiales, y al lado una petaca con cigarros. El hombre más ordinario sabe que resultará culpable de un robo, si recoge los tordos, o algunos materiales, pero que nada tiene que temer si recoge los cigarros. El hombre honrado deja en su sitio los tordos y los materiales, y coloca en su bolsillo la petaca con el objeto de buscar al dueño, o, de no poder encontrarle, entrega el objeto a la policía. ¿Cuál es el motivo de este modo distinto de proceder? Respecto de la petaca, cada cual se dirá: se ha perdido: ocurre esto contra la voluntad del propietario, y se le vuelve a poner en relación con la cosa, en diciéndole que se ha encontrado. Respecto de los tordos y de los materiales, sabido es que la posición en que se encuentran tiene su causa en una disposición tomada por el propietario. Esas cosas no podrán ser encontradas, porque no están perdidas: serían *robadas*. El hecho de recogerlas constituye por sí mismo un ataque a la propiedad, y, por tanto, una violación de la ley penal. El hecho de recoger la petaca con los cigarros es en sí jurídicamente indiferente: la conducta ulterior de su autor es la que puede decidir si ha cometido una violación de la ley, y tal violación constituye en este caso una retención de objetos encontrados, porque el ataque a la propiedad de otro resulta sólo de la apropiación subsiguiente de la cosa.

El hombre extraño al Derecho advierte por sí mismo que la diferencia en la apreciación jurídica de esos dos casos resulta de la diferencia de la relación posesoria, y esta diferencia debe evidentemente ser bastante manifiesta para que no pueda pasar sin ser notada ni aun por el común de los hombres; de otro modo, la ley no hubiese podido tomarla como base de sus disposiciones. Y de hecho, salta a la vista, pero es tan sólo porque la mayoría de las gentes se deja guiar en esta materia por mi noción, cuya exactitud y simplicidad reciben de este modo la demostración más palmaria.

Afirmando que la petaca está *perdida*, se dice: la relación normal del propietario con la cosa está perturbada: hay una situación *anormal*, y quiero hacer por mi parte cuanto pueda para que cese. Al ver los tordos y los materiales, se dice: se encuentran en la posición querida por el propietario, situación *normal*. Ahora bien; lo que eso significa es que hasta el hombre ordinario juzga la cuestión de posesión según el *destino económico* de la cosa, es decir, que aplica en su juicio mi noción de la posesión. Los tordos cogidos en el lazo y la madera al pie de la obra, so encuentran colocados en la posición conforme a su *destino económico*: la petaca, no; es contra su destino económico estar por tierra en pleno campo. Esto basta al hombre ordinario para proceder



con una corrección perfecta, sin que tenga la menor idea de la noción de posesión. El jurista le enseña que la ha aplicado de hecho: en el primer caso había posesión, en el segundo no.

Que se haga ahora la misma experiencia, partiendo del supuesto del poder físico sobre la cosa. Nos deja sin criterio posible: ¿cómo reconocer si hay o no poder físico? Si existe para los tordos y los materiales, es preciso decir lo mismo de los cigarrillos, porque se encuentran en idéntica posición exterior. Si no existe para la petaca, es necesario afirmar lo mismo para las otras cosas. Supongamos que un hombre cualquiera desea guiarse, en este supuesto, por la noción dominante. Quisiera que se nos dijese lo que haría. El jurista no estaría menos perplejo; pues tampoco podrá saber cómo procederá, si no empieza por abandonar su noción de la posesión, tomando la nuestra. Su conducta real desmentirá su fórmula teórica, según la cual, la posesión es una relación de poder físico.

Añadiré otro ejemplo para comparar las dos nociones de la posesión.

En los pueblos de la montaña, la madera para el fuego que se ha cortado en el bosque se lanza al río: más abajo se recoge con presas y se retira. No puede hablarse aquí de un poder físico del propietario, y sin embargo, la posesión continúa. ¿Por qué? Por la misma razón que para los materiales; la posición en la cual se encuentra la madera que flota, está impuesta por consideraciones económicas, y en este caso, también cualquiera sabe que no puede recogerla sin ser culpable de robo. Pero el río recoge en sus corrientes otros objetos: sillas, mesas, etc. También en este otro caso el hombre ordinario sabe muy bien que puede retirar esas cosas del agua y ponerlas a buen recaudo sin ser por eso culpable de robo. El motivo de la distinción es el mismo que en los otros casos antes examinados. Desde el *punto de vista económico*, la flotación de la madera es un hecho *normal*, la de las sillas y mesas *anormal*. En el primer caso hay posesión, en el segundo no.

¡La posesión se reconoce así exteriormente! Los terceros pueden saber si la relación posesoria es normal o anormal. Cualquiera puede apreciar de ese modo el valor de la noción que yo he sentado acerca de una de las cuestiones más importantes de la teoría posesoria. La teoría reinante no nos presta auxilio alguno; se limita a enseñar al poseedor si continúa poseyendo, pero nada nos dice de cómo los terceros deben reconocer si posee o no.

He hablado hasta ahora de la perturbación de la relación normal de la persona con la cosa, y estimo necesario añadir todavía una advertencia. Según el Derecho romano, la perturbación normal no hace perder la posesión inmediatamente, sino sólo cuando el poseedor ha abandonado o no ésta en situación de restablecer la re-

lación perturbada con la cosa. Si lo logra, se reputa que la posesión no se ha perdido. Por vía de ejemplo citaré el caso en que ha perdido una cosa, en que la ha dejado olvidada en casa de otro, o en el que su rebaño se ha extraviado. Si deja de hacer las diligencias necesarias para recobrar la posesión, el Derecho romano le priva de ella, resultando así un *abandono* de la posesión; no ha demostrado el verdadero interés que caracteriza al poseedor (pérdida de la posesión *voluntaria*). Si sus diligencias no alcanzan buen éxito, su posesión se *pierde* (pérdida de la posesión *contra* su voluntad). Ocurre exactamente lo mismo con el despojo de las cosas inmuebles. Si el poseedor restablece inmediatamente la antigua relación, la posesión se estima como no perdida; si no, se pierde, salvo que en este caso hubiese, según el Derecho romano nuevo, despojo violento.

Hay una fase particular en la existencia de la relación posesoria a la cual no da la teoría reinante toda la importancia que merece, porque los juristas romanos no la señalan *in terminis*, pero que se encuentra perfectamente indicada de hecho en el Derecho romano. La posesión está *perturbada* o *amenazada*. El interés jurídico que presenta esta situación consiste en que se le da aquí al poseedor la posibilidad de defender su derecho; es una situación crítica en la existencia de la posesión, cuya continuación es todavía incierta, y depende de los acontecimientos ulteriores. En cuanto a las cosas muebles, esta situación basta perfectamente para legitimar la intervención de los terceros; así ocurre en el salvamento de las cosas perdidas; aun cuando la posesión no estaba perdida en el sentido jurídico, el propietario no había realizado ninguna tentativa para rescatar la cosa. Esta situación crítica, es decir, la perturbación de la relación posesoria basta, en mi concepto, para los terceros, porque prestando su ayuda a fin de restablecerla, no hacen más que ponerse en lugar del propietario ausente; hacen por él lo que este mismo hubiera hecho, y no hay en tal caso *ataque* a una relación posesoria existente.

## X

### La posesión de los derechos

La consideración que ha determinado al Derecho romano a poner a disposición del propietario, en los interdictos posesorios, una forma de protección más fácil, ha sido también el motivo de introducir los *interdictos cuasi posesorios*. Estaban hechos para la *servidumbre* (servidumbre personal; *usus fructus*, y *usus* y ciertas servidumbre rurales de aguas y de caminos), y para la *superficie*. El que se prevalía de un derecho semejante frente a un tercero tenía en caso de oposición, al igual que en la instancia de propiedad, que hacer la prueba de su derecho, lo que exigía en ambos casos, no sólo la prueba del acto de establecimiento, sino también la de la propiedad del autor.

El pretor le dispensaba de esta prueba cuando había ejercitado antes su derecho sin oposición, y luego era perturbado en él. A su instancia, en efecto, le daba un interdicto que prohibía al adversario continuar perturbándole. El demandado no era admitido a sostener que el demandante no tenía derecho alguno, al igual que en los interdictos posesorios propiamente dichos: la única objeción que podía hacer, era, como en éstos, que la posesión estaba viciada, es decir, que el demandado había ejercitado el derecho clandestinamente, sin él saberlo (*clam*), contra su voluntad declarada (*vi*) o sólo con su autorización dada bajo reserva de revocación (*precario*). Ambas partes quedaban libres, cuando habían sucumbido en esta instancia, de disputar el derecho; la decisión en el posesorio no perjudicaba al petitorio; el carácter de la acción posesoria comparada con la acción petitoria era severamente observado, tanto con relación a la restricción del litigio en la cuestión de posesión, como respeto de la falta de influjo de su decisión sobre la cuestión de derecho.

La protección del derecho se concede aquí también a un *estado de puro hecho*. Pero no todo *estado de hecho tiene derecho* a esta protección. Durante años mis gallinas han podido buscar su alimento en el jardín del vecino, o mis criados han podido arrojar los desperdicios en su terreno, y, sin embargo, no tengo derecho a la protección posesoria, esto es, al mantenimiento provisional de la situación hasta la decisión en justicia: por el contrario, si yo no obedezco a la prohibición del vecino, él es el que tiene una acción posesoria para atender a sus derechos. Pasa esto de muy otra manera cuando, sin oposición de su parte, he hecho uso del camino que pasa por sus fincas o enviado mis caballos a su abrevadero. ¿Cuál es la causa de semejante diferencia? Radica en la relación de la posesión con el derecho. Lo que se protege en la posesión no es el estado de hecho como tal, sino un estado de hecho que puede tener por base un derecho, y que, por consiguiente, puede ser considerado como el ejercicio o la exterioridad de un derecho. Así, los juristas romanos designan muy exactamente este estado como *juris possessio*. En rigor, se debería colocar en el mismo lugar la posesión del propietario, porque contiene igualmente el ejercicio, la exterioridad de un derecho, de la propiedad. Pero los juristas romanos la designan con la expresión de posesión, pura y simplemente, o cuando quieren distinguirla de la *juris o quasi possessio*, por medio de la expresión *corporis possessio*, ocurriendo lo mismo con las expresiones modernas *posesión real* y *posesión jurídica*.

Así como la propiedad debe ser posible para que se pueda admitir la posesión de las cosas, así es preciso también que un derecho sea posible para que se pueda admitir la *possessio juris*. Allí donde un *jus*, en el sentido de la teoría romana, no se admite *in thesi*, el estado de hecho no es protegido sino cuando la propiedad es jurídicamente imposible en cuánto a la persona o la cosa. A nuestra regla general ya enunciada, donde no hay propiedad no puede haber posesión, corresponde la regla:

*donde no hay derecho no puede haber posesión de derecho*, o sea, en el lenguaje procesal: donde no hay petitorio no puede haber posesorio. Por este motivo es por lo que en los dos primeros casos citados antes se niega la protección posesoria. En efecto, esos actos no pueden, según la teoría romana de las servidumbres, formar el objeto de una servidumbre. En los otros dos, en los que se puede encontrar el objeto de una servidumbre, la protección se concede, pero sólo a aquel en cuya persona puedan tales actos considerarse como derechos, esto es, en el propietario del fundo, y no, por ejemplo, en sus domésticos o en el peatón del correo que ha pasado durante años por el camino. Si la ejecución material de los actos fuese suficiente, debería concedérseles al igual que al propietario del fundo, y debería negársele a este último, si a consecuencia de parálisis no hubiera podido pasar por ese camino. Pero esas gentes no han hecho más que pasar, *no han ejercitado un derecho*; en cambio él ha ejercitado el derecho aunque no haya *pasado*, porque lo han hecho aquéllos en su lugar.

Se puede, pues, considerar que la *cuasi posesión* implica una *pretensión de un derecho*. Que el derecho exista es indiferente, lo mismo que en la protección posesoria del propietario: basta para la protección posesoria la posibilidad del derecho y la exterioridad de su ejercicio. Si en la posesión de los derechos, al igual que en la de las cosas, la protección posesoria aprovecha aun al que no tiene derecho, esto no es más que una consecuencia inevitable; no hubiese sido posible concedérsela al derechohabiente, sin que de ella participase el que no tiene derecho; está en rigor establecida en favor del primero: el segundo no es más que un parásito que el Derecho no puede extirpar. La inteligencia de toda la teoría posesoria descansa en la proposición siguiente: *la protección posesoria ha sido introducida en favor del que tiene el derecho: en el poseedor se trata de proteger, al que tiene derecho*.

La posesión de los derechos es de una gran importancia para la teoría posesoria. Una verdad que no siempre se ha visto clara con motivo de la posesión de las cosas, a saber, que la posesión no es el poder físico sobre la cosa, sino el ejercicio, la exterioridad del derecho, es manifiesta aquí con una claridad tal que es imposible desconocerla. Los actos de ejercicios aislados que el derechohabiente de una servidumbre verifica en las fincas de otro, de ninguna manera pueden ser mirados como una relación de poder. Ni los mismos partidarios de la teoría del poder físico lo han intentado nunca. La mera circunstancia de que el poder físico sobre el fundo sirviente está reconocido en el propietario, se opondrá desde luego: el poder no está conferido por adelantado; no puede disponerse de él, y el poseedor del derecho debe contentarse con algo menos. No se ha advertido aquí que ese menos puede ser equivalente al todo. Cuando una persona ha concedido a otra una servidumbre de pasto en una dehesa, los actos que uno y otro realizan son exactamente los mismos: ambos envían sus ganados al pasto, y nadie podrá saber, sin estar de antemano preparado,

cuál es el propietario y cuál el que obra en virtud del derecho de servidumbre, y, sin embargo, la misma relación constituye en el uno el poder físico sobre la cosa y en el otro el ejercicio de un derecho sobre la cosa de otro. La arbitrariedad que se comete estableciendo el punto de vista del poder físico, se advierte así claramente.

Una noción genérica debe ser concebida de tal suerte, que sea exacta para todas las especies que el género comprende: la noción de posesión debe comprender la posesión de las cosas y la de los derechos. La ciencia romanista no ha cumplido esta condición; vanamente se busca en ella una noción genérica que abarque las dos especies de posesiones. Se limita a yuxtaponerlas; la posesión de las cosas es el poder físico, la de los derechos es el ejercicio de un derecho. Indudablemente desflora la noción genérica cuando acomoda la transición de la posesión de las cosas a la de los derechos diciendo, que así como la posesión de las cosas entraña el ejercicio de la propiedad, la posesión de los derechos implica el ejercicio de un derecho. Pero ese punto de vista sólo le sirve como una especie de puente para pasar de una especie a otra, cuando precisamente hubiera debido reconocer ahí que el punto de vista del ejercicio del derecho contiene la idea fundamental de toda la teoría posesoria, es decir, la idea genérica de la posesión. Bajo ese aspecto, la posesión de los derechos es del más alto valor científico; ante ella no queda otro recurso que transportar la noción del ejercicio, o, en mi lenguaje, de la exterioridad del derecho, que no puede discutirse, a la posesión de las cosas, o bien, colocarlas una al lado de la otra, como dos formaciones separadas, que no tienen entre sí de común más que el nombre de posesión, sin tener lazo intrínseco alguno, o en otros términos, renunciar a establecer una noción genérica. Si el punto de vista del poder, fuese completamente exacto para la posesión de las cosas, lo que no es exacto según ya vimos, será necesario prescindir de él y reemplazarlo con otro, teniendo en cuenta que no sirve para explicar la posesión de los derechos. Sólo hay uno que tenga ese mérito, es el de la exterioridad del derecho a que me he referido; la posesión de las cosas es la exterioridad de la propiedad; la de los derechos es la exterioridad de los derechos sobre la cosa de otro.

A esta ventaja de reunir las dos especies de posesión bajo una misma noción común, se juntan otras más, que no resultan de la noción del poder físico, a saber:

*Primera.* El punto de vista de la exterioridad del derecho crea un lazo íntimo entre el hecho y el derecho; no se encuentra aquél ante éste, al modo como en el poder físico, cual elemento extraño y sin relación, sino que se presenta como un elemento proporcionado por la noción del derecho mismo; la realidad, el goce, el ejercicio del derecho y la protección que la ley concede a este estado de cosas, encuentran su justificación en la circunstancia de que en la mayoría de los casos coinciden con el derecho.

*Segunda.* Si el estado de puro hecho fuese protegido como tal, debería serlo también allí donde no pudiera ser considerado como el ejercicio de un derecho. Ya hemos visto que el Derecho romano, en este caso, niega la protección posesoria; eso sólo puede explicarse por la noción de la exterioridad de derecho.

En resumen: el Derecho romano protege en la posesión la exterioridad del derecho; ha creado esta protección en favor del que tiene el derecho, mas para procurarla tenía que permitir que de ella participase también el que no tiene el derecho, favor este último que tiene sólo un efecto pasajero, y que el derechohabiente puede soportar fácilmente, porque tiene en la acción originada en el derecho el medio de dar fin en todo tiempo a la posesión sin derecho. Para el que no tiene el derecho, la protección posesoria es sólo provisional; para el otro, contra el cual nadie puede ir por la vía del derecho para despojarlo de la posesión, la protección es definitiva. La teoría posesoria reinante ha desconocido ese fin legislativo de la protección posesoria, y en su construcción de la teoría de la posesión ha tomado por punto de partida, no al que tiene el derecho, sino al que no lo tiene. De esta suerte se ha colocado en un terreno, en el cual es imposible armonizarla con el aspecto de la posesión en Derecho romano.

## XI

### Transformación de la posesión en el desenvolvimiento del Derecho moderno

Esta transformación afecta una doble dirección: la posesión de las *cosas* y la de los *derechos*.

#### a) *La posesión de las cosas.*

La idea romana de la falta de protección del tenedor, en el caso en que la cosa le fuese entregada en su propio interés (tenencia interesada) estaba en contradicción demasiado palmaria con el sentimiento jurídico de los pueblos modernos, y en cuanto al colono, hasta con el mismo Derecho existente, para que la doctrina no se preocupase por buscar un remedio. Lo encontró en el desenvolvimiento consuetudinario insensible de dos medios de Derecho: el *summarissimum* y la *actio spoliis*. Su carácter común era el de ser concedida hasta al detentador. El primero suponía una perturbación o una amenaza en la posesión de una cosa inmueble (hasta de un cuarto en una casa) y tendía al mantenimiento del estado de cosas existente. El segundo suponía un despojo injusto de cualesquiera cosas, muebles o inmuebles, y tendía a la condenación del demandado a restituirlos. Lo demás no ofrece interés para las gentes extrañas al Derecho. Básteles notar que hay en este caso una ruptura completa con

la teoría romana. No es extraño que el romanismo ortodoxo haya prescindido aquí de todos sus anatemas. En realidad, su conducta merece plena aprobación desde el punto de vista práctico.

Tal camino se ha seguido por varias legislaciones nuevas, entre las cuales es preciso citar en primer término el *Landrecht* prusiano, que, apreciando con exactitud la importancia del elemento del interés en la cuestión de la posesión, reconocía ésta en todo individuo que en una relación de posesión derivada obtenía una cosa en su propio interés (relación posesoria interesada), y en particular al colono y al inquilino, no conservando la noción de la tenencia más que para aquel a quien la cosa ha sido entregada en vista sólo del interés del *dominus possessionis* (relación posesoria por procuración). El proyecto de Código civil alemán ha dado un paso más, concediendo la acción posesoria a todo tenedor, lo que, en mi concepto, no debe ser aprobado. Otro tanto puede decirse de la innovación, tan fuera de lugar desde el punto de vista del lenguaje, como errónea de hecho, por la cual admite, conforme a la insostenible teoría romanista sobre el *animus domini*, la distinción teórica entre la posesión (*Besitz*) y la tenencia (*Inhabuné*).

#### b) *La posesión de los derechos*

Esta posesión ha alcanzado en el desenvolvimiento del Derecho moderno una extensión extraordinaria. Le han precedido en el camino el Derecho canónico y la jurisprudencia de los tribunales eclesiásticos, que han aplicado la posesión a todos los derechos regalianos, dignidades, funciones, beneficios y diezmos de la Iglesia, siendo seguido su ejemplo por la legislación y la jurisprudencia de los tribunales seculares, hasta tal punto, que no hay una relación de Derecho público o privado que no haya sido puesta en relación con la idea de posesión, desde el momento en que ésta podía aplicarse de cualquier manera. La idea directriz era la siguiente. Todo individuo que se encuentra en el goce pacífico de un derecho cualquiera, al cual corresponde un *ejercicio prolongado*, y de cualquier especie que el derecho sea, monopolio, privilegio, derecho patrimonial o de familia, etc., consistente en un estado de hecho, en actos del que tiene el derecho o en prestaciones del obligado, tales como el pago de rentas, prestaciones, corveas, etcétera, debe ser provisionalmente protegido en este goce cuando le sea disputado, hasta tanto que la no existencia del derecho se justifique judicialmente. Respondiendo a esta idea es como, aun en caso de oposición a la validez del matrimonio o de la legitimidad de un hijo, se concedía una acción para proteger la cuasi posesión de la cualidad de esposo o de hijo; más aún, siguiendo ese camino, el derecho a los títulos de nobleza, y hasta el título de doctor, llegaron a ser objeto de la cuasi posesión. En el caso en que la autoridad administrativa prohibía continuar ostentando esos títulos, el interesado tenía el derecho de acudir en justicia, y el juez

le protegía en su cuasi posesión hasta la decisión definitiva. El mismo funcionario estaba protegido contra el gobierno en punto a la retención de sueldos, pensiones, prohibición de recibir emolumentos, hasta que se hubiese decidido de parte de quién estaba el derecho, y en la época germana, las administraciones territoriales en litigio sobre el ejercicio de sus derechos fiscales respectivos, buscaban la protección de su cuasi posesión ante los tribunales del imperio. Las acciones por deudas personales, donde la suspensión del pago de los intereses hubiera podido ocasionar también el punto de vista de la protección de la cuasi posesión, fueron las únicas a las cuales nunca se aplicó.

La determinación exacta de la extensión que puede reclamar la idea de la cuasi posesión en nuestro Derecho y en nuestro procedimiento, tan completamente modificados en todos sentidos, es un problema por resolver. No puedo admitir que ningún derecho del porvenir llegue a abandonarla por completo; es demasiado sana para ello; la legislación no puede tratar más que de trazar sus líneas exactas. Importa poco que quiera o no en eso servirse de la palabra *posesión jurídica*; el jurista sabrá lo que debe decidir y qué términos debe emplear cuando la ley protege provisionalmente un estado de hecho, cuya legitimidad no está por el momento demostrada. En realidad, habrá siempre posesión de *cosas* y de *derechos*; el nombre no importa para el caso.

## XII La literatura

Es ésta riquísima y aumenta sin cesar; no pasa un año en que no se publiquen disertaciones y libros acerca de la posesión. Para las gentes extrañas al Derecho, la cita de las obras, aun de las más importantes, no presenta interés alguno. Me limitaré a señalar dos obras, cada una de las cuales ha formado época a su manera. La primera es la de Savigny, *El Derecho de posesión*, cuya primera edición se publicó en 1803, y la segunda en 1865. Esta última fué publicada después de la muerte del autor por Ruddorff. Este libro ha abierto nuevos horizontes, influyendo, no sólo en la teoría de la posesión, sino también en el desenvolvimiento de toda la ciencia romanista. Y el hecho es tanto más de notar, cuanto que era la primera obra de un joven de veinticuatro años. Por mi parte, no puedo concederle más que la importancia pasajera de un brillante meteoro. Desde el punto de vista de la historia de la materia, tendrá siempre el mérito de haber excitado y favorecido poderosamente la investigación científica en el terreno de la teoría posesoria. En cuanto a sus resultados reales para la ciencia, los considero muy medianos; en mi concepto, Savigny no ha hecho justicia ni al Derecho romano ni a la importancia práctica de la posesión, porque, de un lado, las ideas preconcebidas que tenía le impedían tener la imparcialidad necesaria para



reconocer exactamente el Derecho romano, y porque, de otra, cuando emprendió su trabajo estaba desprovisto de toda noción relativa a la práctica, defecto que debía ser doblemente pernicioso, sobre todo en la teoría de la posesión, que no puede ser comprendida sin la práctica. La obra de Savigny ha llegado a ser la manzana de la discordia de la jurisprudencia de nuestro siglo; ha desencadenado un conflicto sin precedentes. Ni una de las ideas fundamentales que en ella se exponen ha quedado al abrigo de los ataques, los cuales han tenido un éxito tal respecto de algunas, que sucesivamente se reconocieron como insostenibles. El porvenir dirá si las demás gozarán de otra suerte; yo creo que no triunfará ni una sola.

La segunda obra es la de Burns: *El Derecho de posesión en la Edad Media y en nuestro tiempos*, 1848. Es, en mi concepto, la obra científica más preciosa de todo nuestro siglo acerca de la posesión; es un verdadero modelo, porque ha resuelto el problema que se había propuesto, a saber: el desenvolvimiento histórico de la posesión en el mundo moderno, haciéndolo de tal manera que no queda ya más que decir. El problema está resuelto para siempre. La obra de Burns conservará su valor para la ciencia cuando la de Savigny no tenga ya más que un puro interés histórico.



## Capítulo Primero

### INTRODUCCION

El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones a las que el derecho debe siempre procurar una solución, hasta el punto que, puede decirse, que el derecho no es en su conjunto y en cada una de sus partes más que una constante respuesta a aquella doble pregunta. No hay un solo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Mas el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La expresión del derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo.

Se podrá objetar que la lucha y la discordia son precisamente lo que el derecho se propone evitar, porque semejante estado de cosas implica un trastorno, una negación de orden legal, y no una condición necesaria de su existencia. La objeción podría ser justa si se tratase de la lucha de la injusticia contra el derecho; pero aquí se habla de la lucha del derecho contra la injusticia. Si en esta hipótesis el derecho no lucha, es decir, no hace una heroica resistencia contra aquélla, se negará a sí mismo. Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, pues, un elemento extraño al derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea.

Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos.

El derecho no es una ideológica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia; se completan recíprocamente; y el derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.

El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Si abrazamos en un momento dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una Nación, desplegando sin cesar para defender su derecho tan penosos esfuerzos como los que hace para el desenvolvimiento de su actividad en la esfera de la producción económica e intelectual. Todo hombre que lleva en sí la obligación de mantener su derecho, toma parte en este trabajo nacional, y contribuye en lo que puede a la realización del derecho sobre la tierra.

Este deber, no se impone sin duda a todos en las mismas proporciones. Miles de hombres pasan su vida felizmente sin lucha, dentro de los límites fijados por el derecho, y si nos llegásemos a ellos habiéndoles de *lucha por el derecho*, afirmando que el derecho es la lucha, no nos comprenderían, porque siempre fué para ellos el reinado de la paz y del orden. Desde el punto de vista de su personal experiencia, tienen perfecta razón; hacen como todos aquellos que tienen riquezas heredadas y que han recogido sin pena el fruto del trabajo de otros, que niegan esta proposición: *la propiedad es el trabajo*. La causa de esta ilusión viene de que los dos sentidos en que se nos ofrecen la propiedad y el derecho, pueden descomponerse subjetivamente de tal manera, que el goce y la paz estén de un lado, y la lucha y el trabajo estén del otro. Si dirigiésemos igual pregunta a los que lo ven bajo este último aspecto, nos contestarán todo lo contrario. El derecho y la propiedad son como la cabeza de Jano, de doble rostro: éstos no pueden ver más que uno de los lados, aquéllos el otro, y de ahí resulta el diferente juicio que forman del objeto.

Lo que decimos del derecho, se aplica, no sólo a los individuos, sino también a generaciones enteras. La vida de las unas es la paz, la de las otras es la guerra, y los pueblos, como los individuos, son, por consecuencia de ese modo de ser subjetivo, llevados hacia el mismo error: nos alimentamos en ocasiones del sueño de una larga paz, y nos creemos en la paz perpetua, hasta el día en que suene el primer cañonazo, viniendo a disipar nuestras esperanzas, haciendo con tal cambio nacer una generación, tras la que vivió en deliciosa paz, que vivirá en constante guerra, que no disfrutará un solo día, sino a costa de tremendas luchas y de rudos trabajos. Así se

reparten, en el derecho como en la propiedad, el trabajo y el goce, sin que por esto, su correlación sufra el menor detrimento. Si vivís en la paz y en la abundancia, pensad que otros han debido luchar y trabajar por vosotros. Es preciso pensar en los tiempos del Paraíso si se quiere hablar de la paz sin lucha, y del goce sin trabajo, porque nada se conoce en la historia que no sea el resultado de penosos y continuos esfuerzos. Más adelante desenvolveremos el pensamiento de que la lucha es para el derecho, lo que el trabajo es para la propiedad; y que relativamente a su necesidad práctica y a su dignidad moral, debe ser colocado en absoluto en la misma línea. Con esto venimos a rectificar una falta de omisión de que con derecho se acusa a nuestra teoría; y no sólo a nuestra filosofía del derecho, sino también a nuestra jurisprudencia positiva. Nuestra teoría, fácil es notarlo, se ocupa mucho más con la balanza que con la espada de la justicia; lo limitado del punto de vista puramente científico bajo el que mira el derecho, que es lo que hace aparecer a éste menos bajo su lado real, como idea de fuerza, que bajo su lado racional, como un tejido de principios abstractos, ha impreso, según creemos, a toda esta manera de ver la cuestión, un carácter que no está muy en armonía con la amarga realidad. El desenvolvimiento de nuestra tesis dará la prueba de lo que decimos.

El derecho envuelve, como es sabido, un doble sentido: el sentido objetivo que nos presenta el conjunto de principios de derecho en vigor; el orden legal de la vida, y el sentido subjetivo, que es, por decirlo así, el precipitado de la regla abstracta en el derecho concreto de la persona. El derecho encuentra en esas dos direcciones una resistencia que debe vencer, y en ambos casos debe triunfar, o mantener la lucha. Por más que nos hemos propuesto directamente como objeto de estudio el segundo de esos dos puntos de vista, no debemos dejar de establecer, por la consideración del primero, que la lucha, como hemos afirmado anteriormente, es de la misma esencia del derecho.

He ahí para el Estado que quiere el reinado del derecho, un punto incontestable que no exige prueba alguna. El Estado no puede lograr mantener el orden legal, más que luchando continuamente contra la anarquía que le ataca. Pero la cuestión varía de aspecto si se trata del origen del derecho y se estudia, ya su nacimiento desde el punto de vista histórico, ya la constante y continua renovación que en él se opera todos los días ante nuestra vista, tal como la supresión de títulos en vigor, la anulación de artículos de leyes que están rigiendo, en una palabra, el progreso en el derecho. Si sostenemos, en efecto, que el derecho está sometido a una misma ley, bien se trate de su origen o bien de toda su historia, establecemos una teoría diferente de la generalmente admitida en nuestra ciencia del Derecho romano. Según esta doctrina, que llamaremos con el nombre de sus dos principales representantes, de Savigny y Puchta, sobre el origen del derecho, éste se desenvuelve insensiblemente

sin dificultad, como el lenguaje. No es necesario, según afirma tal doctrina, luchar; la investigación misma es inútil, porque esa fuerza de la verdad que secretamente obra en la vida, avanza con paso lento, pero seguro, y sin violentos esfuerzos, y el poder de la persuasión va produciendo, poco a poco, la luz en los corazones, que obrando bajo su influencia, lo revisten de una forma legal. Una regla de derecho nace, pues, tan sencillamente como una regla gramatical, y para explicar según esta teoría, cómo el antiguo Derecho romano viene a permitir al acreedor vender al deudor insolvente o autoriza al propietario de un objeto robado para reivindicar la cosa en cualquier punto donde la encuentre, basta decir, que de parecido modo a como fué introducido en la vieja Roma la regla de *cum* rigiendo el ablativo.

Esta era la idea que yo tenía sobre el origen del derecho cuando dejaba la Universidad y bajo cuya influencia he estado muchos años. ¿Podrá ser verdad? El derecho, preciso es concederlo, se desenvuelve sin necesidad de investigaciones, inconscientemente, empleando la palabra que se ha introducido, orgánicamente, intrínsecamente, con el lenguaje. De este desenvolvimiento interno es del que se derivan todos esos principios de derecho que los decretos semejantes e igualmente motivados interponen poco a poco en las relaciones jurídicas, así como esas abstracciones, esos corolarios, esas reglas que la ciencia saca del derecho existente, por medio del razonamiento, y pone luego en evidencia.

Mas el poder de estos dos agentes, las relaciones y la ciencia, es limitado; pueden dirigir el movimiento en los límites fijados por el derecho existente, impulsarle, pero no les es dado derribar los diques que impiden a las aguas tomar un nuevo curso. No hay más que la ley, es decir, la acción voluntaria y determinada del poder público, que tenga esta fuerza, y no por azar; sino en virtud de una necesidad, que es de la naturaleza íntima del derecho, por lo que todas las reformas introducidas en el procedimiento y en el derecho se originan de leyes. Sin duda puede suceder que una modificación llevada a cabo por la ley en el derecho existente, sea puramente abstracta, que su influencia esté limitada a ese derecho mismo, sin notarse en el dominio de las relaciones concretas que estén establecidas sobre la base del derecho hasta entonces en vigor; en este caso la operación es como una reparación puramente mecánica, que consiste en reemplazar un tornillo o una rueda usada por otra mejor.

Pero llega el caso frecuente de que una modificación no puede operarse más que hiriendo o lesionando profundamente derechos existentes e intereses privados; porque los intereses de miles de individuos y de clases enteras, están de tal modo identificados con el derecho en el curso de los tiempos, que no es posible modificar aquél sin sentirlo vivamente tales intereses. Si se pone entonces el principio del derecho enfrente del privilegio, se declara, por este hecho sólo, la guerra a todos los intereses,

se intenta arrancar un pólipo que se agarra con todas sus fuerzas. Una consecuencia del instinto de la conservación personal, es que los intereses amenazados opongan a toda tentativa de tal naturaleza, la más violenta resistencia, dando vida a una lucha, donde como en otras parecidas, no serán los razonamientos, sino las fuerzas encontradas las que decidirán, produciendo frecuentemente el mismo resultado que el paralelogramo de las fuerzas, el cambio de las componentes en una diagonal.

Este es el único medio de explicar cómo las instituciones después de hallarse tanto tiempo condenadas en principio, encuentran todavía modo de vivir durante siglos, y no es la *vis inertiae* quien las mantiene, sino la oposición, la resistencia que hacen los intereses atacados.

Cuando el derecho existente es defendido de tal modo por los intereses a su calor creados, el del porvenir no puede vencer sino sosteniendo una lucha que dure muchas veces más de un siglo; y mucho más si los intereses han tomado el carácter de derechos adquiridos. Entonces hay dos partidos enfrente el uno del otro, llevando cada uno escrito en su bandera, santidad del derecho; y el uno llama santidad al derecho histórico, al derecho del pasado; y el otro santidad, al derecho que se desenvuelve y se renueva sin cesar, al derecho primordial y eterno de la humanidad en el constante cambio. Existe entonces un conflicto de la idea del derecho consigo misma; y para los individuos que después de haber sacrificado a la defensa de sus convicciones, todas sus fuerzas y todo su ser, sucumben al fin bajo el juicio supremo de la historia, es un conflicto este que verdaderamente tiene algo de trágico. Todas esas grandes conquistas que en la historia del derecho pueden registrarse: la abolición de la esclavitud, de la servidumbre, la libre disposición de la propiedad territorial, la libertad de la industria, la libertad de conciencia, no han sido alcanzadas sino después de una lucha de las más vivas que con frecuencia han durado varios siglos, y muchas veces costado torrentes de sangre. El derecho es como Saturno devorando a sus hijos; no le es posible renovación sino rompiendo con el pasado.

Un derecho concreto que invoca su existencia para pretender una duración ilimitada, la inmortalidad, recuerda al hijo que levanta el brazo contra su madre; menosprecia la idea del derecho, sobre la cual se apoya, porque el derecho será eternamente el *mudar*; así lo que existe, debe ceder pronto su puesto al nuevo cambio, porque como advierte el célebre autor del Fausto:

*...Todo lo que nace*

*debe volver a la nada.*

El derecho considerado en su desenvolvimiento histórico, nos presenta, pues, la imagen de la investigación y de la lucha; en una palabra, de los más penosos esfuerzos. El espíritu humano que forma inconscientemente el lenguaje, no encuentra violenta resistencia, y el arte no tiene otro enemigo que vencer que su pasado; el gusto existente. Pero no es así en el derecho en tanto que es fin; colocado en medio de esos confusos engranajes, donde se mueven todos los esfuerzos, y donde se ventilan todos los diversos intereses de los hombres, el derecho debe estudiar y buscar sin cesar el verdadero camino, y cuando lo ha encontrado, derribar todos los obstáculos que se oponen e impiden avanzar. Si está fuera de duda que esta marcha es regular y tan interior como la del arte y la del lenguaje, no es menos cierto que se verifica de una manera muy distinta, y en este sentido es preciso rectificar resueltamente el paralelo tan ligera y tan generalmente admitido, que Savigny ha establecido, entre el derecho de una parte, y el lenguaje y el arte de la otra. Falsa en teoría, pero no peligrosa, esta doctrina como máxima política, es uno de los errores más fatales que pueden imaginarse, porque viene a aconsejar al hombre que aguarde, cuando él debe obrar, y obrar con todas sus fuerzas y con pleno conocimiento de causa. Le invita a esperar, diciéndole que las cosas se hacen por sí mismas, que lo mejor que puede hacer es cruzarse de brazos y esperar confiadamente lo que saldrá poco a poco de esa fuente primitiva del derecho que se llama opinión pública en materia de legislación. De ahí nace la aversión de Savigny, y de toda su escuela, a la iniciativa del poder legislativo, y que Puchta haya desconocido completamente en su teoría del derecho consuetudinario el verdadero sentido de la costumbre. La costumbre no es para Puchta más que un medio de descubrir la persuasión legal; pero este gran talento había olvidado completamente observar y sentar que esa persuasión comienza a formarse solamente cuando ella obra, que es esta acción misma quien le da el poder y la fuerza de dominar; en una palabra, que del derecho consuetudinario, como de cualquier otro, puede decirse: el derecho es una idea de fuerza. Puchta, sin embargo, no hacía más que pagar su tributo a la época, en que vivía. Corría el período romántico de nuestra poesía, y si no repugnase aplicar esta idea a la jurisprudencia, tomándose el trabajo de comparar las direcciones seguidas en este doble terreno, no llegaría a admirarnos la idea de poder llamar a esta escuela romántica del derecho. Y es en verdad una idea romántica, el representarse el pasado bajo un falso ideal, y figurarse el nacimiento del derecho sin trabajo, sin esfuerzo alguno, sin acción, como las plantas nacen en los campos.

¡La triste realidad nos convence de lo contrario! A poco que la contemplemos, nos muestra los pueblos que no llegan a establecer su derecho, sino a precio de grandes esfuerzos, y a estas cuestiones tan graves que se amontonan tumultosamente, podemos añadir todo el testimonio del pasado, cualquiera que sea la época sobre la que hagamos nuestras investigaciones. No queda para la teoría de Savigny más que



los tiempos prehistóricos, acerca de los que no tenemos datos; pero, permítasenos una hipótesis; opondremos a la doctrina de Savigny que nos presenta el derecho naciendo simplemente a la persuasión popular, nuestra teoría, que es diametralmente opuesta; y será preciso concedernos que tiene al menos con la época prehistórica la analogía respecto al desenvolvimiento histórico del derecho, y que creemos tiene la ventaja de una más grande y verdadera semejanza psicológica. ¡La época primitiva! Fué un tiempo respecto del que reina la moda de adornarle con todas las más bellas cualidades: se hace de él una edad que no conoció más que la verdad, la franqueza, la fidelidad, la sencillez y la fe religiosa. El derecho sería ciertamente desenvuelto en términos semejantes, sin tener necesidad de otra fuerza más que del poder de la persuasión legal: el puño no hubiera sido más necesario que la espada. Pero es hoy un hecho probado, que esta piadosa época, aun cuando haya tenido todas esas virtudes, no ha podido establecer su derecho más fácilmente que las generaciones posteriores. Estamos convencidos de que no ha formado el derecho, sino después de un trabajo más penoso todavía que el de los otros períodos; estamos seguros de que principios del Derecho romano tan sencillos como estos de que hemos hablado: el poder dado al propietario de reivindicar su cosa de todo poseedor, la facultad dada al acreedor de vender en servidumbre al deudor insolvente, no han llegado a estar en vigor, sino después de un combate de los más encarnizados. Sea de esto lo que quiera, dejando el pasado al testimonio auténtico de la historia, nos basta esto, para poder decir que el nacimiento del derecho es siempre como el del hombre, un doloroso y difícil alumbramiento.

¿Deberemos, pues, dolernos de que esto sea así? No ciertamente, porque esta circunstancia, en virtud de la cual los pueblos no llegan al derecho sin penosos esfuerzos, sin trabajos innumerables, sin luchas continuas y hasta vertiendo su propia sangre, es precisamente lo que hace nacer entre los pueblos y su derecho ese lazo interno, que al comienzo de la vida, en el nacimiento, se establece entre la madre y el hijo. Se puede decir de un derecho ganado sin esfuerzo, lo que se dice de los hijos de la cigüeña; un zorro o un buitre puede perfectamente robarles: pero ¿quién arrancará fácilmente al hijo de entre los brazos de su madre? ¿Quién despojará a un pueblo de sus instituciones y de sus derechos alcanzados a costa de su sangre? Bien puede afirmarse que la energía y el amor con que un pueblo defiende sus leyes y sus derechos, están en relación proporcional con los esfuerzos y trabajos que les haya costado el alcanzarlos. No es solamente la costumbre quien da vida a los lazos que ligan a los pueblos con su derecho, sino que el sacrificio es quien los hace más duraderos, y cuando Dios quiere la prosperidad de un pueblo, no se la da por caminos fáciles, sino que le hace ir por los caminos más difíciles y penosos.

En este sentido no vacilamos en afirmar que la lucha que exige el derecho para hacerse práctico, no es un castigo, es una bendición.

## Capítulo II

### EL INTERES EN LA LUCHA POR EL DERECHO

La lucha por el derecho concreto de que vamos a hablar en esta segunda parte, tiene como causa una lesión o una sustracción de este derecho. De que ningún derecho, tanto el de los individuos como el de los pueblos, esté fuera del cambio y variación, resulta que esa lucha puede verificarse en todas las esferas del derecho, desde las bajas regiones del derecho privado, hasta las alturas del derecho público y del derecho de gentes. ¿Qué son si no, a pesar de la diferencia del objeto en litigio, de las formas y dimensiones de la lucha, la guerra y las revoluciones, la ley de Lynch, el cartel de desafío en la Edad Media y su última expresión en el duelo moderno? ¿Qué son, en fin, la defensa obligatoria y esa lucha de los procesos? ¿Qué son sino escenas de un mismo drama, *la lucha por el derecho*?

Para tratar de un objeto de importancia tan general, elegimos la menos ideal de todas sus formas, la lucha legal por el derecho privado; porque precisamente en este caso, es donde la verdadera causa del proceso puede las más de las veces escaparse, no solamente a la penetración del público, sino también a la de los mismos hombres de ley; mientras que el móvil aparece en todas las otras formas del derecho, sin obscuridad, claramente, y el espíritu más apático comprende que los bienes en cuestión, merecen supremos sacrificios y nadie se pregunta: ¿Por qué luchar? ¿No será mejor ceder? El grandioso espectáculo que ofrece el desenvolvimiento de las fuerzas humanas más grandes, junto con los más costosos sacrificios, arrastran irremisiblemente al hombre y le elevan a la altura de lo ideal. Pero es otra cosa cuando se trata de la lucha por el derecho privado; por lo estrecho del círculo de intereses relativamente fútiles, en el cual se mueve; pues siempre la cuestión de lo mío y lo tuyo, con su prosa inseparable, parece relegada exclusivamente a esa región donde no se calcula más que las ventajas materiales y prácticas, y además que, las formalidades a que su acción está sometida, haciendo difícil su empleo, la imposibilidad también que tiene el sujeto de proceder libre y enérgicamente, no contribuyen a disminuir una impresión ya de suyo desfavorable. En otro tiempo en que cuestiones semejantes se zanjaban

también en la lid, en ese eterno problema de lo mío y de lo tuyo, se hacía claramente resaltar la verdadera significación de la lucha. Cuando la espada era la llamada a poner término a las guerras de lo tuyo y de lo mío, cuando el caballero de la Edad Media enviaba el cartel de desafío, los que presenciaban la lucha podían colegir perfectamente que no se luchaba sólo por la cosa en su valor material, por sólo evitar una pérdida pecuniaria, sino que se defendía algo más, se defendía en la cosa el derecho de cada uno, su honor, su persona misma.

¿Pero a qué evocar tan viejos recuerdos para llegar a una explicación que la historia del presente —aun cuando diferente en la forma, pero exactamente igual en el fondo— puede darnos tan bien como el pasado? Echemos, en efecto, una mirada sobre los fenómenos de la vida actual; hagamos algunas investigaciones psicológicas sobre nosotros mismos, y llegaremos a las mismas conclusiones.

Cuando un individuo es lesionado en su derecho, se hace irremisiblemente esta consideración, nacida de la cuestión que en su conciencia se plantea, y que él puede resolver según le parezca: si debe resistir al adversario o si debe ceder. Cualquiera que sea la solución, deberá hacer siempre un sacrificio; o bien ha de sacrificar el derecho a la paz o la paz al derecho. La cuestión presentada en estos términos, parece limitarse a saber cuál de ambos sacrificios es menos oneroso. El rico, por ejemplo, podrá en un caso abandonar por la paz una suma para él insignificante; mientras que un pobre sacrificará la paz porque será para él la misma suma de relativa importancia. La lucha por el derecho no sería, pues, más que una pura regla de cálculo, en la que se pesaría, de un lado, las ventajas, y, de otro, las pérdidas; y de esta especie de balance nacería la decisión.

Sabido es que esto en realidad no es así. La experiencia diaria nos presenta procesos en los cuales el valor del objeto del litigio no tiene ninguna relación con el sacrificio probable, los esfuerzos y gastos de dinero que será preciso hacer. El que ha perdido un thaler no dará dos seguramente por encontrarlo, y la cuestión de saber cuánto deberá dar, no es, en realidad, más que una operación de cálculo. ¿Por qué, pues, no sucede así en el proceso? Que no se diga que se espera ganarlo y que las costas recaigan sobre el adversario, porque muchos hay para quienes la certidumbre de pagar caro el triunfo, no es bastante para que no entablen una acción en justicia. Qué de veces el magistrado que hace cargo del mucho gasto del litigio a una parte, oye como respuesta: “¡Quiero intentar el proceso a toda costa!”

¿Cómo nos explicamos esta actitud que desde el punto de vista del interés bien entendido es un contrasentido manifiesto?

Bien conocida es la respuesta que se da ordinariamente, diciendo: es la manía de litigar, el puro amor al embrollo, el deseo ardiente e irresistible de hacer daño al contrario.

Pero dejemos esta especie, y en lugar de dos individuos pongamos dos pueblos. El uno arrebató ilegalmente al otro una legua cuadrada de terreno inculto y sin valor; ¿qué hará este último? ¿Deberá declararle la guerra? Consideremos la cuestión desde el punto de vista en que se coloca esa teoría de la manía de litigar cual si se tratase de juzgar la conducta del campesino, a quien un vecino ha arrebatado algunos pies de terreno, y a quien, por tanto, se ha perjudicado en su propiedad. ¿Qué es, qué vale una legua cuadrada de terreno estéril en comparación con una guerra que costará la vida de miles de individuos, que sumirá en el dolor y en la ruina al pobre y al rico, que destruirá cabañas y palacios, que hará gastar los millones del Tesoro público y amenazará quizá la existencia del Estado? Hacer tales sacrificios por semejante causa, ¿no es el colmo de la locura?

Tal sería el juicio si fuese posible pesar con la misma balanza al campesino y al pueblo. Pero todos se guardarán bien de dar al segundo el mismo consejo que al primero. No hay nadie que no afirme que un pueblo que no se resistiese ante semejante violación de su derecho, confirmaba su propia sentencia de muerte. A un pueblo que sufriese que le ocupen y conquisten impunemente una legua cuadrada de terreno, se le iría poco a poco ocupando todas las demás hasta que no le quedase nada, y que dejase de existir como Estado, y no merecería, en verdad, más digna muerte, ni suerte mejor.

Si, por consiguiente, el pueblo debe recurrir a las armas cuando se trata de una legua cuadrada sin ocuparse de su valor, ¿por qué el campesino de que hemos hablado no deberá hacer lo propio? ¿Será preciso detenerlo con este decreto o sentencia: *quod licet Jovi non licet bovi*? Así como no es solamente por defender un pedazo de tierra, sino que es sobre todo por su existencia, por su independencia y honor, por lo que un pueblo toma las armas; análogamente en las acciones, en los litigios, en los que existe una gran desproporción entre el valor del objeto y los sacrificios de cualquier naturaleza que sea preciso hacer, no se va al proceso, no se litiga por el valor mezquino, quizá, del objeto, sino por una razón ideal, la defensa de la persona y de su sentimiento del derecho; cuando el que litiga se propone semejante fin y va guiado por tales sentimientos, no hay sacrificio ni esfuerzo que tenga ante su vista peso alguno, pues ve en el fin a que tiende la recompensa de todos los medios que emplea. No es el interés material atacado el que pone al individuo que recibe tal lesión en camino de reclamar una satisfacción, sino el dolor moral que le causa la injusticia de que ha sido víctima.

La gran cuestión para él no es la devolución del objeto, que muchas veces dona a un establecimiento de beneficencia, lo que puede moverle a litigar; lo que más desea es que se le reconozca su derecho. Una voz interior le grita que no le está permitido retirarse de la lucha, que no es sólo el objeto, que no tiene valor alguno, sino su personalidad, su sentimiento del derecho, y la estima que a su propio valor se debe, lo que está en litigio: en una palabra, el proceso es, más que una cuestión de interés, una cuestión de *carácter*.

Pero la experiencia nos enseña también que otros individuos colocados en situación semejante, toman una decisión contraria del todo, prefieren la paz a un derecho tan trabajosa y penosamente conquistado. ¿Cómo podremos juzgarles? Bastará decir, ¿es una cuestión de gusto y de temperamento; éste ama la paz, aquél la lucha, y desde el punto de vista del derecho, ambos son respetables, porque todo interesado puede elegir entre abandonar su derecho o hacerle valer? Consideramos esta manera de proceder que se encuentra frecuentemente en la vida, como perfectamente condenable y contraria a la esencia misma del derecho; si fuera posible suponer que llegase alguna vez a prevalecer, se destruiría el derecho mismo, porque predica la fuga ante la injusticia, mientras que el derecho no existe sino luchando contra ésta.

Por nuestra parte, oponemos el doble principio que vamos ahora a someter a la atención del lector. Resistir a la injusticia es un deber del individuo para *consigo mismo*, porque es un precepto de la existencia moral; es un *deber* para con la *sociedad*, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general.

### Capítulo III

## LA LUCHA POR EL DERECHO EN LA ESFERA INDIVIDUAL

El que se ve atacado en su derecho, debe resistir; este es un deber que tiene para consigo mismo. La conservación de la existencia es la suprema ley de la creación animada, y así se manifiesta instintivamente en todas las criaturas. Pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender además su existencia moral, que tiene por condición necesaria el derecho; es, pues, condición de tal existencia que posea y defienda el derecho. El hombre sin derecho, se rebaja al nivel del bruto<sup>(1)</sup>; así los romanos no hacían más que sacar una lógica consecuencia de esta idea, cuando colocaban a los esclavos, considerados desde el punto de vista del derecho abstracto al nivel del animal. Tenemos, pues, el deber de defender nuestro derecho, porque nuestra existencia moral es directa y esencialmente atacada en su conservación; desistir completamente de la defensa, cosa hoy no muy en práctica, pero que pudiera llegar a ser puesta en uso, equivale a un suicidio moral. Así, y de esto se desprende, el derecho no es más que el conjunto de los diferentes tratados o títulos que le componen, y de los que cada uno es como el reflejo de una condición particular para la existencia moral; en la propiedad como en el matrimonio, en el contrato como en las cuestiones de honor, en todo esto, es legalmente imposible renunciar a uno de ellos sin renunciar al derecho todos. Pero puede suceder que seamos atacados en una o en otra de esas esferas, y este ataque es el que estamos obligados a rechazar, porque no basta colocar estas condiciones vitales bajo la protección de un derecho representado por los principios abstractos, es preciso, además, que el individuo descienda a la esfera de la práctica para defenderlas, y la ocasión se presenta cuando la arbitrariedad osa atacarlas.

Toda injusticia no es, por lo tanto, más que una acción arbitraria; es decir, un ataque contra la idea del derecho. El detentador de mi cosa, de la que se cree su propietario, no niega en mi persona la idea de la propiedad; invoca sólo un derecho en-

---

1 En la novela de Enrique Kielst, titulada Miguel Kolhaas y de la que mas adelante volveremos a hablar, el autor pone en boca de su héroe: "más ser un perro que ser un hombre y verse pisoteado".

frente del mío, y toda la cuestión aquí queda reducida a saber cuál es el propietario. Pero el ladrón, el bandido, se colocan fuera del dominio legal de la propiedad; niegan que la cosa me pertenezca, y niegan a la vez la idea de la propiedad, una condición por lo tanto esencial a la existencia de mi persona; generalícese si no su manera de obrar y la propiedad desaparecerá en la teoría y en la práctica. Así, no atacan solamente a mis bienes, sino también a mi personalidad, y si yo tengo el derecho y el deber de defenderme, cuando soy atacado, en este caso, sólo el conflicto de este deber, con el interés superior de mi vida, puede a veces dar lugar a otra decisión: por ejemplo, un bandido teniéndome entre sus manos, y a quien se le ocurre ponerme en la alternativa de entregarle la bolsa o la vida. Pero mi deber es, en los demás casos, combatir por todos los medios de que disponga, toda violación al derecho de mi personalidad; sufrirlo sería consentir y soportar un momento de injusticia en mi vida, y esto es lo que nunca puede ser permitido. Mi posición, frente al poseedor de buena fe, es completamente diferente; en este caso no es a mi sentimiento del derecho, a mi carácter o a mi personalidad, sino a mis intereses a quien pertenece el dictar la conducta que he de seguir, porque toda la cuestión se reduce entonces al valor que el objeto pueda tener; estoy pues, completamente en libertad de hacer el balance de las ventajas, y en vista de él decidirme al litigio o renunciar a él. Las transacciones entre las partes en que se exponen y se juzgan los cálculos más o menos acertados acerca del asunto, son el mejor procedimiento en estos casos. Pero puede llegar el asunto a un estado, en que la tirantez de las partes o cualesquiera otra circunstancia haga difícil el arreglo, que los cálculos se extremen por cada parte a su favor, llegando cada uno de los adversarios a suponer mala fe en el otro, y entonces comienza la cuestión, bien que desenvolviéndose judicialmente bajo forma de una injusticia objetiva (rei-vindicatio) revistiendo psicológicamente para la parte el carácter de que hablamos en el caso precedente de una lesión calculada y la tenacidad con la cual el individuo defiende su derecho, es partiendo de ese punto de vista, tan motivada y justificada como la que puede y debe usarse en el caso citado del ladrón. Tratar en semejante estado de disuadir a la parte, haciéndole ver los cuantiosos dispendios que le resultarán, las malas consecuencias que por todos conceptos arrojará de sí el litigio, no es más que perder el tiempo, pues no se obra entonces por el interés material: la cuestión viene a degenerar en una cuestión de competencia, y la sola esperanza que puede abrigarse es la de llegar a hacer desaparecer esa suposición de la existencia de una mala intención en el adversario, que le hace obrar, y si se resiste, para cortar de algún modo esa resistencia, se puede cambiar otra vez la cuestión, desde el punto de vista del interés, y alcanzar en su caso la transacción. Bien es verdad que esa resistencia sistemática, por decirlo así, esa prevención y desconfianza de algunas partes, no nace muchas veces del carácter y modo de ser del individuo, sino más bien de su educación y profesión; así en el campesino es en quien resulta más difícil de vencer esa desconfianza. La manía de los litigantes que se colocan en este caso, no es más



que el resultado de dos móviles que le hacen especialmente obrar, el sentimiento de la avaricia, o amor exagerado a la propiedad, y la desconfianza. Nadie entiende tan bien sus intereses como él, ni los defiende tan obstinadamente, y no hay nadie que lo sacrifique todo tan fácilmente a un pleito. Esto que parece una contradicción, no lo es en realidad. Es que justamente su sentimiento y amor por el derecho es tan excesivo y es tan profundo y está tan desenvuelto, que cualquiera lesión es para él muy sensible, y la reacción en su caso muy violenta. Esa manía por el litigio es un vicio, una exageración que causan su desconfianza y su amor a la propiedad, y que se parece a lo que los celos producen en el amor, que tornan el aguijón contra uno mismo y hacen perder precisamente lo que se quería conservar.

El Derecho romano antiguo ofrece una interesante prueba de lo que acabamos de decir; expresaba precisamente bajo la forma de principios legales, esa desconfianza del campesino que supone en todo conflicto que su adversario obra de mala fe; aplicaba a toda injusticia objetiva la consecuencia ligada a una injusticia subjetiva; es decir, una pena al que perdiese el litigio. No era para el individuo en quien se había exaltado, o, mejor, exagerado el sentimiento del derecho una satisfacción suficiente la de restablecer la perturbación sufrida en su derecho, exigía aún una reivindicación especial de la ofensa que su adversario, culpable o no, le había podido hacer. Así sería hoy entre nosotros si los campesinos hubieran de dictar las leyes. Esta desconfianza desapareció en principio del mismo Derecho romano, a consecuencia del progreso que hizo distinguir dos clases de injusticias: la injusticia culpable y no culpable, o subjetiva y objetiva (ingenua, como decía Hegel).

Esta distinción no es, sin embargo, más que de una importancia secundaria para la cuestión que aquí nos ocupa; a saber: qué conducta debe seguir un individuo lesionado en su derecho, ante la injusticia. Tal distinción expresa bien desde qué punto de vista el derecho mira la cuestión; fija las consecuencias que la injusticia entraña; pero no dice nada del individuo ni explica cómo la injusticia exalta el sentimiento del derecho, que no se regula según las ideas de un sistema. Un hecho particular, puede producirse en circunstancias tales que la ley considere el caso como una lesión del derecho objetivo y el individuo pueda fundadamente suponer mala fe, injusticia notoria por parte de su adversario, y es perfectamente equitativo que sea su propio juicio quien le dicte la conducta que debe seguir. El derecho puede darme contra el heredero de mi acreedor que no conoce la deuda y someta su pago a mi prueba, la misma *condictio ex mutuo* que me da contra el deudor que niega impunemente el préstamo que yo le he hecho o rechaza sin causa el reembolso; pero yo no podría menos de considerar de distinta manera el modo de obrar de uno y de otro. Assimilo el deudor al ladrón que trata de apoderarse de algo mío con pleno conocimiento de causa: como el ladrón viola el derecho, con la sola diferencia de que puede cubrirse con una

capa de legalidad; por el contrario, comparo al heredero del deudor con el poseedor de buena fe, pues no niega que el deudor deba pagar, sino que combate solamente mi pretensión; como deudor, puedo aplicarle todo cuanto he dicho de aquel a quien le comparo, puedo transigir con él, hasta desistir; pero debo siempre de perseguir al deudor de mala fe y debo hacerlo a toda costa, porque es un deber, y de no cumplirlo, sacrificaría con este derecho el derecho todo.

Pero se dirá ¿el pueblo sabe a caso que el derecho de propiedad y el de obligaciones son condiciones de la existencia moral? No, sin duda; ¿pero no lo siente? He ahí una cuestión que esperamos resolver prontamente, y de una manera afirmativa. ¿Qué sabe el pueblo de los riñones, del hígado, de los pulmones, como condiciones de la existencia física? Pero no hay nadie que deje de sentir un daño cualquiera en el pulmón, un dolor en los riñones o en el hígado y que no tome las precauciones necesarias para contrarrestar el mal de esta especie. El dolor físico nos anuncia una perturbación en el organismo, la presencia de una influencia funesta; nos abre los ojos al peligro que nos amenaza y nos obliga a remediarlo a tiempo. Pues lo mismo es el dolor moral que nos acusa la injusticia voluntaria; su intensidad varía como la del dolor físico, y depende (más adelante nos extenderemos en este punto) de la sensibilidad subjetiva, de la forma y del objeto de la lesión, pero se anuncia, no obstante, en todo individuo que no esté completamente habituado a la ilegalidad. Este dolor moral, fuerza a combatir la causa de donde nace, no tanto por acabar con él, como por mantener la salud, que se encontraría en peligro si lo sufriese pasivamente sin obrar contra él, y le recuerda, en una palabra, el deber que tiene de defender la existencia moral, como la emoción producida por el dolor corporal le recuerda el deber de defender su existencia física. Tomemos un caso cualquiera, sea el menos dudoso de un ataque al honor, y en la clase en la que el sentimiento del honor suele estar más desarrollado, la de los oficiales militares; un oficial que ha soportado pacientemente una ofensa a su honor, se incapacita. ¿Por qué? ¿La defensa del honor no es un deber puramente personal? ¿Por qué el cuerpo o la clase de oficiales viene a darle una importancia tan especial? Es que considera, con razón, que su estado depende necesariamente del valor que muestren sus miembros en la defensa de su personalidad, y que una clase que es por su naturaleza la que representa el valor personal, no puede sufrir la cobardía de uno de los suyos sin sacrificarse y desacreditarse toda ella. Supongamos ahora un campesino que defiende con toda la tenacidad de que es capaz, su propiedad, ¿por qué no obra así cuando se trata de su honor? Es que tiene el verdadero sentimiento de las condiciones particulares de su existencia. No está llamada a probar su valor, sino a trabajar. Su propiedad no es más que la forma visible del trabajo que ha hecho en su pasado. Un aldeano perezoso que no cultiva su campo, o disipa ligeramente sus rentas, es tan despreciado por los otros, como el oficial que tenga en poco su honor lo es por sus colegas; así un hombre del campo no reprenderá

a otro por no haber intentado un litigio por una injuria, ni un capitán amonestará a su colega por ser un mal administrador. La tierra que cultiva y el ganado que cuida, son para el campesino la base de su existencia, y la pasión exagerada con que persigue al vecino que le ha usurpado unos pies de tierra, o al mercader que no le paga el precio estipulado por las cabezas de ganado que le ha vendido, no es más que su peculiar modo de luchar por el derecho, análogamente a como lo tiene el oficial por medio de la espada, a la que confía la defensa de su honor. Sacrificanse ambos sin temor, sin reparar en las consecuencias, y tal es, por otra parte, su deber; obrando así no hacen más que obedecer a la ley particular de su conservación moral. Hacedles sentarse en los bancos del jurado, someted primero a los oficiales un delito sobre el derecho de propiedad, y a los campesinos una cuestión de honor; trocad luego los papeles y se verá qué diferencia existe en los veredictos. Es cosa averiguada que no hay jueces más rectos en las cuestiones de propiedad que los campesinos; por más que no podamos hablar por experiencia, nos atrevemos a asegurar que si un campesino, por casualidad, formulase una acción sobre reparación de injurias, el juez podría con más facilidad moverlo a un arreglo, que si se tratase de una cuestión acerca de la propiedad. El campesino en el antiguo Derecho romano se contentaba con la indemnización de 25 ases por un bofetón, y si se le saltaba un ojo podía entenderse con él, en lugar de hacer uso del talión como permitía la ley, Pero cuando se trataba de un ladrón, exigía de la ley, y ésta se lo otorgaba, si le cogía en el acto de robar, reducirlo a la servidumbre y aun matarle si hacía resistencia.

Permítasenos aducir un tercer ejemplo, el del comerciante. El crédito es para él, lo que el honor es para el militar, y lo que la propiedad es para el campesino; debe de mantenerlo porque es la condición de su vida. El que le acusara de no tener cumplidas todas sus obligaciones y llenos sus compromisos, le lastimaría más sensiblemente que si le atacase en su personalidad o en su propiedad, mientras que el militar se reiría de tal acusación y el campesino la sentiría bien poco. Es tal, por esto, la situación del comerciante, que hace las leyes actuales, especialísimas en ciertos casos, y que le sean exclusivos y peculiares ciertos delitos, como el de la bancarrota simple y el crimen de la quiebra fraudulenta.

Con lo que vamos sentando, no tratamos de hacer constar solamente que la exaltación del sentimiento del derecho se presenta bajo esta o la otra forma, y que varía según las clases y las condiciones, porque el individuo mida el carácter de una lesión por el interés que, dada su clase, puede tener en sufrirla o no; la demostración de este hecho debía servirnos para sentar claramente una verdad de orden superior; esto es, que todo individuo atacado, defiende en su derecho las condiciones de su existencia moral. Precisamente en estas cualidades en que hemos reconocido las condiciones esenciales de la existencia de estas clases, es donde el sentimiento del

derecho se manifiesta en su más alto grado de sensibilidad, y de esto se desprende perfectamente que la reacción del sentimiento legal no se produce exclusivamente como una pasión ordinaria, según la naturaleza especial del temperamento y carácter del individuo, sino que, una causa moral obra en ella, y esta es el sentimiento de que tal o cual título o sección del derecho, es precisamente de una necesidad absoluta para el fin particular de la vida de esta clase o de aquel individuo. El grado de energía con el cual el sentimiento se levanta contra la lesión es, a nuestro modo de ver, una regla cierta para conocer hasta qué punto un individuo, una clase o un pueblo, siente la necesidad del derecho; tanto del derecho en general, como de una de sus partes, dado el fin especial de su existencia. Este principio es para nosotros una verdad perfectamente aplicable tanto al Derecho público, como al Derecho privado<sup>(2)</sup>.

Si los cargos especiales de una clase y de una profesión, pueden dar a cierta esfera del derecho una importancia más alta y aumentar por consiguiente la sensibilidad del sentimiento legal, de la persona que se ve atacada en lo que es esencial a su especial modo de vida, también pueden debilitarla. Es imposible que en los criados y sirvientes se estime y desenvuelva el sentimiento del honor, como en otras clases de la sociedad, porque hay ciertas humillaciones ligadas, por decirlo así, a su oficio y posición, que en vano tratará el individuo de desechar, en tanto que la clase entera las sufra. Cuando el sentimiento del honor se levanta en un hombre sometido a esta condición, no le queda, otro camino que acallararlo, o, de lo contrario, cambiar de ocupación. Si alguna vez tal sensibilidad se hace sentir en la masa social, entonces, y nada más que entonces, existe para el individuo la esperanza de no gastar sus fuerzas en una resistencia inútil. Podrá unirlos a las de los hombres cuyo corazón lata como el suyo; emplearlas útilmente, suscitar en sus semejantes el sentimiento del honor, y asegurarles más alta consideración hasta el punto de alcanzarla, de las demás clases sociales y de las mismas leyes. La historia del desenvolvimiento social en los últimos cincuenta años, puede presentar sobre este punto un progreso inmenso, y lo dicho

2 No hemos de extendernos aquí acerca de la utilidad de la primera parte de esta idea, pero se nos permitirá al menos hacer unas ligeras reflexiones. La indignación que las diferentes clases manifiestan cuando son atacadas en uno de los derechos que forman la base de su existencia, aparece también en los Estados cuando se ataca a las instituciones que representan el principio especial que les hace vivir; el termómetro de su irritabilidad y, por consiguiente, la medida del aprecio que dan a las instituciones, es el Código Penal. El contraste manifiesto que existe sobre este punto entre las diversas legislaciones, se explica en gran parte por la consideración distinta que hay entre las condiciones de existencia de cada pueblo. Todo Estado castigará con la mayor severidad los ataques dirigidos a su principio vital, en tanto que no aplicará generalmente más que el mínimo de la pena en otros casos. Un Estado teocrático castiga con la muerte al blasfemo, al idolatra, aunque se contentará acaso con aplicar la pena del robo, al que haya destrozado los límites que sirven de separación entre las propiedades, en tanto que un Estado agrícola hará todo lo contrario. La legislación de un país mercantil, reservará los más grandes castigos al monedero falso y al falsificador en general, y un país militar, a la Insubordinación y la deserción. Un gobierno absoluto, castigará el crimen de lesa majestad, y uno republicano, toda tentativa de restablecer el poder real; y todos los Estados mostrarán, así, un rigor que, comparado con el usado en los demás casos, producirá un extraño contraste. Esto es, en una palabra, que cuando los pueblos son atacados en una de las condiciones especiales de su modo de ser, el sentimiento legal se levanta, manifestándose con más violencia. Todos sabemos que estas son las consideraciones que Montesquieu ha tenido el mérito inmortal de presentar el primero y de desenvolver en su *Espiritu de las leyes*.

puede aplicarse dentro de esos cincuenta años a casi todas las clases; el sentimiento del honor se ha elevado en ellas, siendo todo esto el resultado y la expresión de la posición legal que han sabido conquistar.

El sentimiento del honor y el de la propiedad, pueden ser colocados por lo que toca a su estimación, en una misma línea. Es posible que el verdadero amor a la propiedad —porque no entendemos bajo esta expresión el amor al lucro, el afán por el dinero y la fortuna, sino el noble sentimiento del propietario, del que hemos presentado como ejemplo al campesino, que defiende sus bienes, no tanto por su valor, como porque son suyos— pues bien, es posible que este sentimiento se debilite bajo las deletéreas influencias de causas y situaciones insanas, de lo cual la ciudad en que vivimos presenta la mejor prueba. ¿Qué hay de común entre mi propiedad y mi persona?, se preguntarán muchos. Mis bienes no son más que medios para atender a mi existencia, de procurarme el dinero, los placeres, y por lo mismo que no tengo deber moral de enriquecerme, no puede haber quien me exija o aconseje el intentar un juicio por una bagatela que no merece molestia alguna si nada vale. El solo motivo que me puede decidir a recurrir judicialmente, no dí otro que el que me guía en la adquisición o en el empleo de mi fortuna, mi bienestar; una cuestión sobre el derecho de propiedad, es una cuestión de interés, un negocio como otro cualquiera.

Los que así racionan, nos parece que han perdido el verdadero sentimiento de la propiedad y que le han trocado su base natural. No son ni la riqueza, ni el lujo, que no ofrecen ningún peligro para el sentimiento del derecho en el pueblo, responsables de estas doctrinas, sino la inmoralidad de la codicia. El origen histórico y la justificación moral de la propiedad, es el trabajo, no sólo el material de los brazos, sino el de la inteligencia y del talento; y no reconocemos solamente al obrero, sino también a su heredero, un derecho al producto íntegro del trabajo, es decir, que encontramos en el derecho de sucesión una consecuencia necesaria e imprescindible del principio de la propiedad. Así sostenemos que tan permitido debe serle al obrero el guardarse lo que ha ganado, como de dejarlo a cualquiera en vida o para después de muerto. Esa constante relación con el trabajo, es la que hace mantenerse a la propiedad sin tacha; con ese origen que debe reflejar siempre, hace ver lo que en realidad es para el hombre, apareciendo clara y transparente hasta en sus profundidades; pero cuanto más se aleja de tal origen para perderse y adulterarse, por decirlo así, proviniendo de ganancias fáciles y sin esfuerzo alguno, más pierde su carácter y naturaleza propia, hasta convertirse en jugadas de bolsa y en un agiotaje fraudulento. Cuando las cosas han llegado a tal extremo, cuando la propiedad ha perdido su último resto de idea moral, es evidente que ya no puede hablarse del deber moral para defenderle; nada hay aquí del sentimiento de la propiedad, tal como existe en el hombre que ha de ganar el pan con el sudor de su frente. Lo que hay de más grave en esto, es que esas

doctrinas y los hábitos que engendran se extienden poco a poco, hasta un círculo donde no podrían desenvolverse espontáneamente y sin contacto<sup>(3)</sup>. Se siente hasta en la cabana del pobre la influencia que ejercen los millones ganados en las jugadas de bolsa, y hombres que en otras circunstancias soportarían alegremente el trabajo, no lo sufren, y sueñan bajo el peso que les enerva, en vivir en una atmósfera tan malsana. El comunismo no podrá crecer más que en esos puntos, en los que está completamente olvidada o parece barta deada la idea de la propiedad, pero no se le encontrará donde se tenga idea de su verdadero origen. Se puede probar aquella influencia, examinando lo que sucede entre los campesinos, en los que la manera que tienen las clases elevadas de mirar a la propiedad, trasciende e influye tanto. En el que vive de sus tierras y tiene alguna relación con el campesino, se desarrollará involuntariamente, aun cuando su carácter y posición no se lo impongan, algo del sentimiento de la propiedad y de economía que distingue al hombre de los campos; un mismo individuo podrá llegar a ser económico cuando more entre los campesinos, y pródigo y gastador, cuando more en una ciudad como Viena, si vive entre millonarios.

Cualquiera que sea la causa de esa atenuación de carácter, por el que el amor a la comodidad lleva a rehuir la lucha por el derecho hasta tanto que el valor del objeto no sea de tal naturaleza que le aconseje la resistencia, debemos de caracterizarla tal como es. ¿Qué es lo que la filosofía práctica de la vida nos anuncia en eso sino la política de la cobardía? El cobarde que abandona el campo de batalla, salva lo que otros sacrifican, su vida, pero la salva al precio de su honor. La resistencia que los otros continúan haciendo, es lo que le coloca a él y a la sociedad al abrigo de las consecuencias que necesariamente vendrían si todos, pensando como él, como él obrasen. Lo mismo puede decirse del que abandona su derecho, por más que esto, como hecho aislado, quede sin consecuencias; pero si se erige en regla de conducta, ¿qué sería del derecho? Ciertamente que aun en este caso la lucha del derecho contra la injusticia no sufriría en su conjunto más que una defección aislada; pues los individuos no son, en efecto, los solamente llamados a tomar parte en esta lucha; cuando un Estado está organizado, la opinión pública participa grandemente, influyendo sobre los tribunales en todos los ataques graves hechos al derecho de una persona, a su vida o a su propiedad; y los individuos encuéntranse así desembarazados de la parte más pesada del trabajo. Sin embargo, esto no es bastante; la policía y el ministerio público velan todavía para que el derecho no sea jamás sacrificado, cuando se trata de lesiones abandonadas a la acción individual, pues no todos siguen la política del cobarde, y este mismo lucha cuando el valor del objeto merece la pena. Pero supongamos que un estado de cosas tal, en que el individuo no tiene la protección que le dispensan la

3 Nuestras pequeñas ciudades de Alemania que forman la residencia de una Universidad, en las que los estudiantes, por decirlo así, viven, ofrecen una interesante prueba. La manera que tienen, aquéllos de gastar y emplear el dinero se comunica a la población.

policía y una buena administración de justicia; fijémonos en los tiempos primitivos, donde, como en Roma, la persecución del ladrón y del bandolero quedaba exclusivamente entregada al agraviado. ¿Quién no ve adonde podría conducir ese cobarde abandono del derecho? ¿No sería esto alentar a ladrones y bandoleros? Esto, por otra parte, tiene perfecta aplicación a la vida de las naciones. Ningún pueblo puede, en caso alguno, abandonar la defensa de su derecho; recordemos el ejemplo de la legua cuadrada que suponíamos arrebatada por un pueblo a otro, y podrá presumirse qué consecuencias traería para la vida de los pueblos el tomar como norma de vida la teoría por la que la defensa del derecho pende del valor del objeto causa del litigio. Una máxima que es inadmisibles, que causa la ruina del derecho donde se la aplica, no se legitima aun cuando llegue a practicarse, gracias a ciertas y excepcionales circunstancias. Más adelante tendremos ocasión de demostrar cuán perjudicial es aún en un caso relativamente favorable.

Rechazamos, pues, esa moral que jamás ha hecho que pueblo ni individuo alguno tengan el sentimiento del derecho, y que es sólo el signo y el producto del sentimiento legal paralizado y enfermo, resultado del grosero materialismo dominando al derecho; materialismo que, sin embargo, ha tenido en esto su razón de ser. Aprovecharse del derecho, servirse de él y hacerlo valer, no son, cuando se trata de una injusticia objetiva, más que verdaderas cuestiones de intereses, y el derecho no es, según la definición que damos en otro lugar<sup>(4)</sup>, más que un *interés protegido* por la ley. Pero ante la arbitrariedad que ataca, que no respeta el derecho, estas consideraciones pierden todo su valor, porque, en este caso, el que obra arbitrariamente no puede atacar ni lesionar mi derecho sin atacar al propio tiempo mi personalidad. Que mi derecho tenga por objeto tal o cual cosa, importa poco; si el azar pone en mis manos una cosa, yo podría justamente ser despojado de ella sin haber lesión de derecho en mi personalidad; pero si no es el azar, si es mi voluntad la que establece ese lazo entre la cosa y yo, si la tengo gracias al trabajo que me ha costado o que le ha costado a otro, el cual me la dió, la cuestión varía de aspecto. En apropiándome la cosa, la imprimo el sello de mi personalidad; cualquier ataque dirigido a ella, me hiere a mí, porque mi propiedad soy yo, como que la propiedad no es más que la periferia de la personalidad extendida a una cosa.

Esta conexión del derecho con la persona, confiere a todos los derechos de cualquier naturaleza que sean, ese valor inconmensurable que hemos llamado ideal, en oposición al valor puramente real que tienen desde el punto de vista del interés, y es esa relación íntima la que hace nacer en la defensa del derecho esta abnegación y esa energía que más arriba hemos tratado de pintar. Esta concepción ideal no está reservada a las naturalezas privilegiadas; es posible para todos, para el hombre más

4 Ver mi Espíritu del Derecho Romano, III, parr. 60.

grosero como para el más ilustrado; para el rico como para el pobre; para los pueblos salvajes como para los más civilizados; y esto es lo que principalmente nos demuestra que tal punto de vista ideal tiene su origen en la naturaleza íntima del derecho; y lo que, por otra parte, no hace, en realidad, más que probar el buen estado del sentimiento legal. El derecho que parece, por un lado, rebajar al hombre a la región del egoísmo y del interés, lo eleva por otro a una altura ideal, donde olvida todas sus sutilezas y cálculos y esa medida del interés que acostumbraba aplicar por todo, y lo olvida para sacrificarse pura y simplemente a un ideal.

El derecho, que es por un lado la prosa, se trueca en la lucha por la idea en poesía, porque la lucha por el derecho es, en verdad, *la poesía del carácter*.

¿Cómo se opera este prodigio? No es ni por el deber ni por la educación: es por el simple sentimiento del dolor. El dolor, que es el grito de angustia, de socorro de la naturaleza amenazada, verdad ésta aplicable, como hemos notado, no sólo al organismo físico, sino, además, al ser moral. La patología del sentimiento legal es para el legista y para el filósofo del derecho, o debiera ser, porque sería inexacto afirmar que esto es así, lo que la patología del cuerpo humano es para los médicos, y revela indudablemente el secreto de todo el derecho. El dolor que el hombre experimenta cuando es lastimado, es la declaración espontánea, instintiva, violentamente arrancada de lo que el derecho es para él, en su personalidad, primeramente, y como individuo de clase, luego; la verdadera naturaleza y la importancia real del derecho se revelan más completamente en semejante momento y bajo la forma de afección moral, que durante un siglo de pacífica posesión. Los que no han tenido ocasión de medir experimentalmente este dolor, no saben lo que es el derecho, por más que tengan en su cabeza todo el *Corpus juris*; porque no es la razón, sino el sentimiento el que puede resolver esta cuestión; el lenguaje, además, ha determinado bien el origen primitivo y psicológico de todo derecho, llamándolo el sentimiento legal. Conciencia del derecho, persuasión legal, son otras tantas abstracciones de la ciencia que el pueblo no comprende. La fuerza del derecho descansa, como la del amor, en el sentimiento, y la razón no halla cabida cuando aquél impera. Así como hay momentos en que el amor no se conoce, y en un instante dado se revela enteramente, lo mismo sucede en el sentimiento del derecho; en tanto que no ha sido lesionado, no se le conoce ordinariamente y no se sabe de lo que es capaz; pero la injusticia le hace manifestarse, poniendo la verdad en claro y sus fuerzas en todo su apogeo. Ya hemos dicho en qué consiste esta verdad; el derecho es la condición de la existencia moral de la persona, y el mantenerle es defender la existencia moral misma. No solamente el dolor, sino que también en muchos casos la violencia o tenacidad con la cual el sentimiento del derecho rechaza una lesión, es la piedra de toque de su salud; por eso el grado del dolor que expresa la persona lesionada es el indicio del valor en que tiene el objeto



de la lesión. Sentir el dolor y permanecer indiferente, soportándolo con paciencia sin defenderse, constituye una negación del sentimiento del derecho, que las circunstancias pueden excusar en casos dados, pero que en general no dejarían de traer graves consecuencias para el sentimiento del mismo. La acción es, en efecto, de la misma naturaleza del sentimiento legal, que no puede existir más que a condición de obrar; si no obra se desvanece, se extingue poco a poco, hasta que llega a quedar de hecho anulada por completo la facultad sensible. La irritabilidad y la acción, es decir, la facultad de sentir el dolor causado por una lesión en nuestro derecho, y el valor, junto con la resolución de rechazar el ataque, son el doble criterio bajo el que se puede reconocer si el sentimiento del derecho está sano.

Preciso nos es renunciar a desenvolver aquí con más extensión este tema tan interesante e instructivo de la patología del sentimiento legal; pero séannos permitidas aún algunas reflexiones.

Sabido es qué acción tan diferente ejerce una misma lesión sobre personas pertenecientes a distintas clases; ya hemos tratado de explicar este fenómeno, y la conclusión que de esto sacamos es que el sentimiento del derecho no es igualmente lesionado por todos los ataques: se debilita o crece según que los individuos y los pueblos vean en la lesión que se hace a su derecho un atentado más o menos grave a la condición de su existencia moral.

Quien continúe estudiando la cuestión desde este punto de vista, será largamente recompensado por sus esfuerzos. Bien deseáramos añadir a los ejemplos del honor y de la propiedad un título que recomendamos especialmente: el del matrimonio; ¡qué reflexiones no podrían hacerse sobre la manera diferente como los individuos, los pueblos y las legislaciones consideran el adulterio!

La segunda condición del sentimiento legal, es decir, la fuerza de acción, es una pura cuestión de carácter. La actitud de un hombre o de un pueblo en presencia de un atentado cometido contra su derecho es la piedra de toque más segura para juzgarle. Si entendemos por carácter la personalidad plena y entera, no hay, ciertamente, mejor ocasión de poner esta noble cualidad de manifiesto que en presencia del que arbitrariamente lesiona todo a la vez: el derecho y la persona. Las formas bajo las que se produce la reacción causada por un atentado al sentimiento del derecho y al de la personalidad, que se traduce bajo la influencia del dolor, en vías de hecho, apasionadas y salvajes o que se manifiestan por una resistencia grande y tenaz, no pueden, en modo alguno, servir para determinar la fuerza del sentimiento legal; sería, pues, uno de los más groseros errores suponer en una nación salvaje y en un hombre del pueblo un sentimiento más ardiente que el de un hombre civilizado porque aquéllos usasen

el primero de los medios y éste el segundo. Las formas son casi siempre debidas a la educación y al temperamento, máxime cuando una resistencia firme y tenaz no cede en importancia a una reacción violenta y apasionada. Sería deplorable que fuese de otro modo, pues equivaldría a decir que el sentimiento del derecho se extingue en los individuos y en los pueblos en proporción y medida del progreso que alcanzan en su desenvolvimiento intelectual. Una mirada a la historia, y a lo que en la vida sucede, basta para convencernos de lo contrario. No es tampoco la antítesis de la pobreza y de la riqueza la que puede darnos una solución, pues por muy diferente que sea la medida económica, según la que el rico y el pobre juzgan un mismo objeto, cuando se trata de un ataque a la propiedad, como hemos anotado ya, no tiene aplicación alguna, porque no se trata en este caso del valor material del objeto, sino del valor ideal del derecho, y, por consecuencia, de la energía del sentimiento legal relativamente a la propiedad; no es la cantidad más o menos grande de riqueza que decide, sino la fuerza del sentimiento legal. La mejor prueba que puede aducirse es la que el pueblo inglés nos ofrece. Su riqueza no ha alterado nunca su sentimiento del derecho, y, por el contrario, en el continente tenemos constantemente ocasión de juzgar y persuadirnos de la energía con la cual ese sentimiento se manifiesta en las más simples cuestiones de propiedad. Conocida de todos esa figura del viajero inglés, que para no ser víctima de la rapiña de las fondas y hoteles, cocheros, etc., opone una resistencia tal que se diría que allí se tratara de defender el derecho de la vieja Inglaterra; detiéndose en sus viajes si es preciso, y llega a gastar diez veces más del valor del objeto antes de ceder. El pueblo se ríe de él, sin comprender... ¡y cuánto más valiera que le comprendiese! En aquella pequeña cantidad de dinero defiende aquél a Inglaterra, y prueba que no es hombre que abandona a su patria. No es nuestro ánimo defender ni causar el menor tormento a nadie; pero es la cuestión tan importante, que nos vemos forzados a establecer un paralelo.

Supongamos a un austríaco gozando de la misma posición social y colocado en las mismas circunstancias que un inglés; ¿cómo obraría en semejante ocasión? Si hubiésemos de contestar con lo que por experiencia podemos decir, no llegarán al diez por ciento los que imiten al inglés, porque recuerdan los disgustos anexos a la disputa, temen los resultados de una mala interpretación, lo que no detiene al inglés; en una palabra: aquéllos pagan. Pero en el dinero que niega el inglés y el austríaco paga, hay algo característico de Inglaterra y de Austria: hay la historia secular de su respectivo desenvolvimiento político y de su vida social. Este pensamiento nos ofrece una transición fácil; pero séanos permitido antes de terminar esta primera parte, repetir el principio que al comenzar sentábamos.

La defensa del derecho es un acto de la conservación personal, y, por consiguiente, un deber del que llega a ser lesionado, para consigo mismo.

## Capítulo IV

### LA LUCHA POR EL DERECHO EN LA ESFERA SOCIAL

Intentaremos probar ahora que la defensa del derecho es un deber que tenemos para con la sociedad.

Para hacerlo, debemos ante todo mostrar la relación que existe entre el derecho objetivo y el subjetivo, ¿Cuál será, pues? A nuestro modo de ver, es el reverso de lo que nos dice la teoría hoy más admitida al afirmar que el primero supone el segundo. Un derecho concreto no puede nacer más que de la reunión de las condiciones que el principio del derecho abstracto aporta a su existencia. He ahí todo lo que nos dice la teoría dominante de sus relaciones; como se ve, no es más que un lado de la cuestión. Tal teoría hace exclusivamente resaltar la dependencia del derecho concreto con relación al derecho abstracto, y no dice absolutamente nada de la relación que existe también en sentido inverso. El derecho concreto da al derecho abstracto la vida y la fuerza que recibe; y como está en la naturaleza del derecho que se realiza prácticamente, un principio legal que no ha estado nunca en vigor, o que ha perdido su fuerza, no merece tal nombre, es una rueda usada que para nada sirve en el mecanismo del derecho y que se puede destruir sin cambiar en nada la marcha general. Esta verdad se aplica sin restricción a todas las partes del derecho: al derecho público, al derecho privado y al derecho criminal. La legislación romana ha sancionado explícitamente esta doctrina, haciendo del *desuetudo* una causa para la abrogación de las leyes: la pérdida de derechos concretos por el no uso prolongado (*non usus*) significa exactamente lo mismo. Pero en tanto que la realización práctica del derecho público y del penal está asegurada porque está impuesta como un deber a los funcionarios públicos, la del derecho privado se presenta a los particulares bajo forma de derecho, es decir, por completo abandonada su práctica a su libre iniciativa y a su propia actividad. El derecho no será letra muerta, y se realizará, en primer caso, si las autoridades y los funcionarios del Estado cumplen con su deber; en el segundo, si los individuos hacen valer sus derechos. Pero si por cualquier circunstancia, sea por comodidad, por ignorancia o por pereza, estos últimos quedan largo tiempo inactivos, el principio legal perderá por el derecho mismo su valor. Las disposiciones del derecho privado, podemos, pues, decir, no existen en realidad y no tienen fuerza práctica más que en la medida en que se hace válidos los derechos concretos, y si es cierto que deben la existencia a la ley, no lo es menos que, por otra parte, ellos se la dan a su vez. La relación que existe entre el derecho objetivo y el subjetivo, o abstracto y concreto, se asemeja a la circulación de la sangre, que parte del corazón y a él vuelve.



La cuestión de la existencia de todos los principios del derecho público descansa sobre la fidelidad de los empleados en el cumplimiento de sus deberes; la de los del derecho privado, sobre la eficacia de estos motivos que llevan al lesionado a defender su derecho: el interés y el sentimiento. Si estos móviles no bastan, si el sentimiento se extingue, si el interés no es bastante poderoso para sobreponerse al amor de la comodidad, vencer la aversión contra la disputa y la lucha y dominar el miedo de un proceso, será lo mismo que si el principio legal no estuviese en vigor.

Pero ¿qué importa?, se dirá. ¿El lesionado no es sólo la causa? El recogerá los malos frutos. Recuérdese el ejemplo de un individuo que huye del combate. Si mil soldados están en línea, puede perfectamente suceder que no se note la falta de uno solo; pero si cien de ellos abandonan su bandera, la posición de los que quedan fieles será más crítica, porque todo el peso de la lucha caerá sobre ellos. Esta imagen nos parece que reproduce bien el estado de la cuestión. Se trata, en el terreno del derecho privado, de una lucha de derecho contra la injusticia, de un combate común de toda la Nación, en el cual todos deben estar estrechamente unidos; desertar en semejante caso, es también vender la causa común, porque es engrosar las fuerzas del enemigo, aumentando su osadía y su audacia. Cuando la arbitrariedad, la ilegalidad, osan levantar, afrentosa e impudicamente, su cabeza, se puede reconocer en este signo que los que están llamados a defender la ley no cumplen con su deber. Luego cada uno está encargado en su posición de defenderla cuando se trate del derecho privado, porque todo hombre está encargado, dentro de su esfera, de guardar y de hacer ejecutar las disposiciones legales. El derecho concreto que él posee no es más que una autorización que tiene del Estado para combatir por la ley en las ocasiones que le interesan, y de entrar en la lid para resistir a la injusticia; es una autorización especial y limitada, al contrario de la del funcionario público, que es absoluta y general. El hombre lucha, pues, por el derecho todo, defendiendo su derecho personal en el pequeño espacio en que lo ejerce. El interés y las demás consecuencias de su acción se extienden, por el hecho mismo, más allá, fuera de su personalidad. La ventaja general que de ello resulta no es solamente el interés ideal de que la autoridad y la majestad de la ley sean protegidas, sino que es un beneficio real, perfectamente práctico, comprendido y apreciado por todos, como que defiende y asegura el orden establecido en las relaciones sociales. Supongamos que el amo no reprende más a sus criados

por el mal cumplimiento de sus deberes, que el acreedor no pretende molestar a sus deudores, que el público no tiene en las compras y ventas una minuciosa vigilancia de los pesos y medidas: ¿acaso será sólo la autoridad de la ley la dañada? Esto equivaldría a sacrificar en tal sentido el orden de la vida civil, y es difícil calcular cuáles serían las funestas consecuencias de estos deplorables hechos. El crédito, por ejemplo, sería lesionado de una manera muy sensible. Todos haríamos lo posible por no tener negocios con aquellas gentes que nos obligasen a discutir y a luchar cuando el derecho es evidente: libraríamos nuestros capitales sobre otras plazas y sacaríamos las mercancías de tales sitios.

Cuando existe un estado de cosas semejante, la suerte de los que tienen el valor de hacer observar la ley es un verdadero martirio; su sentimiento firme y enérgico del derecho labra ciertamente su desgracia. Abandonados de todos aquellos que debieran ser sus naturales aliados, quedan completamente solos en presencia de la arbitrariedad, que la apatía y falta de valor de los demás convierten en más audaz y osada, y si rehusan, en fin, a comprar al precio de grandes sacrificios la satisfacción de permanecer fieles a su modo de obrar y de pensar, no recogen acaso más que las burlas y el ridículo. No son los que cometen transgresión legal los que principalmente asumen la responsabilidad en semejantes casos, sino los que no tienen el valor de defenderla. No acusamos a la injusticia de suplantar el derecho, sino a éste, que la deja obrar, porque si llegase el caso de clasificar, según la importancia, estas dos máximas: “no cometes una injusticia” y “no sufras alguna”, se debiera dar, como primera regla, “no sufras ninguna injusticia”, y como segunda, “no cometes ninguna”. Si tomamos al hombre tal cual es, no hay duda de que la certidumbre de encontrar una resistencia firme y resuelta será el medio mejor para hacer que no cometa una injusticia, que una simple defensa, donde toda la fuerza práctica no es, en realidad, más que la de un precepto de ley moral.

¿Se dirá ahora que vamos demasiado lejos pretendiendo que la defensa de un derecho concreto no es solamente un deber del individuo que es lesionado para consigo mismo, sino que también es un deber para con la sociedad? Si lo que hemos dicho es verdad; si queda sentado que defendiendo el individuo su derecho defiende la ley, y en la ley el orden establecido como indispensable para el bien público, ¿quién osará sostener que no cumple a un mismo tiempo un deber para con la sociedad? Si el Estado tiene el derecho de llamarle a luchar contra el extranjero; si puede obligarle a sacrificarse y a dar su vida por la salud pública, ¿por qué no ha de tener el mismo derecho cuando es atacado por el enemigo interior, que no amenaza menos su existencia que los otros? Si la cobarde huida es en el primer caso una traición a la causa común, ¿se podrá decir que no es lo mismo en el segundo? No, no basta para que el derecho y la justicia florezcan en un país que el juez esté dispuesto siempre a

ceñir la toga, y que la policía esté dispuesta a desplegar sus agentes; es preciso aún que cada uno contribuya por su parte a esta grande obra, porque todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esa víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad.

Inútil es hacer resultar cuánto ennoblece, desde este punto de vista, la obligación en que cada uno se encuentra de hacer valer su derecho. La teoría actual no nos habla más que de una actitud exclusivamente pasiva en relación con la ley, y nuestra doctrina presenta a la vez un estado de reciprocidad en el cual el combatiente rinde a la ley el servicio que de ella recibe, reconociéndole así la misión de cooperar a una grande obra nacional. Poco importa, por lo demás, que la acusación aparezca bajo este aspecto o bajo el otro, porque lo que hay de grande y de elevado en la ley moral es precisamente que no sólo cuenta con los servicios de los que la comprenden, sino que posee bastantes medios de toda naturaleza para hacer obrar a los que no tienen inteligencia de sus preceptos. Así que, para obligar al hombre al matrimonio, hace obrar en unos el más noble de los sentimientos del hombre, en otros la grosera pasión de los sentidos pone en movimiento el amor, los goces en un tercero y, en fin, la avaricia en otros; pero cualquiera que el medio sea, todos tienden al lazo conyugal. Esto sucede también en la lucha por el derecho: sea el interés o el dolor que causa la lesión legal, o la idea del derecho, quien impulsa a los hombres a entrar en la lid, todos se dan la mano para trabajar en una obra común: la protección del derecho contra la arbitrariedad.

Hemos alcanzado el punto ideal de nuestra lucha por el derecho. Partiendo del bajo motivo del interés, nos hemos elevado al punto de vista de la defensa moral de la persona, para llegar por último a ese común trabajo de donde debe salir la realización total de la idea del derecho.

¡Qué alta importancia no toma la lucha del individuo por su derecho, cuando se dice: el derecho todo, que ha sido lesionado y negado en mi derecho personal, es el que voy a defender y resstablecer! ¡Cuán lejos está de esa altura ideal donde lo eleva semejante pensamiento esa baja región del puro individualismo, de los intereses personales, de los deseos egoístas y de las pasiones que un hombre poco cultivado toma como el verdadero dominio del derecho!

Pero he ahí, se dirá, una idea tan elevada que sólo la filosofía del derecho puede abarcar; que no es de aplicación práctica, porque ninguno intenta un litigio por sólo la idea del derecho. Nos bastaría para refutar esa objeción recordar la institución de las acciones populares<sup>(1)</sup> en Derecho romano, que son una prueba evidente en

1 Haremos notar para aquellos de nuestros lectores que no hayan estudiado el Derecho, que las acciones populares

contrario; pero no haríamos justicia a nuestro pueblo, ni nos la haríamos a nosotros mismos, si nos negásemos ese sentimiento ideal. Todo hombre que se indigna y experimenta profunda cólera viendo el derecho supeditado por la arbitrariedad, lo posee sin duda alguna. Por más que un motivo egoísta se mezcle al sentimiento penoso que provoca una lesión personal, ese dolor, al contrario, tiene su exclusiva y única causa en el poder de la idea moral sobre el corazón humano. Esta energía de la naturaleza humana que protesta contra el atentado dirigido al derecho, es el testimonio más bello y el más elevado que del sentimiento legal puede darse, en un fenómeno moral tan interesante e instructivo para el estudio del filósofo como para la imaginación del poeta. No hay, que sepamos, afección alguna que pueda operar tan súbitamente en el hombre una transformación tan radical, porque está probado que tiene el poder de elevar a los que por naturaleza son dulces y apacibles a un estado de pasión que les es completamente extraño, lo cual prueba que atañe a la parte más noble de su ser, y es de las fibras más sensibles de su corazón. Es como el fenómeno del huracán en el mundo moral. Grande y majestuoso en sus formas por la rapidez, lo imprevisto y la potencia de su explosión, por el poder de esta fuerza moral que parece como el desencadenamiento de todos los elementos que furiosos arrollan cuanto se pone ante su paso, para venir luego la calma bienhechora y producir en el individuo, como en todos, una purificación moral del aire que el alma respira. Pero si la fuerza limitada del individuo va a estrellarse contra las limitaciones que dispensan a la arbitrariedad una protección que niegan al derecho, es evidente que el huracán descargará sus iras sobre el autor, y entonces, una de dos: o bien su sentimiento legal herido cometerá uno de esos crímenes de los que luego hablaremos, o bien nos ofrecerá el espectáculo, no menos trágico, de un hombre que, llevando constantemente en su corazón el aguijón de la injusticia, contra la cual es impotente, llegará a perder poco a poco el sentimiento de la vida moral y toda creencia en el derecho.

Bien sabemos que ese sentimiento ideal del derecho que posee el hombre, por el que un ataque o una lesión de la idea legal le es más sensible que un atentado contra su persona, y por el que se sacrifica sin interés ninguno a la defensa del derecho oprimido, como si se tratase del suyo propio, es el privilegio de naturalezas escogidas. El hombre positivista, realista, despojado del toda aspiración ideal, que no ve en la in-

---

ofrecían al que quería la ocasión de hacerse representante de la ley y perseguir al culpable que la había violado. Estas acciones no se limitaban a los casos en que se tratase del interés público, sino también se podían usar todas las veces que un individuo con el cual se había cometido una injusticia no fuese capaz de defenderse por sí solo; así, por ejemplo, en el caso en que un menor hubiese sido lesionado en una venta, o en el que un tutor fuese infiel a su pupilo y otros que pueden verse en mi *Espíritu del Derecho Romano*, tomo II, segunda edición, pág. 111. Estas acciones, como se ve, son rastro de ese sentimiento Ideal que defiende el derecho, por el derecho mismo, sin mirar al interés personal. Alguna vez se apela a ese móvil ordinario de la avaricia hacienda esperar al acusador por la multa que al acusado se imponga, siendo esto lo que da vida a esa ocupación mercantil de los denunciadores que esperan la recompensa por la denuncia que hacen; pero añadimos que las acusaciones de esa segunda categoría han desaparecido en buena hora del Derecho romano, y que las de la primera casi no existen en el Derecho actual de la mayor parte de cada uno de los pueblos, el lector sacará las consecuencias.



justicia más que el daño hecho a su propio interés, comprende, no obstante, perfectamente esa relación que he establecido entre el derecho concreto y la ley, y que puede resumirse diciendo: mi derecho es todo el derecho; defendiéndolo, defiende todo el derecho que ha sido lesionado al ser lesionado el mío. Puede parecer esto paradójico, y es por lo tanto muy justo afirmar esta manera de ver opuesta a las creencias de los legistas. La ley, según la idea que nos hacemos de ella, no es nada absolutamente en la lucha por el derecho, y no se trata en esta lucha de la ley abstracta, sino de su forma material, de un daguerreotipo cualquiera, al cual aquélla no hace más que ajustarse, sin que sea posible herirla inmediatamente en sí misma. No desconocemos la necesidad técnica de esta manera de ver; pero eso no debe impedirnos reconocer la justicia de la opinión opuesta, que colocando la ley y el derecho en una misma línea ve como consecuencia de una lesión del segundo un ataque hecho a la primera. Esta opinión, quizá para algún espíritu desprevenido, será más exacta que nuestra teoría jurídica. La mejor prueba de lo que afirmamos es la expresión misma de que se sirve en alemán y que se empleaba en latín; el demandante “apela entre nosotros a la ley”, y los romanos llamaban a la acusación *legis a eito*. Es, pues, en los dos casos, la ley la que está en cuestión, la que va a ser discutida en un caso particular, y este punto de vista es de la más alta importancia, especialmente para la inteligencia de los procesos en el derecho antiguo de los romanos. La lucha por el derecho es, pues, a un mismo tiempo, una lucha por la ley; no se trata solamente de un interés personal, de un hecho aislado, en que la ley toma cuerpo de daguerreotipo, como antes dijimos, en el que se fije al paso de uno de sus rayos luminosos, que se puede dividir y partir sin herirla a ella misma, sino que se trata de la ley que se ha menospreciado y hollado, y que debe ser defendida so pena de cambiarla en una frase vacía de sentido. El derecho personal no puede ser sacrificado sin que la ley lo sea igualmente.

Esta manera de ver, que llamaremos en dos palabras la solidaridad de la ley y el derecho concreto, es, como hemos sentado anteriormente, la expresión real de su relación en lo más íntimo de su naturaleza, y que no está tan profundamente escondida, pues hasta el egoísta incapaz de toda idea superior quizá la comprenda como nadie en algún caso, porque su interés es asociar el Estado a la lucha; he ahí un medio por el que, sin saberlo ni quererlo, contra su derecho y contra él mismo, se eleva hasta la altura ideal donde se siente representando la ley. La verdad es siempre verdad, aun contra el individuo que no la reconoce y que no la defiende más que en el estrecho punto de vista de su interés personal. Es el espíritu de venganza y el odio los que impulsan a Shylok a pedir al tribunal la autorización de cortar su libra de carne de las entrañas de Antonio; pero las palabras que el poeta pone en sus labios son tan verdad en ellos como en cualesquiera otros; es el lenguaje que el sentimiento del derecho lesionado hablará siempre; es la potencia de esa persuasión inquebrantable de que

el derecho debe ser siempre derecho; es el entusiasmo apasionado de un hombre que tiene conciencia de que no lucha sólo por su persona, sino también por una idea.

*La libra de carne que yo reclamo,  
le hace decir Shakespeare,  
La he pagado largamente, es mía y yo la quiero;  
¿Qué es vuestra justicia si me la negáis?  
El derecho de Venecia no tendrá fuerza alguna.  
Esa es la ley que yo represento.  
Yo me apoyo en mi tilulo.*

El poeta, en estas cuatro palabras “yo represento la ley”, ha determinado la verdadera relación del derecho desde el punto de vista objetivo y subjetivo, y la significación de la lucha para su defensa, mejor que pudiera hacerlo cualquier filósofo. Esas palabras cambian por completo la pretensión de Shylok en un problema tal, en que el objeto en cuestión es el mismo derecho de Venecia. ¡Qué actitud más vigorosa no toma este hombre en su debilidad cuando pronuncia esas palabras! No es el judío que reclama su libra de carne, sino que es la misma ley veneciana quien llega hasta la barra de la justicia, porque su derecho y el derecho de Venecia son uno mismo; el primero no puede perecer sin perecer el segundo; si, pues, sucumbe al fin bajo el peso de la sentencia del juez que desconoce su derecho por una burla extraña<sup>(2)</sup>; si lo vemos herido por el dolor más amargo, cubierto por el ridículo y completamente abatido alejarse vacilante, podemos entonces afirmarnos en ese sentimiento de que el derecho de Venecia está humillado en su persona, que no es el judío Shylok quien se aleja consternado, sino un hombre que representa al desgraciado judío de la Edad Media, ese paria de la sociedad que en vano grita: ¡Justicia! Esta opresión del derecho de que él es víctima, no es todavía el lado más trágico ni más conmovedor de su suerte; lo que hay de más horrible es que ese hombre, que ese infeliz judío de la Edad

2 El interés perfectamente trágico que nos ofrece Shylok, descansa, para nosotros, en que no se le hace Justicia, y esta es, sin duda, la conclusión que más sobresale para el legista. El poeta puede indudablemente hacerse una jurisprudencia a su capricho; no hemos de reprochar a Shakespeare el que haya obrado de tal suerte y que no haya variado en nada la antigua fábula; el legista que estudia la cuestión estará obligado a decir que el título no estaba en vigor porque contenía alguna cláusula inmoral, y que el juez, apoyado en esta sola razón, ha podido negar lo pedido por el querellante; si no lo hacía, si el “sabio Daniel” la dejaba valer, era emplear un subterfugio, una miserable astucia, una burla Indigna, autorizar a un hombre a cortar la libra de carne, prohibiéndole terminantemente hacer correr la sangre necesaria a la operación. Un Juez, según esto, podría acordar también que se permitiera al propietario de una servidumbre el paso por la finca, prohibiéndole dejar rastro alguno porque no estaba así estipulado en la concesión. Cualquiera crearla que la historia de Shylok pasa en los tiempos primitivos de Roma, cuando los autores de las Doce Tablas creían necesario hacer especial mención de que el acreedor a quien se le entregaba el cuerpo del deudor (*in partes secare*) podía, en lo que se refiere al tamaño de los pedazos de su cuerpo, hacerlos como quisiera. (*Si plus minusve secuerint sine fraude esto!*)

Media cree en el derecho, puede decirse, lo mismo que un cristiano. Su fe es tan inquebrantable y firme como una roca; nada le conmueve; el juez mismo la alimenta hasta el momento en que se resuelve la catástrofe y es aplastado como por un rayo; entonces contempla su error y ve que sólo es un mísero judío de la Edad Media, a quien se niega la justicia engañándole.

Esta figura de Shylok nos recuerda otra que no es menos histórica ni menos interesante y poética: la de Miguel Kohlhaas, que en la novela de este nombre ha presentado Enrique Kleist con tanto acierto. Shylok se retira completamente herido por el dolor, sus fuerzas se extinguen y no lucha más; sufre sin resistir los resultados del juicio. Pero con Miguel Kohlhaas sucede otra cosa. Cuando ha puesto todos los medios para hacer valer su derecho, tan indignamente menospreciado; cuando un acto injusto ejercido por el gabinete del príncipe le ha cerrado todo camino legal y ve que hasta la autoridad en su más alto representante, el soberano, hace causa común con la injusticia, el dolor indecible que le causa semejante ultraje le arrebató y le subleva. “Más vale ser perro que ser hombre y verse pisoteado”, grita; y al instante toma una suprema resolución. “El que me niega la protección de las leyes —añade— me destierra entre los salvajes del desierto y pone en mis manos la maza con que debo defenderme”. Arranca a esa justicia venal el mancillado poder que lleva, y la ataca de tal modo, que el espanto y el miedo se esparcen por el país; su acción es tal, que ese Estado podrido se conmueve hasta en sus más hondas bases y el príncipe tiembla sobre su trono. No es el sentimiento salvaje de la venganza el que le anima; no se hace bandolero y asesino como Carlos Moor, que quería “hacer sonar en toda la naturaleza el grito de la revolución, para conducir a la lucha contra la raza de las hienas, el aire, la tierra, el mar”, y que declaraba la guerra a toda la humanidad porque ha sido violado su derecho; no, él obra al contrario bajo la influencia de esta idea moral: “que tiene para con el mundo el deber de consagrar todas sus fuerzas a fin de alcanzar satisfacción y poner a sus conciudadanos al abrigo de semejantes injusticias”. Esta es la idea a la cual lo sacrifica todo: el bienestar de su familia, el honor de su nombre, todos sus bienes, su sangre y su vida; no destruye por destruir, tiene un fin: el de vengarse del culpable y de todos los que hacen con él causa común. Cuando ve dibujarse la esperanza de poder obtener justicia depone voluntariamente sus armas; pero como él había sido elegido para mostrar hasta qué punto la ignominia, la ilegalidad y la bajeza de carácter llegan a rebajarse en esta época, vemos que se falta a la promesa que se le había hecho, se viola el salvoconducto de que se le había provisto y termina su vida en el sitio donde ejecutaban a los culpables. No obstante, habiendo de morir se le rinde justicia, y este pensamiento de no haber combatido en vano, el haber mantenido la humana dignidad, sosteniendo lo justo, eleva su corazón sobre los horrores de la muerte; reconciliado de este modo consigo mismo, con el mundo y con Dios, se entrega resueltamente y de buen grado al verdugo.

¡Qué reflexiones no debe sugerirnos este drama legal! He aquí un hombre honrado escrupulosamente amigo del derecho, lleno de amor por su familia, y de sentimiento religioso, que de una manera súbita se convierte en un Atila, que siembra el luto y la desolación en todos los pueblos por donde pasa. ¿De dónde nace esta transformación? Nace precisamente de esas cualidades de las que se origina, por decirlo así, esa grandeza moral que le hace superior a todos sus enemigos; viene de ese alto respeto hacia el derecho, de la creencia en su santidad, de la fuerza de acción que posee su sentimiento moral, que es completamente justo y sano. Lo que hay de profundamente conmovedor en la trágica suerte de ese hombre es que las cualidades que constituyen y distinguen lo noble de su naturaleza, es decir, ese sentimiento ardiente e ideal del derecho, ese sacrificio heroico en defensa de una idea, en contacto con el mundo miserable de entonces, donde la arrogancia de los Grandes no tenía igual más que en la venalidad y cobardía de los jueces, se vuelven precisamente en contra de éstos. Los crímenes que ha cometido recaen con doble o triple peso sobre el príncipe, sus funcionarios y sus jueces que le han lanzado de la vía legal a la de la ilegalidad. Cualquiera que sea la injusticia que nosotros hayamos de sufrir, por violenta que sea, no hay para el hombre alguna que pueda ser comparada a la que comete la autoridad por Dios establecida cuando viola la ley. El asesinato judicial, como lo llama perfectamente nuestra lengua alemana, es el verdadero pecado mortal del derecho. El que estando encargado de la administración de justicia se hace asesino, es como el médico que envenena al enfermo, como el tutor que hace perecer a su pupilo. El juez que se dejaba corromper era en los primeros tiempos de Roma castigado con la pena de muerte. No hay para la autoridad judicial, que ha violado el derecho, acusador más terrible que la figura sombría y continuamente amenazadora del hombre al que una lesión del sentimiento legal ha hecho criminal; es su propia sombra bajo rasgos bien sangrientos. El que ha sido víctima de una injusticia, corrompida y parcial, se encuentra violentamente lanzado fuera de la vía legal, se hace vengador y ejecutor de su derecho, y no es raro que, lanzado por la pendiente, fuera de su fin directo, se declare enemigo de la sociedad, bandolero y homicida. Si su naturaleza es noble y moral, como la de Miguel Kohlhaas, podrá sobreponerse a esas tendencias, pero llegará a ser criminal, y en sufriendo la pena correspondiente a su falta, mártir de su sentimiento del derecho. Se dice que la sangre de los mártires no corre en vano, y aquí puede ser esto una gran verdad; es posible que su sombra suplicante subsista largo tiempo, porque una opresión del derecho semejante a la que él había sido víctima, queda harto impresa para ser olvidada.

Hemos querido, invocando esta sombra, mostrar con un patente ejemplo hasta dónde puede llegarse, si el sentimiento del derecho es enérgico e ideal, cuando la imperfección de las instituciones legales le niegan una satisfacción legítima. La lucha por la ley se trueca en un combate contra ella. El sentimiento del derecho abando-

nado por el poder que debía protegerlo, libre y dueño de sí mismo, busca los medios para obtener la satisfacción que la imprudencia, la mala voluntad y la impotencia le niegan. No son solamente las naturalezas aisladas, especialmente llenas de vida y llevadas por naturaleza a la violencia, en las que el sentimiento nacional del derecho, si cabe la frase, se eleva y protesta contra semejantes instituciones legales; esas acusaciones y esas protestas se reproducen a veces por el pueblo entero en ciertos hechos que según su fin o la manera como el pueblo mismo o una clase determinada los considera o aplica, pueden ser tenidos como simplemente accesorios, que la Nación aporta a las instituciones del Estado: tales eran en la Edad Media, entre otros, los carteles de desafío, que prueban la impotencia o la parcialidad de los tribunales correccionales de entonces y la debilidad de la potencia pública. En nuestros días la existencia del duelo nos atestigua bajo una forma sensible, que las penas con que el Estado castiga un ataque al honor, no satisfacen el sentimiento delicado de ciertas clases de la sociedad. Eso significa todavía la venganza del Corso, y esa justicia popular aplicada en la América del Norte, que se llama la ley de Lynch. Todo anuncia muy claramente que las instituciones legales no están en armonía con el sentimiento legal del pueblo o de una clase; y es esto en todos los casos lo que obliga al Estado a reconocerlas como necesarias, o al menos sufrirlas. Cuando la ley las ha proscrito sin poder llegar a hacerlas desaparecer de hecho, pueden dar origen a un grave conflicto para el individuo. El Corso que prefiere obedecer a la ley; antes que recurrir a la venganza, es despreciado por los suyos, y al contrario, accediendo a la influencia nacional, está expuesto a caer bajo el brazo de la justicia. Esto sucede en nuestro duelo; el que lo rehusa cuando el deber se lo impone, es despreciado; el que lo acepta recibe el castigo de la ley, y en este caso la posición es igualmente penosa para el individuo como para el juez. Sería vano empeño el tratar de descubrir hechos análogos en la historia primitiva de Roma; las instituciones del Estado estaban entonces en armonía completa con el sentimiento nacional. Los hay desde cuando apareció el cristianismo y los cristianos se alejaron de los tribunales seculares para llevar su causa ante el obispo, lo mismo que hicieron los judíos de la Edad Media, que huían de los tribunales católicos, apelando al arbitraje de sus rabinos.

No hemos de decir más de la lucha del individuo por su derecho; lo hemos estudiado en la gradación de sus motivos, considerándolo primeramente como un puro cálculo del interés; elevándonos luego de ese grado al de esta consideración ideal: la conservación de la personalidad, la defensa de las condiciones de existencia moral, para llegar al fin, a ese punto de vista que es la cima más elevada y de donde una falta puede precipitar al hombre que ha sido lesionado en el abismo de la ilegalidad; tal es la realización de la idea del derecho.

El interés de esta lucha, lejos de reducirse al derecho privado o a la vida privada, se extiende, por el contrario, mucho más allá. Una Nación no es, en último término, más que el conjunto de individuos que la componen; ella siente, piensa y obra como sus miembros aislados sienten, obran y piensan. Si el sentimiento del derecho en los individuos está enervado, es cobarde y apático cuando se trata del derecho privado; si las trabas que oponen las leyes injustas o las malas instituciones, no le permiten moverse y desenvolverse libremente con toda su fuerza; si es perseguido cuando debiera ser protegido y considerado; si en su virtud se acostumbra a sufrir la injusticia, a considerarla como un estado de cosas que no es posible cambiar, ¿quién podrá creer que un hombre, en el que tan empujado, menguado y apagado se encuentra el sentimiento legal, haya de despertar tan súbito, sentir tan violentamente y obrar con energía cuando ocurra una lesión legal que no hiera al individuo, sino a todo el pueblo; cuando se trate de un atentado a su libertad política, de mancillar o trocar su Constitución o de un ataque extranjero? ¿Cómo el que no está acostumbrado a defender valientemente su derecho personal, va a sentirse impulsado a sacrificar voluntariamente sus bienes y su vida por la salud pública? ¿Cómo esperar del hombre que, renunciando a su derecho por sus goces, no ha visto el daño moral hecho en su persona y en su honor, del que no lia conocido hasta entonces en el derecho otra medida que la de su interés material, que tenga otro modo de juzgar cuando se trate del derecho y del honor de la Nación? ¿De dónde ha de emanar espontáneamente ese sentimiento legal hasta entonces desmentido? ¡No, eso no puede ser! Los que defienden el derecho privado son los únicos que pueden luchar por el derecho público y por el derecho de gentes; los que desplegarán en esa lucha las cualidades tan probadas en la otra, y esas cualidades decidirán la cuestión. Puede, pues, afirmarse que en el derecho público y en el de gentes vienen a recogerse los frutos cuya semilla se ha sembrado y cultivado por la Nación en el derecho privado. En las profundidades de ese derecho, en los más pequeños detalles de la vida, es donde debe formarse lentamente la fuerza que atesora ese capital moral que el Estado necesita para poder realizar su fin. La verdadera escuela de la educación política no es para un pueblo el derecho público, sino el derecho privado; y si se quiere saber cómo una Nación defenderá en un caso dado sus derechos políticos y su rango internacional, basta saber cómo el individuo defiende su derecho personal en la vida privada. No podemos olvidar lo que hemos dicho del inglés, siempre decidido a combatir; en el dinero que defiende este hombre con tanta tenacidad está la historia del desenvolvimiento político de Inglaterra. Nadie intentará arrancar a un pueblo, en el que cada uno tiene por costumbre defender valerosamente su derecho hasta en los más pequeños detalles, el bien que le es más precioso; así, no es por azar por lo que el pueblo de la antigüedad, que tuvo en el interior el más alto desenvolvimiento político, tuvo también el más grande desenvolvimiento de fuerzas al exterior, pues el pueblo romano poseía a la par el derecho privado más perfecto. El derecho es el ideal (por más que se crea esto

una paradoja), no el ideal fantástico, sino el del carácter: es decir, el del hombre que se reconoce como siendo su propio fin y que estima poco todo lo que existe cuando es lesionado en ese dominio íntimo y sagrado. ¿Qué importa, por otra parte, de dónde viene el ataque hecho contra su derecho? Que venga de un individuo, de su gobierno o de un pueblo extranjero, es lo mismo; no es, en efecto, la personalidad del agresor quien ha de decidir sobre la resistencia que debe hacer, sino la energía de su sentimiento legal y la fuerza moral que despliega por su conservación personal. Será, pues, siempre cierta la afirmación de que la fuerza moral de un pueblo determina el grado de su posición política tanto en el interior como en el exterior. El Imperio chino con su bambú, que sirve de azote para los adultos, y sus cientos de millones de habitantes, no gozará, a los ojos de las naciones extranjeras, del honor, ni ocupará el lugar que la pequeña República de Suiza en el concierto de los pueblos. El modo de ser de los suizos no es meramente artístico, de poesía e ideal; es positivo y práctico, como el de los romanos, pero en el sentido en que yo tomo esta palabra, puede, hablándose de su derecho, decirse lo que hemos dicho de los ingleses.

El hombre que tiene el sano sentimiento del derecho, minará la base sobre la que el sentimiento se apoya si sólo se contenta con defenderse y no contribuye a la conservación del derecho y del orden; sabe que, combatiendo por su derecho, lo defiende en su totalidad; pero sabe, además, que defendiendo el derecho en general, lucha por su derecho personal. Cuando esta manera de ver; cuando ese sentimiento profundo por la estricta legalidad reina en un punto dado, se tratará en vano de descubrir esos fenómenos aflictivos que se presentan en otros puntos tan a menudo. Así es como el pueblo no se pondrá de parte del criminal o transgresor de la ley a quien la autoridad trata de perseguir, o, en mejores términos, no se verá en los poderes públicos el enemigo nato de los pueblos: cada cual se hace cargo de que la causa del derecho es su propia causa, y sólo el criminal será quien con el criminal simpatice; el hombre honrado, por el contrario, ayudará con mano fuerte a la policía y a las autoridades en sus pesquisas.

Debemos sacar la consecuencia de todo lo que hemos dicho. Puede resumirse en una sola frase: no existe para un Estado que quiere ser considerado como fuerte e inquebrantable en el exterior, bien más digno de conservación y de estima que el sentimiento del derecho en la Nación. Este es uno de los deberes más elevados y más importantes de la Pedagogía política. El buen estado y la energía del sentimiento legal del individuo constituyen la fuente más fecunda del Poder y la garantía más segura de la existencia de un país, tanto en su vida exterior como en la interior. El sentimiento del derecho es lo que la raíz en el árbol: si la raíz se daña, si se alimenta en la árida arena o se extiende por entre rocas, el árbol será raquítrico, sus frutos ilusorios, bastará un pequeño huracán para hacerlo rodar por el suelo; mas lo que se

ve es la copa y el tronco, mientras que la raíz se esconde a las miradas del observador frívolo bajo tierra; y ahí, adonde muchos políticos no creen digno descender, es donde obra la influencia destructora de leyes viciadas e injustas y donde las malas añejas instituciones de derecho ejercen influencia sobre la fuerza moral del pueblo. Los que se contentan con considerar las cosas superficialmente y no quieren ver más que la belleza de la cima, no pueden tener la menor idea del veneno que desde la raíz sube a la copa. Por eso el despotismo sabe bien adonde ha de dirigir su mortífera hacha para derribar el árbol; antes de cortar la copa procura destruir la raíz; dirigiendo así sus certeros tiros contra el derecho privado, desconociendo y atropellando el derecho del individuo, es como todo despotismo ha comenzado, y, cuando se ha dado fin a esta obra, el árbol cae seco y sin savia; he ahí por qué debe tratarse siempre, en esa esfera, de oponer gran resistencia a la injusticia; los romanos obraban sabiamente cuando por una falta contra el honor o el pudor de una mujer acababan de una vez con la monarquía y más tarde con el decenvirato. Destruir en el campesino la libertad personal, acrecentando sus impuestos y gabelas; colocar al habitante de las ciudades bajo la tutela de la policía, no permitiéndole hacer un viaje sino obligándole a presentar a cada paso su pasaporte; encadenar el pensamiento del escritor por medio de leyes injustas; repartir los impuestos según capricho y obedeciendo al favoritismo y a la influencia, son principios tales, que un Maquiavelo no podría inventarlos mejores para matar en un pueblo todo sentimiento civil, toda fuerza, y asegurar al despotismo una tranquila conquista. Es preciso considerar que la puerta por donde entran el despotismo y la arbitrariedad sirve también para favorecer las irrupciones del enemigo exterior; por eso, en último extremo, quizá demasiado tarde, todos los sabios reconocen que el medio más vigoroso para proteger a la Nación contra una invasión extranjera es la fuerza moral unida al sentimiento del derecho despertado en el pueblo. En la época feudal, en que el campesino y el habitante de las ciudades estaban sometidos a la arbitrariedad y al absolutismo de los señores, fué cuando el Imperio alemán perdió la Alsacia y la Lorena; ¿cómo esas provincias habían de expresar su sentimiento por el Imperio si no lo tenían por ellas mismas?

Nosotros solamente somos los culpables; si nos aprovechamos demasiado tarde de las lecciones de la historia, nada tiene que ver ella con que no las comprendamos a tiempo, pues nos las da continuamente para que podamos aprovecharlas. La fuerza de un pueblo, responde a la de su sentimiento del derecho; es, pues, velar por la seguridad y la fuerza del Estado el cultivar el sentimiento legal de la Nación, y no sólo en lo que se refiere a la escuela y a la enseñanza, sino también en lo que toca a la aplicación práctica de la justicia en todas las situaciones y momentos de la vida. No basta, por lo tanto, ocuparse del mecanismo exterior del derecho, porque puede estar de tal modo organizado y dirigido, que reine el orden más perfecto, y que el principio que nosotros consideramos como el más elevado deber, sea completamente despreciado.



La servidumbre, el derecho de protección que pagaba el judío y tantos otros principios e instituciones de pasadas épocas, eran a veces conformes a la ley y al orden, es verdad; sin embargo, no lo es menos que esas añejas instituciones están en profunda contradicción con las exigencias de un sentimiento legal digno y levantado, y que dañaban acaso más al mismo Estado que al campesino, al habitantes de las villas y al judío, sobre quien recaía el peso de la injusticia. Determinando de una manera clara y precisa el derecho positivo; descartando de todas las esferas del derecho, no solamente del civil, sino también de las leyes de policía y de la legislación administrativa y financiera, todo lo que puede chocar con el sentimiento del derecho sano y digno del hombre; proclamando la independencia de los tribunales y reformando el procedimiento, se llegará seguramente a acrecentar la fuerza del Estado, mucho mejor que votando el más alto presupuesto militar.

Toda disposición arbitraria o injusta, emanada del poder público, es un atentado contra el sentimiento legal de la Nación, y por consecuencia contra su misma fuerza. Es un pecado contra la idea del derecho que recae sobre el Estado, el cual suele pagarlo con exceso, con usura, y hasta puede haber tal juego de circunstancias que llegue a costarle la pérdida de una provincia; tanto es así, que debe estar obligado el Estado a no colocarse, ni por razón de circunstancias, al abrigo de tales errores, pues nosotros creemos, por el contrario, que el más sagrado deber del Estado es cuidar y trabajar por la realización de esta idea, por la idea misma. Mas puede haber ahí una ilusión de doctrinario y no vituperaríamos al hombre de Estado práctico que responda ante semejante cuestión encogiéndose de hombros. He ahí también por otra parte, por qué hemos exagerado el lado práctico de la cuestión, porque la idea del derecho y la del interés del Estado se dan aquí la mano. No hay sentimiento legal, por firme y sano que sea, que pueda resistir la prolongada influencia de un derecho malo, porque se embota y debilita debido a que la esencia del derecho, como tantas veces hemos dicho, consiste en la acción. La libertad de acción es para el sentimiento legal lo que el aire para la llama; si la amenguáis o paralizáis, concluiréis con tal sentimiento.

## Capítulo V

### EL DERECHO ALEMÁN Y LA LUCHA POR EL DERECHO

Podríamos dar por terminada aquí nuestra tarea, pero séanos permitido ocuparnos todavía con una cuestión que está íntimamente relacionada con la materia de que nos venimos ocupando; es ésta el saber en qué medida nuestro derecho actual, o mejor, nuestro derecho romano de hoy, tal cual se ha introducido en Alemania, y del que solamente nos atrevemos a tratar, responde a las condiciones que hemos desenvuelto hasta aquí.

No dudamos en afirmar categóricamente que no responde en manera alguna, que está muy lejos de llenar las legítimas pretensiones de un hombre, en quien el sentimiento legal esté perfectamente sano. No solamente porque para muchos de los casos que en la práctica se presentan, no ha encontrado solución, sino porque reina en su conjunto una manera de ver completamente contraria a ese idealismo que hemos presentado más arriba, como constituyendo la naturaleza y el buen estado del sentimiento legal. Nuestro derecho civil no es el que menos reproduce esa consideración ideal que nos muestra en una lesión, no sólo un ataque contra la propiedad, sino también contra la persona misma. No tiene para todas las violaciones del derecho salvo el ataque al honor, otra medida que la del valor material; como que no es más que la expresión de un grosero y puro materialismo.

Pero, se dirá: ¿qué debe garantizar el derecho al que ha sido lesionado en su propiedad, sino el objeto en litigio o su valor?<sup>(1)</sup> Admitiendo la justicia de esta objeción, preciso sería llegar a la conclusión de que no podría o no debía ser castigado el ladrón que hubiese restituido el objeto robado. Pero el ladrón, se dirá aún, no ataca solamente a la persona lesionada, sino también a las leyes del Estado, al orden legal, a la ley moral; y nosotros queremos que se nos diga si no hace lo mismo el deudor que niega de mala fe el préstamo que se le ha hecho, el mandatario que abusa indignamente valiéndose de la confianza en él depositada: ¿es reparar la lesión que se ha hecho a nuestro sentimiento legal el no devolvernos después de largos debates más que lo que desde un principio nos pertenecía? Pero aparte de ese deseo tan motivado de obtener satisfacción, ¿no es chocante el desequilibrio natural que existe entre las partes? El riesgo que les amenaza de salir mal en el proceso, consiste para el uno, en perder el bien que era suyo, y para el otro, en la devolución de un objeto que injustamente conservaba; en el caso contrario, el uno tendría la ventaja de no haber

1 Así me expresaba yo en mi obra titulada *Ueber das Schuldmoment im roemischen Privatrecht*, Glesen, 1867, pag. 61. Después de largos estudios sobre esto, he formado la opinión que hoy emito.

perdido nada, y el otro, la de haberse enriquecido a costa de su adversario. ¿No es esto provocar la más grande de las falsedades y acordar una prima a la deslealtad? No hacemos, en realidad, más que caracterizar nuestro derecho; más adelante tendremos ocasión de traer hechos en apoyo, pero creemos que ha de facilitar la prueba, el considerar primeramente el punto de vista desde el cual se miraba esta cuestión en el Derecho romano.

Distinguimos a este propósito los tres grados de su desenvolvimiento. El sentimiento del derecho es en el primer período de una violencia desmedida, y si, vale la expresión, puede decirse que no ha llegado a dominarse (antiguo derecho); en el segundo, reina ostentando una gran fuerza de moderación (derecho intermedio); en el tercero, se debilita y enerva (fines del imperio y particularmente el derecho de Justiniano).

Resumiremos en pocas palabras el resultado de investigaciones que hicimos y publicamos en otra obra sobre la forma, bajo la cual aparece esta cuestión, en el primer grado de su desenvolvimiento. La irritabilidad del sentimiento del derecho era tal en esta época, que toda lesión, que todo ataque al derecho personal, se consideraba como una injusticia subjetiva, sin tomar en cuenta, ni en consideración, la inocencia o el grado de culpabilidad del agresor; así el querellante exigía por el hecho mismo de la ofensa, de aquel que era formalmente culpable, como del que lo era sólo materialmente, una satisfacción. El que negaba una deuda probada, evidente (*nexum*) y el que había causado un daño en la cosa de su adversario, pagaba si perdía, el doble; lo mismo que en un juicio de reivindicación había recogido ya los frutos como si fuese propietario, si era condenado debía devolver el doble, y por haber perdido el litigio estaba todavía obligado a sacrificar la suma depositada como fianza o puesta (*sacramentum*). El querellante o demandante que perdía, estaba sometido a la misma penalidad, porque había reclamado algo que no era suyo; si se excedía algo la evaluación de la suma que reclamaba en justicia, aun cuando fuese la deuda cierta, se le retiraba y anulaba la demanda.

Ha pasado al nuevo derecho algo de esas instituciones y de esos principios del antiguo, pero todo lo que es propio del derecho intermedio, respira distinto espíritu:

puede ser caracterizado diciendo que es la aplicación y el empleo de una moderación grande, en todos los casos en que se trata de lesiones al derecho privado; se distingue rigurosamente la injusticia objetiva; la primera sólo supone la restitución del objeto, la segunda entraña, además, un castigo que consiste, ya en la multa, ya en la marca de infamia, y esta aplicación proporcional de las penas, es precisamente uno de los pensamientos más sanos del Derecho romano de este período. Los romanos tenían un sentimiento del derecho demasiado justo para permitir al depositario que tenía la perfidia de negar o de detentar injustamente el depósito al mandatario, y al tutor que había abusado a su posición de confianza para servir a sus intereses, o que abandonaba de propósito el cumplimiento de sus deberes, pudieran cubrir su responsabilidad con devolver la cosa llegado el caso, o pagar los daños o perjuicios; exigían, además, que el culpable fuese castigado, primeramente como satisfacción personal, y después como medio de intimidación. Entre las penas más usadas estaban la de infamia; pena gravísima, porque entrañaba no sólo la pérdida de los derechos del ciudadano, sino también la muerte política; se aplicaba principalmente cuando la lesión revestía el carácter de una deslealtad especial, y la pena pecuniaria, de la que se hacía su uso mucho más frecuente. Se había establecido todo un arsenal de tales medios de intimidación para el que intentaba un proceso con causa injusta. Estas penas consistían, primeramente, en fracciones del objeto en litigio, un décimo, un quinto, un tercio, un medio, elevándose luego hasta sumar varias veces su valor, y se perdía, en ciertos casos en que no era posible formar juicio de la obstinación del adversario en el infinito; esto es, el que perdía debía pagar todo lo que el adversario exigiese, bajo juramento, como satisfacción suficiente. Había en particular dos formas de procedimiento. “Los interdictos prohibitorios del pretor y las acciones arbitrarias”, que tenían por objeto colocar al acusado en la necesidad de desistir o aguardar a ser reconocido como culpable de haber violado la ley con deliberado propósito, y ser tratado como tal. Le obligaban cuando persistía en su resistencia o en su ataque, a no limitar su acción contra la persona del acusador, sino a obrar contra la autoridad, de donde resultaba que no era el derecho del demandante de lo que se trataba, sino de la ley misma, que por medio de sus representantes se ponía como objeto de la cuestión.

El fin que se proponía aplicando tales penas no era otro que el que se quería alcanzar en materia criminal: de una parte, el fin puramente práctico de colocar los intereses de la vida privada al abrigo de esos atentados no comprendidos bajo el nombre de crímenes; de otra parte, el fin ideal de hacer solidario el honor y la autoridad de la ley, rindiendo satisfacción al sentimiento del derecho que había sido lesionado, y no sólo en la persona que es directamente atacada, sino también en las

de todos los que de ellos tenían conocimiento. El dinero no era, pues, el fin que se tenía a la vista, sino un medio para llegar a él<sup>(2)</sup>.

Esta manera de mirar la cuestión que el Derecho romano intermedio tenía, es, a nuestro modo de ver, maravillosa. Alejándose por igual de dos extremos, del viejo derecho, que colocaba la injusticia objetiva en la misma línea que la subjetiva, y de nuestro derecho actual, que marchando en dirección contraria, ha rebajado ésta al nivel de aquélla, satisfacía por completo las legítimas pretensiones que pudiera tener el sentimiento del derecho más justo, porque no se contentaba con separar las dos especies de injusticias, sino que sabía discernir y reproducir con minuciosidad e inteligencia, la forma, el modo, la gravedad y todos los matices diversos de la injusticia subjetiva.

Al llegar al tercer período o grado de desenvolvimiento del Derecho romano, tal cual ha sido fijado en las Institutas de Justiniano, no podemos menos de recordar y admirar la influencia e importancia del derecho de sucesión en la vida de los pueblos, como en la de los individuos. ¿Qué sería del derecho de esta época si hubiera tenido que establecerse por sus propias fuerzas? Lo mismo que ciertos herederos que son incapaces de proporcionarse lo estrictamente necesario, viven a costa de las riquezas acumuladas por el testador, así también una generación decrepita y débil encuentra en el caudal intelectual acumulado por la edad vigorosa que le ha precedido, con que subsistir largo tiempo. No queremos decir que goza tal generación sin esfuerzo alguno del trabajo de otras, sino hacer notar que está en la naturaleza de las obras de las instituciones del pasado, influir durante cierto tiempo, y hacer reinar en la vida el espíritu que ha precedido a su nacimiento; tienen, en una palabra, cierta fuerza latente que al contacto y al roce cambia en fuerza activa. Es en este sentido en el que el derecho privado de la República donde se había reflejado ese sentimiento enérgico y vigoroso que para el derecho había poseído el antiguo pueblo de Roma, pudo servir al Imperio, durante algún tiempo, de fuente vivificadora; en ese gran desierto de la última época, era el único oasis por donde corría todavía un arroyo de agua fresca y cristalina. Pero el despotismo parece racha ardiente que no permite a ninguna planta desenvolverse, y el derecho privado, no pudiendo por sí solo hacer prevalecer y mantener un espíritu que por todos era despreciado, debió de ceder también, lo mismo que todas las demás ramas del derecho, al nuevo espíritu del tiempo. ¡Y se presenta ante nuestra vista bajo rasgos verdaderamente extraños, ese

2 Se encuentra en las *acciones vindictam spirantes* una prueba particularísima de lo que venimos diciendo; hacen resaltar ese punto de vista ideal y muestran, de la manera más evidente, que no tienen por objeto alcanzar una suma de dinero o la restitución de una cosa, sino la reparación de un atentado hecho al sentimiento del derecho y de la personalidad (*magis vindictae quam pecunia habet rationem*). He ahí por qué no pasaban a los herederos, ni podía ser cedido su uso a terceras personas; los acreedores no podían intentarlas en caso de cesión de bienes, se extinguían pasado cierto término relativamente corto y no tenían lugar cuando el lesionado no demostraba su resentimiento *ad animum suum non revocaverit de injuriis*, 47, 10.

espíritu de la nueva época! No se revelan en él los verdaderos signos del depotismo, la severidad y la dureza; al contrario, aparecen otros caracteres que expresan la dulzura y la humanidad; pero esa dulzura misma es despótica; es decir, que lo que a uno concede lo arrebató a otro, como que es la dulzura de la injusticia y del capricho y no la de la humanidad; es el desorden de la crueldad. No hemos de traer aquí todas las pruebas sobre las que podríamos apoyar esta opinión<sup>(3)</sup>; nos bastará hacer resaltar un rasgo muy particular y significativo de ese carácter y que encierra un rico material histórico; tal es el esfuerzo hecho para mejorar la posición del deudor a costa del acreedor<sup>(4)</sup>. Se puede adelantar esta opinión como general. Simpatizar con el deudor es el signo más patente de que una época es débil; en ella llámase esta simpatía humanidad. En una edad llena de fuerza, se trata, ante todo, de que sea hecha justicia al acreedor. El derecho de hipoteca privilegiado que Justiniano concede a la esposa, viene también de esa humanidad de su corazón, de lo que no podía prescindir y que le hundía a la vez en un asombro indecible siempre que daba una disposición nueva; pero esa humanidad es la de San Crispín, queriendo el cuero de los ricos para hacer con él botas a los pobres.

Vengamos ahora a nuestro Derecho romano actual. Después de todo lo que hemos dicho, nos encontramos obligados a formar un juicio sin poder fundarlo aquí como queríamos, pero al menos presentaremos, ya que no otra cosa, lo que pensamos acerca de la cuestión.

Diremos, resumiendo en pocas palabras nuestro pensamiento, que encontramos en el conjunto de la historia, y en toda la aplicación del Derecho romano moderno, una marcada preponderancia, por más que las circunstancias la han hecho hasta cierto punto necesaria, de la erudición pura, sobre el sentimiento legal de la

3 Los caracteres estaban tan debilitados en esta época, que no podían soportar la justa severidad del antiguo derecho. Así, por ejemplo, se suprimieron las penas tan rigurosas que en el antiguo procedimiento habían sido aplicadas.

4 Es fácil encontrar numerosas pruebas en las disposiciones de Justiniano. Concede, por un lado, a favor de los fiadores, el beneficio de discusión, y por otro, al de los codeudores el de división; fija para la venta de la prenda el irrisorio plazo de dos años; después que la propiedad ha sido adjudicada, concede todavía al deudor dos años como plazo para el retracto, y pasado este tiempo le concede mejor derecho que al acreedor que ha vendido la cosa; y aún se pueden añadir: la extensión del derecho de compensación a los que no eran ciudadanos, *la datio in solutum*, la desmedida extensión de la defensa, *usurae supra alterum tantum*, la limitación de la prima de seguro en el *faenus nauticum*, reduciéndole al 12 por 100, la posición excepcional y buena que da al heredero dejándole el beneficio de inventario, etc., Justiniano hace posible la obtención de un lapso para hacer el pago cuando lo conceden la mayor parte de los acreedores, lo cual no era más que una imitación de las *Moratorias* de Constantino. Débese a sus predecesores también la acción *non numeratae pecuniae*, la *cautio indiscreta* y la ley Anastasia; así como la gloria de haber sido el primero en reconocer desde el trono la fealdad del castigo corporal y de haberle abolido, en nombre de la humanidad, pertenece a Napoleón III. Este soberano no se molestaba más por haber hecho funcionar la guillotina en Cayenne, que se incomodaban los últimos emperadores romanos por deparar a los inocentes hijos de los criminales de lesa majestad, una suerte que caracterizan ellos mismos diciendo: *ut lus perpetua majestate sardentibus sit et mors solatium et vita supplicium* (1, 5, cod. ad. leg. Put, may. q. 8), pero la humanidad para con el deudor no resaltaba más así; ¡qué importa lo demás! ¡No hay verdaderamente mejor manera de acomodarse con la humanidad que enriquecerse unos a costa de otros!

nacional y sobre la práctica y la legislación, que contribuyen ordinariamente de una manera exclusiva a formar y a desenvolver el derecho. Es tal erudición un derecho extraño, escrito en lengua extraña, introducido por los sabios, que son los únicos que pueden comprenderlo perfectamente, y expuesto siempre a la influencia contraria de dos intereses opuestos que luchan frecuentemente: el interés de la ciencia pura y simplemente histórica y el de la aplicación práctica junto al desenvolvimiento del derecho. La práctica no tiene, por otra parte, una fuerza suficiente para dominar por completo el espíritu de la materia; está, por consecuencia, condenada a una dependencia perpetua, a una eterna tutela de la teoría, y de ahí viene que el particularismo la arrastre, en la legislación como en la administración de la justicia, hacia los débiles ensayos que se hacen para llegar a la centralización. ¿Deberíamos asombrarnos de que semejante derecho esté en profundo desacuerdo con el sentimiento de la Nación, que el derecho no se incline más hacia el pueblo que el pueblo hacia el derecho? Detestamos las instituciones y los principios que los habitantes de Roma explicaban perfectamente, porque no tienen entre nosotros la misma razón de ser, y ciertamente que no ha habido nunca en el mundo una manera de rendir justicia que haya tenido más poder que ésa para disminuir en el pueblo toda confianza en el derecho y toda fe en su existencia. Qué debe pensar, en efecto, el hombre del pueblo, en que el juicio es simple y recto, si el juez, ante el cual se presentase con un título probando que su adversario reconoce deberle cien thalers, declarase que el suscriptor no está obligado por que hay en eso una cautio indiscreta? ¿Qué puede pensar aún, cuando un título en el cual se establece textualmente que la deuda tiene por causa un préstamo anterior, no reviste fuerza de prueba hasta pasados dos años?

No acabaríamos si tratásemos de citar hechos aislados: preferimos concretarnos a señalar lo que no podemos llamar de otro modo, que los dos extravíos de nuestra jurisprudencia en el derecho civil, tan fundamentales, que son un verdadero manantial de injusticias.

El primero consiste en que nuestra moderna jurisprudencia no admite nunca el pensamiento tan sencillo que hemos desenvuelto y que se resume diciendo: no se trata en una lesión del derecho de un valor material, sino de una satisfacción al sentimiento legal del que ha sido lesionado. Nuestro derecho no conoce otra medida que la del materialismo bajo y grosero, no mira la cuestión más que desde el punto de vista del interés pecuniario. Recordamos haber oído hablar de un juez que para desembarazarse de los pequeños embrollos de un juicio sobre cosa de poca importancia, ofreció pagar de su bolsillo al demandante la suma en litigio, y se incomodaba grandemente cuando no era aceptada su proposición; no podía comprender este sabio magistrado que el demandante no tenía a la vista una suma de dinero, sino su derecho; no era en realidad muy culpable, porque hubiera podido lanzar sobre la ciencia

el reproche que a él se le hubiera dirigido. La pena pecuniaria que fué para el magistrado romano el medio más potente de administrar justicia al sentimiento ideal que había sido lesionado<sup>5)</sup>, cambia bajo la influencia de nuestra teoría de las pruebas en uno de los expedientes y recursos más tristes de que la autoridad ha podido servirse para ensayar el porvenir de la injusticia. Se exige al acusador que pruebe hasta el último céntimo, el interés pecuniario que para él tiene el proceso. Juzguen, pues, en lo que se convierte la protección del derecho cuando un interés de esta naturaleza no está en juego. Un arrendador rehusa a un arrendatario la entrada en un jardín que se ha reservado por contrato para su goce; preguntamos ahora: ¿cómo se arreglará el primero para decir el valor pecuniario de algunas horas pasadas por el segundo tomando el fresco dentro de un jardín? Un propietario arrienda a otra persona una finca que ha alquilado ya, pero que no se ha ocupado todavía, y el primer arrendatario debe contentarse durante seis meses con una miserable habitación antes de encontrar una conveniente; que se avalúe este daño en dinero, o mejor, que se vea la indemnización que el tribunal acuerda; en Francia se exigiría mil francos, en Alemania nada de eso, porque el juez de Alemania responderá que las incomodidades, por graves que sean, no pueden apreciarse en dinero. Supongamos aún un profesor que está ocupado en un colegio privado, encuentra más tarde mejor colocación, rompe el contrato sin que puede encontrársele por el momento un sucesor: ¿cómo podría evaluarse en dinero el daño causado a los discípulos por haberles privado durante algunas semanas o acaso meses, de las lecciones de francés o de dibujo? Y más todavía: ¿cómo se compensaría la pérdida material que el director del establecimiento ha sufrido? Supongamos todavía un cocinero que deja sin razón su servicio, y que por la imposibilidad de reemplazarle, coloca a sus amos en esa grave molestia: ¿cómo puede evaluarse este perjuicio en dinero? Nuestro derecho no concede en todos estos casos protección alguna, porque les da tanto valor como el que tendrá una nuez para el que no tenga dientes. Este es, pues, el reinado de la ilegalidad, y lo que hay en todo ello de más temible y vejatorio, no es la imperfección en que se encuentra, sino el sentimiento amargo de que el derecho bueno pueda ser pisoteado sin que existan medios para remediarlo.

No es al Derecho romano a quien debe acusarse de esta falta de coacción, porque por más que haya tenido como constante principio que el juicio definitivo llevase solamente una pena pecuniaria, ha sabido aplicarlo de manera que satisficiese muy especialmente, no sólo los intereses materiales, sino también todos los demás intereses legítimos. La condena a pagar una suma de dinero, era el medio coercitivo que el

5 Se pueden traer como pruebas de esta opinión, que se alejan de la doctrina generalmente admitida, 1, 7 d. anu (33, 1), 1, 9, párr. 3, 1, 11, párr. 1, úe serve corr. (11, 3), 1, 1G, párr. 1, quod (43, 24), 1, 6, 7, de serve esp. (18, 7), 1, 1, párr. 2, de tut. rat. (27, 3), 1, 54, pr. Mand. (17, 1), 1, 71: f. de evict. (21, 2), 1, 44 de man. (40, 4). Y la aplicación de las penas pecuniarias con que tanto se distinguen los tribunales franceses hoy.



juez empleaba en los negocios civiles para asegurar la ejecución de sus prescripciones. El acusado que rehusase hacer lo que el juez le imponía, no se libraba devolviendo el valor pecuniario de la obligación a la cual estaba sujeto, sino que esa obligación se cambiaba para él en una pena, y es precisamente este resultado del proceso el que aseguraba al que había sido lesionado una satisfacción a la cual tendía mucho más que a la suma de dinero. Nuestro derecho no concede nunca esta satisfacción, y ni la comprende porque no ve más allá de donde llega el interés material.

Tampoco existen en la práctica las penas que en Roma se aplicaban en materia de derecho privado, y esto nace de la insensibilidad de nuestra legislación actual, por el interés ideal que va unido a una lesión del derecho. La infamia no es hoy aplicada en ningún caso de infidelidad del depositario o del mandatario. El bribón más grande vive en nuestros días completamente libre e impune, mientras sea bastante diestro para evitar todo aquello que puede caer bajo la acción del Código criminal.

Verdad es que en pago se encuentra todavía en nuestros libros de derecho que el mentiroso frívolo puede ser castigado, pero esto tiene en la práctica muy rara aplicación. ¿Qué significa esto, en una palabra, sino que la injusticia subjetiva se coloca entre nosotros al nivel de la injusticia objetiva? Nuestro derecho no establece diferencia alguna entre el deudor que niega, entre el mandatario que nos ha faltado a sabiendas y el que faltó contra su voluntad; en fin, entre la lesión premeditada de mi derecho y la ignorancia y la incapacidad; el proceso se coloca siempre en la esfera del interés material. Nuestros legistas actuales se hallan tan lejos de creer que la balanza de Themis debe, en el derecho privado como en el derecho penal, pesar la injusticia y solamente el interés pecuniario, que teniendo presente esta advertencia, debemos considerarla como la objeción de los que dirán que ahí precisamente está la diferencia que existe entre el derecho penal y el derecho privado. Será esto por desgracia una verdad para el derecho actual. ¿Pero lo es para el derecho en sí? Lo negamos. Sería preciso, ante todo, probar que hay una parte del derecho en la cual la idea de la justicia no debe realizarse en toda su extensión; por eso quien dice justicia, dice realización de la idea de culpabilidad.

El segundo de esos errores, verdaderamente funestos en nuestra moderna jurisprudencia, consiste en la teoría de la prueba que se ha establecido. Estamos tentados a creer que no ha sido descubierta más que para aniquilar el derecho. Si todos los deudores del mundo se hubiesen concertado para matar y burlar el derecho de los acreedores, no hubieran encontrado medio mejor que ese sistema de pruebas: en vano se buscaría un matemático que lo presentase más exacto. Sobre todo, en los procesos de daños y perjuicios, llega al grado supremo de lo incomprensible. Recientemente se ha pintado en algunos escritos y de una manera tan sorprende el odioso

desorden, que para emplear la expresión de un legista romano diremos<sup>6)</sup> “reina aquí en el derecho, bajo el nombre de derecho” y el contraste que ofrece el inteligente modo de obrar de los tribunales franceses, que no tenemos necesidad de añadir una palabra; pero no podemos menos de decir que va como gritando: ¡desgracia para el acusador y valor para el acusado! Resumiendo, puede afirmarse que este grito es la palabra de orden característica de nuestra jurisprudencia teórica y práctica. Ha avanzado mucho en esa vía que había comenzado Justiniano; no es el acreedor, sino el deudor quien excita su simpatía, y prefiere sacrificar el derecho de cien acreedores a exponerse a tratar demasiado duramente a un deudor.

El que no esté versado en el derecho, apenas podrá creer que haya sido posible todavía aumentar esta parcial ilegalidad que nos ha presentado la falsa teoría de los legistas que se ocupan con el Derecho civil y el procedimiento. No obstante, los criminalistas anteriores son los que se han extraviado hasta el punto de cometer lo que puede llamarse un atentado contra la idea del derecho, y la falta más grosera de que la ciencia se ha sentido capaz contra el sentimiento legal. Queremos hablar de esta vergonzosa paralización del derecho de defensa provocada, de ese derecho primordial del hombre, que es como dice Cicerón, una ley que la misma naturaleza le ha impuesto, y la que los legisladores romanos juzgaban no podía ser desconocida en ninguna legislación (*Vim vi repellere omnes leges omniaque jura permittunt*). ¡Cómo habrán podido en los últimos siglos y en nuestros días los jurisconsultos persuadirse de lo contrario! Es verdad que los nuevos sabios reconocen este derecho en principio, pero llenos de esa simpatía por el criminal, que los legistas del Derecho civil y del procedimiento tenían por el deudor, tratan de limitarle y debilitarle en la práctica de tal suerte, que el criminal es, en la mayor parte de los casos, protegido en detrimento del atacado, que queda sin defensa. ¡En qué abismo profundo no va a perderse el sentimiento de la personalidad, cuando tanto se descende en la literatura de esa doctrina! ¡Qué olvido de la dignidad humana! ¡Qué desprecio, qué perturbación de su sentimiento simple y justo del derecho! El hombre que es amenazado en su persona o en su honor, debe, pues, retirarse y huir<sup>7)</sup>; el derecho debe dejar su puesto a la injusticia; esos sabios no están en desacuerdo más que en la cuestión de saber: si los militares, los nobles y otras personas de alta condición, deben también retirarse y huir. Un pobre soldado que para obedecer a esta orden se había retirado dos veces, pero que, perseguido por su adversario, había hecho resistencia y le había muerto, “era para darle una lección eficaz y para ofrecer a los demás saludable ejemplo”, *nada más que condenado a muerte*.

6 Paul in 1, 91, párr. 3 de V. O. (41, 1) ...in quo genere plenumque sub autoritate furis scientias perniciose erratus, pero el jurisconsulto considera en este caso otro error diferente.

7 Toda esta doctrina se encuentra expuesta en la obra de K. Levita, *Das Recht der Nothwehr*, Oiersen, 1856, pág. 158.

Se concede, por tanto, a las personas de una posición elevada o de elevado nacimiento, el derecho que se daba a los militares de emplear para su defensa una resistencia legítima; pero viene a limitarle uno de esos autores, diciendo que no deberían llegar hasta matar a su adversario, si no se tratase más que de una injuria verbal. A otras personas, como los funcionarios del Estado y de la justicia civil, se contenta con decirles: “que no son, después de todo, a pesar de sus pretensiones, más que los hombres de ley, no teniendo otro derecho que las leyes comunes del país”. A los comerciantes aun los considera peor. “Los comerciantes —dice—, los más ricos, no hacen excepción de la regla, su honor consiste en su crédito; pueden, pues, perfectamente, sin perder su honor o su reputación, sufrir que se les dirija algunas injurias, y si pertenecen a la última clase, que se les aplique alguna bofetada...” Si el transgresor de la ley es un campesino o judío, se le debe imponer la pena que existe contra los que recurren a la defensa personal, en tanto que los otros deben ser castigados de la manera “más ligera posible”.

El modo que se considera propio para excluir el derecho de defensa cuando se trata de una cuestión de propiedad, es todavía más edificante. La pérdida de la propiedad, dicen unos, es exactamente como la del honor, una pérdida reparable, ya por la reivindicación, ya por la acción, *injuriarum*. ¿Pero y si el ladrón ha huido y es tan conocido como su domicilio? Qué importa, responden los sabios: se tiene siempre la reivindicación y sólo debida a circunstancias “fortuitas y de todo punto independientes de la naturaleza del derecho de propiedad, la acusación no lleva siempre el fin que se propone”. El hombre que debe entregar sin resistencia toda su fortuna, que consigo lleva en papel, puede, pues consolarse: tiene siempre la propiedad y el derecho de reivindicación; ¡el ladrón no goza más que de la posesión real! Otros permiten, cuando se trata de una suma considerable, emplear la fuerza, pero solamente como cosa extrema, y no dicen que el atacado debe tener también en este caso, a pesar de su dolor vivísimo, el cálculo escrupuloso de la fuerza que debe emplear para rechazar la agresión. Si innecesariamente llegase a romper el cráneo a su adversario, mientras que si él hubiese estudiado la dureza del hueso hubiese aplicado al ladrón un golpe menos violento, pero lo bastante para atemorizarlo, tendrá que responder de ello. Si un hombre, por el contrario, no se ve expuesto a perder sino objetos de poco valor, un reloj de oro, por ejemplo, o una bolsa que sólo contiene algunos *thalers*, debe guardarse bien de hacer el menor daño al que ataca; ¿qué es, en efecto, un reloj en comparación del cuerpo, de la vida y de los sagrados miembros del hombre? El uno es un bien fácilmente reparable, lo otro es por completo irreparable su pérdida. He ahí una cosa que nadie negará; pero se olvidan los que tal dicen que el reloj es mío y que los miembros son de un ladrón. Sin duda que tienen un valor inapreciable para el ladrón, pero para mí no tienen ninguno, y aun me queda siempre el derecho de pedir que me reemplacen mi reloj. Pero he ahí bastantes locos extravíos de la ciencia.

¡Qué profunda humillación no debemos sentir viendo que ese pensamiento simple, tan conforme y justo con el verdadero sentimiento del derecho, que ve en todo a ataque (fuese su objeto no más que un reloj) un atentado a todo el derecho de la personalidad y a la personalidad misma, ha desaparecido de tal modo de la ciencia, que pudo consentir el sacrificio del derecho, levantando la injusticia a la altura de un deber! ¿Podría asombrarnos que la cobardía y el sufrimiento de la injusticia fuesen el carácter de nuestra historia nacional en una época donde la ciencia osa emitir semejantes doctrinas? Felicitémonos de vivir en una época bien distinta. Semejantes teorías son hoy imposibles; no pueden crecer más que en el lodazal en que se arrastre una Nación que esté tan podrida desde el punto de vista político, como desde el punto de vista del derecho.

Esa doctrina de la cobardía, de la obligación de sacrificar el oro que se nos arrebatara, es el punto de la ciencia más opuesto a la teoría que hemos defendido y que hace, por el contrario, de la lucha valerosa por el derecho, un estricto deber. Un filósofo de nuestros días, Herbart, ha emitido acerca de la base del derecho, una opinión que no es tan falsa, pero que se encuentra bien lejos de esa altura ideal, donde se eleva el hombre en que el sentimiento del derecho está completamente sano. Herbart descubre el fundamento del derecho en esta causa estética: el disgusto de la lucha. No hemos de demostrar aquí cuán insostenible es esta tesis, y nosotros nos congratulamos de poder referirnos a los escritos de uno de nuestros amigos queridos<sup>(8)</sup>. Pero si se está autorizado para apreciar el derecho desde ese punto de vista, no sabemos verdaderamente si en lugar de hacer consistir lo que el derecho nos ofrece de estético en la exclusión de la lucha, lo colocaríamos precisamente en su misma existencia.

Tenemos el valor de emitir una opinión completamente opuesta a los principios de ese filósofo, reconociéndonos francamente culpables de amar la lucha. No admitimos ciertamente una lucha por nada, pero sí ese noble combate en el cual el individuo se sacrifica con todas sus fuerzas, por la defensa de su derecho personal o de la Nación. Los que critican en este sentido el amor a la lucha, tienen que romper toda nuestra noble literatura y toda la historia de las artes, desde la Iliada de Homero y las famosas esculturas de los griegos, hasta nuestros días. Apenas si hay materia que haya atraído más a la literatura y a las bellas artes, que el combate y la guerra; no será preciso investigar ahora en dónde el sentimiento estético está más satisfecho, viendo ese desenvolvimiento supremo de la humana potencia que la escultura y la poesía han glorificado en el uno como en la otra.

8 Jules Glaser, *Gesammte, Kleinere, Schriften über Strafrecht Civilund, Strafprocess*, Viena, 1868. (Glaser era en 1867 ministro de Justicia en Austria.)

No es siempre la estética, sino la moral, quien debe decirnos lo que es la naturaleza del derecho, y lejos de expulsar la lucha por el derecho, la moral la proclama un deber. Este elemento de la lucha y del combate que Herbart quiere eliminar de su idea, es, pues, una parte integrante e inseparable de su naturaleza.

La lucha es el trabajo eterno del derecho. Si es una verdad decir: ganarás tu pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: solamente luchando alcanzarás tu derecho.

Desde el momento en que el derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica; así podemos aplicarle la sentencia del poeta:

*Es la última palabra de la sabiduría  
que sólo merece la libertad y la vida,  
el que cada día sabe conquistarlas.*

