ELEMENTOS

DE

DERECHO NATURAL

POR

D. Luis Mendizábal y Martín

CATEDRÁTICO NUMERARIO POR OPOSICIÓN Y DE LA CATEGORÍA DE ASCENSO

OBRA DECLARADA DE MÉRITO Á SU AUTOR
PARA LOS ASCENSOS DE SU CARRERA, POR EL MINISTERIO DE FOMENTO
PREVIO EL DICTAMEN FAVORABLE DEL CONSEJO DE
INSTRUCCIÓN PÚBLICA

Segunda edición, corregida y aumentada

PARTE TERCERA

EL DERECHO EN LA VIDA

LIBRO I.º

DERECHO PRIVADO

ZARAGOZA
MARIANO SALAS, TIPÓGRAFO, P. DEL PILAR, PASAJE
1898

TITULO PRELIMINAR

I. Resumen de los principios demostrados en la Teoría general del Derecho

El *fin jurídico* se realiza por la coexistencia de las actividades individuales y el incremento de las mismas, mediante una cada vez más perfecta asociación (1): la proporción que deben guardar nuestros actos con el fin jurídico constituye la *justicia en sentido objetivo* (2), y la virtud de ajustarse á ésta se denomina *justicia en sentido sujetivo* (3); distinguiéndose tres distintas especies de justicia: la *conmutativa*, la *distributiva* y la *legal* (4); diferenciándose la *justicia* de la *equidad* (que modera el rigor del derecho con la misericordia) (5); y oponiéndose al cumplimiento del fin jurídico la violación de la regla jurídica ó sea la *injusticia* (6).

La justicia se determina por la ley jurídica (7) denominada *derecho objetivo*, que confiere, de una parte, facultades llamadas *derechos* (las cuales en cuanto se consideran en el sujeto al que favorecen forman el derecho subjetivo) (8) y de otra, la limitación de nuestras facultades por los *deberes jurídicos* (9); siendo *correlativos* el derecho

(1) Tom. I, pág. 206.
(2) Tom. I, pág. 206.
(3) Tom. I, pág. 208.
(4) Tom. I, pág. 211.
(5) Tom. I, pág. 212.
(6) Tom. I, pág. 214.
(7) Tom. I, pág. 219.
(8) Tom. I, pág. 221.
(9) Tom. I, pág. 241.

subjetivo y el deber jurídico (1), y hallando ambos su vida concreta en las relaciones jurídicas (2).

El principio «*haz el bien en cuanto es necesario para la armonía social*» es el supremo en el orden jurídico (3): las propiedades esenciales del Derecho Natural son la *unidad*, la *inmutabilidad* y la *universalidad;* y en el orden subjetivo hemos afirmado que el derecho es: *natural, espiritual, moral, positivo, inviolable, inalienable, irrefragable* y *exigible* (4): por consecuencia el derecho no puede predicarse de los séres inferiores al hombre (5).

Los derechos *nacen y se extinguen* por actos que determinan respectivamente su principio ó su término (6), son exigibles por medio de la *coacción jurídica* (7) y se subordinan unos á otros en su actuación concreta, según los principios que resuelven los distintos casos de aparente colisión de derechos y deberes (8).

Se *clasifican* las leyes jurídicas por razón del *fin*, el *origen*, la *extensión*, las *personas* á que se aplican, el *modo de limitar la libertad* y la *forma de imponerse* (9): los derechos por la *inherencia* al sujeto, su *alienabilidad* y la *materia próxima* sobre que respectivamente recaen (10); y los deberes jurídicos en *privados y públicos, de acción y de omisión, generales y particulares, de equidad y estrictamente jurídicos*, obligatorios durante *la vida* ó sólo por *cierto tiempo, excusables é inexcusables, dispensables é indispensables* (11).

(1) Tom. I, págs. 242 y 243.
(2) Tom. I, págs. 245 y siguientes.
(3) Tom. I, pág. 231.
(4) Tom. I, págs. 235 y 236.
(5) Tom. I, págs. 238 y siguientes.
(6) Tom. I, págs. 249 y siguientes.
(7) Tom. I, págs. 251 y siguientes.
(8) Tom. I, págs. 253 y siguientes.
(9) Tom. I, págs. 256 y siguientes.
(10) Tom. I, págs. 260 á 263.
(11) Tom. I, págs. 263 y 264.

La ley jurídica no se confunde con la ley moral: es un criterio falso el de separar ambas leyes, que se relacionan íntimamente; pero que se distinguen por el *fin* á que tienden, los *actos* que *regulan*, el modo de ser *promulgadas*, la *exigibilidad de los deberes que consignan* y, finalmente, á causa de la diferente *sanción* por medio de la qué se impone eficazmente una y otra ley (1).

La ley positiva es el conjunto de leyes dictadas por la autoridad, que tienen por objeto dirigir á los asociados á la consecución del bien social, con sujeción á las leyes eternas de justicia que es posible y oportuno aplicar (2): de consiguiente no es la expresión concreta del Derecho Natural, sino que *añade algo y modifica en parte los principios de éste, adecuándolos al elemento variable del derecho* (3).

La Sociología, si bien estudia las instituciones jurídicas en su aspecto social, no comprende los principios fundamentales del Derecho Natural, sino más bien las leyes á que responde la asociación, su régimen y su desenvolvimiento (4), ni el método inductivo que adopta es el más adecuado ni, mucho menos, el único para la determinación de los conceptos jurídicos fundamentales (5).

La *Política* tampoco puede substituir al Derecho Natural, sino más bien tomar á éste como ideal y término de las nobles aspiraciones del hombre de Estado (6).

II. El derecho en la vida: principios de Biología jurídica: división de la materia

Expuestos los principios generales acerca de la justicia y la ley jurídica, los derechos y los deberes jurídicos, y des-

(1) Tom. I, págs. 270 y siguientes.
(2) Tomo I, pág. 275.
(3) Tom. I, pág. 281.
(4) Tomo I, págs. 291 y siguientes y Giddings, obra citada, pág. 19.
(5) Tomo I, págs. 293 y 296.
(6) Tomo I, pág. 297.

lindada la esfera propia del Derecho Natural vamos á examinar el derecho en la vida, es decir, á determinar y aplicar en el orden real, de una manera concreta, los conceptos fundamentales que acabamos de mostrar.

Todos los tratados completos de Filosofía del Derecho ó de Derecho Natural comprenden, explícita ó virtualmente, la distinción entre la parte general y la especial: pudiendo citar al efecto las obras de Rosmini Serbati, Belime, Taparelli, Ahrens, Costa Rossetti, Lioy, Bovio y Tancredo Rothe, prescindiendo de otros que sería prolijo enumerar (1):

(1) Antonio Rosmini Serbati en su Filosofía del Derecho (publicada en los volúmenes XIX y XX de las obras del mencionado autor, en Intra, el año 1865) establece el siguiente orden de materias: Ideas preliminares *(Introducción)*.—Sistema Moral.—Naturaleza del derecho y del deber y examen de sus recíprocas relaciones.—Principio de la derivación de derechos.—Derecho derivado (comprendiendo en éste el Derecho individual y el social).

W. Belime divide su Filosofía del Derecho (4.ª edición: París, 1881) en *Parte general* (asunto del tomo I) y *Parte especial* (materia propia del tomo II).

El R. P. Luis Taparelli, en su obra intitulada *Ensayo teórico del Derecho Natural* (edición española de 1867), expone: la Moral individual (en el libro I), la *Teoría del sér social* (en el II), *De la acción del hombre en la formación de la sociedad* (en el III), las *Leyes que regulan la acción de la sociedad ya formada* (en el IV), la *Acción política de la sociedad* (en el V), las *Leyes* que sirven de *fundamento del Derecho internacional* (en el VI); tratando el libro VII del *Derecho especial*.

El Curso de Derecho Natural de Enrique Ahrens, contiene:—Reflexiones preliminares.—Introducción histórica.—Parte general.—Parte especial; y en esta:—I. Derecho privado y esferas en que se realiza.—II. Derecho Público del Estado.—Y III. Derecho de Gentes (3.ª edición española: Madrid, 1873).

Costa Rossetti en sus Instituciones de Ética y Derecho Natural divide la materia en cinco partes:—I. Principios generales del orden moral.—II. Del derecho y de la sociedad en general.—III. Derecho Doméstico.—IV. Derecho Político.—V. Derecho de Gentes é Internacional (edición de 1886).

Diodato Lioy divide su Filosofía del Derecho (edición francesa de 1887, precedida de un erudito y extensísimo prólogo suscrito por Luis Durand y Juan Terrél) en Prolegómenos (en que estudia los principios generales del Derecho, *Objeto del Derecho* y *Sujeto del Derecho* (en que trata del Derecho especial).

Juan Bovio explícitamente distribuye la materia de la *Filosofía del Derecho* (3.ª edición, 1892) en *Parte general* y *Parte especial*

Tancredo Rothe, en su Tratado de Derecho Natural teórico y aplicado, se ocupa brevemente de las ideas generales en la 1.ª parte de su obra: y después: *De los deberes del hombre para con Dios* (2.ª parte), *De los deberes del hombre para consigo mismo* (3.ª parte), y *De los deberes del hombre para con sus semejantes* (4.ª parte): examinando éstos con gran detenimiento, y consagrando á la familia nada menos que 1.524 páginas (comenzado este libro en 1885, se ha terminado en 1896).

pues como la vida ofrece numerosas y diversas relaciones á las cuales deben aplicarse las normas supremas del orden jurídico, una vez conocidas, demostradas y bien deslindadas éstas, hace falta ver como se adaptan á la realidad.

Expuesto ya el concepto del derecho, vamos á dar la noción de la vida, para estudiar después la vida del derecho, y el orden del derecho en la vida de la humanidad.

Aristóteles dice que: «La vida es el principio substancial que hace que un ser se mueva á sí mismo;» y, como sabiamente observa Santo Tomás: «Siendo el movimiento el modo de distinguir los séres que viven, de los que no viven; son propiamente vivientes los que por sí mismos se ponen en movimiento para alguna operación: mas los que naturalmente no se mueven por sí propios, no pueden llamarse vivientes sino es por vía de semejanza».

Sanseverino condensa la doctrina manifestando que los vivientes se mueven por sí mismos y, por el contrario, los no vivientes no se mueven por sí mismos, sino que sus movimientos son debidos á una causa extrínseca que les impele á realizarlos (1). Distinguen los escolásticos la vida *in actu primo* que es el *mismo sér viviente* al cual conviene moverse por sí mismo ó encaminarse de algún modo á obrar, de la vida *in actu secundo* que es la misma operación vital por virtud de la que el principio de la vida se manifiesta mediante algún acto (2).

(1) Véanse la Física de Aristóteles, libro VIII; la Suma Teológica, parte I, cuestión XVIII; el Cap. XXI; de la obra intitulada *La Creación*, por el P. Juan Mir, y la *Dynamilogia* de Cayetano Sanseverino

(2) Consúltese la magnífica obra del R. P. Juan José Urráburu, denominada *Instituciones filosóficas*, tomo IV, págs. 31 y siguientes (Valladolid, 1894).

Hace notar este sabio filósofo que la distinción entre la vida *in actu primo* (el sér viviente) y la vida *in actu secundo* (en las operaciones vitales del viviente) explica fácilmente cómo pueden volver á la vida algunos séres vivientes que han permanecido cierto tiempo sin dar muestras de que vivían: los cuales disfrutaban de la primera y carecían de la segunda, mientras se hallaban en suspenso las operaciones vitales.

Muestra, el escritor citado, que los cuerpos vivientes se diferencian de los no vivientes por: la figura, composición química, estructura, origen, proceso for-

Prescindiendo de estudiar la jerarquía que entre las diversas clases de séres vivientes puede señalarse, así como de las potencias vitales propias de cada uno de sus grados (1) vamos á limitarnos á breves indicaciones acerca de lo que, metafóricamente, denominamos vida del derecho para pasar al verdadero y propio asunto de esta *Tercera parte*, restringido á las reglas que determinan fundamentalmente las relaciones jurídicas en sus elementos, en su conjunto y en la combinación de las mismas para realizar el fin jurídico en el orden concreto de la vida.

La Biología jurídica (2) expone las leyes á que se somete la realización del derecho; y al efecto de simplificar una materia, que se presenta sumamente intrincada por algunos tratadistas, reducimos á las siguientes las numerosas que los mismos proponen.

1.ª *Necesidad* del derecho para la vida y armonía social.

2.ª *Adecuación* del derecho á la vida real.

3.ª *Desenvolvimiento* de los principios de derecho, proporcionado al de las relaciones jurídicas.

mativo, límite de magnitud, duración, reproducción y en fin por multitud de funciones de que carecen los no vivientes: por todo lo cual resulta que difieren específica y substancialmente los vivientes de los que carecen de vida.

Por brevedad no transcribimos las definiciones de muchos autores modernos, que han pretendido determinar concretamente la naturaleza de la vida; enunciaremos sin embargo las más notables: La vida es la organización en acción (Beclard); es una série de mudanzas definidas y sucesivas de estructura y composición á la vez, que se presentan en un individuo sin destruir su identidad (Levves); la adaptación continua de las relaciones internas con las externas (Spencer); el resultado del conflicto entre el mundo exterior y el organismo (Claudio Bernard). Los que deseen saber más, pueden ampliar estos datos en el capítulo veintiuno de la obra denominada *La Creación*, escrita por el P. Juan Mir y Noguera, S. J.: añadiremos por vía de comentario á las definiciones á que hemos hecho referencia en esta nota, que son incompletas: pues omiten el principio vital, expresando tan sólo el aspecto externo de la vida.

(1) Véanse las obras citadas en las notas anteriores y en particular la *Suma contra gentiles* (lib. IV, cap. XI) y la Suma Teológica (parte 1.ª, cuest. 78).

(2) Es parte de la Biología que podríamos llamar General, cuyos horizontes son (al decir de algunos escritores) tan extensos, que difícilmente podríamos excluir de su jurisdicción desde la Botánica á la Sociología.

4.ª Tendencia de *progreso* hacia un derecho ideal.

Las leyes relativas á la existencia, permanencia, sucesión, condicionalidad, unidad, variedad, armonía, periodicidad, tradición, progreso, etc., pueden considerarse, directa ó indirectamente, comprendidas en las cuatro por nosotros propuestas.

Las leyes anteriores no se refieren al derecho racional sino al positivo, por lo cual corresponde su aplicación al legislador y á los encargados de aplicar sus preceptos; pero en el terreno científico debemos exponer teorías que por su generalidad puedan adaptarse á las circunstancias individuales de todos los casos posibles, sin más que apreciar éstas como el coeficiente de la realidad.

La división del derecho por razón del fin (1) parécenos la más importante: pues el fin determina los actos, y por tanto las reglas de conducta, y siguiéndola rigurosamente creemos adoptar el plan adecuado.

Empezaremos por el Derecho Privado; y habiendo de tratar en él de materias íntimamente enlazadas, pero cuya complicación es muy diversa, exige el método comencemos por lo más sencillo para llegar gradualmente á lo más complejo: así pues, daremos principio por el examen de la personalidad humana y de los derechos llamados innatos ú originarios del hombre, sirviéndonos su estudio de punto de partida y fundamento para toda la exposición doctrinal de los derechos humanos. Habremos de notar (con Windscheid) que así como en Moral sólo se habla de deberes, en el Derecho hablamos principalmente de derechos; y, siguiendo esta idea, daremos preferencia á la determinación de la facultad jurídica, toda vez que en ella se incluye la obligación correlativa.

(1) Ius publicum quod ad divinarum rerum et ad Reipublicae regimen spectat: privatum quod spectat ad regimen singulorum cum suis bonis et facultatibus. (Gravina. Inst tit. I, citado por Filomusi).

LIBRO 1.º

Derecho Privado

Elementos de Derecho Natural

TITULO I

El individuo humano como sujeto de derecho y dotado de derechos innatos.

CAPÍTULO 1.°

EL HOMBRE CONSIDERADO EN EL ORDEN JURÍDICO: SUS DERECHOS INNATOS: SU PERSONALIDAD.

I. Siendo el hombre (1) sujeto de derecho, le tiene á realizar su fin individual, sus semejantes deben respetarlo y la sociedad protegerlo.

El hombre tiene fin propio y lo realiza en la sociedad; por eso, ni el punto de vista individual ni el social, considerado cada uno de ellos aisladamente, nos dan explicación de los derechos humanos, pues ambos elementos deben tomarse en cuenta.

Caro, en sus Problemas de Moral Social, procura determinar el sentido de la palabra *individuo*. Derívase ésta de la latina *individuum*, de modo que *individuo* es aquello que no se puede dividir; en el reino inorgánico, procediendo por descomposición, llegaremos según modernas teo-

(1) El cuerpo y el alma se unen de tal suerte en el hombre que vienen á constituir una sola naturaleza, una sustancia completa (Sanseverino, Filosofía cristiana... Tom. II, pág. 185); y como afirma Santo Tomás: del alma y del cuerpo se constituye en cada uno de nosotros doble unidad de naturaleza y de persona: de naturaleza, según que el alma se une al cuerpo, perfeccionándolo formalmente, de modo que de dos se haga una naturaleza, como del acto y de la potencia ó de la materia y de la forma.... Mas la unidad de persona es constituída de ellas, en cuanto es alguno uno subsistente en la carne y el alma. (Suma Teológica, cuestión II, art. 1.° de la parte tercera).

rías á los átomos del éter (1), cuya aglomeración forma los cuerpos y cuyo cambio de posición determina el calor, la luz, la electricidad y demás fenómenos físicos: en el mundo orgánico hallamos como principio elemental la célula (2): en el mundo moral encontramos la individualidad en la persona humana, toda vez que el hombre es una substancia cuya existencia y funcionamiento forma un sistema aparte é independiente de los demás hombres y de los otros séres que pueblan el Universo; de modo que como substancia espiritual reviste todos los caracteres de unidad indivisible, y en el orden físico no cabe duda de que tiene límites determinados en el espacio. Como con-

(1) Hace notar el eminente moralista, que los átomos del éter son la más moderna hipótesis para explicar la composición de las moléculas de los cuerpos simples; y añade: Así, el último fundamento de la individualidad inorgánica, que yo persisto en perseguir, y siempre escapa á mi observación será ese átomo del éter, que es todavía una pura hipótesis; pero admitamos que esta hipótesis sea una teoría científica. Ya hemos hallado al fin el individuo en la vida inorgánica. ¡Que individualidad tan vaga! ¡Cuán grande es la semejanza entre un átomo de éter y otro átomo de éter! Salvo las diferencias introducidas por la diversa situación en el espacio y el distinto modo de agrupación, debido á circunstancias muy complicadas, siendo los átomos idénticos entre sí son indistinguibles. (Problemas de Moral Social por E. Caro, 2.ª edición, págs. 178 y 179: París, 1887).

(2) La célula es un cuerpo estérico ó discoídeo (esto es en forma de disco ó sea de un cuerpo cilíndrico cuya base es muy grande respecto de su altura) por lo general, microscópico casi siempre, principio de un nuevo sér ó elemento constituyente de otro. Es la célula un cuerpo vivo, una unidad orgánica, forma irreducible, anatómicamente hablando, ó sea un organismo elemental. La célula se compone: de *una membrana* que envuelve las restantes partes, del *protoplasma* (materia de composición química muy variada en la que se distinguen el *retículo*, el *enquilema*, los *vacuolos*, *inclusiones* y *englobamientos*), parte principal de la célula; de una vesícula llamada *núcleo* (que viene á ser como una célula en miniatura y que ocupa el centro del protoplasma ó se adhiere á un punto cualquiera de la cubierta externa) y de otra vesícula menor llamada *nucleolo* (contenida en el núcleo). Desapareciendo el protoplasma, muere la célula, ni reina sin él vida celular: células hay que sólo poseen protoplasma sin membrana ni núcleo aparente; si bien las totalmente desarrolladas contienen las tres partes dichas. Hay séres unicelulares, que en todo el tiempo de su vida no pasan de ser una célula aislada; pero la mayor parte de los organismos constan de muchas y de casi infinitas células. La Citología (tratado de las células), á pesar de la reciente fecha de su aparición en el estudio de la ciencia biológica, ha adquirido gran importancia y desarrollo. (Véanse el artículo que sobre la palabra Célula inserta el Diccionario enciclopédico, y las págs. 371 y siguientes de la magnífica obra del P. Juan Mir intitulada, «La Creación»).

clusión diremos: *el hombre constituye individualidad perfecta*. El individuo humano tiene fin propio, ningún fin de otro hombre puede considerarse preferente, y al unirse en sociedad con sus semejantes, no pierde su naturaleza y fin: por lo cual, nada sacrifica, sino que se halla ligado á la ley de la armonía social.

La sociedad deberá reconocerle como sér de fin, hacer que se respeten sus derechos, y por último, impulsarle por el camino del progreso facilitándole los medios necesarios que sea posible, dentro del orden social. Tomando en cuenta esta consideración, podemos decir con Romagnosi que *la sociedad es* para el hombre *una máquina de auxilio;* en efecto, á ella recurre cuando no se basta á sí mismo; y en su seno halla, si no la satisfacción de todas sus legítimas y nobles aspiraciones, la felicidad posible á los hombres sobre la tierra: pues uniendo los socios cuantos medios poseen, la combinación de los diversos elementos hace más eficaz la operación, no hay ofensa de nadie, y todos los derechos é intereses son coordinados en las armonías de la vida jurídica y económica social.

Ninguna duda puede caber en lo relativo al respeto que nuestro derecho merece; pero la protección social se limita por algunos hasta el punto de que no la reconocen: ya por anular al individuo y absorberlo en la sociedad, bien por restringir la esfera de acción del Estado á lo indispensable para que la libre actividad de todos pueda coexistir, excluyendo de sus fines los relativos á la cultura y civilización.

Al propósito de condensar la materia, formulamos las siguientes conclusiones:

I. El hombre tiene los requisitos necesarios para ser sujeto de derecho: por tanto, hemos de reconocer á todo hombre esta cualidad.

II. El derecho es facultad moral para realizar el orden conforme al fin, y no puede ser violado ni contradicho por nadie.

III. El derecho recae sobre un término material susceptible de incrementos y disminuciones; y estimando un bien el aumento, y un mal la limitación de nuestra potestad jurídica, la sociedad, si puede, debe fomentar el desarrollo del objeto del derecho: ya que como dice Dernburg el derecho en sentido sujetivo es una participación en los bienes de la vida correspondiente al hombre según el orden jurídico.

II. Derechos del hombre: su clasificación.

El espíritu revolucionario del pasado siglo trajo un cambio radical en las ideas, reemplazando las antiguas doctrinas que todo lo referían al bien social, con las nuevas teorías de independencia, libertad é igualdad de todos los hombres.

El renombrado publicista ginebrino J. J. Rousseau muestra un noble desideratum al expresar que: «Hubiese querido vivir y morir libre, es decir, de tal modo sometido á las leyes, que ni él ni nadie pudiera sacudir su honrado yugo; ese yugo saludable y dulce que los caracteres más enteros llevan con tanta más docilidad, cuanto que no están hechos á otra sujeción»; pero ni él ni sus discípulos comprendieron que la libertad no puede subsistir sin el orden. Al principio de su discurso acerca del origen de la desigualdad entre los hombres, concibe en la especie humana dos clases de desigualdades: la una que llama natural ó física, porque se halla establecida por la naturaleza y consiste en la diferencia de edades, de salud, de fuerzas del cuerpo y cualidades del espíritu ó del alma; la otra que se puede llamar desigualdad moral ó política, porque depende de una clase de convención, y se ha establecido, ó á lo menos autorizado, por el consentimiento de los hombres: ésta consiste en los diferentes privilegios de que algunos disfrutan en perjuicio de los otros, como ser más ricos,

distinguidos con más honores, más poderosos, é investidos de autoridad.

No seguiremos en el examen de las doctrinas perniciosas del celebrado y funesto escritor, basta para nuestro propósito la inserción de las precedentes líneas, que fueron interpretadas y desenvueltas en sentido grandemente perturbador: pues según él, la desigualdad es apenas sensible en el estado de la naturaleza, y su influencia es casi nula; procurando mostrar su origen y progresos en los desarrollos sucesivos del espíritu humano, «sosteniendo que la desigualdad moral, autorizada tan sólo por el Derecho positivo, es contraria al Derecho Natural, cuantas veces no concurre en la misma proporción con la desigualdad física: distinción que determina suficientemente lo que se debe pensar de la desigualdad que reina en todos los pueblos civilizados, porque es manifiestamente contrario á la ley de la naturaleza, de cualquier modo que se la determine, que un niño mande á un anciano, que un imbécil dirija á un hombre sabio, que un puñado de personas se harten de lo supérfluo careciendo la multitud de lo necesario» (1). De lo cual se desprende claramente, que si «el orden social es un derecho sagrado que sirve de base á todos los demás; y sin embargo, este derecho no viene de la naturaleza sino que se halla fundado en las convenciones», todo derecho nace del pacto, y la sociedad estará sujeta á cuantos cambios y trastornos determine la voluntad general, «que no puede jamás, según Rousseau, enajenar la soberanía ni equivocarse nunca».

Grandísimo eco tuvieron las precedentes doctrinas, y vemos cómo se reflejan en dos monumentos legislativos de la mayor importancia en la historia política moderna: la

(1) Nunca mandan los niños ni los imbéciles, pues cuando por derecho hereditario una función pública viene á manos de un incapacitado, no puede ejercerla por sí. Las riquezas, cuando son adquiridas por virtud de hechos legítimos, todos deben respetarlas.

declaración unánime de independencia que trece Estados Unidos de América del Norte aprobaron el 4 de Julio de 1776, y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano promulgada en 26 de Agosto de 1789 por la Asamblea nacional francesa reunida en Versailles. No juzgando propio de una obra elemental insertar íntegro el texto de ambos documentos, vamos á consignar su espíritu.

«Para nosotros (decían los congresistas norteamericanos) son verdades incontestables que todos los hombres nacen iguales, que á todos les ha concedido el Creador ciertos derechos inherentes de que nadie les puede despojar, que para protejer éstos se instituyeron, con el beneplácito y consentimiento de los hombres, los gobiernos que debían regirlos; y que cuando uno de aquéllos llega á ser perjudicial, por no defender como debe las libertades de un pueblo, cuidándose de su felicidad, éste tiene derecho para modificarlo ó abolirlo, formando otro, fundado en tales principios y organizado de tal manera, que pueda contribuir al público bienestar» (1).

«Los representantes del pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido ó el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las públicas desventuras y de la corrupción de los gobiernos, resolvieron exponer en una declaración solemne, los derechos naturales inalienables y sagrados del hombre, á fin de que esta declaración, constantemente presente y manifiesta á todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sus derechos y sus deberes, al efecto de que los actos del poder legislativo y del ejecutivo, pudiendo ser comparados en todos los momentos con el fin de toda institución política, sean más respetados; al propósito de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en lo suce-

(1) Puede verse el texto íntegro en la Historia de los Estados Unidos... por J. A. Spencer, traducida por D. M. B.

sivo sobre principios sencillos é incontestables, propendan siempre al mantenimiento de la constitución y á la felicidad de todos».

A continuación establecen diecisiete artículos declarativos de los derechos individuales, y juzgando innecesario transcribirlos, nos limitaremos á indicar que: los derechos naturales é imprescriptibles del hombre son (según el legislador francés) la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia á la opresión (art. 2.°); el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación (art. 3.°), y ley es la expresión de la voluntad general (art. 6.°).

Como ligero comentario de las principios consignados en las obras de Rousseau y en los actos legislativos (1) de que hemos hecho mérito, haremos notar; que la justicia de una institución no se determina por el número de los que la profesan y sostienen: y así, la voluntad general podrá equivocarse y violar la ley jurídica natural. Bentham, en sus tratados de sofismas políticos y anárquicos, refuta con argumentos semejantes á los que defienden tal dislate; y siquiera los ejemplos que propone carecen de exactitud, no podemos menos de aceptar su doctrina cuando dice: «Si la medida propuesta, por buena que sea, tiene en contra suya la opinión del mayor número; no es esto una razón para renunciar á ella, sino para diferirla, esclarecer los espíritus y emplear todos los medios legítimos para combatir el error. Debe preferirse la dulzura á la violencia. Yo soy hija del tiempo, dice la verdad, y todo lo consigo de mi padre.»

(1) No criticamos por esto la proclamación de independencia que hicieron los norteamericanos: pues los grandes abusos y torpe política de Inglaterra, justificaban la emancipación de una colonia que debió ser protegida, no explotada y vejada por la metrópoli. La Historia ha sonido á justificar este acto, en el que intervinieron el sentimiento religioso á el valor cívico en tal grado, que termina el documento referido con las siguientes palabras: En confirmación de lo dicho y confiando en la protección de Dios, ofrecemos mútuamente nuestras vidas y haciendas para el mantenimiento de la presente declaración.

Haciendo Bentham una crítica detallada y severa de los derechos del hombre y del ciudadano, según la declaración de la Asamblea nacional francesa, observa que no nacemos libres, sino sujetos á potestad ajena, continuando esta dependencia, generalmente, hasta haber recorrido más de la cuarta parte de nuestra existencia, y durante toda ella estamos sometidos á las leyes. Tampoco nacemos iguales; y el hijo no es igual que su padre, ni el loco puede encerrar á sus guardianes como estos tienen derecho á encerrarle á él. El mismo legislador se retracta, cuando admite distinciones sociales introducidas por utilidad común.

No seguiremos al filósofo utilitario al rechazar la existencia de los derechos naturales del hombre: pues ya demostramos en el lugar oportuno, que las leyes positivas no crean el derecho. La facultad jurídica del hombre ha de considerarse con arreglo al orden universal, y si este impone limitación, no podrá en modo alguno alegarse la imprescriptibilidad, porque no hay derecho contra la razón ni la armonía social: así pues, afirmamos la existencia de los *derechos naturales* del hombre, y decimos que son *imprescriptibles dentro del orden jurídico*.

El *derecho*, generalmente hablando, se refiere al provecho del que lo tiene, el *deber* es su término correlativo; igual materia comprende la *pretensión* que la *obligación*: pues bien, el Cristianismo, al enseñarnos nuestros deberes, determina los derechos á que dicen relación y hace su promulgación más completa: digasenos qué derecho innato no tiene obligación de respetar el cristiano, y si no se halla ninguno, habremos de reconocer que la declaración de los derechos inherentes á la naturaleza humana es completamente inútil entre los discípulos de Cristo.

Los derechos naturales del hombre jamás han sido ignorados en absoluto: el egoísmo servido por la fuerza ha establecido en el curso de la historia, instituciones que negaban capacidad jurídica al extranjero, sometían al venci-

do á la esclavitud, y anulaban la autonomía individual ante la autoridad familiar ó política; pero reconocían que Júpiter, dios de la hospitalidad, les enviaba los extranjeros y necesitados, y debían tratarlos como á hermanos; que la esclavitud era contra la naturaleza; ponían la propiedad privada bajo el amparo de la religión; amparaban al ciudadano contra las arbitrariedades de la autoridad; reprimían los abusos del pater familias; y en suma, no podemos aceptar la idea de que desconocieran por completo las facultades inherentes á la capacidad jurídica del hombre: su ceguera, nacida del imperio de las pasiones, era incompleta, permitiéndoles vislumbrar, siquiera vagamente, la divina ley de la justicia.

El Cristianismo hace libre al espíritu de la servidumbre de los vicios; según sus principios, el prójimo no es solamente una persona digna de respeto, sino un hermano al que debemos amar; si los cristianos renuncian á sus bienes, obran dentro de su derecho á emplearlos para el bien; pero nunca usurpan los de sus semejantes; nadie más respetuoso que el cristiano para con los superiores, pero ninguno resiste como él todo mandato contra la ley de Dios.

San Agustín dirigiéndose á la Iglesia Católica le dice: «Tú instruyes y enseñas dulcemente á los niños, bizarramente á los jóvenes, con paz y calma á los ancianos, según lo sufre la edad, no tan solamente del cuerpo sino también del espíritu. Tú sometes al marido la mujer con casta y fiel obediencia, no como cebo de la pasión, sino para propagar la prole y para la misión de la familia. Tú antepones á la mujer el marido, no para que afrente al sexo más débil, sino para que le rinda homenaje de amor leal. Tú los hijos á los padres haces servir, pero libremente, y los padres sobre los hijos dominar, pero amorosa y tiernamente. Los ciudadanos á los ciudadanos, las gentes á las gentes, todos los hombres unos á otros, sin distinción ni excepción, aproximas, recordándoles que, más que social,

es fraterno el vínculo que los une; porque de un sólo primer hombre y de una sola primera mujer se formó y desciende la universalidad del linaje humano. Tú enseñas á los reyes á mirar por el bien de los pueblos, y á los pueblos á prestar acatamiento á los reyes. Tú muestras cuidadosamente á quién es debida la alabanza y la honra, á quién el afecto, á quién la reverencia, á quién el temor, á quién el consuelo, á quién el aviso, á quién la exhortación, á quién la blanda palabra de la corrección, á quién la dura de la increpación, á quién el suplicio; y manifiestas también en qué manera, como quiera sea verdad que no todo se debe á todos, hay que deber, no obstante, á todos caridad y á nadie agravios.»

«Los que dicen ser la doctrina de Cristo nociva á la República, que nos dén un ejército de soldados tales como la doctrina de Cristo manda; que nos den asimismo regidores, gobernadores, cónyuges, padres, hijos, amos, siervos, reyes, jueces, tributarios en fin y cobradores del fisco, tales como la enseñanza de Cristo los quiere y forma; y una vez que los hayan dado, atrévanse á mentir que semejante doctrina se opone al interés común, que no lo dirán; antes bien habrán de reconocer que su observancia es la gran salvación de la república» (1).

No es por tanto una revelación para el hombre ni mucho menos para el cristiano, la que de sus derechos innatos pretenden hacer las leyes inspiradas en el espíritu revolucionario del pasado siglo. Tampoco en el orden legislativo puede pasar por una novedad, cuando las antiguas leyes de Aragón los enumeraban y garantizaban eficazmente (2)

(1) Véase la Encíclica de S. S. León XIII, de 1.º de Noviembre de 1885, en que transcribe los dos citados párrafos de las obras de San Agustín (De moribus Ecclesiae Catholicae, cap. XXX núm. 63 y la Epístola CXXXVIII ad Marcelinum); en la colección publicada por Gregorio del Amo en Madrid, 1889.

(2) El privilegio general de Aragón sancionado por Pedro I en Zaragoza el año 1283 (que forma parte del libro I de los Fueros) es la base de la libertad civil aragonesa, estableciendo garantías eficaces contra las arbitrariedades del Poder.

y la Magna carta dada por el rey Juan á los ingleses en 1215 (que tenia sus precedentes en cartas anteriores, remontándose la primera de ellas al año 1100) reconocia y sancionaba los derechos de los ciudadanos. Hace notar Edward Freeman (citado por Dareste) que los ingleses jamás han reclamado el establecimiento de leyes nuevas, sino la observancia de las leyes en vigor, y la reparación de los males nacidos de su olvido ó interpretación torcida; idea que transformaremos diciendo: la declaración de los derechos del hombre, únicamente puede considerarse necesaria, cuando las arbitrariedades del poder y la injusticia de los hombres hagan preciso determinarlos exactamente, para poder reclamar su cumplimiento por medios legales; pero en un Estado en que los ciudadanos cumplan normalmente sus deberes, la estimamos *inútil*, pues para nada sirve; y aun á veces *perniciosa*, por los defectos de que adolecen las leyes humanas, cuyas palabras se prestan á diversas y encontradas interpretaciones.

Tenemos, dice M. Emilio Beaussire dos clases de derechos, el derecho de ser respetados en el uso de nuestras facultades y de los objetos que poseemos, y el de obtener ciertas cosas que no se hallan bajo nuestro dominio: al primero lo denomina derecho al respeto, y al segundo derecho á la asistencia.

No negamos el valor de la precedente división, basada en las doctrinas de Grocio y Reid; sin embargo, creemos sa refiere directamente al deber de los demás, no al contenido especifico y propio de las distintas clases de derechos.

Si el derecho es facultad y toda facultad se determina por su acto propio y éste por su objeto, determinados los diversos objetos á que inmediatamente se aplique la potestad jurídica del hombre, fijaremos la división más fundamental de los derechos.

El punto de partida deberá ser el reconocimiento de la capacidad jurídica al sujeto de derecho; y pues el hombre

ha de conservarse, obrar y alcanzar su fin, correlativamente á esos aspectos fundamentales de su existencia, tendrá *derecho á la conservación*, *derecho á la libertad* y, como indispensable complemento de su esfuerzo personal para lograr el fin, *derecho á la cooperación* de sus semejantes y de la sociedad, en la medida reclamada por la ley jurídica natural. ¿Hay algún derecho que no podamos referirlo á una de las categorías indicadas? La contestación negativa que, provisionalmente, damos, hallará su comprobación cuando hayamos desenvuelto la doctrina (1).

(1) A fin de que pueda el lector optar por otra clasificación, si no le satisficiera la indicada en el texto, pasamos á exponer las propuestas por algunos celebrados tratadistas.

Ahrens comprende como derecho primario y fundamental el derecho de personalidad y como aplicaciones de éste: El derecho á la vida, la integridad y la salud;—á la dignidad y al honor; á la igualdad y á las desigualdades que no se opongan á la igualdad de derecho;—derecho de asistencia,—derecho á la asociación,—derecho al trabajo,—derecho de legítima defensa: incluyendo los precedentes como principio del derecho personal (págs. 267 á 347 de la edición citada) y además consigna el derecho real y el de obligaciones (pág. 356 y siguientes).

Spencer viene á reconocer los derechos innatos cuando dice (La Justicia, cap. VIII) que *los derechos lejos de derivar de la ley escrita son los que confieren autoridad á la misma*. Enumera como derechos de esta clase los referentes á la integridad física, á la libertad de movimientos, de usar de los agentes naturales, de propiedad, de propiedad incorporal, derecho de dar y de testar, de cambiar y contratar, á la libertad de trabajo, á la libertad de creencias y de cultos, á la libertad de la palabra y de la imprenta; y por fin coloca en segundo término los derechos políticos que viene á considerarlos como medios ó instrumentos y aun á llamarlos supuestos derechos (obra cit. pág. 145, edición española).

Bernardo Windscheid (en su «Derecho de las Pandectas», tomo I, pár. 38-40) divide los derechos en: reales, personales y sobre la propia persona: incluyendo entre estos últimos el derecho á la vida, á la integridad corporal y á disponer del propio cuerpo sin obstáculos (libertad).—La distinción establecida por Ihering entre los derechos de la persona relativamente á lo que es y á lo que tiene, como indican Fadda y Bensa tiene un fondo de verdad (nota c. de la obra citada).

Prisco, en su Filosofía del derecho, dice que «forman la triple categoría de los derechos innatos» los que denomina *derecho de ser*, *derecho de obrar* y *derecho de conservarse*. Comprendiendo *que no es fácil enumerar distintamente* todos los derechos innatos, se ocupa detalladamente de los relativos á la *dignidad personal*, la *libertad de conciencia*, la *independencia*, la *incolumidad de la vida*, la *propiedad* y la *asociación* (edición española, págs. 225 y 226).

Fernández Concha (págs. 11 á 13, tomo II de su Filosofía del Derecho), contemplando los órdenes de bienes que posee el hombre en su misma naturaleza ó por razón de ella sola, propone la siguiente clasificación: Derecho de personalidad, á la incolumidad de nuestro cuerpo y de nuestras facultades, derecho á los bienes

III. Conceptos de la persona y de la personalidad. Persona y personalidad jurídicas: las personas jurídicas se clasifican en individuales y colectivas.

La persona (1) humana, que no es ni el alma (2) sola ni el cuerpo sólo, sino el compuesto humano (3) en el que la primera vivifica y dirige al segundo (4), es comprendida erróneamente por las escuelas filosóficas experimentales apartadas de las tradiciones de la Filosofía cristiana (5): dejemos sentado como principio fundamental que persona es una substancia (6) individual (7) de naturaleza (8) racional (9), y pasemos á exponer y á criticar, siguiendo muy de cerca el magnífico trabajo presentado por Maisonneuve al Congreso católico de Bruselas, las principales hipótesis opuestas al mencionado concepto de la persona humana.

de nuestras facultades, derecho de independencia, derecho de asociación, derecho de vida y derecho de defensa (las clases 2.ª y 3.ª no las formula clara y concretamente ni las desenvuelve en el lugar propio).

(1) Boecio dice: «La palabra persona parece haberse tomado de los disfraces ó máscaras, que representaban á ciertos personajes en las trajedias y comedias: porque la palabra latina *persona* viene del verbo *personare*, que significa resonar, ó retumbar, en razón á que el sonido adquiere mayor intensidad comprimido en la cavidad de la careta» (Suma Teológica, parte I cuestión XXIX art. 3.°, traducción española). Es notable el siguiente pasaje de Aulo Gellio transcripto por los Profesores Fadda y Bensa. «Lepide mi hercules et scite Gavius Bassus in libris, quos de origine vocabulorum composuit, unde appellata 'persona' sit interpretatur: á 'personando' enim id vocabulum factum esse coniectat. Nam caput et os coperimento personae tectum undique unaque tantum vocis emittendae via pervium, quoniam non vaga neque diffusa est, sed in unum tantum modo exitum collectam coartamque vocem eiet magis claras canoroeque sonitus facit. Quoniam igitur indumentum illud oris clarescere et resonare vocem facit, ob eam causam persona dicta est, ó littera propter vocabuli formam productione» y añaden que Klotz inserta la etimología de la palabra latina haciéndola derivar de la griega prósopon, por vía de transposición de letras y por corrupción. «El hombre en sociedad hace la misma figura, que un personaje en la escena» (tomo I, pág. 715 de la traducción italiana de las Pandectas de Windscheid: Turin 1893).

Los actores salían á escena con careta apropiada al carácter del personaje, la cual tenía por boca una especie de bocina para prestar sonoridad á la voz. La literatura dramática de los griegos y romanos se informaba en ciertos convencionalismos, fijándose de antemano los tipos escénicos que podían intervenir en la acción dramática, cuyos tipos, fuera cual fuese la obra puesta en escena, se presentaban caracterizados cada cual con una careta y un traje convencionales: á estas caretas las llamaron personas los romanos. (Diccionario enciclopédico, tomo

Preséntase en primer lugar la hipótesis fenomenista, que no admite el alma humana, que destruye nuestra personalidad y nos arrebata el yo: suponiendo que no hay otra manera de concebir la llamada vida del espíritu, sino admitiendo una serie de fenómenos que se suceden, acumulan y enlazan, hallando, en cada momento, el yo en el grupo de fenómenos que afectan á un individuo.

IV, pág. 664 y tomo XX, pág. 406). De donde resulta que por la máscara se emitía la voz y servía para emitir el sonido (per sonare), para que resonase más (personare) y para representar á ciertas personas; motivos todos y cada uno de ellos suficientes para justificar la denominación que se le dió.

(2) Atendiendo al origen de la palabra, y también al sentido común, el alma puede definirse: *el principio que comunica la vida al cuerpo*; y considerando el alma con relación á las operaciones vitales, de acuerdo con Aristóteles y Santo Tomás, diremos que es *el principio primero por el cual vivimos, sentimos, nos movemos, y entendemos*. (Ginebra, Metafísica especial, pág. 631).

(3) Taparelli refiriéndose á la restauración de la Filosofía que ya en su tiempo se advertía, mostraba que: «La principal ventaja de la nueva metafísica consiste en haber juntado en un sólo sistema el empirismo inglés y francés con el espiritualismo alemán, presentando así cierto carácter mixto que, si rectamente se considera, *se compadece mejor con la índole del ser humano, compuesto de cuerpo y espíritu*. Y siendo las teorías morales una consecuencia de las metafísicas, pueden dividirse en tres sistemas, según que buscan sus principios ó en el espíritu sólo, ó sólo en el cuerpo, ó en el compuesto de ambos; la moral de los espiritualistas será la de la razón aislada, el estoicismo; no será pues moral humana: la de los sensualistas será la del cuerpo, el epicureismo, que vive honestamente para gozar mejor los deleites. La moral del hombre juntará ambos elementos, y aunque reconozca la superioridad de la razón, no pondrá en olvido ni condenará absolutamente toda pasión.» Hemos citado este pasaje de la Introducción que precede al Ensayo teórico, , porque, como dice Meyer, Taparelli d' Azeglio es el jefe del movimiento de restauración, en Italia, del Derecho Natural según los principios de la Filosofía escolástica. (Instituciones de Derecho Natural por Teodoro Meyer, pág. 25).

(4) El alma es el principio interno y radical de todas nuestras operaciones vitales. (Véase el magnífico desarrollo de esta noción en la Psicología de Urráburu, pág. 99 y siguientes.)

(5) S. S. León XIII en su Encíclica de 4 de Agosto de 1879 hace una hermosa reseña histórica de la Filosofía cristiana y fijándose en el Angel de las escuelas dice: «Ahora bien, entre los Doctores Escolásticos, descuella sobre manera como príncipe y maestro que fué de todos ellos, el angélico Tomás de Aquino .. No hay parte de la Filosofía que no tratara con solidez y agudeza juntamente». Alaba la restauración tomista de los tiempos presentes y alienta á proseguirla en los términos siguientes: «os exhortamos con todas nuestras fuerzas á todos vosotros, venerables hermanos, á que para honor y defensa de la fe católica, para bien de la sociedad, para el progreso de todas las ciencias, restablezcais y propaguéis con la posible latitud, la áurea ciencia de Santo Tomás. Y decimos de Santo Tomás, porque si algún punto fuera de los doctores escolásticos, ó investigado con nimia sutileza, ó enseñado con poca madurez; si alguna

Con esta peregrina hipótesis no hallamos forma de explicar la memoria, ni la atribución á nosotros mismos de las modificaciones ó impresiones anteriormente experimentadas: el punto que se quiere probar es, que pueden existir atributos sin sujeto; permanencia en un continuado cambio y combinación de innumerables fenómenos de diversa naturaleza: esto es absurdo y lo rechazan de consuno la conciencia, el lenguaje y la experiencia: porque sería preciso despojarnos de la razón para admitir la supre-

cosa resulta menos conforme con las doctrinas dadas á luz en época posterior, ó de cualquier otro modo improbable, eso no es modo alguno nuestro ánimo proponerlo á nuestra edad como digno de imitación». (Véase la edición española publicada por D. Gregorio del Amo).

(6) Aristóteles en sus Categorías dice: «Las palabras, cuando están aisladas, solo pueden expresar una de estas *diez* cosas: la substancia, la cuantidad, la cualidad, la relación, el lugar, el tiempo, la situación, el estado, la acción, la pasión. Estas palabras, tomadas cada una separadamente, no llevan consigo idea alguna de afirmación ni de negación, de verdad ni de error. La combinación es la que les da este carácter que por sí mismas no tienen (obra citada, traducción española, pág. 104). Substancia *es el sér que existe sin estar inherente á otro como á un sujeto* (Ginebra, tomo I, pág. 224)» accidente se dice de lo que se encuentra en un sér y puede afirmarse con verdad; pero que no es sin embargo necesario ni ordinario»; y más adelante añade el Estagirita: «La palabra accidente se entiende también de otra manera; se dice de lo que existe de suyo en un objeto, sin ser uno de los caracteres distintivos de su esencia: tal es la propiedad del triángulo, de que sus ángulos valgan dos rectos» pues no se define el triángulo, una figura cuyos tres ángulos son iguales á dos rectos; esta es una propiedad que resulta de la demostración (Metafísica de Aristóteles, edición española, pág. 188): resumiendo diremos que accidente *es el sér á que corresponde existir en otro como en su sujeto* (véase la Filosofía..... de Sanseverino, tomo II, pág. 54); y las nueve categorías indicadas por Aristóteles á continuación de la de substancia se enumeran como accidentes (debiendo hacer notar que el accidente que la traducción mencionada denomina *estado*, se comprende generalmente con la palabra *hábito*).

(7) Dejando á los tratados de Filosofía dilucidar el principio de individuación, *á sea, el que hace individuales á las substancias* (Dasrella, obra citada, página 127), y remitiendo al lector muy especialmente á la Ontología de Urráburu (págs. 258 y siguientes) en que se exponen las distintas teorías, haremos notar que ningún esfuerzo necesitamos hacer para observar y comprender la *individualidad* en el orden concreto: pues todos los séres que vemos son singulares é individuales y si acaso no llegamos á contemplarlos, á veces, distintamente sino en conjunto, débese ó bien al poder abstractivo de nuestra mente ó á no determinarlos de un modo suficiente por conocerlos de manera confusa.

(8) *Naturaleza* en el orden metafísico es *la esencia de cada cosa* (véase la Suma Teológica, parte 1.ª, cuest. XXIX, art. 1.º). Refiriéndose á un aspecto más específico la define Tiparelli el principio innato de movimiento que existe en todo el universo y tiende á cumplir los designios del Creador. (Curso elemental...

sión de la propia personalidad y la disolución de ésta en el torbellino incesante de los fenómenos que constituirían el tejido de nuestra vida.

En la hipótesis fisiológica se admite un sujeto; pero no más de naturaleza física, constituyendo el cerebro humano no tan sólo el centro nervioso superior sino el que produce y actúa las funciones psíquicas de toda clase: de modo que no hay precisión de buscar el alma, basta conocer el sistema nervioso (1), y sin embargo del papel eminente que se atribuye al cerebro que, según Ribot, es la personalidad real del hombre, conteniendo en sí los restos de todo lo que nosotros hemos sido y las posibilidades de todo lo que seremos, el eminente físico inglés Tyndal decía: «no podemos descubrir ninguna connexión entre los fenómenos de conciencia y el mecanismo». Además de que no se prueba que el organismo humano ni parte de él puedan

págs. 17 y 18 de la edición española de 1871). No se contraponen ambos conceptos y el segundo se halla comprendido en el primero, pues como dice Urráburu la esencia en cuanto se considera como principio operativo se denomina naturaleza. (Ontología, pág. 53). Prescindimos de otras acepciones menos importantes ó menos propias del término *naturaleza*.

(9) La racionalidad eleva la naturaleza humana sobre la de los irracionales, manifestándose en las dos eminentes facultades de nuestro espíritu la inteligencia y la voluntad.

La definición propuesta, de la persona humana, es la transcripción de la que figura como clásica formulada por Severino Boetio al decir que persona es: *naturae rationalis individua substantia*.

Una ó idéntica en el fondo, dotada de reflexión y por lo tanto de razón, la persona humana es también responsable; y este último carácter se considera generalmente como su nota específica: según observa Piat, en su preciosa obra intitulada «La persona humana, pág. 332: París 1897.

En el orden ontológico «los términos subsistencia, supuesto y persona se atribuyen á las naturalezas que son sustancias y no accidentes. La *subsistencia* es un modo ó actualidad sustancial que perfecciona y completa la sustancia, haciendo que exista y pueda obrar sin dependencia ni comunicación con otro ser. El *supuesto* viene á ser como un concreto de la naturaleza ó esencia sustancial y de la subsistencia. *Cuando esta naturaleza ó sustancia está dotada de entendimiento, el supuesto recibe la denominación de* PERSONA; y así, aunque toda persona es supuesto, no todo supuesto es persona». (Cardenal González, Fil. Elem. tom. II, páginas 30 á 33.

(1) Recomendamos con el mayor encarecimiento la lectura de la hermosa obra de Alberto Farges titulada: El cerebro, el alma y las facultades: París, 1890.

producir una sola función ó acto inmaterial, repugna, que sea así á la unidad que en nuestra personalidad existe y todos advertimos, cuya unidad no puede surgir de la infinita multiplicidad de células cerebrales que se calculan en cientos de millones, así como las fibras se cuentan por millares de millones, y también la identidad de la persona es absolutamente incompatible con la constante destrucción y renovación de nuestro cuerpo (1). Cuando un acto se ha cumplido dice Claudio Bernard la parcela de materia viva que ha servido para producirlo ya no existe. Puede decirse que la misma materia no sirve dos veces para la vida: no es, pues, el organismo el que nos proveerá del principio de nuestra identidad: si yo soy el mismo al cabo de los años, es porque entre esta evolución, esta corriente, este torbellino de moléculas transformadas, destruidas y renovadas, queda un principio permanente é indestructible; este principio inmaterial es el alma.

Si fuéramos no más que un compuesto de partes, la destrucción parcial de la materia daría lugar á un vacío ó una resonancia advertidos por el resto de nuestro organismo: resultando de aquí que éste conocería no el fenómeno en sí, sino la impresión producida por la destrucción de la materia; pues para conocer el fenómeno en sí habríamos de admitir que la parcela destruida era absorbida por otra de las que se conservaban y así necesariamente en los incesantes fenómenos que nos afectasen: hipótesis incomprensible porque sería preciso admitir la transformación de una parte en otra, sin dejar esta de ser la misma, repitiéndose transformación tan imposible en la indefinida sucesión de los fenómenos que afectan á nuestro espíritu.

Fácilmente se deducen los siguientes corolarios:

(1) Decía Santo Tomás: «Sed si consideratur caro secundum materiam, sic non manet, sed paulatim consumitur et restauratur. (Suma Teológica, parte 1.ª, Cuest. CXIX art. I, contestación al arg. 2.º).

I. Las funciones del espíritu no pueden proceder de la materia ni de las propiedades de ésta.

II. La unidad no se puede basar en elementos tan múltiples como los que forman el organismo, los cuales á su vez precisan subordinación á un principio superior.

III. La identidad no puede resultar del cambio y renovación de la materia durante la vida.

IV. Las relaciones que las funciones orgánicas establecen entre las partes y sistemas de nuestro cuerpo piden un principio que los coordine que es el alma; y en su jerarquía resulta, que si bien existen lazos íntimos de relación no se explica la subordinación y la unidad del conjunto sin ese principio superior que todo lo compenetre y anime.

Las alteraciones de la personalidad, que suponen algunos impugnadores de la teoría espiritualista, no tienen valor científico: 1.° porque no son alteraciones de la personalidad; 2.° á causa de que no todos los hechos aducidos tienen importancia ni son dignos de crédito.

Siguiendo al filósofo Mr. Maisonneuve formularemos el silogismo de nuestros adversarios en los siguientes términos: La personalidad es la conciencia,—es así que puede haber en cada uno de nosotros varias conciencias,—luego puede haber en cada uno varias personalidades. Negamos la mayor: porque la conciencia no pasa de ser una facultad del espíritu ó mejor dicho una aplicación ó aspecto de la inteligencia humana.

No siempre nos damos cuenta de todas las percepciones y movimientos del espíritu: la distracción, la abstracción, el sueño, los éxtasis, la condición en que se halla el hipnotizado, etc., nos suministran argumentos para probar que en la vida psíquica hay un gran espacio para lo inconsciente. Cuanto á la *menor* del mencionado silogismo, distinguimos; porque no hay varias conciencias, sino varios y sucesivos estados de conciencia; que si nuestro juicio es fluctuante en el estado normal de la vigilia y del pleno

disfrute de nuestras facultades. ¿Cómo no hemos de admitir que perturbadas las funciones de nuestros órganos, instrumentos de conocer y medios de obrar de nuestra alma, podamos experimentar alteraciones en nuestras facultades mentales, é inclinarnos en dirección opuesta á nuestros habituales sentimientos ó juzgar de cosas y de personas de una manera equivocada, y aun sufrir una especie de mutilación ó perversión de las funciones psíquicas tan íntimamente enlazadas con el organismo físico?

Personalidad es la aptitud requerida para obtener la consideración de persona (1).

Entre todos los séres que forman el mundo visible no puede ser ninguno más que el hombre considerado como persona: por analogía se atribuye carácter personal á ciertas colectividades que los hombres forman y que van encaminadas á la realización de alguno de los fines de la vida humana (2).

En el orden jurídico suele definirse la persona (3): *todo sér capaz de derechos y obligaciones* (4), idea poco exacta: pues hay personas que no pueden obligarse por sí solas ni tampoco estar gravadas con obligaciones personalísimas y, sin embargo, nadie les negará el carácter de *personas* jurídicas: lo que no podrá ponerse en duda es que toda perso-

(1) Se usan muchas veces como sinónimos, persona y personalidad: mas á poco que reflexionemos, notamos: que se *es* persona, y se *tiene* personalidad; pero nadie dice con propiedad *soy* persona, *soy* personalidad: de suerte que la primera corresponde al orden concreto é individual y la segunda es la razón de atribuir á los individuos racionales la calificación de personas.

(2) Cuando decimos: La Academia española ha hecho un diccionario muy criticado: Inglaterra se apoderó traidoramente de Gibraltar: la Confederación germánica ha constituido en 16 de Abril de 1871 el Imperio Alemán.

(3) Véase la pág. 322 del tomo I de los Elementos de Derecho civil... de los SS. Laserna y Montalbán, undécima edición.

(4) Ahrens dice: «El sujeto ó el sér que es poseedor de Derecho, se llama persona de derecho» (obra citada pág. 150) «La persona, en el propio significado jurídico, es el sujeto de los derechos y de los deberes» (Miraglia, Filosofía del derecho, tomo I, pág. 121: Nápoles, 1885). «Personalidad no quiere decir solamente aptitud para los derechos, sino aptitud para los deberes» (Giudice, Enciclopedia jurídica, pág. 66: Milán, 1880).

na jurídica puede adquirir y tener derechos, por lo cual mejor podríamos definirla diciendo que es: *la persona en cuanto puede ser sujeto de derecho; y aun de obligación, cuando se halla en circunstancias que la habilitan para ello.*

Decimos *la persona* porque es el *género próximo;* pues para obtener la consideración de persona jurídica es preciso ante todo ser persona.

La *última diferencia* la constituyen dos conceptos que se refieren á la misión doble que á las personas puede corresponder en las relaciones jurídicas, en las qué unas figuran como sujetos de derecho y otras como sujetos de deber: determinando que toda persona jurídica puede ser sujeto de derecho y que para ser sujeto de deber necesita hallarse en circunstancias adecuadas dado que si no comprende el alcance de la obligación no puede contraerla, y si no tiene fuerzas ó medios para cumplirla no se le podrá imponer su cumplimiento. En fórmula más breve, pero menos expresiva, pudiéramos decir que persona jurídica es el sujeto del derecho (1).

Personalidad jurídica es la aptitud requerida para obtener la consideración de persona jurídica. La mencionada aptitud puede ser considerada en *general*, para el cumplimiento del fin jurídico, y en *particular* en cuanto refiere al desempeño de una misión jurídica determinada: la primera todos los hombres la tenemos; y es necesario supuesto para tener la segunda, la cual se concreta según la ley jurídica por virtud del hecho jurídico correspondiente: ejemplo: la doctrina romana de que el esclavo no tenía propia personalidad era contra Derecho natural (2) según

(1) «En su sentido jurídico, indica un sér sensible, inteligente y libre y por consecuencia capaz de derecho.» *Persona est cujus aliqua voluntas est,* y como dice Leibnitz *cujus datur cogitatio, affectus, voluptas, dolor* (Lioy, Filosofía del Derecho, pág. 296: París, 1887).

(2) «Siendo la esclavitud una creación opuesta á la naturaleza del hombre, no pudo organizarse con aquella lógica inflexible que tanto distingue á los juris-

ellos mismos comprendían; en cambio cuando en el orden práctico de la vida decimos á un individuo que no tiene ciertos derechos ó que no le corresponde ejercitarlos, manifestamos que no tiene personalidad; y en frase vulgar expresamos al que creemos no puede desempeñar la misión jurídica que se arroga: no es V. *quién* para obligarme á tal cosa, para exigirme el pago, reclamar contra mí ante los Tribunales, etc.

Considerada la personalidad jurídica, en *particular*, nada se opone á que un hombre aplique su capacidad jurídica en muy diversas relaciones, y así, puede ser padre de familia, vecino de cierto pueblo, industrial, comerciante, rentista etc. etc.; cada una de las enunciadas fases de su actividad es regulada por el derecho; puede tener aptitud de derecho para todas ellas, y también no tenerla respecto de algunas ó por justa causa perderla; y en ambos casos continuará siendo persona, pero se le negará la aptitud jurídica, y por tanto la personalidad, en ese aspecto limitado.

Las personas pueden ser *individuales* ó *colectivas*, se-

consultos romanos en las demás instituciones; el principio de que se parte y quiere sostenerse en todas las consecuencias es que el esclavo no es sujeto sino objeto de derecho, no es persona sino cosa, aunque no tenga dueño.» (Derecho Romano de D. Julián Pastor, tomo I, págs. 47 y 48: Madrid, 1879).

En el derecho del pueblo rey, como hace notar Accarias siendo la *capitis deminutio* una *commutatio status* esta definición no conviene á la *maxima capitis deminutio*, porque esta *corresponde á un aniquilamiento completo de la personalidad jurídica*. (Compendio de Derecho Romano por Carlos Accarias, tomo I, página 429).

Heineccio, en sus Elementos de Derecho civil según el método de las Instituciones, establece la distinción (según el Derecho Romano) entre el hombre y la persona en las siguientes frases: «Homo est, cuicumque mens ratione praedita in corpore humano contigit. Persona est homo cum statu quodam consideratus. Status est qualitas cujus ratione homines diverso jure utuntur: isque est vel naturalis vel civilis» y luego formula el siguiente axioma jurídico: *Quicumque nullo statu gaudet, jure Romano non persona sed res habetur*. (Obras completas de Heineccio, tomo V, pág. 10: Ginebra, 1768). Concepto estrecho y exclusivista que no fué aplicado con rigor en todos los casos por el absurdo y aun perjuicios que hubieran resultado á los mismos opresores que sacrificaban á sus mezquinos intereses la personalidad jurídica de sus prójimos.

gún el sujeto de derecho sea *un sólo individuo* ó la *conjunción de varios* que se han unido para realizar un fin.

El hombre, individualmente considerado, puede ser persona jurídica, pues, como indicamos, reune los requisitos exigidos para ser sujeto de derecho. Cuestión muy debatida y difícil es la que se refiere á determinar la naturaleza de las personas colectivas, resucitanse las controversias del nominalismo, conceptualismo y realismo, en la esfera del Derecho: de manera, que las doctrinas de la Isagoge de Porfirio, sobre que tanto se discutió en la Edad media, atraen hoy el estudio de los más modernos jurisconsultos de Alemania del Norte, Austria é Italia (1).

Muchos hay que consideran las personas colectivas como ficciones útiles, llegando á decir el catedrático de Gotinga, Rodolfo Ihering: «que son una máscara, una forma vacía, un mero vehículo de comunicación entre la sociedad y los que no pertenecen á ella».

Otros pretenden que de la compenetración de las voluntades, procede un ser distinto (Miraglia); viniendo á constituir dicha persona, la unión de individuos que realizan por su cooperación orgánica una vida común (Giner y Calderón), ó la voluntad social individualizada en el fin (Filomusi Guelfi).

Los modernos positivistas llegan, con Schäffle, á decir que el organismo social es análogo al individual, con la diferencia de que es más complicado, duradero y poderoso.

Los anteriores grupos de teorías, niegan la existencia de

(1) Porfirio, en el pár. II de la Introducción (Isagoge) á las categorías de Aristóteles, dice: «Por lo pronto en lo que respecta á los géneros y á las especies; no me meteré á indagar si existen en sí mismos, ó si sólo existen como puras nociones del espíritu; y, admitiendo que existen por sí mismos, si son corporales ó incorporales; y, en fin, si están separados, ó si sólo existen en las cosas sensibles de que se componen» (Véase la traducción española de D. Patricio de Azcárate, págs. 75 y 76).

Los escolásticos se atrevieron con esta cuestión, así como con otras muchísimas, resolviéndola muy diversamente, pues como dice el Cardenal González, dieron cuatro soluciones al problema: el nominalismo, el conceptualismo, el realismo moderado y el realismo platónico (Historia de la Filosofía, tomo II, pág. 136).

las personas colectivas ó afirman su naturaleza puramente ideal, ó bien les atribuyen una existencia real y física.

En frente de los anteriores sistemas, vamos á proponer algunas ideas nuestras. Es indiscutible que los hombres tienen derecho de auxiliarse, siendo la cooperación social un conjunto de relaciones y un estado: lo primero, pues á poco que se reflexione comprenderemos la multitud de vínculos jurídicos que en la sociedad nos unen; y añadimos que es un *estado*, por la continuidad incesante de las relaciones jurídicas ya indicadas; así p. e. la sociedad municipal de que formamos parte, la personalidad jurídica de esa sociedad, no son ficciones ni tampoco séres tangibles, son un estado permanente de relaciones jurídicas, bien entre los socios en calidad de tales ó con los extraños.

La doctrina por nosotros propuesta, concilia las teorías de casi todos los autores, y al propio tiempo admite la idea formulada por Ihering, de que todo derecho real necesita un sujeto real: cuya afirmación es el martillo que reduce á polvo todas las teorías propuestas; y así, caso de no ser la sociedad con personalidad jurídica (persona colectiva) más que una ficción, sus derechos deben ser una ficción también; si es un ser ideal ó puramente espiritual, no puede tener derechos que se refieran á un término material; y no valga decir que el organismo social es superior al individual pues sólo de un modo metafórico puede calificarse la coordinación de los elementos sociales como un verdadero organismo, y siempre habría que buscar el alma que lo vivificara y rigiera.

Ahora bien, la colectividad tiene un aspecto jurídico especial y propio: no constituye una indivisible unidad, sino un agregado homogéneo y coordinado que debe tener su existencia, su actividad y su fin dentro del orden jurídico: la unión social mantiene su *existencia;* la combinada operación de sus miembros constituye *la actividad social;* y el bien que justifica su formación es el *fin* que ha de alcanzar.

Si el hombre necesita de la sociedad, si el derecho es una facultad de relación social, si la sociedad no es una abstracción sino un estado ¿por qué no ha de reconocerse á la sociedad, al conjunto armónico de los asociados una manera de ser jurídica?

Avanzando un paso más surge el reconocimiento de persona jurídica á la sociedad siempre que los elementos que la formen se subordinen al fin social, desapareciendo en cuanto con él se relaciona su calidad respectiva de individuos, y cuando por lo tanto se trate de un conjunto coordinado y perfectamente delimitado. Esta persona jurídica no será una ficción, refiérese á un conjunto de séres que tienen existencia y unión real, mas tampoco podrá confundirse con la persona jurídica individual: aquella es la unidad accidental y relativa, ésta la unidad substancial é individual por naturaleza: la primera podrá disminuir, aumentar, subdividirse, fundirse y desaparecer por completo en una superior unidad, y disolverse: la segunda no puede sufrir más que limitaciones de su actividad, incremento de sus propias fuerzas, combinaciones que no destruyan su individualidad y en vez de disolución la muerte, en lugar de disgregarse los elementos del conjunto la desaparición de todo elemento jurídico activo.

La persona jurídica social cumplirá los tres requisitos que juzgamos indispensables al sujeto de derecho, teniendo inteligencia, voluntad y poder físico, las cuales podrá ostentar mientras haya quien delibere, quiera y ejecute los actos sociales; y tratándose de unidad de composición y accidental no ha de extrañar, antes bien ha de ser muy proporcionado, que, frecuentemente, se delibere por unos, se resuelva por otros, y se ejecute materialmente el acto social por diferentes personas de las que intervinieron en las precedentes operaciones.

Es cierto que por muy estrecha que sea la unidad social no puede compararse con la individualidad estableci-

da en el orden jurídico por la misma naturaleza; pero no hemos de negar *al conjunto* la existencia en el orden jurídico y por lo tanto al lado de la persona jurídica individual admitiremos la persona jurídica colectiva, cuyas manifestaciones siempre podrán referirse á los individuos que las forman, no como tales individuos sino como elementos activos del orden social.

Aplazando para su lugar propio el estudio de las personas colectivas, vamos á restringir por ahora nuestra exposición á las personas individuales (1).

CAPÍTULO 2.°

PRINCIPIO, DESENVOLVIMIENTO Y TÉRMINO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA INDIVIDUAL.

I. ¿En qué momento comienza la personalidad jurídica del hombre?

Como todo derecho ha sido constituido por causa de los hombres (2), parece natural que primero tratemos del sujeto de los derechos, de una manera determinada y concreta, y estudiemos al individuo humano en las distintas fases de su existencia.

El hecho del nacimiento parece que fija de un modo absoluto el instante en el cual da principio la capacidad de derecho del individuo: el art. 1.° del Código civil alemán (3) sostiene tal doctrina (4): «La capacidad jurídica del

(1) Nótese que cuando se disuelve una sociedad, los socios quedan con su personalidad jurídica individual, se reparte entre ellos el activo y el pasivo que la sociedad tenía, y sólo desaparece la combinación que formaban.

(2) Quum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu, ac post de ceteris ordinem Edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos, ut res patitur, dicemur (ley 2.ª, tít. V, libro I del Digesto).

(3) Este cuerpo legal, publicado en 18 de Agosto de 1896, estará en vigor á partir de 1.° de Enero del año 1900. En numerosas ocasiones citaremos sus preceptos ya que representa indudablemente un progreso en el desenvolvimiento histórico del Derecho privado.

(4) Bien que, según hace notar Raoul de la Grasserie, el art. 1923 reputa nacido al que se halla concebido, para los efectos de la *sucesión*.

hombre comienza desde su nacimiento»; y, sin embargo, antes de completarse la formación del nuevo sér y de salir del claustro materno á la vida exterior, la ley lo toma en cuenta (1), lo proteje (2) y hasta le otorga cierta capacidad jurídica (3).

Desde el momento de la concepción (4) hasta el del

(1) Los que se hallan en el seno materno, se reputan como nacidos para casi todos los efectos civiles (establecía la ley 26 del t. V, lib. I del Digesto). Véanse las numerosas disposiciones contenidas en los títulos III, IV, V y VI del lib. XXV de las Pandectas; y el tít. II del lib. XXIX del mismo cuerpo legal, cuya ley 30 es muy notable.

(2) Téngase sobre todo en cuenta la penalidad contra el delito de aborto; que no tendría razón de ser si no se ofendiera directamente el derecho del que se ha tratado de expulsar prematuramente del seno materno.

(3) La ley 7 del tít. V del lib. I del Digesto formula el principio siguiente: «El que está en el útero materno es atendido como si ya estuviera en el mundo siempre que se trate de las conveniencias de su propio parto; por más de que antes de nacer, no favorece á otro» (Véase la edición española de García del Corral).

Tres son las escuelas respecto á la determinación del momento en que comienza la personalidad individual:

El origen de la personalidad está en el nacimiento; este origen se retrotrae al momento de la concepción tan luego como el nacimiento tiene lugar; sólo es persona el que nace viable. (Véase el folleto intitulado «Consideraciones sobre el origen de la personalidad individual en el Derecho» por Enrique Miralles Prats, páginas 39, 67 y 81).

En España el art. 29 del Código civil publicado por virtud del Decreto de 6 de Octubre de 1888, decía textualmente «El nacimiento determina la personalidad, sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae á una fecha anterior los derechos del nacido.» En cambio la nueva edición del Código civil mandada publicar por Real decreto de 24 de Julio de 1889, ha cambiado la redacción del mencionado artículo, formulándolo de la siguiente manera: «Art. 29. El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente» *(que el feto tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno)*.

(4) *Concepción:* acto de recibir el óvulo, elemento femenino de la generación, el impulso fecundante del esperma ó elemento masculino; en el orden científico se denomina *fecundación*. (Véanse los artículos acerca de la concepción y de la fecundación en el Diccionario enciclopédico). «El producto de la concepción á partir del tercer mes se llama feto, hasta ese tiempo todos los autores están de acuerdo en denominarle embrión.» (Dic. enc.: véanse los artículos blastodermo, embrión y feto en dicha obra).

Respecto del momento de la animación del feto por el alma racional, la opinión común es que tiene lugar en el momento mismo de la concepción; quedando abandonada la opinión de los escritores antiguos que creían no tenía lugar hasta el segundo ó tercer mes (Lehmkuhl, Teología moral, pág. 57 del tom. II: Friburgo, 1896); pues «hoy es opinión corriente, con San Basilio, San Cesáreo, San Gregorio Niseno, etc., que el feto se anima en el instante de la concepción; porque

parto (1), cualquiera que sea la doctrina que se profese acerca de la condición del nuevo sér, no cabe duda que no tiene aptitud para la vida fuera del claustro materno, toda vez que la naturaleza lo recluye hasta el término de la gestación. En su vida física depende de la madre: sin embargo no es una parte accesoria (2) ni un mero fruto de la mujer que lo nutre con su sangre (3): podrá la generación formar su cuerpo; pero el alma es un don de Dios (4) y no

desde que se funda el germen, crece, y no crece sino porque vive ó está animado. (Díez, Clave de Teología moral, pág. 326: Madrid, 1891).

La demostración filosófica de que el alma es creada é infundida en el cuerpo humano en el momento de la concepción puede verse magníficamente desenvuelta en las Instituciones filosóficas de Urraburu, tomo VI, pág. 735 y siguientes: Valladolid, 1898.

(1) Parto es la expulsión ó extracción del feto: se denomina parto prematuro cuando tiene lugar entre el sexto y el noveno mes de la gestación; es *normal*, por razón del tiempo, cuando tiene lugar en la época del completo desarrollo del feto y *retardado* si se demora más del plazo corriente y, en el orden legal, del plazo máximo que la ley señala. Aborto es la expulsión del contenido del útero antes del sexto mes de la gestación. (Véase la Medicina legal de Taylor, edición española, tomo II, pág. 504; y consúltese el Diccionario enciclopédico en los artículos *parto* y *distocia* (mal parto).

(2) Ulpiano, decía: porque el parto, antes que se dé á luz, es parte de la mujer ó de sus entrañas; pero después de haber sido dado á luz el parto por la mujer, ya puede el marido pretender por derecho propio por medio de interdicto ó que se le exhiba el hijo, ó que se le permita llevárselo, extraordinariamente. Así, pues, el Príncipe auxilia en caso necesario (ley 1.ª, pr. I, tít. IV, lib. XXV del Digesto, traducción española). En este pasaje vemos que la patria potestad romana tenía algún rasgo que la asimilaba al derecho de propiedad, notando Accarias que «Los textos nos prueban que antiguamente el hijo de familias podía ser reivindicado; en la época clásica el padre todavía mancipaba de un modo válido; y que hasta en tiempo de Justiniano puede hacer objeto de un hurto al hijo de familia (obra cit. tomo I, pág. 166) pues dice (el pr. IX tít. I, lib. IV; Instituta: traducción de D. Pedro Gómez de la Serna): «A veces se comete también el hurto de personas libres, por ejemplo, si nos quitan uno de nuestros hijos que están en nuestra potestad».

(3) Unicamente despreciada la dignidad humana pudo considerarse como un fruto perteneciente al dueño de la madre, el producto de la concepción, cuando se trataba de los hijos de las esclavas, al igual de la cría de los animales. (Véase pr. IV, tít. III, lib. II, Inst.): siendo curiosísimo lo que dispusieron Diocleciano y Maximiano (ley 12, tít. II, lib. VI del Cód. rep. pract.). Los partos de una esclava substraída, dados á luz en poder del ladrón, no pueden ser usucapidos antes que sean poseídos por el señor; y conviene también que por causa de ellos esté obligado con la acción de hurto el ladrón de la madre (traducción de García del Corral).

(4) El gramático y enciclopedista Macrobio refiriéndose á los sabios anti-

puede proceder en modo alguno de las funciones fisiológicas (1).

El nacimiento puede suscitar cierta oposición entre la vida del hijo y la de la madre; y si esta no puede atentar durante el embarazo contra el producto de la concepción (2), tampoco en el momento del parto; si por acaso la existen-

guos decía: «Que el origen de las almas proviene del cielo, entre los que rectamente filosofan, es sentencia indubitable». (La Creación, por el P. Juan Mir, página 900). Santo Tomás dice: «El alma intelectiva, como substancia inmaterial y subsistente que es, no puede ser producida sino por Dios creándola; siendo por lo mismo herético decir que es transmitida con la semilla generadora». (Parte 1.ª, Cuest. CXVIII, art. II) y que: Debe afirmarse en absoluto que las almas no han sido ni son creadas antes que sus cuerpos, sino en el momento de ser infundidas en ellos. (Art. III, edición española).

Cuanto al instante de la unión del alma al cuerpo (como ya hemos visto en la nota 4 de la página 40) la opinión común es que el óvulo fecundado, en el mismo instante es informado por el alma y vive substancialmente (véase Urráburu, tomo IV, págs. 690 y siguientes).

(1) Dice Santo Tomás: Respondemos que es imposible que la virtud activa, que se halla en la materia, extienda su acción hasta producir un efecto inmaterial». (Santo Tomás, p. 1.ª c. CXVIII, art. II). Transcribimos gustosos el notabilísimo pasaje siguiente del tratado «De la naturaleza del alma», escrito (480 á 496 de N. S. J. C.) por Mamerto Claudiano: «El alma ve por intermedio del cuerpo lo que es corporal y por sí misma lo que es incorporal. Sin mediación del cuerpo nada ve de lo que es corporal, coloreado ó extenso; pero ella ve la verdad y la ve de una manera inmaterial. Si como tú pretendes (Fausto de Riez) el alma es corporal y se halla encerrada en un cuerpo... nada le será más fácil que ver en el interior de este cuerpo. Y bien! vamos! pon manos á la obra: dirige sobre tus entrañas y sobre todas las partes de tu cuerpo esta vista corporal del alma como tú la llamas; dinos cómo está dispuesto el cerebro... la dirección complicada y unión de las venas, los puntos de donde parten los nervios. ¡Qué! niegas estar obligado á responder sobre tales cosas. ¿Y por qué lo niegas? Porque el alma no puede ver directamente y por sí misma las cosas corporales. ¿Pues por qué no lo puede la que no está nunca (esto es ordinariamente, en estado de vigilia) sin pensar, es decir sin ver? Porque nadie puede ver, sin el medio de la vista corporal, los objetos corporales. Luego el alma que ve por sí misma ciertas cosas, pero no las cosas corporales, ve, no obstante con una vista incorporal; y dado que un sér incorporal puede sólo ver con una vista incorporal, resulta que el alma es incorporal» (Véase Rohrbacher, obra citada, tomo IV, pág. 606). La refutación del generacionismo ó generacianismo (que pretende que el alma del hijo es engendrada por los padres) puede hallarse en la Metafísica de Danrella con bastante claridad, y la proposición 20 tomada de las obras de Rosmini proscrita por S. S. León XIII con arreglo al decreto S. O. de 14 de Diciembre de 1887. Consúltese el Diccionario de ciencias eclesiásticas de D. Niceto Alonso Perujo.

(2) Antes de la concepción, la mujer víctima de un atentado contra su honor, podrá evitar por medios adecuados que la fecundación tenga lugar y el gravamen consiguiente; pero una vez realizada ésta no podrá usar medios encami-

cia de la madre exigiere la provocación del aborto, la embrioctomía, ó cualquiera medicación (1) ú operación directamente encaminada á destruir la vida del hijo, en conciencia, no se deberá aceptar el sacrificio del hijo para salvar á la madre; sin que por el contrario se haya de sacrificar la madre á la vida del hijo (2); y por lo tanto aquellos actos favorables y necesarios á la vida de la madre, que indirectamente redunden en perjuicio del hijo, serán lícitos ya que el derecho á la propia conservación lleva consigo: la necesidad de alimentarse, curar las propias enfermedades, y evitar la muerte con actos en que no atentemos *directamente* contra un derecho ajeno que sea *igual ó superior* (3).

nados á dañar el producto de la concepción (sobre este punto véanse el, Derecho Natural de Rothe, tomo III, págs. 392 y 393 y Lehinkuhl, págs. 505 y 506 del tomo I).

El décimo concilio provincial de Baltimore resolvió que «Nunca es permitido á la madre, cualquiera cosa que ocurra, permitir la muerte del feto encerrado en su seno, aunque se trate de salvar su propia existencia».

(1) Véanse las resoluciones de la Congregación del Santo Oficio, de 31 de Mayo de 1884 y de 25 de Julio de 1895 (Rothe, tomo III, pág. 373 y complemento al estudio de los atentados á la vida del niño), de las cuales procuramos no separarnos en el texto.

(2) Ya que la operación cesárea consiste en abrir un paso artificial al feto que no pueda salir por la vía natural, llevando peligro de muerte para la madre, ésta podrá aceptar el sacrificio y aun deberá arrostrar la operación cuando, la destreza del tocólogo que la asista, y las demás circunstancias permitan esperar con gran probabilidad un feliz éxito: El Diccionario enciclopédico dice que la mortalidad es de 29 por 30: Lehinkuhl afirma que de 100 casos, en algunas regiones, perecen 30 ó 40 y en Italia llegan á 80 ó más. Sin embargo, quizá con el tiempo los progresos de la Medicina operatoria permitan más favorables resultados. Monlau, aconseja que cuando se ha adquirido la racional certeza de que si se espera el término de los nueve meses no quedará otro recurso que la embriotomía, la sinfisiotomía (división quirúrgica de la sinfisis del pubis, que apenas se practica) ó la operación cesárea, es lícito apelar á la provocación del parto prematuro: el cual promovido con todas las precauciones y según las reglas del arte, da por lo general satisfactorios resultados y la Sagrada Penitenciaría ha declarado su licitud, dada la viabilidad del feto (Monlau, Higiene del matrimonio, página 434).

(3) La madre no está obligada á tan gran riesgo de muerte y á tal perjuicio para el bien y la conservación del feto: así como una vez nacido el hijo no está obligada á lactarlo y á salvarlo á riesgo de la propia existencia: doctrina del Cardenal de Lugo. (De just. et jure, Disputatio X n. 133) que como dice Rothe, (página 363) nadie vacilará en suscribir. En caso de que la medicación ó tratamiento de la madre para conservar su vida acarreara indirectamente la muerte

Una vez desprendido el niño del seno materno conviene distinguir el caso en que nazca muerto del en que teniendo el desarrollo necesario para la vida extrauterina viva siquiera sea un instante (1): en este caso debe reputarse adquirida plena y definitivamente la personalidad jurídica del recién nacido; y así como en el seno maternal su personalidad era limitada, precaria, y condicional: pues en tanto se le reconocía como persona para el derecho, en

del feto, como advierte Suarez, acaecerá ésta por accidente *permitido* por la que usa de su derecho y obedece á la necesidad.

Un caso más grave pudiera proponerse y es el de que sea precisa una operación directamente atentatoria á la vida de la madre para salvar al hijo ó viceversa: entiendo que el partido más seguro es aguardar que la naturaleza decida y en el momento en que la vida de uno de ellos se haya extinguido obrar directamente en sentido de suprimir el obstáculo á la vida del otro. Como quiera que á la madre se la pueda sostener directamente, parece lo probable que resista en la empeñada lucha contra la muerte más que el hijo, al cual podrán resultar perjuicios de la medicación que siendo indispensable para sostener la vida de la madre redunde indirectamente en daño del feto. Si la inminencia del peligro exigiera una operación quirúrgica realizada inmediatamente para evitar la muerte de la madre y del feto, creemos que la intervención del operador para salvar la vida de uno de ellos es humanitaria; y que no deberá ser directamente mortífera ni para la madre, ni para el hijo.

Nota el doctísimo Ballerini, que el arte quirúrgico ha inventado recientemente un instrumento por medio del cual, se rasgan las membranas que rodean el feto, de modo que el agua enviada por este sifón al feto puede sin duda alcanzarle directamente, y cumplirse las condiciones señaladas por San Alfonso, y después por Benedicto XIV. Por lo que cesan las dificultades y las cuestiones suscitadas por los antiguos doctores á propósito de los peligros que la madre debe sufrir al efecto de proveer á la salvación eterna de su prole.» (Gury Ballerini, edición de 1877, tomo I, pág. 382 citado por Rothe, pag. 367).

Confesamos la gran dificultad de resolver prácticamente ciertas complicadas cuestiones, é intentamos dar solución prudente y nunca contraria á las decisiones de la Iglesia.

(1) El Derecho Romano prescribía que «El testamento del marido no se rompe por aborto de la mujer, pero habiendo sido preterido un póstumo, es de evidentísimo derecho, que, aunque el nacido hubiere fallecido inmediatamente no se rehabilita el que fué roto (ley 2, t. XXIX, lib. VI del Cód. rep. pract.); los Sabinianos estimaban que si nació vivo, aunque no hubiese emitido la voz se rompía el testamento... y añade Justiniano «También nosotros alabamos esta opinión y mandamos, que si perfectamente nació vivo, aunque haya muerto inmediatamente después que cayó á tierra ó en las manos de la comadrona, se rompa, sin embargo, el testamento, requiriéndose solamente ésto, si vino al mundo todo vivo, no inclinándose á mónstruo ni prodigio alguno (ley 3). La ley 12, del t. V, del lib. I del Digesto manifiesta que: Está ya recibido por razón de la autoridad del doctísimo Hipócrates que el nacer en el séptimo mes es parto perfecto.

cuanto era capaz de llegar á serlo por el nacimiento, al nacer comienza la existencia en el orden externo y da principio al desenvolvimiento que un día quizá alcanzará, logrando la plena capacidad que le habilite para ejercitar por sí todos sus derechos y hasta llegar á constituirse en protector de séres más débiles confiados por el orden jurídico á su potestad ó á su protección.

El niño se desarrolla paralelamente en el orden físico y en el mental; pero multitud de influencias pueden modificar ese principio general, determinando precocidad ó

Cuanto á los mónstruos ó prodigios, alguna indicación hacen los textos (ley 14, t. V, lib. I y leyes 38 y 135 t. XVI, lib. L, del Digesto) entendiendo que se refieren á los que no nacen con figura humana: interpretación admitida por la ley 5, t. XXIII, Partida IV al decir: No deben ser contados por hijos los que nacen de la mujer y no son figurados como hombres; así como si tuviesen la cabeza ú otros miembros de bestia: caso inverosímil dado que el hibridismo (procreación por individuos de especies distintas) no es admisible entre la especie humana y las demás clases de animales: por lo que á pesar de las semejanzas que presente el cuerpo del hombre y el de ciertos animales, aquél forma un reino aparte aun más que por la estructura de su cuerpo á causa del alma racional. Santiago M. Baldwin, Profesor de Psicología en la Universidad de Princenton (Estados Unidos) sienta como principio fundamental que: «Los animales pueden tener un aparato nervioso, casi completamente igual que el del hombre, y sin embargo ser incapaz de llenar las funciones del aparato humano correspondiente.» La explicación nos la podemos dar perfectamente, pues el organismo humano está dispuesto para ser informado por un alma racional y esto ilustra la justificación que de este hecho presenta el Profesor norteamericano de que «el hombre tiene un aparato independiente para el ejercicio de las funciones superiores, y que este aparato no le ha servido jamás para las funciones inferiores á que lo aplican los animales.» (El desarrollo mental en el niño y en la raza: París, 1897).

Por lo demás, la Teratología (tratado de las monstruosidades) da una idea exacta de las anomalías que se advierten en ciertos séres desgraciados, los cuales no por esta cualidad merecen menos protección, antes bien deben ser objeto de disposiciones jurídicas que fijen la tutela y las limitaciones adecuadas: p. e. en los llamados mónstruos dobles, ó sea formados de dos individuos unidos inseparablemente por el cuerpo (son dignos de leerse los artículos que acerca de las palabras mónstruo y monstruosidad inserta el Diccionario enc.).

No son viables los que no han llegado al desarrollo necesario para la vida extrauterina y los que por enfermedades no son aptos para esta: sin embargo entendemos que toda vez que haya dado señales de vida el hijo en el momento ó después de nacer, siquiera esté condenado á muerte por condiciones sujetivas ó circunstancias que rodean su nacimiento, deberá reputarse nacido; pues comprobado el hecho de haber vivido es una ficción suponer que ha nacido muerto. Sin embargo las leyes patrias exigen ciertos requisitos para que el nacimiento dé lugar al reconocimiento definitivo de la personalidad jurídica del nuevo sér.

atraso, y desproporción entre el desarrollo físico y el de las facultades de su espíritu (1). Sujeto de derecho en todas las edades, el ejercicio de la facultad jurídica lo tendrá en proporción á su aptitud física para utilizar ó cumplir la misión que con arreglo á derecho le corresponde en las relaciones jurídicas; y, sobre todo, á su capacidad mental para comprender y determinar el orden concreto de estas relaciones.

II. La edad.

La edad del hombre va sucesivamente marcando los jalones del desenvolvimiento físico y mental, pudiendo señalarse como etapas fundamentales: *la infancia*, la *puericia*, la *adolescencia*, *la edad viril* y *la vejez* (2).

Cualquiera que sea la edad del hombre habrá de reconocérsele capacidad de *tener* derechos; pero la de *ejercitarlos* y de contraer obligaciones variará en proporción al discernimiento, libertad y posibilidad del sujeto.

El infante tiene derechos; y el ejercicio de ellos lo realiza el que suple su deficiencia (3), salvo en la parte que

(1) Aparte de las variaciones individuales, hay enfermedades físicas, trastornos mentales, diferencias en la educación, acontecimientos y circunstancias que pueden perturbar el equilibrio entre nuestras distintas facultades, demorar ó anticipar su desenvolvimiento.

(2) Prescindiendo de las diferencias individuales, y tomando el término medio, podremos señalar como plazos de tiempo respectivo de cada una de las edades indicadas los siguientes: *infancia* desde el nacimiento á los siete años, *puericia* hasta los doce la mujer y los 14 el hombre (ó sea la edad de la pubertad), *adolescencia* cuyo límite superior puede fijarse de los 21 á los 25 años (la plena pubertad pudiera quizá fijarse en los 18 años para la mujer y en los 20 para el hombre, más el completo vigor físico y mental regularmente se demora aun varios años); la virilidad abarca un período más largo que generalmente se fija haciéndola terminar en los 60 años (por lo menos la última década puede considerarse como de manifiesta decadencia y suele denominarse vulgarmente *edad madura*); finalmente la vejez que comienza desde la mencionada fecha hasta el límite de la existencia va marcando progresivo decaimiento de las fuerzas, que se manifiesta ostensiblemente en el período de la decrepitud, en el que se justifica la máxima, senectus velut alia puerilis.

(3) El padre defiende al infante, lo representa en juicio, exige el legado que le dejó un extraño, etc.

puede ejecutarlos por sí (1); no pudiendo contraer obligación alguna respecto de cosas que tengan cierta estimación, que no venga impuesta por la compensación de los beneficios recibidos (2) ó por exigencias del orden jurídico, en cuanto puede imponer, sin acto del hombre, ciertos deberes jurídicos (3); pero en todo caso las obligaciones contraídas por el infante son patrimoniales (4), cumplidas por los que lo rigen (5) ó bien son de subordinación á los superiores (6).

(1) El niño, aun en su primera infancia, al ingerir los alimentos, al mover los brazos, etc. ejercita el derecho á la conservación, á la libertad....; y al llorar manifiesta una necesidad y exige su satisfacción.

(2) Como no tiene reflexión y carece de toda experiencia de los asuntos no podrá aunque ya sepa hablar, prometer válidamente un objeto ó cantidad que tenga un valor apreciable; pero habrá de pagar los gastos de su educación si no hubiese personas especialmente obligada á ello, con los bienes de que disponga.

(3) Si el Gobierno exige una contribución, ó la expropiación por causa de utilidad pública, etc., como se prescinde en tales casos de las condiciones personales y sólo se toma en cuenta el objeto sobre que recae la limitación, alcanza lo mismo al infante que al mayor de edad.

(4) Todas cuantas obligaciones se imponen al infante si se refieren al derecho y beneficio ajeno son patrimoniales no personales: pues cuanto al patrimonio no hay distinción de edades y el orden jurídico lo atribuye á quien tiene derecho.

(5) Respecto á la entrega de los bienes, objeto de la obligación, intervendrán directa y exclusivamente las personas llamadas á suplir y representar al infante.

Los romanos consideraban al menor de siete años como absolutamente incapaz, por consiguiente ni sólo ni mediando la autoridad del tutor podía hacer ningún acto jurídico aun cuando con él pudiera mejorar su condición (Véanse las Inst. de Just. libro III, tít XIX, pár. 10: Cod. rep. pract. ley XVIII, título XXX, lib. VI y Dig. tít. VII del lib. XXVI, ley 1.ª, pár 2.º).

El Código civil alemán dice: Art 104. Son incapaces jurídicamente: 1.º el que no ha cumplido el séptimo año; 2.º el que se encuentra en un estado morboso de perturbación mental que excluya el *libre arbitrio*, cuando este estado no es momentáneo según su naturaleza; 3.º el que ha sido privado de la capacidad jurídica por causa de enajenación mental. —105. La declaración de la voluntad de un incapaz es nula. Es nulo también lo que se ha hecho en un estado de inconciencia ó de turbación momentánea de la actividad del espíritu.

Comprendemos que las leyes adopten criterios rigurosos; pero entendemos que: actos jurídicos de *apropiación, posesión* y *disfrute* realiza el infante; pequeños contratos se llevan á cabo mediante la intervención de niños menores de 7 años, y éstos compran *válidamente* por cuenta propia los objetos que sirven para sus distracciones y las golosinas en que invierten las pequeñas cantidades de que *disponen*: se dirá que no son los actos enunciados importantes *cuanto al orden jurídico se refiere;* pero ello es que son jurídicos y la cuantía del asunto no cambia la naturaleza del mismo.

(6) A cambio de la protección que los infantes reciben deben estar someti-

Durante la puericia (a) el ejercicio de los derechos pertenecientes al impúbero corresponde al que debe suplir su incapacidad (b): mas la esfera de acción del niño va ensanchándose en proporción á su progresivo desenvolvimiento, tomándose en cuenta la voluntad del impúbero aun en aquellos puntos en que ha de intervenir su protector, á fin de que éste le vaya instruyendo en el conocimiento y práctica de los negocios jurídicos, aceptándose la opinión y deseo del titular en la medida de la oportunidad y la justicia; y también podrá ser autorizado á ejecutar por sí aquellos actos que sea capaz de comprender y llevar á feliz término: acrecentándose las facultades limitadísimas que tenía durante la infancia, en armonía con el desarrollo físico y mental que va adquiriendo. (c) Respecto á obligaciones tienen los que se hallan en este período, posibilidad de contraer las que sean patrimoniales y equivalentes á los beneficios recibidos, (ch) las impuestas sin acto propio por el orden jurídico, (d) y las personales que resulten directamente de las relaciones jurídicas que están facultados para contraer; (e) aparte de la intervención que tengan los que deben protegerles para auxiliarles á cumplirlas ó á fin de evitarles todo perjuicio: (f) continuando, bien que menos extensa, la obligación de someterse á los superiores (1).

La adolescencia es la edad en que más progresa el hombre cuanto á la aptitud para las relaciones sociales se

dos á sus superiores: lo cual explica que se les cohiba y aun se les reprima en caso de rebelarse contra los que deben respetar y obedecer.

(1) Los romanos dividieron este período, que más bien denominaron impubertad, en dos plazos, el primero de los que se hallaban *próximos á la infancia* y el segundo de *los que estaban próximos á la pubertad*; no fijaron precisamente la duración de cada uno pero indicaron diferencias en la aptitud jurídica que se reconocía en cada uno de ellos: los primeros estaban exentos de responsabilidad criminal, presunción que no amparaba á los segundos en los cuales podría haber algún discernimiento. Véanse: el Derecho penal Romano por Gabriel Napodano, Nápoles, 1878 y el Derecho de las Pandectas por Windscheid, tom. I, párrafo 54, etc.

refiere: sin embargo la vivacidad en los actos y la falta de reflexión madura y de experiencia que la caracterizan deben influir en la esfera del derecho; atribuyendo al adolescente (a) la facultad de adquirir y obligarse por sí mismo, ó sea la formación de las relaciones jurídicas cuanto á los asuntos diarios de la vida se refiere; (b) pero sujetándolo á la potestad ó guarda de otras personas mayores de edad, que podrán limitar ó ensanchar la esfera de la actividad jurídica del menor en proporción á la falta de prudencia y acierto, ó por el contrario, al buen juicio y tino que manifieste para los negocios de la vida jurídica; y si creyeran, en vista de su completa aptitud, justo y conveniente anticipar la fecha de la mayoría de edad procurarán que la declaración autorizada de ésta se anticipe. (c) El menor de edad no intervendrá por sí sólo en los asuntos de gran importancia, y las relaciones que contraiga estarán en armonía con su discernimiento. (ch) La sumisión á los superiores encargados de dirigirle y cuidar de él y de lo suyo subsistirá en cuanto se relacione con el orden familiar, con la misión educadora que ha de cumplirse, y en los actos que puedan ser de grave trascendencia (1).

(1) Haciéndose cargo Accarias de la condición jurídica de los púberos menores de veinticinco años dice, que los adultos sin curador eran en Roma plenamente capaces en Derecho civil (tom. I, pág. 407): sin embargo la ley los amparaba contra todo engaño, y el Pretor introdujo en su favor el beneficio de la restitución in integrum por la que se rescindía un acto que era válido según el Derecho civil, cuando había causado perjuicio al menor (minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus) y no tenía éste otro medio jurídico equivalente: de suerte que se restablecía el estado de cosas al en que se hallaban precedentemente al acto que se rescindía (véase Accarias, tomo I, págs. 412 y siguientes). También comprendieron los romanos la precisión de adelantar á veces la mayoría de edad; y permitieron impetrar la dispensa de edad (venia aetatis) á los adolescentes de honestas costumbres, á los veinte años si eran varones y á los dieciocho si eran mujeres: y en caso de haberla obtenido no podrían auxiliarse del beneficio de la restitución in integrum; pero limitando las facultades del menor, al cual se exigía que obtuviese el oportuno decreto, para poder enajenar ó hipotecar válidamente sus bienes inmuebles; y añadía Justiniano, que cuando se hablara de edad legal habría de entenderse que la persona á quien se refiriera había cumplido los veinticinco años. (Véanse las 4 leyes de que consta el título XLV del Cód. rep. prael.). La emancipación sacaba de la patria potestad á los

En la edad viril se alcanza el pleno ejercicio de los derechos: desaparece la potestad de los superiores familiares, *en cuanto exigible jurídicamente*, sin que pueda borrarse la sumisión que el respeto, el prestigio y la deferencia establecen como *vínculo moral;* y en cuanto diga relación á consideraciones debidas, consejo prudente ó precepto indispensables para el orden familiar.

En la vejez puede ocurrir que, el anciano decrépito no sea capaz de atender á los negocios de la vida social ó jurídica y aun de velar por sí mismo; y el Derecho habría de proveer á esta necesidad con instituciones limitativas de la capacidad de ejercitar derechos; y también imponiendo la obligación de suplir esta incapacidad, á ciertas personas ligadas al anciano con los vínculos de la sangre: sin otorgarles más facultades que las indispensables para evitar el mal del anciano, ó las pérdidas patrimoniales que éste pudiera experimentar; pero sin constituirle en depresiva sumisión á los que le deben respeto (1).

III. La muerte del hombre considerada como hecho jurídico.

Al separarse el alma del cuerpo deja el difunto de figurar como sujeto de derecho; mas el fallecimiento suscita nuevas relaciones fundadas en la inmortalidad de nuestro

descendientes, los que, salvo las causas previstas en el Derecho, continuaban cualquiera que fuese su edad bajo el poder de sus ascendientes. (Véase tit. XLIX, lib. VIII del Cód. rep. pract.). En esto no podemos menos de criticar que se sacrificase la independencia de los hijos mayores de edad ante consideraciones de provecho del padre ó ascendientes.

(1) Hemos de reconocer que el derecho positivo deja sin reglamentar la capacidad jurídica relativa y progresiva del menor de edad, preocupándose tan sólo de algunos casos especiales y de suplir su incapacidad.

La plena mayoría de edad (civil) se fija en Aragón á los 20 años, en Castilla á los 23 y en Cataluña en los 25. Numerosos Códigos extranjeros señalan la edad de 21 años como la en que comienza la plena capacidad civil: citaremos el alemán (artículo 2), el italiano (art. 323), el portugués (art. 97) y el sancionado en 19 de Mayo de 1896 para la República de Venezuela. Notaremos que los 21 años es la edad que exige, para ejercer el comercio, nuestro Código mercantil (art. 4.°).

espíritu (1); y en la respetabilidad de los restos mortales (2), de la memoria del finado y de la voluntad de lo que quiso en vida que se hiciese ya antes de morir, ya después de haber fallecido (3): viniendo así á completarse la misión que el finado dejó sin terminar, mediante la sucesión en sus derechos y obligaciones por aquellas personas que por deber ó por derecho están llamadas á continuar la personalidad jurídica de aquél (4).

CAPÍTULO 3.°

CIRCUNSTANCIAS PERSONALES QUE, ADEMÁS DE LA EDAD, INFLUYEN CONSIDERABLEMENTE EN LA MAYOR Ó MENOR EXTENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA.

I. El sexo.

Restringiéndonos á las circunstancias que con algún fundamento racional se han incluido en las legislaciones de la generalidad de los pueblos con la calidad de causas modificativas de la capacidad jurídica, nos limitaremos á las que tienen carácter marcadamente personal y son inherentes á tál ó cuál individuo en el orden concreto: re-

(1) Si todo acabase con la vida sería una verdad en todas las relaciones humanas el principio de que la muerte todo lo desata (mors omnia solvit); sin embargo, en el orden espiritual sabemos que tenemos ciertos deberes religiosos para con los difuntos; y la esperanza de reunirnos en la patria común ha de influir en nuestros actos siguiendo las inspiraciones del afecto de los que aun viven con su espíritu y en nuestro constante recuerdo.

(2) Reservando para más adelante tratar del *derecho de sepultura*, indicamos la reverencia que se debe á lo que fué mansión de un alma inmortal; y mucho más teniendo en cuenta el *dogma* de la resurrección de la carne, claramente expresado por N. S. J. C. (Evangelio de San Juan, V, 28-29), enseñada por San Pablo (II, Tim. II, 18), profesado por la Iglesia en todos tiempos é incluido en el Símbolo de San Atanasio *(que todos los hombres resucitarán con sus propios cuerpos)*. La posibilidad de la resurrección se funda en la omnipotencia de Dios que puede reunir los elementos que formaron el cuerpo humano en una época determinada (las mencionadas fuentes de conocimiento y otras muchas se hallan indicadas en el magnífico Resumen de la Doctrina Católica, por Wilmers: Tours, 1896; en las págs. 443 y 444).

(3) Los honores debidos al que murió, y el cumplimiento de lo que quiso que se hiciera después de su muerte han sido reconocidos en todo tiempo.

(4) De suerte que sustituye al difunto no sólo en el ejercicio de sus derechos patrimoniales, sino en el cumplimiento de aquellos deberes que no siendo personalísimos pueden ser desempeñados por el heredero.

señando tan sólo las doctrinas fundamentales acerca de la influencia que puedan ejercer en el orden jurídico: *el sexo, la enfermedad, la enajenación mental, la ignorancia, las deficiencias físicas, el insuficiente desarrollo de las facultades mentales, la inmoralidad, la injusticia, las especiales aptitudes físicas ó mentales y los méritos contraídos*; y, tomando en cuenta el Derecho positivo, examinaremos las diferencias introducidas por motivos de diversidad de *raza, religión y nacionalidad, así como por causa de ausencia*.

El sexo masculino se ha atribuido cierta preponderancia sobre el femenino, en la generalidad de los pueblos (1); á ello contribuyen notablemente las diferencias que la nateraleza introduce por razón del sexo. En cuanto al organismo el hombre es de más elevada estatura, tiene más fuerza muscular y se halla sujeto á menos sufrimientos físicos que limiten el ejercicio de su actividad: la mujer por sus mayores atractivos constituye el llamado bello sexo; y, como hace notar el Dr. Letamendi, si el varón posee gran fuerza muscular la mujer posee gran resistencia sensitiva (2) y se sobrepone á sus padecimientos físicos desem-

(1) El matriarcado en contraposición al patriarcado no pasa de ser una costumbre propia de ciertos pueblos sumidos en la barbarie. En la tribu matronímica la administración doméstica se halla de ordinario bajo la dirección de una mujer cuyas responsabilidades frecuentemente son grandes. Había tribus de indios en América, en que cada familia—el marido, la mujer y los hijos—vivían en un pequeño wigwam separado. En otras el orden doméstico del indio consiste en un número de cinco ó veinte familias ocupando una casa común, que los iroqueses llaman «la casa larga.» Por el medio, de un extremo á otro, había un corredor y á los lados de éste se hallaban las viviendas de cada familia. Los habitantes tenían las provisiones en común, una matrona presidía ó intervenía en todos los asuntos de orden económico y de interés común, llegando hasta á «repartir los alimentos entre las diversas familias según las necesidades respectivas.» (Véase la obra citada de Giddins: Principios de Sociología, pág. 252 y siguientes).

Entendemos que el matriarcado, cualquiera que sea la extensión y antigüedad que quiera reconocérsele, ni es la primera organización de la familia ni pasa de ser, ó un testimonio de decadencia del pueblo en que tenga lugar ó á veces una singularidad nacida de causas históricas como el caso citado por Giddins en la pág. 155.

(2) «Sin fijarnos más que en el frío y el dolor, vemos á la mujer más potente que el varón en el orden sensitivo. Ella desafía toda inclemencia atmosféri-

peñando con todas sus energías la misión que en el seno de la familia la corresponde.

En el orden del conocimiento predomina la sensibilidad en la mujer más que en el hombre, y la razón en éste más que en la mujer, la cual tiene más viva intuición en el orden concreto y menor en el abstracto y científico (1). Las facultades expansivas corresponden á las aprehensivas por lo cual tiende la mujer más á lo agradable, y el hombre más á lo útil.

El carácter es en el hombre más determinado y constante (2), en la mujer más indefinido y variable.

Hay algunos que llaman al sexo femenino el *buen* sexo (3); sin embargo tengamos en cuenta la influencia que la educación, el género de vida y el sentimiento de la propia debilidad han de ejercer para impedir á la mujer lanzarse al escándalo y al crimen: no dudamos que la mujer cristiana en nuestro país supera en moralidad al hombre; más aquilatemos el grado de religiosidad de éstos, y veremos que desgraciadamente son la mayoría cristianos de puro nombre, sin vida espiritual ni práctica de la virtud:

ca con una tercera, ó cuarta, ó quinta parte del abrigo que el varón necesita; ella soporta impunemente aun en sus funciones normales, los dolores más acerbos, y los olvida luego y vuelve á desafiarlos y torna después á resistirlos». Diccionario enciclopédico, tomo XIII, pág. 597.

(1) A los que afirman que, si son más escasos en el sexo femenino los ejemplos de ingenios creadores esto depende únicamente de que la instrucción femenina es más deficiente podemos objetar. ¿Cómo se explica el hecho de que la historia de la música no nos presenta el dato de ninguna compositora comparable á Rossini, Bellini, Beethoven, Meyerbeer ó Verdi siendo así que en la educación de la mujer ocupa un lugar más eminente la música que en la educación del hombre? (Boccardo, citado por Julio Salvador del Vechio, en la pág. 65 de su obra: La familia... Turín, 1887).

(2) Dice el Dr. Monlau. «En la mujer, la individualidad está mucho menos pronunciada que en el hombre: éste es más egoista, menos sufrido. La mujer vive más para la especie que para sí misma.... (Hig. del Matrim. pág. 166 de la 5.ª edición.

(3) «Si los poetas llaman á las mujeres el bello sexo, los hombres serios y justos podrán concederles el calificativo, no menos bien merecido, de buen sexo» Bonneville de Marsangy citado por Luy Frank (de Bruselas) en su «Ensayo sobre la condición política de la mujer» pág. 112: París 1892.

en tanto que la mujer, sin la libertad de acción ni los recursos de toda suerte de que los hombres disponen, forma numerosas asociaciones religiosas y observa una conducta en armonía con la fe que con adhesión profesa, pero, á pesar de todo, teniendo en cuenta, las especiales cualidades de cada sexo *parece más apto para la vida del derecho el masculino;* sin desconocer que la debilidad del sexo femenino le hace acreedor á especial protección y respeto.

En el Derecho privado (1) entendemos que el canon fundamental debe ser: conceder el ejercicio de la capacidad jurídica por igual á las personas de uno y otro sexo; mas establecer preferencia de derecho en el hombre, cuando la armonía exija la subordinación del derecho del más débil al del más fuerte, y en cambio conceder una tutela al sexo débil contra los abusos del fuerte: lo primero, pues todos hemos de alcanzar nuestro propio fin con los medios que nos corresponden, y lo segundo atendida la diferencia natural entre ambos sexos.

Cuando la mujer es superior al hombre, de una manera ostensible, la superioridad podrá ser causa de predomi-

(1) El principio general de Derecho civil moderno es atribuir igual capacidad jurídica á los dos sexos; no carece de valor la regla de interpretación que ya consignaba el Derecho Romano (Ley CLII de tit XVI del lib. I de Digesto) según la cual en la palabra hombre se comprenden tanto la mujer como el hombre (Hominis appellatione tam feminam quam masculum contineri non dubitatur); cuando la ley no se refiere con especialidad á los que pertenecen al sexo masculino; sin embargo no cabe duda que se ha constituído al sexo femenino en cierta situación de inferioridad por lo que se refiere á diversas instituciones jurídicas relativas al Derecho privado; y aun en el Código civil vigente podemos notar que se declara inhábiles á las mujeres para la tutela y la protutela, salvo cuando la ley las llama expresamente para ocupar estos cargos (art. 237, n.° 7.°); las incapacita para ser testigos en los testamentos (art. 681 n.° 1.° que consigna sólo la excepción del art. 701); puede afirmarse que retrasa la plena mayoría de edad en la mujer hasta los 25 años, toda vez que hasta esa edad no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre, en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas (art. 321); y se las niega implícitamente el derecho, que deberían tener en otro caso, á formar el Consejo de familia, cuando el padre ó la madre no hubiesen designado las personas que hubieren de componerlo (art. 294): restricciones todas las enunciadas que carecen de completa justificación. La situación de la mujer en la familia será estudiada al tratar de esta institución.

nio real, oculto ó aparente: el primero por la naturaleza de las cosas, el segundo por abdicación del hombre (1).

El hermafroditismo (2) puede dar lugar á cuestiones médico legales (3): de todas suertes entendemos que si se diera el caso de hermafroditismo verdadero habría que dar al sujeto en quien concurriera esta circunstancia la calidad de hombre ó mujer según el sexo que predominara; y si en ambos fuese igualmente perfecto dejar al sujeto la elección del sexo á que en el orden jurídico había de pertenecer, haciéndose abstracción del otro sexo y reputándolo como anulado en cuanto á la vida del derecho se refiriese, en la medida que fuera incompatible con las obligaciones contraídas en virtud del sexo elegido.

Si se trata, como es lo común, de hermafroditismo apa-

(1) «En el año 33° de Ptolomeo Filadelfo, el matriarcado aun era ley en Egipto. Los interesados comparecían en los actos públicos como hijos de su madre, sin que el nombre del padre fuera mencionado. El hombre que se casaba renunciaba á su nombre para tomar el de su mujer, le abandonaba todo lo que poseía, para proveer á la subsistencia de la familia futura; no se reservaba nada para él y pedía únicamente ser mantenido hasta el fin de sus días, y entonces, convenientemente inhumado.» (Giddins obra citada, págs. 155 y 156).

(2) Hermafrodita (dice Escriche) es el que reune en sí los dos sexos, siendo á un mismo tiempo hombre y mujer. Esta palabra se compone de las griegas *Hermes* que significa Mercurio, y Aphrodite que equivale á Venus, quienes tuvieron un hijo así llamado por la reunión de los dos nombres y convertido después en varón y hembra.

Si de la mitología pasamos al concepto científico del hermafroditismo podremos definirlo la reunión de los dos sexos ó de algunos de los caracteres de ambos en un mismo individuo: divídese en hermafroditismo normal y anormal: el primero produce aptitud completa en ambos sexos; siendo de notar que: «El hermafroditismo normal existe en la mayoría de las plantas.....; existe también en algunos entozoarios, anélidos y moluscos, pero ningún animal vertebrado ofrece ejemplo de hermafroditismo normal, salvo quizás algunos peces. En el anormal preséntanse algunos de los caracteres de ambos sexos sin aptitud completa en ninguno de ellos: cuando el aparato reproductor es esencialmente masculino se denomina hermafroditismo masculino y si es esencialmente femenino, llámase hermafroditismo femenino: divídese así mismo en aparente y verdadero ó real: de este último presenta ejemplos Taylor (págs. 680 y 682 del tomo II de su citada obra).

(3) La pericia médica determinará en los casos que se susciten ante los tribunales el sexo á que pertenece la persona objeto de la duda ó cuestión jurídica, siendo de notar que á veces fracasará por completo su reconocimiento exterior para indicar el sexo, y el caso puede permanecer dudoso mientras no pueda hacerse la comprobación mediante la autopsia del cadáver (Taylor).

rente se depurará el sexo á que *únicamente* pertenece el sujeto; y si el dictámen pericial no lo determinara con fijeza procedería que eligiera el interesado, provisionalmente, el sexo en que debería ser incluido para los efectos legales: sin perjuicio de que su imperfección física podrá inhabilitarle para ciertas relaciones jurídicas (1), y de llegar con el tiempo, y mediante dictamen pericial decisivo, á fijar el sexo del que aparecía como hermafrodita (2).

II. La enfermedad

La enfermedad en tanto puede ser tomada en consideración, bajo el aspecto jurídico, en cuanto (a) dificulte el cumplimiento de las obligaciones que sobre el enfermo pesan, ó (b) da lugar al nacimiento de nuevas relaciones jurídicas, ó (c) limita el ejercicio de ciertos derechos: en ningún caso puede suprimir la capacidad jurídica ni romper los vínculos de la sociedad en que se vive (3): ejemplo de lo primero la exención del servicio militar (4), de lo se-

(1) En el Cuadro de inutilidades físicas que eximen del ingreso en el servicio del ejército y de la Armada en las clases de tropa y marinería figura en el número 81 «La deformidad de los órganos de la generación, impropiamente conocida con el nombre de hermafrodismo. (Reglamento de 8 de Enero de 1882).

(2) Ulpiano declaraba que el hermafrodita debía reputarse que pertenecía al sexo que en él predominase (Ley X, t. V, lib. I del Digesto); y según este criterio sería ó no admisible como testigo para un testamento (Ley XV, t. V, lib. XXII del Digesto); cuyo criterio jurídico fué copiado por la Ley X, t. I de la Part. VI y en la Ley XVII del t. XVI de la Part. III.

(3) Las enfermedades incurables que hacen inútil para todo trabajo al que las padece, las contagiosas, las que se acarrea por sus vicios ó imprudencias el que las contrae, producen como resultado la obligación jurídica de favorecer al miserable é inútil, la de evitar el contagio y la de soportar las consecuencias de las propias faltas sin hacer más gravosa la condición de las demás personas: al tratar de las instituciones de beneficencia ampliaremos estas ideas.

(4) Por ejemplo en el caso de Gafedad ó sea contractura ó flexión permanente de todos los dedos de una ó de ambas manos con deformidad consecutiva de los mismos (n.° 117, clase 1.ª de inutilidades del Cuadro que acompaña al Reglamento de 8 de Enero de 1882 declarado vigente por el art. 2.° adicional á la ley de 21 de Octubre de 1896).

gundo el derecho á los alimentos y á ciertas prestaciones(1), y de lo tercero las incapacidades físicas que inhabilitan para ciertos actos de la vida civil y para el desempeño de empleos y funciones públicas (2).

III. La enajenación mental.

La enajenación mental inhabilita para el ejercicio de la capacidad jurídica en la medida y por el tiempo que dure la perturbación. En el orden práctico una vez declarada la perturbación parece lo más oportuno dictar una regla general de incapacidad para el ejercicio, salvo prueba en contrario (3), de que ha obrado racionalmente el alienado. Antes de la declaración de locura, siquiera la enajenación mental se inicie, debe sostenerse la validez de los actos, como

(1) Materia muy poco determinada por el Derecho positivo, según notaremos al hablar de las instituciones tutelares y la obligación de prestar alimentos.

(2) Podemos citar el caso del sordo que no puede ser testigo en el otorgamiento de un instrumento público en que se requiera oír al otorgante (véase el artículo 1246 del Cód. civil); y el art. 168 de la ley de Instrucción pública de 9 de Septiembre de 1857 dice: «No podrán ejercer el Profesorado: — Primero. Los que padezcan enfermedad ó defecto físico que imposibilite para la enseñanza.

(3) Nos referimos á los intervalos lúcidos de los cuales dice Guislain que debe distinguirse entre las suspensiones de la enfermedad, el retorno á la calma, y el retorno á la lucidez: los intervalos lúcidos que debemos desear van acompañados de un retorno de la sensibilidad del corazón, el enfermo sabe apreciar su estado, y puede anunciarse la curación (ver págs. 29 y 30 del tomo II de las «Lecciones orales sobre las frenopatías», traducción española: Madrid, 1882). Taylor define el intervalo lúcido un cese temporal de la locura ó un retorno perfecto á la razón..... no puede dudarse que algunas veces se curan los locos durante un período más ó menos largo, hasta un grado capaz de hacerles perfectamente conscientes y legalmente responsables de sus actos. Algunas veces aparecen bruscamente en los locos los intervalos lúcidos; el individuo cree despertar de un sueño; dándose cuenta en ocasiones de sus pasados desvaríos: pueden durar estos intervalos desde algunos minutos hasta años enteros; debiendo descontarse, bajo el punto de vista médico-legal, cuando el intervalo ha sido muy corto (Taylor, Tratado de Medicina legal, tomo II, págs. 953 y 954 de la edición española: Madrid, 1890). El eminente jurisconsulto español D. Joaquín Escriche dice: «Un intervalo lúcido no es una tranquilidad superficial ni una sombra de calma.....: no es una simple disminución ó remisión del mal, sino *una especie de curación passajera*, una intermisión tan marcada, que se parece en un todo al restablecimiento

no demuestren plenamente el extravío de la razón en quien las ejecutó.

Si la enajenación es accidental y pasajera, hallándose el sujeto en condiciones normales habitualmente, habrá de probarse aquélla para tenerla en cuenta (1).

Cuando ciertos estados anormales llevaran consigo perturbación en las funciones fisiológicas ó psicológicas: demostrados aquéllos se tomarán en cuenta éstas, en la medida que la ciencia y la observación del hecho concreto determinen (2).

IV. La ignorancia.

La ignorancia es causa de obligación en ciertos ca-

de la salud; y como es imposible calificar por razón de un momento el intervalo preciso es que dure un tiempo bastante largo para que pueda producir certidumbre del retorno pasajero de la razón..... No ha de confundirse una acción de cordura ó de juicio con un intervalo lúcido, porque puede ser cuerda en apariencia una acción sin que por eso su autor sea cuerdo en realidad.... La acción de cordura es un acto; el intervalo lúcido es un estado.» (Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, 3.ª edición, tomo II, págs. 233 y 234: Madrid, 1841).

Las indicaciones que acerca de este punto hacemos tendrán su aplicación y desarrollo al estudiar las instituciones jurídicas relacionadas con la capacidad mental del sujeto del derecho: baste decir que no pueden contratar (art. 1267 del Código civil, pár. 2.º), no pueden disponer por testamento (art. 663, pár. 2.º) y están sujetos á tutela (art. 200, pár. 2.º).

(1) Riant en su excelente obra «Los irresponsables ante la justicia» (París 1888) cita: la historia de un sargento que habiendo sido herido en Bazeilles, en 1870, por una bala que le había fracturado el parietal izquierdo, padeció una hemiplegia que le duró un año próximamente; una vez curado de estos accidentes» el Dr. Mesnet pudo observar que la vida del sargento presentaba dos fases esencialmente distintas la una normal, la otra patológica —«En su estado ordinario, T. es un hombre bastante inteligente para subvenir á sus necesidades y ganarse la vida... En el hospital es servicial, bondadoso y no ha dado lugar á ninguna queja su conducta. Su salud, en general, nada deja que desear.—La transición al estado patológico se produce en un instante... en su fase patológica obra bajo la influencia de una especie de manía de robo, mete en su bolsillo, á la vista de las personas que lo rodean, y cuya presencia no sospecha, todos los objetos de valor que se hallan á su alcance».

(2) La sugestión hipnótica puede colocar en tal situación al hipnotizado, que realice actos impuestos por las personas que pueden influir sobre aquél: según tendremos ocasión de tratar con amplitud al exponer la teoría de la responsabilidad criminal.

sos (1), de excusa (2) ó de ineptitud (3) en otros; pero en la sociedad civil no puede constituirse casta privilegiada de los que conozcan el derecho vigente (4) sino que á todos debe ser accesible su conocimiento (5). Difundir la instrucción es un deber social y ha de procurarse combatir la ignorancia, sin exagerar los procedimientos que al efecto se empleen ni llegar á ofender otros derechos más respetables (6); y, mucho más, es indispensable divulgar el cono-

(1) Art. 7.° de la ley de Instrucción pública «La primera enseñanza elemental es obligatoria para todos los españoles. Los padres y tutores ó encargados enviarán á las escuelas públicas á sus hijos y pupilos desde la edad de seis años á la de nueve, á no ser que les proporcionen suficientemente esta clase de instrucción en sus casas ó en establecimiento particular». Véase el comentario de este artículo en «La ley de Instrucción pública de 9 de Septiembre de 1857... anotada y comentada por la Redacción de la Gaceta de Instrucción pública: Madrid, 1897.

(2) El art. 244 del Cód. civil incluye como *excusa* de la tutela y protutela la que favorece á los que «por no saber leer ni escribir, no pudieren cumplir bien los deberes de su cargo» (núm. 10).

(3) Cuando la ley exige para ciertos cargos determinados conocimientos ó títulos que presuponen aptitud científica (p. e. dice que los Jueces municipales han de saber leer y escribir y los de *instrucción* han de ser Abogados ó Licenciados en Derecho civil; según los arts. 121 y 116 de la Ley orgánica del Poder judicial de 15 de Septiembre de 1870) el no reunirlos es causa de ineptitud para obtenerlos.

(4) Es lamentable que la ignorancia del derecho sea tan general; y si bien hoy no constituye el conocimiento de las reglas jurídicas un privilegio de ciertas castas ó determinadas clases, y no existe lo que gráficamente denomina Sumner Maine «*la oligarquía jurídica*», que pretenda monopolizar el conocimiento de las leyes y poseer exclusivamente los principios según las cuales deben ser reguladas las contiendas jurídicas («El antiguo derecho....» pág. 11 de la edición francesa: París 1874) es muy cierto que nada ó muy poco se hace por promover la instrucción jurídica del pueblo.

(5) Es cierto que las leyes se promulgan en los periódicos oficiales; pero como estos no se hallan á la entera disposición de todos los ciudadanos, y no se les procura dar á conocer por un medio más práctico aparte del exceso de legislación que hace *moralmente* imposible su conocimiento; resulta que todos somos ignorantes del Derecho positivo salvo que hay algunos que son menos ignorantes que la generalidad. Del Derecho natural, como dictado de la razón, todos conocemos sus principios y más importantes aplicaciones; y por eso en los asuntos jurídicos todos emitimos nuestro juicio.

(6) Podemos citar como ejemplo los arts. 1.° y 16 de la ley francesa de 28 de Marzo de 1882: Art. 1.° «La enseñanza primaria comprende:—La instrucción moral y cívica;—La lectura y escritura;—La lengua y los elementos de la literatura francesa;—La geografía, particularmente la de Francia;—La historia, particularmente la de Francia hasta nuestros días;—Algunas nociones usuales de dere-

cimiento de los preceptos jurídicos, dado que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» (1).

V. Deficiencias físicas y mentales

Las deficiencias físicas pueden referirse á la carencia ó defecto de una parte del cuerpo que sea precisa para el cumplimiento de algún fin: trayendo la consiguiente limitación en los derechos que no pueden ejercerse ó en las obligaciones que no pueden cumplirse: p. e. los que nacen con la falta de algún miembro ó lo pierden por efecto de un accidente desgraciado ú operación quirúrgica serán ineptos para ciertas aplicaciones de la humana actividad, y por ende ni podrán ejercitar los derechos ni las obligaciones que requieran el concurso de ese medio.

El insuficiente desarrollo de las facultades anímicas ó su decaimiento coloca al hombre en condiciones de no poder intervenir en las relaciones sociales y, á veces, de no poder regirse á sí mismo con independencia de la protección que supla su natural deficiencia. No se trata del idiota ni del imbécil, sino de aquellos que por diferentes causas se ha-

cho y de economía política;—Los elementos de las ciencias naturales, físicas y matemáticas; sus aplicaciones á la agricultura, á la higiene, á las artes industriales, trabajos manuales y uso de útiles de los principales oficios;—Los elementos del dibujo, del modelado y de la música;—La gimnástica;—Para los niños los ejercicios militares;—Para las niñas los trabajos de aguja.

Art. 16. Los niños que reciben la instrucción en la familia deben todos los años, á partir del segundo año de la instrucción obligatoria (que se fija de los 6 á los 13 años) sufrir un examen que versará sobre las materias de la enseñanza correspondiente á su edad en las escuelas públicas, en la misma forma y con los mismos programas que se determinarán por resoluciones ministeriales dadas en Consejo superior..... Si el examen del niño es juzgado insuficiente, y no se admite ninguna excusa por el jurado, los padres son emplazados para que dentro del término de ocho días desde la notificación envíen á su hijo á una escuela pública ó privada.....»

Dígasenos si tales disposiciones no van encaminadas á que las clases no acomodadas envíen sus hijos á las escuelas láicas: ya que la Religión no se enseña en las escuelas públicas francesas en las que se da una instrucción tan enciclopédica que nos permitimos dudar pase de una inútil y pedantesca superficialidad.

(1) Art. 2.° del Código Civil.

llan en situación de marcada inferioridad mental respecto de los hombres que pudiéramos llamar normales: en su consecuencia deberán asimilarse á los menores de edad, y obtendrán en las instituciones tutelares el necesario complemento de su escasa capacidad (1).

VI. La inmoralidad.

La inmoralidad es causa evidente de limitación de derechos cuando la facultad jurídica se emplea como instrumento de manifiesta inmoralidad, y en cuanto de un modo cierto é inmediato pueda ser causa ú ocasión grave de la inmoralidad ajena: ejemplo, no hay derecho á realizar un acto inmoral; y si acaso no podemos oponernos será por falta de seguridad de que el acto se realice, ó por no suscitar mayores inconvenientes; y bajo el segundo aspecto el profesor y el padre podrán ver cercenados los derechos correspondientes á instruir á sus alumnos y á educar á sus hijos cuando su inmoralidad se demostrase: el precepto de *vivir honestamente* significa la armonía entre la Moral y el Derecho é impide la manifiesta violación de los preceptos éticos (2).

(1) El artículo 114 del Código civil alemán equipara al que por la debilidad de su espíritu, prodigalidad ó hábitos de embriaguez se le ha inhabilitado para el pleno ejercicio de su capacidad civil, al menor que ha cumplido siete años, en cuanto á capacidad jurídica se refiere.

El art. 1910 del mismo cuerpo legal considera que el mayor de edad que no está en tutela puede recibir un curador para su persona y sus bienes cuando á consecuencia de enfermedades físicas, principalmente por causa de sordera, ceguera ó mudez, no puede cuidar de sus asuntos.

(2) La prohibición de exhibiciones y representaciones contrarias á las buenas costumbres (véase la magnífica circular de la fiscalía del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1897 inserta en la *Gaceta* del 18 de dicho mes), la formación de un delito especial denominado de escándalo público (por el cap. III del título IX, lib. II del Cód. penal español del fuero común) y la privación de la patria potestad á los padres que trataren á sus hijos con dureza excesiva, ó les dieren órdenes, consejos ó ejemplos corruptores (art. 171 del Código civil) comprueban plenamente la doctrina sustentada en el texto. Aun en el orden administrativo vemos que por causa de inmoralidad se imponen á los empleados correcciones disciplinarias; y así por ejemplo dice el Reglamento orgánico del Cuerpo de co-

VII. La injusticia

Declarada por la autoridad social la violación del derecho surge natural y constantemente una limitación: en todo caso, explícita ó implícitamente, se determinará el exceso cometido y se prohibirá su repetición, y (a) bien se restrinjan las facultades de que se ha abusado (b), ya se mermen las cosas de que antes disponía el delincuente (y que por la imposición de la pena han de servir para satisfacer las responsabilidades pecuniarias nacidas del delito), siempre resultará la *delimitación* de las facultades negándole derecho á infringir la ley, y la restricción de las facultades ó de la esfera de acción en que ha de desenvolverse el infractor (1): podemos citar (a) la inhabilitación para cargos públicos y (b) la pena de multa, por vía de ejemplo.

VIII. Las especiales facultades ó méritos.

Por el contrario, las aptitudes físicas ó mentales reconocidas como superiores y el mérito demostrado en acciones útiles á la sociedad pueden acrecentar la esfera de acción á que la capacidad jurídica se extienda generalmente.

Las aptitudes físicas precoces (2) dan lugar al reconoci-

treos de 15 de Febrero de 1898 en su art. 46: «Las faltas *graves* que afecten al decoro del empleado ó del Cuerpo, serán calificadas como graves ó muy graves, según las circunstancias que concurran» y las muy graves pueden, con arreglo al art. 48, dar lugar á la separación del Cuerpo.

(1) Como veremos en la Filosofía del Derecho Penal, las penas son aflictivas, es decir, se sienten como un mal por el hombre rebelde á las prescripciones de la ley; y si bien no consisten, la inmensa mayoría de las veces, en imponer un padecimiento físico ni moral, directamente, sí comprenden todas una privación de lo que el delincuente no tenía derecho á disfrutar ó de lo que debe perder á consecuencia de un acto criminoso.

(2) El art. 42 de la ley de reclutamiento; de 21 de Octubre de 1896 dice: «Se considerarán comprendidos en la edad requerida para el alistamiento los mozos que, aparentando tenerla notoriamente, no acrediten con documentos lo contrario».

miento de la capacidad demostrada antes de llegar á la edad en que generalmente se adquiere. Para ciertos fines sociales que requieren excepcionales ó superiores cualidades físicas, podrán éstas dar acceso á los cargos en que se precisen como necesario requisito (1).

Las facultades mentales pueden obtener un desarrollo prematuro, y alcanzar el que lo tiene un reconocimiento de esta capacidad mental antes del tiempo en que la ley generalmente la reconoce. También las luces de la inteligencia ó las energías de la voluntad pueden hacer á unos más aptos que á otros para ciertos destinos públicos, para regir y desempeñar, en suma, algunas funciones jurídicas con preferencia á otras personas. Finalmente los méritos demostrados mediante acciones útiles á la sociedad dan derecho á la recompensa, que á veces consistirá no sólo en honores sino en beneficios y aun en *Poder* que la sociedad, con muy buen acuerdo, concederá al que ha mostrado su aptitud para regirla, y su abnegación en favor de sus conciudadanos (2).

IX. Las diferencias de religión, de raza y de nacionalidad ¿pueden influir en la capacidad jurídica de los individuos en la esfera del Derecho privado?

La contestación negativa se impone, dado que todos los hombres son capaces de derecho y tienen un fin particu-

El matrimonio de los impúberos es nulo á no ser que ocurra el caso de excepción consignado en el Derecho Canónico (nisi malitia suppleat aetatem, id est, nisi sint habiles ad generandum: cap Juvenis III de Sponsalibus) que podrá dar lugar á la competente dispensa del impedimento, atendida la precocidad demostrada del impúbero de que se trata. (Véase las obras de Diez y Lehmkuhl ya citadas y el Derecho Canónico de Golmayo).

(1) El Reglamento para la ejecución de la ley de reclutamiento, de 23 de Diciembre de 1896 dice en su art. 166: «Hecha la elección, si no hubiesen cubierto el cupo el arma de Artillería y el cuerpo de Ingenieros, aquella para sus regimientos de montaña y éste para el de pontoneros, elegirán los reclutas que alcancen la talla de 1'710 metros, con la robustez necesaria para servir en esos cuerpos, hasta completar el número, estableciendo también entre sí la proporcionalidad y turno indicado.....»

(2) Remitimos al lector á las doctrinas que se expondrán en cuanto al origen del Poder.

lar y propio que cumplir: sin embargo la intolerancia religiosa (1), la antipatía y la preponderancia de una sobre otra raza (2) y el exclusivismo de los pueblos (3) han hecho que se restringiera la personalidad jurídica de los que profesaban religión distinta de la dominante, ó pertenecían á raza distinta tenida por inferior, ó eran de nacionalidad extranjera.

No negamos que, supuesto los derechos del hombre han de subordinarse á la armonía social, puede darse el caso de que proceda restringir la capacidad jurídica de las personas; pero no basta un mero pretexto (4), es preciso que haya un motivo real (5), procurándose que la restric-

(1) Al hablar del derecho á la libertad explanaremos el tema de la tolerancia religiosa: únicamente apuntaremos ahora la opinión de Belime según el qué toda convicción viva y profunda tiende por naturaleza á ser perseguidora y que el principio de la tolerancia deriva más bien de la indiferencia religiosa que de los progresos de la razón humana: cuya proposición es demasiado absoluta; pero encierra gran fondo de verdad en su segunda parte.

(2) «Habían los moros prometido amparar las personas y defender las haciendas de los cristianos; y sin embargo los oprimían con tributos y los atormentaban sin piedad para que declarasen donde tenían escondidos sus verdaderos ó imaginados tesoros. Habían ofrecido gobernar con equidad á los vencidos, y fueron vejados por emires duros y crueles, y despojados de sus bienes por alcaides ó walíes codiciosos». Colmeiro Curso de Derecho Político...pág. 132.

La condición de los mozárabes llegó á ser en ocasiones tristísima: en tiempo de Alfonso I de Aragón viéronse precisados á pedir el apoyo del monarca aragonés, el cual no habiendo podido coronar su expedición guerrera con la toma de Granada, regresó á sus estados sin prestar á los cristianos, que gemían bajo la opresión de los musulmanes, el auxilio necesario: la cruel venganza que tomaron éstos consistió en apresar, condenar á muerte y trasladar al Africa muchos mozárabes haciendo establecer á éstos en los alrededores de Saléh y de Mequinez donde perecieron en el mayor abatimiento y miseria (Consúltese el Diccionario enciclopédico, palabra *Mozárabe*).

(3) «Para que el extranjero fuese tenido en cuenta por la ley, para que pudiera comerciar, contratar y disfrutar con seguridad de lo suyo, para que la justicia de la ciudad pudiera defenderlo eficazmente, preciso era que se hiciese cliente de un ciudadano. Roma y Atenas querían que todo extranjero adoptase un patrono.» (Fustel, La Ciudad Antigua, págs. 231 y 232).

(4) «Hasta 1834 no fué derogada una ley que prohibía en Francfort á los judíos contraer más de 12 matrimonios al año y hasta 1835 no se permitía el matrimonio del primogénito de las familias judías.» (Belime, obra citada, tomo II, pág. 47). Esta es una pequeña muestra de la *tolerancia protestante*.

(5) La prohibición de matrimonios mixtos á que se refiere el impedimento para el matrimonio llamado de disparidad de culto, no significa incapacidad en los judíos ni en los infieles herejes y cismáticos: pues la misma incapacidad tie-

ción no se extienda más de lo indispensable para conseguir el fin de la sociedad.

La determinación de la nacionalidad del sujeto de derecho tiene gran importancia, para fijar las leyes á que ha de sujetarse en las relaciones jurídicas de Derecho privado en las que tenga intervención: pues como regla general puede proponerse la de que los súbditos de una nación se hallan sometidos á las leyes del Estado que la rige, salvo cuando, por ausencia ó por intervenir en la relación jurídica los extranjeros, haya de introducirse alguna excepción al principio indicado. La división de los hombres en nacionales y extranjeros no carece de interés; por más de que no signifique, en modo alguno, negación de capacidad jurídica civil al extranjero (1).

X. La ausencia.

Dos principales cuestiones suscita el hecho de marchar un individuo á punto distinto del en que se halla establecida la sociedad civil de que forma parte. ¿Se rompen por este sólo hecho todas las relaciones jurídicas que mantenía en el momento de marcharse? ¿Conservará el ausente la consideración de persona capaz de derecho, en toda la integridad de sus facultades, en las relaciones jurídicas que puedan interesarle?

nen los católicos para con los que no lo son que éstos con respecto á aquéllos. Curiosa es sobre este punto la ley XV, tít. II de la Part. IV: «ningún cristiano deue casar con judía, nin con moru, nin con hereja, nin contra mujer que non touiese la ley de los cristianos, e si casasse non valdría el casamiento.» Este punto se halla bien expuesto en el Tratado teórico-práctico de Procedimientos eclesiásticos por Gómez Salazar y de la Fuente, tom. I, págs. 210 y siguientes: Madrid, 1890.

(1) Nuestro Código civil (título I del libro I) determina que son españoles: «1.° Las personas nacidas en territorio español. 2.° Los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España. 3.° Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.» y «4.° Los que, sin ella, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía.» A continuación desenvuelve los anteriores principios.

Ya en el título preliminar dicta reglas para fijar la ley civil aplicable á los españoles, tomando en cuenta la existencia de legislaciones forales relativas al Dere-

Si todas las relaciones jurídicas se rompieran, resultaría el absurdo de que por marcharse una persona del país en que tenía su residencia disolvería todo vínculo de obligación, y, libre de toda traba, dispondría de su persona y bienes cual si ninguna limitación tuviese por causa de los deberes jurídicos contraídos en el lugar de origen: es así que tal consecuencia es absurda, porque el obligado podría, ausentándose, anular todas sus obligaciones, luego el principio de donde se deriva es también inadmisible.

Si nadie puede variar de voluntad en perjuicio ajeno (1) ¿habrá de interpretarse la ausencia en sentido de negarse el ausente á cumplir sus obligaciones?; y aun en este caso ¿podría tener valor alguno tal interpretación, cuando no lo tiene la voluntad aislada del obligado para eludir la obligación contraída? No valga decir que la ausencia puede ser involuntaria y aun obligatoria; como cuando se trata de un naufragio que conduce al infeliz navegante á playas desconocidas, y en los casos de ausentarse para servir un cargo oficial ó á fin de cumplir la pena que condena al delincuente á ser expulsado del territorio nacional: porque, ciertamente, mientras el hombre vive, y no se hace imposible el cumplimiento de las obligaciones, subsisten estas.

Lo que se dice de las obligaciones ó deberes jurídicos entiéndase igualmente de los derechos: ya que si la relación jurídica se sostiene, incluye de una parte la *prestación*

recho civil en algunas regiones de España (Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya y Baleares).

En todo caso la mujer sigue la condición y nacionalidad del marido y, por lo tanto, si el marido es extranjero ó español tendrá la misma cualidad de extranjera ó de nacional para los efectos del Derecho civil; y si el marido es aragonés ó castellano la mujer se considerará, por la ley civil, aragonesa ó castellana (véanse artículos 22 y 15 del Código civil).

También es regla, que los hijos que no han salido de la potestad paterna siguen la condición y nacionalidad de la persona á cuya paterna potestad están sometidos (arts. 18 y 15 del Código civil).

(1) Nemo potest mutare consilium suum, in alterius iniuriam (ley LXXVI tít. XVII lib. I. del Digesto).

y de otra la *pretensión*; y, como ya hemos visto, el derecho y el deber son términos correlativos.

La capacidad jurídica del ausente no se niega en modo alguno; pero como no se puede ejercitar actualmente de una manera oportuna y eficaz, trátase de una situación especial en la que habrán de protegerse los intereses del ausente, y representarlo; al efecto de realizar sus derechos y cumplir los deberes jurídicos, que mediante otra persona, y valiéndose de los recursos del ausente puedan ser satisfechos.

Ahora bien, aquellos deberes y aquellos derechos que requieren la presencia del sujeto para ser cumplidos no tendrán actuación, y se hallarán como en suspenso; y aquellos vínculos que sean incompatibles con el estado ó condición jurídica que el ausente válidamente contraiga, quedarán disueltos en el país de origen: por lo que no podrá ser obligado á cumplir la prestación personal, ni podrá votar, ni si adquiere nacionalidad en país extranjero podrá conservar la del país de origen; y, en el orden privado, la administración de sus bienes, los deberes de la tutela y hasta la condición jurídica dentro de la familia y de las sociedades de que forme parte habrán de modificarse en la medida que la ausencia lo exija.

Cuando la ausencia prolongada de una persona va acompañada de la circunstancia de ignorar el paradero del ausente (1), y no se sabe por tanto si existe ó nó, puede has-

(1) Las leyes romanas á pesar de lo que dicen algunos jurisconsultos, se ocuparon de la ausencia, y numerosos textos podiéramos citar: p. e. si pater absit ut ignoretur ubi sit et an sit, etc. Nuestro Código civil provee á las distintas hipótesis: 1.ª Desaparece una persona de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado. 2.ª Transcurren dos años sin haberse tenido noticias del ausente ó desde que se recibieron las últimas, ó cinco si el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de los bienes. 3.ª Pasan treinta años desde que desapareció el ausente ó se recibieron las últimas noticias de él, ó 90 desde su nacimiento. En la 1.ª se provee al ausente de persona que lo represente en cuanto sea necesario: en la 2.ª se declarará la ausencia y se dictarán medidas respecto de la administración de los bienes reglamentándola de un modo permanente; y en la 3.ª se declarará por el juez la presunción de muerte y se abrirá la sucesión en los bienes del ausente (tít. VIII, lib. 1.º del Cód. civil).

ta dar lugar á una presunción de muerte del ausente, bien que con el carácter de provisional y revocable: pues en cuanto se presente la persona que por causa de prolongada ausencia se declaró que se *suponía* había *muerto*, la realidad de su existencia anulará la presunción que por fundadas conjeturas hicieron los tribunales de justicia, con autorización expresa de la ley ó de la costumbre jurídica (1).

Los Fueros y Observancias del reino de Aragón se ocupan de la ausencia con bastante detalle y acierto.

El Código italiano comprende la ausencia presunta, la ausencia declarada y la apertura de la sucesión del ausente (como consecuencia esta última de la presunción de muerte). Este punto lo tratan con gran erudición Fadda y Bensa en sus notas á la obra citada.

Son bastante curiosas las disposiciones de los arts. 14 al 18 del Cód. civil alemán que autoriza la declaración de muerte á los diez años de la desaparición ausente, ó á los cinco si el ausente hace setenta años que nació; y aun á los tres años de haberse encontrado una persona en peligro de muerte habiendo desaparecido en tal ocasión.

(1) Al tratar del matrimonio veremos cómo no basta la prolongada ausencia por sí sola para autorizar al otro cónyuge á contraer matrimonio con persona distinta del consorte que se ausentó; pero para los efectos de la administración y disfrute de los bienes, y aun para la adjudicación de los mismos, pueden servir las presunciones que basadas en el Derecho constituído den los tribunales civiles respecto á la declaración de ausencia, según hemos visto en la nota precedente. Por sentencia del Tribunal de lo contencioso (de 15 de Octubre de 1896, concordante con otra de 11 de Enero de 1892) se declara sin opción á la pensión de viudedad á la mujer del ausente, mientras no pruebe el fallecimiento de su marido,

TITULO II

Exposición de los derechos innatos del hombre

CAPÍTULO 1.°

DERECHOS RELATIVOS AL RECONOCIMIENTO DEL CARÁCTER DE PERSONA EN EL ORDEN JURÍDICO.

I. Dignidad ó igualdad personal.

La naturaleza del hombre (1) creado para dominar el mundo y alcanzar el bien sumo, requiere no solamente que se contemple al individuo humano como sér de fin propio, sino que se le considere con toda la excelencia de su condición eminente.

El hombre tiene derecho á la dignidad personal ó sea á ocupar el rango de persona humana, con todas las preeminencias, consideraciones y prestigios inherentes á su naturaleza nacional (2.)

(1) Elevada y perfeccionada por la Religión, en los cristianos que con fidelidad imitan al Divino Maestro.

(2) Algunos autores consideran que toda persona tiene el deber de tratar á los demás como séres dotados de un fin propio, y ella á su vez tiene derecho á ser reconocida como ente que tiene un fin propio y no como medio á los fines de otro (véase la Filosofía del Derecho por Prisco, pág 226); pero es un concepto muy pobre y poco definido, por cuanto que descuida las excelencias del hombre que son las que le colocan á la altura de su dignidad: la razón y la libertad, elementos constitutivos de la personalidad humana la colocan en una categoría especial que sirve de base á todos los respetos, consideraciones y honores que en el orden de la vida y por el ejercicio de tan excelentes facultades puede granjearse el hombre. El sentimiento de la propia dignidad no nos revela precisamente que seamos autónomos y tengamos un fin propio, sino que tenemos una naturaleza superior y un fin elevadísimo que cumplir.

El común lenguaje reputa ofensivos á la dignidad las humillaciones, las omisiones intencionadas de aquellas manifestaciones de atención usuales en sociedad, y el escarnio y toda señal de menosprecio realizados en contra de una persona (1).

Derecho á la igualdad (frase que pudiera convertirse en la de *igualdad ante el derecho*) es el que tenemos todos los hombres á que nuestra personalidad jurídica sea tan estimada, en general, como la de los demás hombres y, en el orden concreto, no desmerezca respecto de la de ningún hombre que no demuestre razón bastante, dentro del orden jurídico, para tener derecho preferente.

De tal suerte advertiremos que la igualdad genérica es la base, y la desigualdad individual es la que sobre el fundamento común de la igualdad construye el edificio del derecho en el orden de los hechos (2): de suerte que cada

(1) La injuria, cuyo concepto genérico es el de un dicho ó hecho realizado en *desprecio* de otro, tiende primariamente á hacer sufrir á la víctima el ultraje de su dignidad, y produce generalmente algún menoscabo en el patrimonio de su honor; pero entendemos que toda injuria lleva consigo la ofensa de la dignidad, y no en cuanto niega que el ofendido sea un sér que tenga fin propio ni porque afirme que sea un simple medio respecto de otra persona, sino porque se niega al ofendido la excelencia que por su naturaleza tiene.

El hombre puede por sus actos malos degradarse á sí mismo y recordaremos á este propósito la doctrina que Santo Tomás expone (en el artículo 2.°, cuestión LXIV de la sección, II, 2.ª parte de la Suma Teológica) acerca de si es lícito matar á los pecadores (la autoridad pública, y refiriéndose con la palabra pecadores á los malhechores) «que el hombre pecando se separa del orden de la razón, y por esto se separa de la dignidad humana, esto es, según que el hombre es naturalmente libre y existente por sí mismo, y cae en cierto modo en la esclavitud de las bestias, de modo que se disponga de él por utilidad de los demás, según aquello (Ps. 48, 21): el hombre, cuando estaba en honor, no lo entendió; ha sido comparado á las bestias insensatas y se ha hecho semejante á ellas: y (Prov. 11, 29) se dice: el que es necio servirá al sabio. Por consiguiente, aunque el matar al hombre, que conserva su dignidad, sea en sí malo, sin embargo el matar al hombre pecador puede ser bueno, como el matar una bestia, pues peor es el hombre malo que una bestia, y causa más daño según dice el filósofo. (Tomo III, pág. 403 de la edición española).

(2) Dos operarios se presentan al fabricante para que les satisfaga los jornales de la semana: pero el uno es hábil y experimentado, mientras el otro es torpe é inexperto, aquél ha trabajado los seis días laborables, el segundo no más que cuatro: ambos trabajadores tienen derecho á trabajar y á la recompensa de su

individuo suma á la igualdad abstracta, que no le da más que un derecho general y abstracto, los hechos jurídicos que le habilitan para el derecho en el orden concreto, y al ocurrir aquéllos determina *la preferencia constitutiva del derecho concreto* (1) en favor de aquella ó aquellas personas á que la ley jurídica lo adjudica en tal caso (2).

Resultan de la igualdad genérica y de la desigualdad individual procedente, ya de las cualidades particulares del sujeto, ya de los hechos jurídicos que *dan nacimiento* al derecho en la vida, los corolarios siguientes:

I. A todos debe reconocerse aptitud genérica para toda clase de derechos civiles.

II. A cada uno debe reconocérsele derecho á aquello á que sus condiciones individuales y los hechos jurídicos *le den preferencia* (3) sobre los demás hombres, con arreglo al Derecho.

trabajo; en esto son iguales, mas no lo son en el orden concreto porque sobre la base de esta igualdad han desarrollado actividades diferentes que los hacen acreedores á desigual paga.

«Así es una iniquidad introducir una igualdad material en las cosas desiguales sin tener en cuenta las leyes de una justa proporción. Los excesos tanto de igualdad como de desigualdad son causa de numerosos desórdenes públicos.» (Platón, en su Tratado de las leyes VI, citado por M. B., tomo I, pág. 402).

(1) Véase la pág. 216 del tomo I.

(2) Según se ha expuesto en la pág. 247 del tomo I.

(3) Comentando la frase: todos los hombres nacen iguales, dice Courcelle Seneuil: «¿Es verdad esto? ¿Cómo se comprende esta igualdad? ¿Se trata de la fuerza muscular? Este es más fuerte de brazos y de manos, el otro de los riñones, un tercero aventaja á todos en la carrera, en la esgrima, en el pugilato; uno hace un esfuerzo mayor durante poco tiempo, el otro sostiene este mismo esfuerzo más tiempo, etc.... ¿Se trata de la salud? Las diferencias no son menos aparentes ni menos numerosas. ¿Se trata de la inteligencia especulativa ó aplicada? Las diferencias vienen á ser más numerosas y más considerables ¿Se trata de la voluntad y de sus aplicaciones á la conducta humana? El uno piensa no más que en sí mismo, el otro tiene miras más elevadas: piensa en sus semejantes, en sus prójimos y aun en la sociedad; Pedro sabe contener sus apetitos y dirigirlos, mientras que Pablo se abandona á los suyos; el primero cuida del porvenir y lo prevé, al segundo no ve más que el momento presente; el uno tiene una voluntad enérgica y sostenida capaz de afrontar sufrimientos y privaciones, el otro no tiene más que algún ímpetu de voluntad fuerte y no sabe ni privarse de nada ni sufrir, y un tercero no tiene más que voluntad débil y se abandona gustoso á la rutina ó á los consejos de otro....» Por lo tanto no es verdad que los hombres nazcan iguales. «Es también evidente que es á lo menos muy difícil de imaginar una organización so-

III. Es contra la igualdad dar á todos igual preferencia siendo desiguales en el orden individual: como es absurdo en el orden concreto el derecho de todos á todo, ya que el derecho es un orden de preferencia y sólo es útil y razonable cuando esta preferencia se ejercita por el que deba tenerla (1).

II. Aspecto negativo de este derecho.

El reconocimiento del carácter personal incluye, contra las negaciones de que pudiera ser objeto, dos derechos:

I. Derecho á no descender de la categoría de persona dotada de capacidad jurídica.

II. Derecho á no supeditarse á otro hombre ni ser considerado como inferior á otro, salvo que con justo título se demuestre la necesidad de tal subordinación ó jerarquía, para cumplir el orden jurídico y en la medida que éste reclame.

El primer derecho de los enunciados obliga: al legislador, á tratar como á hombres aun á los mayores criminales, y á reconocerles la capacidad jurídica en todo aquello que no haya de restringirse por manifiestas razones del orden jurídico; y en todas las relaciones humanas, á no explotar ni menospreciar unos hombres á otros.

cial que pueda borrar ó siquiera atenuar sensiblemente las desigualdades naturales. Estas desigualdades persistirán, por más que se haga, en todos los acomodamientos imaginables, porque están ligadas al fondo de la naturaleza humana. Podemos pues afirmar, contra la retórica corriente, que *los hombres nacen desiguales.*»

Al tratar de las teorías contrarias al derecho de propiedad individual desenvolveremos el tema de las desigualdades sociales en esta materia.

(1) El objeto en la relación jurídica sirve taxativamente para el fin á que dicha relación va encaminada, siendo una relación concreta, y reales y concretos los elementos que en ella intervienen, dicho está que el derecho nacido de la relación jurídica. (Tomo 1.° pág. 248) es sólo para el *titular*, es decir para la persona que por virtud de la relación jurídica adquiere esa facultad, y si para todos sirviera del mismo modo sería estéril la relación jurídica, é inútil el objeto por su marcada insuficiencia para habilitar y favorecer á todos en la realización de sus fines respectivos.

El segundo de los mencionados derechos es una protesta viva contra toda superioridad no justificada, y contra toda subordinación al que no tiene derecho á mandarnos: por lo cual toda autoridad privada ó pública, y toda inferioridad en estos órdenes, deberá estar fundada en títulos ciertos y respetables con arreglo al Derecho Natural (1).

III. Distinción de clases sociales.

Por mucho que nos remontemos en la historia de la sociedad civil no hallaremos la igualdad de condiciones (2): en todos los países, no ya sólo el poder público se halla en manos de los *mejores*, sino que las diversas profesiones (3) repártense de suerte que producen la desigualdad entre los ciudadanos: sancionándose el desprecio, la opresión y la explotación de los inferiores, y los mayores privilegios y ventajas para los superiores.

En este predominio del egoísmo humano sobre la caridad y la justicia se ha pretendido el monopolio del privilegio por un número limitado de favorecidos, y se ha intentado perpetuarlo en la descendencia de éstos, mediante el principio hereditario aplicado á la condición social y jurídica de las personas: como consecuencias lógicas se han derivado las castas, las clases sociales privilegiadas, la esclavitud, y sus últimas transformaciones el colonato y el vasallaje.

(1) Siempre que haya dudas acerca del alcance de nuestras obligaciones jurídicas, la regla usual del derecho es interpretarlas en el sentido de la menor obligación (Semper in obscuris quod minimum est sequitur: ley IX, t. XVII, lib. I del Digesto); y siempre que se dude acerca de la libertad hemos de reconocer esta (Quoties dubia est interpretatio libertatis, secundum libertatem respondendum erit: ley XXI); mas aunque sea la libertad, esto es la falta de sujeción, un principio general, podrá restringirse por reglas especiales (In toto jure generi per speciem derogatur: ley LXXXI).

(2) Véase la obra póstuma de Fustel de Coulanges intitulada «Nuevas investigaciones sobre algunos problemas de historia», pág. 15: París, 1891.

(3) Entendemos por profesiones «las aplicaciones de la actividad individual á la realización de los fines sociales, en cuanto aparecen delimitadas y presuponen cierta habitualidad en su ejercicio».

IV. Las castas.

Las castas consistían en: la organización de la sociedad en varios grandes grupos, asignando á cada uno de ellos una misión social, perpetuándola por herencia, ordenándola la religión y sancionándola la ley positiva.

En cuanto á la *misión* de cada casta, la más honrosa y elevada, la más útil y menos gravosa correspondía á la clase que formaba la superior; é iban gradualmente reduciéndose las ventajas y aumentando los inconvenientes conforme se iba descendiendo en la categoría de las castas. Además, fundada toda sociedad bien ordenada en la reciprocidad de los servicios, podemos decir que casi se suprimía la reciprocidad, para dejar paso á la *ordenada* explotación de los inferiores por los superiores.

La inamisibilidad del estado jurídico y social, y su perpetuidad en los descendientes de los que formaban cada casta, mantenía íntegras las clases sociales, sin fusión posible de unas con otras (1).

La religión sellaba con el supuesto divino precepto la división de castas, dando un origen y una finalidad propia, en el orden religioso, á la caprichosa y odiosa creación del arbitrio humano (2).

Las leyes positivas organizaban las castas, les señalaban reglas jurídicas peculiares de cada una de ellas, y castigaban todo lo que se oponía al mantenimiento de tan abusiva desigualdad (3).

(1) «La mayor nobleza y la primogenitura del Brahman, se vé afirmada á cada paso; y todo el Código (de Manú) es una colección de preceptos ya generales, ya particulares y menudos con objeto de impedir la confusión entre las castas». (Carle, La vida del derecho, tomo I, pág. 77).

(2) El Código de Manú, en su libro I, sloga 31 dice: «Para propagar la raza humana, de la boca, del brazo, del muslo y del pié, produjo al Braman, al Chatria, al Vaisia y al Sudra: en los párrafos 87 y siguientes asigna la misión propia de cada una de estas castas.

(3) Como ejemplo citaremos la ley siguiente: «Los hijos de un Brumán casado con mujeres de las tres clases inferiores, los de un Chatria con mujeres de las dos clases posteriores, y los de un Vaisia con una inferior, son todos seis reputados viles, relativamente á los otros hijos». Sloca 10, libro X, del Código de Manú.

Afortunadamente para la humanidad muy contados pueblos admitieron tan depresivo régimen en todo su rigor: el Egipto lo planteó, y la India fué el que pudiéramos llamar país clásico de las castas: pues aun hoy bajo la dominación inglesa subsisten, bien que modificadas (1).

Más general fué siempre la distinción de clases, y aún hoy en dia subsisten las clases privilegiadas á pesar de los principios democráticos predominantes en el siglo actual.

En el Japón y la China, en Grecia y en Roma, entre los pueblos bárbaros del Norte, en la Europa feudal, en la época de las monarquías absolutas y aún en las modernas democracias vemos desconocido el principio de igualdad, sin motivos ciertos y suficientes para justificar la desigualdad: traduciéndose, la institución de clases privilegiadas, en li-

(1) Respecto de la Persia vemos disparidad de criterios acerca de si existieron ó no las castas: Cárle, dice que: «También entre los Persas hay clase sacerdotal, guerrera, trabajadora y artesana: pero no llegaron á transformarse en castas propiamente dichas». En cambio José d' Aguanno en su obra La Génesis y la Evolución del Derecho civil según los resultados de las ciencias antropológicas é histórico-sociales sostiene que «también se hallaba fuertemente organizada en Persia la institución de las castas. Eran estas cinco: primero la de los sacerdotes, luego la de los guerreros, después la de los trabajadores y artesanos y por último la de los esclavos»: más no funda esta afirmación singular sobre ningún texto positivo citando en apoyo de su dicho no más que un libro de Letourneau. Respecto de la India remitimos al lector las págs. 123 á 126 y 302 á 303 del tomo 1.°: añadiendo, que en el Indostán propiamente dicho es donde mejor se conserva la antigua organización en castas, y éstas todavía dan idea del origen de los individuos que á ellas pertenecen..... Según los datos publicados con el censo de 1881, había 13.730.045 individuos de la casta de los brumanes y 7.167.828 de la de los jatrias ó rayputas. Todas las castas inferiores sumaban 167 millones y se dividian en 140 000 subcastas. De éstas eran las principales las ocho siguientes: jamar ó jornaleros, 10,474.686 individuos; kumbi, subcasta de los sudras, 7.146.555; ahir, vendedores de leche, pastores, etc., 4.639.167; kurmi ó campesinos, 4.065.075; bania ó comerciantes de granos, negociantes y banqueros, 3.275.914; teli, productores y vendedores de aceite, 2 953.939; nai ó barberos, 2.283.631, y kumhar ó alfareros 2.053.080. Hay veintitrés castas de uno á dos millones de personas y treinta y cinco de 100 000 á 500.000. (Diccionario enciclopédico Tom. 10, pág. 825).

Véase lo que respecto de las castas en el Egipto decimos en las páginas 306 y 307 del Tomo. 1.°

bertad excesiva de unos y restricción injusta de la libertad de otros (1).

V. La esclavitud.

El abuso de la fuerza y el exclusivismo egoísta dieron lugar á restringir la libertad de los vencidos, sometiéndolos á lo que denominaron los romanos *justa esclavitud*

(1) «Los censos oficiales distinguen tres clases de japoneses: kazokus ó grandes nobles, sizokus ó nobles, y heimines ó plebeyos; según el censo de 1.° de Enero de 1.889 había 3811 de los primeros, 1.976,480 de los segundos y 37.626,934 de los terceros» (Diccionario enciclopédico, tomo XI, pág. 69.

La sección 3.ª de las leyes generales de la China contenidas en el Ta-tsing-leu-lée, hace una reseña de las clases privilegiadas, y la sección 47 determina la sucesión hereditaria en la categoría y títulos.

Atenas además de la división en atenienses, metecos y esclavos (de los que había 70.000, 40.000 y 110.000 respectivamente en el período de la guerra del Peloponeso á la batalla de Queronea: según Letronne, citado por Cantú, en el tomo 1, pág. 346 de la Hist. Univ.) aun entre los ciudadanos mediaron diferencias: ya por el predominio que primero ejercieron los eupátridas, ya por la división que con arreglo al Censo estableció Solón (véase la obra de Aguanno ya citada, págs. 194 y 195).

En Esparta constituían el Estado (dice Cantú) tres clases de personas, y casi hemos dicho tres castas; los Espartanos, habitantes de la ciudad, raza privilegiada y dominadora, única de quien la historia hace mención; los Lacedemonios, habitantes de la campiña, pueblo vasallo que prestaba servicios militares y pagaba tributos, y los Ilotas y demás esclavos, inferiores á los demás, y privados de toda clase de derechos, no sólo de los de ciudadano sino hasta de los de hombre. Ascendían los primeros á 40.000; se contaban 150.000 Lacedemonios y cerca de 200.000 Ilotas. ¡Tal era la libertad de Esparta! (Hist. Univ. t. I, pág. 334).

Sobrado conocida es la lucha constante que durante varios siglos mantuvieron en Roma los plebeyos con los patricios para lograr aquéllos la igualdad civil y política: mas á pesar de todas las conquistas de la plebe, no se igualó la condición jurídica de todos los súbditos del imperio hasta el Emperador Caracalla (212-217 de N. S. J. C.); y aún se conservó la distinción entre libres y esclavos, ingenuos y libertinos que consigna Justiniano en sus Instituciones.

Los *bárbaros*, aparte de la división de los hombres en libres y siervos, concedieron gran importancia á la nobleza, en sus empresas guerreras al caudillaje; y la consolidación de sus conquistas llevó consigo la implantación del régimen feudal, cuya nota característica es la fusión de la propiedad y de la autoridad en una sola mano.

Hasta nuestros tiempos ha llegado la clasificación de nobles, hidalgos y plebeyos; y los títulos de nobleza, las condecoraciones y honores, otorgados por la facultad discrecional del monarca ó del jefe del Estado, parece perpetúan el recuerdo de instituciones relegadas á los archivos de la Historia.

«Los Estados Unidos (Art. 1.° sec. 9.ª) no podrán conceder título alguno de nobleza» según prescribe la Constitución de 17 de Septiembre de 1787 (Historia de los Estados Unidos por J. A. Spencer, tomo II, pág. 160). El art. 1.° de la

(1): siendo esta institución tan universal, que muy bien la pudo estimar como de *derecho de gentes* el jurisconsulto Florentino (2).

La esclavitud fué considerada por los antiguos como basada en la naturaleza humana, principio que aceptan Platón y Aristóteles; el primero se expresa con el mayor desprecio respecto de los esclavos, y Aristóteles juzga como

Declaración de los derechos del hombre dice literalmente: «Los hombres nacen y permanecen libres é iguales en derechos; por tanto las distinciones sociales no tienen más fundamento que la utilidad común» (véase inserto tan curioso documento en el tomo VI, pág. 815 de la Hist.... de Cantú). El art. 12 de la Constitución de Méjico (de 12 de Febrero de 1857) se inspira en los mismos principios cuando establece que: «La república no reconoce ni títulos de nobleza ni prerrogativas ni honores hereditarios. El pueblo, legalmente representado, es el único que puede decretar recompensas para honrar á los que han prestado ó en lo sucesivo presten servicios eminentes á la patria ó á la humanidad.»

La Constitución política de la República dominicana de 20 de Junio de 1896, en el núm. 15 del tít. III dice: La nación garantiza á los dominicanos: «La igualdad en virtud de la cual: 1.° Todos deben ser juzgados por unas mismas leyes, y sometidos á unos mismos deberes y contribuciones. 2.° No se concederán títulos de nobleza, honores y distinciones hereditarios. 3.° No se dará otro tratamiento oficial á los empleados que el de *ciudadano* y *usted*». Disposiciones análogas encontramos en el art. 15 de la Constitución de Venezuela de 1893 y en la del Brasil (art. 72). También el art. 16 de la Constitución (de 25 de Septiembre de 1860) de la República Argentina sanciona la igualdad en términos muy expresivos.

Sean las que quieran las declaraciones de igualdad son muy ciertas las ideas que expone Aristóteles en su Política (pág. 192 de la traducción española): *las únicas cosas que no se pueden acumular son la pobreza y la riqueza, y por esto los ricos y los pobres son las porciones más distinctas del Estado. Por otra parte, como ordinariamente los pobres están en mayoría y los ricos en minoría, se los considera como dos elementos políticos completamente opuestos:* por lo que las cuestiones sociales han pasado á ser más bien económicas que políticas, así como en tiempos anteriores predominaba en ellas el elemento político.

(1) Ulpiano L. 4, De just. et jur., l. 1.

(2) Según Hinojosa: «Aunque escasísimos los testimonios relativos á la servidumbre en la España primitiva, porque dada la ninguna intervención de esta clase en los negocios públicos, rarísima vez tuvieron ocasión de mencionarla los escritores y los monumentos, sin embargo, es indudable que existió entre los pueblos españoles, probablemente como institución común á todos ó á la mayor parte de ellos». (Historia general del Derecho Español, Tom. I, pág. 69; Madrid 1887).

Desde los primeros tiempos presenta la historia el hecho de la desigualdad entre los hombres: una de las manifestaciones primitivas de tal diferencia de condiciones entre las personas es la *esclavitud* dice Fustel de Coulanges que «Cuando los Griegos querían hablar de un tiempo en el que aun no había esclavos, les era preciso remontarse hasta la edad del oro..... en que la tierra producía por sí misma las cosechas sin que el trabajo humano fuera necesario. Con lo que se

muy razonable la servidumbre: pues la naturaleza dotó al esclavo de un cuerpo robusto capaz de soportar muy bien las fatigas del trabajo mecánico, haciendo contraste con estas facultades corporales é inferioridad intelectual, la belleza, capacidad é inteligencia, dotes propias de los hombres libres; mas el mismo Aristóteles se contradice, cuando comprende que muchos tienen de hombres libres sólo el cuerpo y otros sólo el alma: sin embargo, como las industrias no funcionan sin trabajadores, estima necesaria la institución de la esclavitud para sostenerlas (1).

quería decir que no había esclavos porque no se trabajaba. Así, en opinión de los griegos, tan pronto como fué necesario cultivar la tierra y se impuso al hombre la ley del trabajo aparecieron dos instituciones, *la propiedad y la esclavitud*. (Nuevas investigaciones sobre algunos problemas de historia, págs. 45 y 46: París, 1891).

(1) Platón en su libro *de las leyes* inserta el siguiente pasaje. «Se dice que en el ánimo de los esclavos nada hay de sano ni entero, y que un hombre prudente no debe fiarse de esa casta de hombres, cosa que atestigua también el más sábio de nuestros poetas», citando la frase de Homero, «Júpiter quitó la mitad de la mente á los esclavos». (Balmes, El Protestantismo comparado en el Catolicismo. Tomo. I, pág. 152).

Para justificar la esclavitud dice Aristóteles: Si cada instrumento pudiese, en virtud de una orden recibida ó, si se quiere, adivinada, trabajar por sí mismo como las estatuas de Dédalo ó los trípodes de Vulcano que se iban solos á las reuniones de los dioses», si las lanzaderas tejiesen por sí mismas; si el arco tocase sólo la cítara, los empresarios prescindirían de los operarios, y los señores de los esclavos... El que por una ley natural no se pertenece á sí mismo, sino que, no obstante ser hombre, pertenece á otro, es naturalmente esclavo. Es hombre de otro el que en tanto que hombre se convierte en una propiedad, y como propiedad es un instrumento de uso y completamente individual».

«Algunos séres, desde el momento en que nacen, están destinados, unos á obedecer, otros á mandar; aunque en grados muy diversos en ambos casos.....»

«La naturaleza misma lo quiere así, puesto que hace los cuerpos de los hombres libres diferentes de los esclavos, dando á éstos el vigor necesario para las obras penosas de la sociedad, y haciendo por lo contrario, á los primeros, incapaces de doblar su erguido cuerpo para dedicarse á trabajos duros, y destinándolos solamente á las funciones de la vida civil, repartida para ellos entre las ocupaciones de la guerra y las de la paz».

«Muchas veces sucede lo contrario, convengo en ello, y así los hay que no tienen de hombres libres más que el cuerpo, como otros sólo tienen de tales el alma.»

«Sea de esto lo que quiera, *es evidente* que los unos son *naturalmente* libres y los otros naturalmente esclavos, y que para estos últimos es la esclavitud tan útil como justa.» (Política, lib. I, cap. II, edición española).

Cochin en su obra sobre la abolición de la esclavitud hace las consideraciones siguientes: «Epicuro en nombre de la voluptuosidad, Zenón en el de la indiferencia estóica, Tucidides en el de la historia y Jenofonte en el de la economía so-

Entre los romanos, como en general en el mundo antiguo, los esclavos se consideraban como hombres sin derecho: aun cuando los denominaran las leyes, *cosas*; sin embargo, les reconocían naturaleza distinta y aptitud para cambiar y mejorar de condición, por medio de las manumisiones, reconocidas por la ley, y del peculio, admitido por la costumbre. De manera que la esclavitud se traduce por la imposición del fuerte sobre el débil; y en la vida real, por el abuso continuado de esa superioridad brutal, mediante la que los esclavos son meros instrumentos para satisfacer los caprichos del dueño. (1)

cia), defendían la esclavitud. Epicteto, antiguo esclavo, que condena la dureza de los amos para con los esclavos, se muestra luego insensible á los males de sus semejantes. Aristófanes cree «chistoso» hacernos ver que Caronte no les admitía en su barca, y el viejo Hesiodo escribió, con la mayor indiferencia, que el esclavo es al rico lo que el buey al pobre. En Roma, Catón compara á los esclavos con el ganado viejo de su establo. Cicerón se excusa por haber sentido demasiado la pérdida de un esclavo; Plinio los compara con los abejorros, Horacio se burla de ellos, en tanto que Séneca y Marco Aurelio les ofrecen consuelos estériles. Ultimamente, Varrón los enumera entre los instrumentos de labranza, como lo hace con la carreta y los bueyes, «con la única diferencia de que los esclavos hablan, los bueyes mujen, y la carreta no dice nada.» (Véase la obra intitulada «La caridad cristiana y sus obras» por el Ilmo. Sr. D. Félix Dupanloup, Obispo de Orleans, pág. 34 de la edición española: Barcelona, 1896).

De todo lo que antecede resulta que la definición de la esclavitud expuesta por Florentino: «Una institución de Derecho de gentes por la cual uno es sometido al dominio ajeno, contra naturaleza» no era comprendida en tal concepto por el pueblo romano, cuando mantuvo tal rigor en la condición de los esclavos, téngase en cuenta que Florentino vivió (probablemente) hacia la mitad del siglo 3.° (Hinojosa pág. 316 tomo 1.° de su Historia del Derecho Romano) y, por lo tanto: bien podía sentir el influjo del Cristianismo.

(1) Siquiera la esclavitud fué reglamentada en las naciones mas cultas de la antigüedad: sancionándola el Código de Manú, las leyes de la China y del Egipto, y las repúblicas griegas, en ningún pueblo alcanzó la importancia que en Roma en donde formaban verdaderos ejércitos de servidores de las más poderosas familias, y hasta ciudadanos de posición modesta solían poseer varios esclavas (consúltese «*La vida privada de los Romanos*» escrita por Joaquín Marquardt, edición francesa, 1.° part. cap. 4.°: París, 1892).»

Alberto Dubois reseña (en el cap. 3.° del tomo II de su Historia del Derecho criminal de los pueblos antiguos.....) las terribles penas y trato cruelísimo dado á los esclavos en Roma: citaremos como prueba del desprecio de la dignidad de hombre en el esclavo el hecho de que el siervo á quien su dueño quería dar un bofetón, *estaba obligado á presentar y inflar el carrillo;* los principales suplicios que se usaban contra los esclavos eran: la horca, el látigo, la marca, las cadenas y la crucifixión. Como testimonio del rigor inhumano contra los esclavos refiere Du-

Desde tiemno de Constantino se conoció en Roma una institución intermedia entre la libertad y la exclavitud denominada colonato: el colono estaba vinculado al terreno que cultivaba de tal suerte que no podía abandonarlo, ni ser despedido contra su voluntad; pero su persona continuaba libre, y su condición era trasmitida á sus herederos: pagaba el colono cierta suma, periódicamente, al propietario del terreno; y de esta suerte, las grandes propiedades territoriales (latifundia) que los señores poseían eran cultivadas en provecho del dueño.

Los bárbaros, que invadieron el imperio romano conocían la servidumbre; y no sólo la personal sino, principalmente, la real: aquélla consistía en la dependencia directa del señor á cuyo servicio se hallaba el siervo; y la segunda, denominada también *de la gleba*, consistía en el

bois el siguiente hecho: Sustrajo un esclavo una codorniz del palacio imperial, que estaba destinada á luchar con sus semejantes y que pasaba por invencible en estas pequeñas justas. El esclavo la guisó y se la comió, y el mismo César Augusto, á quien fué denunciado el delincuente, lo hizo crucificar (obra citada, pág. 100 del tomo II: Madrid, 1850).

Según el derecho romano el esclavo no tiene personalidad jurídica (nullum caput habuit), la esclavitud se asemejaba á la muerte del sujeto que por pena incurría en aquélla (párrafo 2. Ley 50, tit. 1.°, lib. 35 del Digesto). El desprecio hacia los esclavos se manifiesta en el siguiente pasaje de Arcadio inserto en las Pandectas. «Si tal fuera la condición del negocio, que nos vemos obligados á admitir como testigo á un gladiador, ó á otra persona semejante, no se ha de dar crédito á su testimonio sin sujetarlo al tormento». (Digesto Ley 21, Tit. 5.° lib. 22, edición española ya citada).

Finalmente citaremos el hecho siguiente que refiere Balmes: Había en Roma la bárbara costumbre de que siempre que fuere asesinado algún dueño fueran condenados á muerte todos los esclavos que vivían bajo el mismo techo. Congoja dá el leer en Tácito (Ann., I, 14, 43) la horrorosa escena ocurrida después de haber sido asesinado, por uno de sus esclavos, el prefecto de la ciudad Pedanio Secundo. Eran nada menos que 400 los esclavos del difunto, y según la antigua costumbre debían ser conducidos todos al suplicio. Espectáculo tan cruel y lastimoso, en que se iba á dar la muerte á tantos inocentes, movió á compasión al pueblo, que llegó al extremo de amotinarse para impedir tamaña carnicería. Perplejo el Senado, deliberaba sobre el negocio, cuando tomando la palabra un orador llamado Casio, sostuvo con energía la necesidad de llevar á cabo la sangrienta ejecución, no sólo á causa de prescribirlo así la antigua costumbre, sino también por no ser posible de otra manera el preservarse de la mala voluntad de los esclavos. En sus palabras sólo hablan la injusticia y la tiranía; vé por todas partes peligros y asechanzas; no sabe escogitar otros preservativos, que la fuerza y el terror;

vínculo que ligaba al siervo con la tierra que del señor cultivaba. Los conquistadores impusieron en ocasiones al antiguo *colono* romano, prestaciones personales; pero lo general fué la servidumbre de la *gleba*, formándose las familias de *criazón*, en que se perpetuaba la servidumbre territorial; avanzando los siervos de la gleba en el camino de su emancipación convirtiéronse con el tiempo en vasallos solariegos, cuya dependencia del *señor* se relajó con la decadencia del feudalismo y la formación de las monarquías absolutas; recibiendo por fin, la esclavitud y sus degeneraciones, el golpe de muerte con la Revolución francesa y el predominio de las ideas democráticas en los modernos Estados (1).

Es cierto que el Cristianismo no abolió de un sólo golpe la esclavitud: esto hubiera sido imposible mientras la Religión verdadera fué perseguida, é imprudente cuando se convirtió en la Religión del Estado: el inmenso número de esclavos, los odios fomentados durante la esclavitud y el tránsito brusco de la sujeción á la completa libertad hubieran traido la perturbación del orden social y político; pero la facilidad cada vez mayor de adquirir los esclavos la condición de hombres libres, y sobre todo la fraternidad cristiana cambiaron radicalmente la esclavitud en una sociedad amigable y beneficiosa para el jefe de la familia y para todos cuantos le servían. No podía ser de otra manera: pues procediendo todos los hombres de un mismo

siendo notable en particular la siguiente cláusula, porque en breve espacio nos retrata las ideas y costumbres de los antiguos sobre este punto: «Sospechosa fué siempre á nuestros mayores la índole de los esclavos, aun de aquellos que por haberles nacido en sus propias posesiones y casas, podían desde la cuna haber cobrado afición á los dueños: pero después que tenemos esclavos de naciones extrañas, de diferentes usos y de diversa religión, para contener á esa canalla no hay otro medio que el terror.» La crueldad prevaleció: se reprimió la osadía del pueblo, se cubrió de soldados la carrera, y los 400 desgraciados fueron conducidos al patíbulo.» (El protestantismo ,... Tom. I, pág 159).

(1) La ley de 4 de Agosto de 1789 abolió en Francia el régimen feudal; y en España la ley de 6 de Agosto de 1811 abolió los Señoríos jurisdiccionales, y tras de varias vicisitudes quedaron definitivamente suprimidos por la ley de 26 de Agosto de 1837, desapareciendo así los últimos restos del régimen feudal.

tronco, somos hermanos por la naturaleza; y habiendo sido redimidos con la Sangre de Cristo, la fraternidad humana se ostenta en la elevada esfera de la comunicación de las gracias espirituales. ¿Es posible con tales convicciones reducir á un prójimo nuestro á la condición de simple medio de nuestros placeres y comodidades? Si al esclavo se le considera como igual por naturaleza é igual ante Dios, si respetamos su personalidad y no le impedimos realizar su fin, podrá ser que se mantengan las relaciones exigidas por la subordinación; pero la esclavitud habrá desaparecido. Esto acaeció con la práctica del Cristianismo; el amor al prójimo formó lazos muy semejantes á los de la familia en la sociedad heril; y en vano se alegará que los siervos de las iglesias eran numerosísimos; que Alcuino tenía más de 20.000, y más de 1.000 el monasterio de Saint Gall: pues (aparte de los abusos que por excepción pudieran cometerse) no sería tan duro é infeliz el estado de servidumbre cuando muchos hombres libres se hacían voluntariamente, y buscando su propia conveniencia, siervos de la Iglesia (1).

VI. La trata de negros.

Abolida la esclavitud en todos los países católicos, más bien por obra de las costumbres inspiradas en el espíritu del Cristianismo que á virtud de disposiciones dictadas por

(1) Los *oblatos* de las iglesias se dividían en tres clases: unos ponían su persona y bienes bajo la protección de una iglesia ó de un monasterio, obligándose á defender sus privilegios y propiedades contra los agresores; estos eran, pues, vasallos más bien que siervos: otros se obligaban á pagar una tasa ó censo anual (censales); y otros, por último, renunciaban enteramente á la libertad y eran verdaderos esclavos (ministeriales). La Iglesia que no obraba á impulso del interés personal, exigía menos de sus siervos; y por medio del orden constante que tiene en sus posesiones, determinaba exactamente el trabajo que estos le debían. (César Cantú, Historia universal, tomo III, pág. 728 y 729, edición española: Madrid 1878.) La oblación consistía en someterse voluntariamente una persona libre á la servidumbre de cierta iglesia ó monasterio, ya por devoción y humildad, ya por gozar de protección; según dice Colmeiro, el cual observa que las *cánones* exceden en bondad á las *leyes* relativas á la servidumbre. (Curso de Derecho político según la Historia del León y Castilla, pág. 598, 599 y 110).

los Estados, renació tan odiosa institución en el siglo XV con ocasión del descubrimiento y conquista de remotos países, que fueron pábulo de la explotación y de la tiranía más que objeto de paternal y cristiana solicitud: la molicie, la concupiscencia, y la avaricia de los conquistadores (1) impusieron durísimo yugo á los pueblos vencidos; y no bastando el trabajo de las razas indígenas á satisfacer la codicia de los vencedores HUBO PRECISIÓN de acudir á la infame trata de negros. ¡Vergüenza causa que príncipes *cristianos* autorizasen tamaña iniquidad! Narrar las persecuciones y matanzas de los infelices que se pretendía capturar para conducirlos á las colonias americanas, el tratamiento cruel de que eran objeto de parte de los *negreros*, la dureza de los castigos y del trabajo á que se les condenaba causa horror é indignación (2).

(1) Dice Montesquieu: habiendo exterminado los pueblos de Europa á los de América, hubieron menester reducir á esclavitud á los de Africa, para servirse de ellos á fin de reducir á cultivo tantas tierras. (Del espíritu de las leyes, libro 15, cap. 5.°).

(2) César Cantú describe la situación de los esclavos negros con las siguientes palabras: «Medio desnudos, escasamente alimentados con pan y tocino, encerrados por la noche en una pocilga después de haber trabajado todo el día en las minas, en los molinos, y en otros trabajos mal sanos, en penosísimas plantaciones, consumen su vida entre la ignorancia y el concubinato.» (Historia,.... Tom. IV, pág. 649). La dureza en el trato á los esclavos se colige del siguiente caso referido por D. Federico Melchor y Lamanette: «En época muy reciente conoció la Audiencia de la Habana de una causa que el Juez de Quemados había comenzado á instruir en 2 de Febrero de 1865, á consecuencia de haber fallecido una esclava mulata, por efecto del horrible castigo que sus amos la hicieron sufrir por una falta de escasa importancia. La desdichada esclava había bebido una taza de leche reservada para el almuerzo de sus amos, y estos, marido y mujer, la hicieron atar á una escalera de mano; y en esta situación, su señora y otras dos esclavas la dieron con gruesos cordeles de cáñamo un gran número de azotes. Para aumentar luego el martirio de la infeliz, la friccionaron con aguardiente los equimosis producidos por los golpes; y como la arrancase esto desgarradores lamentos, le fué aplicada una plancha candente en las mejillas y el cuello. Manifestándose entonces fuertes convulsiones en la paciente, fué llevada ésta al lecho donde expiró al breve rato».

«La Audiencia de la Habana estimó que eran culpables los amos de la esclava, el marido, *de imprudencia*, y la mujer, de haber aplicado un *castigo excesivo*. Condenó al primero á la pena de un año de prisión y á la segunda á la de cinco de destierro.» (*Estudio histórico sobre la penalidad*.....: pág. 36: Madrid, 1877). El crimen referido debiera haberse considerado como asesinato; pero se trataba de una esclava, y sin duda se consideraba un simple exceso tan horrible tormento.

La Iglesia que tanto trabajó por libertar al esclavo (1) y dulcificar su condición tristísima, que llegó al punto de instituir órdenes religiosas consagradas á la redención de los cautivos, procuró abolir la *trata;* pero sus esfuerzos fueron estériles, en gran parte, por la falta de energía en los gobiernos y el interés egoista de los pueblos (2).

Al fin, la misma nación que más había explotado tan inicuo comercio (3) promovió la persecución de la trata,

(1) La redención de cautivos fué razón de instituirse las Ordenes de la Merced y de la Trinidad; y Las Casas, San Pedro Claver y otros muchísimos que se inspiraron en el espíritu de la Iglesia, son los verdaderos tribunos de los esclavos oprimidos.

El tráfico de *negros* fué condenado por Pío II en 1482, por Paulo III en 1557, por Urbano VIII en 1639, por Benedicto XIV en 1741 y por Gregorio XVI en 1839.

No vino la Religión Cristiana á abrir los calabozos y dar rienda suelta á los odios y venganzas mantenidas y fomentadas en la servidumbre: al esclavo le hizo amable la esclavitud, al dueño le infundió el espíritu de caridad para con sus esclavos, y multiplicó los modos de manumitir, llegándose gradualmente á conseguir la liberación de todos los esclavos y siervos en los países católicos de Europa.

El espíritu filosófico no ha destruído la esclavitud, pues muchos filósofos la han reconocido; su abolición no se ha debido al interés, pues los dueños de esclavos no vemos qué vayan ganando con la manumisión, tampoco es cierto, en nuestro sentir, que sea menos productivo para el dueño el trabajo del esclavo que el del hombre libre, pues el látigo del capataz, le obliga á trabajar con la mayor intensidad, haciendo caso omiso del decaimiento de sus fuerzas.

(2) Remitimos al lector á la hermosísima obra de Balmes, sobre todo en la extensa nota que lleva por epígrafe «Cánones y otros documentos que manifiestan la solicitud de la Iglesia en aliviar la suerte de los esclavos, y los diferentes medios de que se valió para llevar á cabo la abolición de la esclavitud». (El protestantismo.... Tomo I, págs. 216 á 236); demostrando el celo de la Iglesia por evitar todo género de abusos contra los esclavos, y por abolir la esclavitud, pues como decía San Gregorio Magno: Así como nuestro Redentor quiso revestirse de formas humanas para romper nuestras cadenas y restituirnos á la libertad primitiva, así también es conveniente y saludable que los que fueron criados libres por la naturaleza, y sometidos á la esclavitud por las leyes humanas, sean restituídos á la libertad natural por la manumisión. (Véase César Cantú, págs. 715 y 123 del tomo III, de su Historia).

(3) La trata de negros, iniciada por los Portugueses á mediados del siglo XV, fué considerada muy conveniente y hasta lícita por los Estados cristianos, constituyendo un monopolio que se halló en manos de los Flamencos en tiempo de Carlos V, y de los genoveses por concesión de D. Felipe II en 1580, Isabel autorizó á los ingleses para la trata con tal de que no empleasen medios violentos (!), Luis XIII autorizó la esclavitud de los negros en las colonias francesas (según dice Montesquieu) cuando se *convenció* de que era el camino más seguro para convertirlos al cristianismo. Inglaterra obtuvo por el tratado de Utrecht el mo-

los demás Estados se unieron á la Gran Bretaña y cesó el Atlántico de ser surcado por buques negreros: aboliéndose, poco después, la esclavitud en todos los pueblos cristianos.

Los pueblos mahometanos mantienen aun la esclavitud, y en el continente africano la trata y todos los horrores inherentes á ella están en vigor: es cierto que en el Cap. II

nopolio de la importación de esclavos en las colonias españolas; y la introducción de negros bozales así en buques nacionales como extranjeros fué permitida en España por las reales cédulas de 28 de Septiembre de 1789, 12 de Abril de 1798 y 22 de Abril de 1804, en cada una de las cuales se señalaron diferentes plazos para dicha introducción.

Inglaterra hizo consignar en el Congreso de Viena (en 4 de Febrero de 1815) una declaración abolitiva de la trata, esa calamidad que ha desolado tanto tiempo el Africa, degradado la Europa y afligido la humanidad: D. Fernando VII, en su real cédula de 19 de Diciembre de 1817 hablaba de la trata en los siguientes laudatorios términos. «Esta providencia que no creaba la esclavitud, sino que aprovechaba la que ya existía por la barbarie de los africanos para salvar de la muerte á sus prisioneros y aliviar su triste condición, lejos de ser perjudicial para los negros de Africa, trasportados á América les proporcionaba no sólo el incomparable beneficio de ser instruídos en el conocimiento del Dios verdadero, y de la única religión con que este supremo Sér quiere ser adorado de sus criaturas, sino también todas las ventajas que trae consigo la civilización, sin que por esto se les sujetara en su esclavitud á una vida más dura que la que tenían siendo libres en su propio país.» Es de notar que por tratados concluídos por España con Inglaterra (el 23 de Septiembre de 1817 y 28 de Junio de 1835) se abolió el tráfico de esclavos en todas las colonias españolas; y sucesivamente la Gran Bretaña celebró tratados en el mismo sentido con Austria, Prusia, Rusia y Francia; siendo por fin abolida la esclavitud en 28 de Agosto de 1833 en todas las colonias inglesas, declarando á todos los siervos de las colonias desde 1.° de Agosto de 1834 aprendices, trabajadores obligados á trabajar en provecho de sus dueños por espacio de seis años los rurales y de cuatro los que no lo fueran. En 1838 y 1839 se verificó el tránsito del aprendizaje á la libertad completa, y el importe de la indemnización ascendió á 19,350,566 libras esterlinas; siendo 25 de ellas y 15 chelines el término medio de lo que abonó por cabeza, y 770,790 el número total de los esclavos emancipados. Se abolió también la esclavitud en 1846 en las colonias suecas, en 4 de Marzo de 1848 en las colonias francesas y en 2 de Julio de 1848 en las colonias danesas. Portugal, por su parte, hizo en 1869 una cosa parecida: después de mejorar la suerte de los esclavos y de ir preparando la abolición de la esclavitud en 1854, 1856 y 1858, la decretó definitivamente en 25 de Febrero de 1869, sin conceder á los dueños indemnización pecuniaria; pero obligando á los libertos á trabajar en su provecho durante nueve años. (Filosofía del Derecho de Diodato Lioy, págs. 356 y 357, á Instituciones del Derecho público español, ordenadas y explicadas por D. Carlos y D. José Massa Sanguineti. Tomo II, págs. 812 y 813: Madrid, 1879). En los Estados Unidos el art. 13 adicional á la Constitución dice: «En los Estados Unidos, así como en todo lugar sometido á su jurisdicción, no habrá ni esclavitud ni servidumbre involuntaria, á menos que esta servidumbre sea la pena de un crimen de que el culpable haya sido debidamente convicto.» El art. 2.° de la Constitución de Méjico de 1857

del Acta general de la Conferencia de Berlín (1) se prohibe tan cruel tráfico, adoptando al efecto medidas oportunas; mas, como dijo muy bien el Cardenal Lavigerie (2), los Gobiernos europeos piensan en Africa... pero... es para apoderarse de ella; y sin embargo el comercio de esclavos tiene una importancia mayor de la que vulgarmente se cree (3)

declara que: «Todos los que nacen en el territorio de la República, nacen libres. Los esclavos que tocan el suelo nacional recobran por este sólo hecho su libertad y tienen derecho á la protección de las leyes.» El art. 15 de la Constitución de la nación Argentina, (25 de Septiembre de 1860) dice: «No hay esclavos en la nación Argentina; y el pequeño número de esclavos que todavía existen será libre desde el día en que esta Constitución sea jurada....» (Dareste. Las constituciones modernas: París, 1883). En España la ley de 22 de Marzo de 1873 abolió para siempre la esclavitud en la isla de Puerto Rico, y se indemnizó á los poseedores de esclavos por el Gobierno (arts. 1.° y 4.°) En la isla de Cuba (donde según el dictámen de la Comisión, de 5 de Noviembre de 1879, leído al Senado, había 200.000 esclavos) la ley de 13 de Febrero de 1880 abolió la esclavitud pero estableció el patronato, que al fin fué suprimido por Real decreto de 7 de Octubre de 1886. Rusia era la nación cristiana que conservaba la servidumbre todavía en el siglo XIX, habiéndose abolido por una ley de 19 de Febrero de 1861 (Dareste). «Quebrantáronse las cadenas de 23 millones de siervos de la corona, de 3 millones pertenecientes á los heredamientos, y de 22 millones propiedad de particulares, formando un total de 48 millones.» (Diccionario enciclopédico, tom. XVIII, página 1129).

(1) Art. 9.°: «Conforme á los principios del Derecho de gentes, tales como son reconocidos por las Potencias signatarias, estando prohibida: la trata de esclavos, y las operaciones que, en tierra ó en mar, proveen de esclavos á la trata, debiendo considerarse igualmente como prohibidas, las Potencias que ejercen ó que ejercieran derechos de soberanía ó alguna influencia en los territorios que forman la cuenca convencional del Congo declaran, que estos territorios no podrán servir ni de mercado ni de vía de tránsito para la trata de los esclavos de cualquier raza que sean. Cada una de estas Potencias, se compromete á emplear todos los medios de que dispongan para poner fin á este comercio y para castigar á los que se ocupan en él».

(2) «Me contestáis (decía en 31 de Julio de 1888) que los Gobiernos europeos piensan en el Africa. Sí, piensan; pero según parece es en apoderarse de ella, arrogándose de una plumada nuevos imperios, para aumentar su poderío, olvidándose casi por completo de que la adquisición de derechos impone graves deberes á las naciones cristianas. Las primeras de ellas, Alemania, Francia, Inglaterra, Bélgica, Portugal ó Italia, estipulando y proclamando de común acuerdo sus actuales y futuros derechos al Africa, se han impuesto deberes imprescindibles, y entre ellos el más importante, el de asegurar la existencia y libertad de los indígenas, y no permitir que se vuelvan á cerrar á la civilización las regiones apenas abiertas por intrépidos exploradores». Mas añade: «Quizás el cuidado de sus intereses materiales les impida distraer su atención hacia empresas y cuestiones de distinta índole».

(3) Bien lo evidencian las frases de S. S. León XIII que, tomándolas de la Encíclica de 5 de Mayo de 1888, insertamos á continuación: «Aunque ya cesó el

haciendo precisa la intervención armada sostenida por las naciones europeas, para impedir las cacerías de negros, salir al paso de las caravanas que conduzcan esclavos, libertar á éstos, aprehender y juzgar severamente á sus opresores, y obligar á suprimir los mercados en que se venden, á veces por un precio despreciable, las inofensivas víctimas de tan infames atentados (1).

tráfico de hombres en el mar, continúa ejerciéndose en tierra firme con deplorable frecuencia y crueldad espantosa. Pues habiendo los mahometanos establecido la falsa teoría de que los etiopes y las naciones de igual raza no son muy superiores á los animales, la infamia y la barbarie de aquellos sus opresores no tiene límites. De improviso y á manera de salteadores se arrojan sobre las aldeas de los incautos etiopes, talan sus campos, saquean sus míseras viviendas y lo roban todo; apresan hombres, mujeres y niños, que, sujetos con cadenas arrastran á sus abominables mercados, emprendiéndose estas ignominiosas expediciones desde Egipto y el Sudán á Zanzíbar.»

«En interminables columnas caminan los infelices, extenuados de hambre y de cansancio y maltratados por sus infames verdugos. A los que no pueden soportar tanto infortunio se les mata; los demás son conducidos como rebaños á los mercados, y puestos á la venta de inhumanos y ruines compradores. Una vez vendidos, se arrebata á éste de los brazos de su mujer, á aquél del seno de su madre, para entregarlos á la esclavitud más dura y más terrible que puede imaginarse. Con profundo sentimiento tuvimos que oír todo esto de labios de los que presenciaron con lágrimas en los ojos estas atrocidades, y su relato confirma cuanto refieren los modernos exploradores del Africa. Su testimonio demuestra que anualmente se venden más de 400.000 esclavos. La mitad de ellos sucumben moribundos á las fatigas del camino, que los viajeros encuentran sembrados de sus cadáveres y esqueletos.»

(1) Del folleto intitulado «Los horrores de la trata de negros en el Africa» por Humanus, (edición española: Madrid, 1888) en el cual se insertan el discurso del Cardenal Lavigerie y la Encíclica de S. S. de que hemos hecho mérito, así como otros muchos y curiosos documentos, tomamos los siguientes datos: «Anualmente entran en el territorio del Sultán de cuatro á cinco mil esclavos. Los precios en el mercado marroquí son los siguientes:

Un negro trabajador	75 á 100 duros.
Un joven negro.	30 á 50 —
Un niño negro	15 á 20 —
Una negra de 8 á 14 años . .	40 á 60 —
Una ídem de 14 á 21	25 á 30 —

Y con ser esto de suyo sobrada infamia, no lo es tanto cuando se considera el derecho de importación, fijado por el Sultán, sobre los esclavos. Por término medio, el Tesoro imperial cobra sesenta duros por cabeza, de modo que anualmente van á manos del Sultán 224.000 duros, como mínimum, producto de tan execrable tráfico.

Las luchas que el Sultán sostiene á diario con sus súbditos terminan, bastantes veces, en provecho de la esclavitud. Si las kábilas rebeldes no se someten de

VII. Crítica de la esclavitud.

¿Han sido lícitas la esclavitud antigua y moderna y la servidumbre medioeval?

En principio, toda servidumbre perfecta (1) es ilícita, porque anula por completo el derecho innato á la libertad, y reduce al hombre á la condición de medio, de instrumento útil para el hombre.

Si los dueños de los esclavos no exigieron más servicios que los compatibles con la dignidad humana, dejaron intacta la libertad del esclavo, en cuanto no se omitiera el cumplimiento de los servicios exigibles, retribuían la sumisión del siervo con protección y liberalidad; y, en suma, no se oponían al fin del esclavo, entendemos que no faltaban á la justicia en cuanto al uso de la potestad domínica:

grado, y los reveses de la fortuna las obligan después á entregarse á discreción de las hordas vencedoras, los hombres huyen á otras provincias, cuando han logrado escapar con vida; mas las mujeres y los niños son hechos prisioneros y vendidos como esclavos. En 1886 vendieron los traficantes de su ciudad de Marruecos, en los mercados y calles de la ciudad, las mujeres y muchachos de la kábila vencida de Hacoura, al precio de tres y cuatro pesetas las mujeres, y ocho, nueve y diez pesetas los jóvenes de ambos sexos» (págs. 88, 89 y 90).

El Cardenal Lavigerie consagró los últimos años de su vida á la fundación de una sociedad antiesclavista internacional, y á la de una asociación religiosa y guerrera denominada de hermanos de armas del Sahára, destinada á impedir el tráfico de esclavos.

(1) Divídese la servidumbre en *perfecta é imperfecta*, según que el siervo debe á todas las obras útiles que otro pueda realizar, y este deber dure toda la vida; *é imperfecta*, cuando no debe todas las mencionadas obras ó no las debe por toda la vida. La servidumbre imperfecta podemos verla hoy día en los criados y en los operarios, y como hace Schiffini hay una servidumbre proletaria en nuestros tiempos, por la que cientos y aun miles de operarios están sometidos á una persona; y aun podemos añadir que hay una servidumbre nacida de la falta de recursos y la necesidad de protección, circunstancias muy extendidas en la sociedad moderna, dado el individualismo que aisla al hombre y le hace indispensable, para poder vivir, acojerse á la protección de una persona poderosa, á la cual le presta en retorno de los beneficios esperados ó recibidos la más humilde y absoluta sumisión.

La servidumbre puede ser voluntaria ó forzosa (Prisco: Filosofía del Derecho, pág. 228); y la forzosa puede proceder de la ley que establece determinadas maneras de incurrir en la servidumbre (nacimiento, crimen, etc.) ó bien originarse del abuso de la fuerza y del poder sobre personas débiles y desamparadas.

mas ¿tenían acaso derecho á mantenerlos en la esclavitud ó servidumbre? Unicamente circunstancias históricas transitorias como la organización especial de la sociedad, la paz social, el estado de derecho, etc., podrían legitimar la continuación de tal yugo; pero incluyéndose la obligación, en los *señores*, de promover el tránsito al estado de libertad de aquellas personas que sólo de un modo temporal se hallaban sujetas á tan opresor yugo; pues dice San Agustín: No quiso Dios que el hombre creado á imagen y semejanza de Aquél tuviese dominio sobre el hombre sino sobre los irracionales (1).

CAPÍTULO 2.°

DERECHO Á LA CONSERVACIÓN.

I. Aspecto positivo de este derecho.

Aunque no en categoría, es el primero en orden el derecho á la conservación de la existencia: primero es existir que obrar, y por lo tanto no hay ningún derecho que preceda cronológicamente al derecho á conservar la vida: este derecho viene á ser el aspecto jurídico activo del cumplimiento del deber de conservarnos. (2)

En el derecho á la conservación podemos comprender, además del relativo á la vida y á la integridad física, los que se refieren á la conservación de la moralidad, la integridad mental, la integridad de la capacidad jurídica y á la del patrimonio adquirido para la satisfacción de las necesidades de la persona: constituyendo los mencionados derechos el aspecto positivo del derecho á la conservación; y la defensa de cada uno de ellos es el aspecto negativo.

(1) 19. Civ. 15: citado por Schiffini, en su hermosa obra intitulada controversias de Filosofía moral (págs. 295 y 296 del tomo II: Turin, 1891).

(2) Del que hemos tratado en el tomo I, págs. 183, y 184 á 187.

El derecho á la *existencia física* es indispensable para que en la vida actual podamos realizar nuestro destino, pues se destruye el compuesto humano tan pronto como el elemento material se desorganiza.

La conservación *incólume* del organismo es el asunto del derecho á la integridad física; y, por lo tanto, equivale á mantener la existencia en condiciones de poder utilizarla íntegramente para la obtención del propio fin: la necesidad y la utilidad de las partes distintas de nuestro cuerpo determinarán la mayor ó menor importancia del derecho que sobre cada una de ellas nos asiste (1).

El derecho á la conservación de la moralidad es el aspecto jurídico del deber que tenemos de adaptar nuestros actos á la ley moral, constituyendo la vida propia de la voluntad racional: el precepto de derecho que manda *vivir honestamente* (honeste vivere) se refiere, en su aspecto de derecho subjetivo, á la mencionada facultad jurídica y á la correlativa obligación de no pervertir al prójimo: porque si es cierto que el «bien del alma no puede ser destruido por otro sino ocasionalmente, por ejemplo por mala persuasión que no infiere necesidad» (2); y, por lo tanto, en las personas perfectas no cabe el escándalo activo ni el pasivo (3); sin embargo, la tendencia que tenemos á imitar los actos que presenciamos, ó de que tenemos conocimiento, hace que el escándalo sea un motivo perturbador de la

(1) En la enumeración de los derechos innatos hecha por Cujas, figuran el derecho á la vida y á la integridad física (según nota Lioy en su citada obra, página 297).

(2) Suma Teológica 2.ª sección de la 2.ª parte, Cuestión LXXIII, art. 3.º

(3) Véase la Sum. Teolg. Sección 2.ª de la 2.ª part. Cuestión XLIII, artículos 5.º y 6.º: ya que el escándalo pasivo importa cierta conmoción del ánimo que separa del bien, por parte del que sufre el escándalo; y nadie que se adhiere firmemente á una cosa inmóvil, se conmueve: pero los mayores ó los perfectos se adhieren á sólo Dios, cuya bondad es inmutable: el escándalo activo tiene lugar propiamente cuando alguno dice ó hace tal cosa, que es por sí tal, que la es innato inducir á otro á la ruina: lo cual es solamente aquello, que se hace ó dice desordenadamente. A los perfectos empero corresponde ordenar las cosas, que hacen, según la regla de la razón.» (Sum. Teol. edición española).

tranquilidad de nuestra conciencia; y de aquí la represión, por las leyes penales y de policía, de toda manifestación de inmoralidad que choque abiertamente con los principios éticos dominantes en la sociedad; y que se castigue rigurosamente la corrupción de los menores de edad, á los cuales arrebata el corruptor una perfección que no puede readquirirse.

Hay derecho á conservar la integridad de las facultades mentales, y si bien directamente no puede ser atacado este derecho, dada la relación y mutuo influjo que entre el alma y el cuerpo existen, caben las perturbaciones mentales causadas por agentes materiales que alteren nuestras facultades mentales mediante lesiones causadas en nuestro organismo; y, enfrente de semejantes ataques, mantendremos el derecho á la conservación de la integridad de nuestras facultades anímicas (1).

El derecho á la incolumidad de las facultades indispensables para cumplir el fin jurídico (2) determina un límite que no puede sobrepasar la autoridad, habiendo en todo caso de reconocer facultades jurídicas adecuadas al indivi-

(1) Una lesión inferida por un criminal puede perturbar el funcionamiento del sistema nervioso y, en ocasiones, determinar cierta especie de extravío mental (véase la obra de Riant, «Los irresponsables ante la justicia», págs. 161 y siguientes: París, 1888): el hipnotismo, que produce (á lo menos cuando se emplea abusivamente) «aquel embotamiento y disociación de potencias mentales, aquel desvarío intelectual, aquel embrutecimiento de la voluntad, que abre al hipnotizador paso para hacer patentes los secretos del corazón, y gobernar al hipnotizado á su arbitrio sin resistencia posible de la libertad.» (Véase *El milagro* por el P. Juan Mir, pág: 1230: Madrid, 1895) debe ser prohibido, como atentatorio al derecho mencionado en el texto, siempre que produzca este resultado y, en todo caso, cuando no se justifique suficientemente su empleo: Nota Liebermeister que es más fácil hacer histéricos á los sanos por la aplicación del hipnotismo, que no volver sanos á los histéricos (Diccionario enciclopédico, artículos acerca del *hipnotismo* y del *histerismo*); y sabido es que el histerismo lleva consigo, en ocasiones, verdadera perturbación mental.

(2) Si el hombre tiene derechos innatos, si estos son esenciales á su naturaleza, deberá siempre conservarlos; y por lo tanto tendrá derecho á la incolumidad de sus facultades jurídicas: pues de otra suerte resultaría su personalidad mutilada é incapaz de servir para el fin jurídico.

duo humano; por lo que el derecho de defenderse en juicio, ó lo que es lo mismo de alegar, probar y hacer valer los derechos que nos corresponden, se reconoce hasta á los mayores criminales: condenados éstos á las penas más graves, siempre conservan derechos y medios de hacerlos valer, de suerte que, no puede nunca suprimirse la persolidad jurídica de un hombre que vive; y la odiosa ficción de la muerte civil ha pasado á la historia, desterrada por la recta razón y por la introducción de principios humanitarios en el Derecho penal de los Estados (1).

El patrimonio jurídico no se refiere sólo á los bienes materiales, sino también al honor: este consiste en el buen nombre y en el crédito adquirido por la buena conducta; el derecho á los bienes materiales se refiere á las cosas que forman parte de nuestro haber.

El honor puede considerarse bajo dos aspectos distintos: como un patrimonio adquirido (2) mediante una conducta intachable, ya en el concepto de actos positivos de respeto, deferencia, alabanza, acatamiento y obsequio realizados por nuestros semejantes: bajo el primer punto de vista debemos considerarlo aquí: bajo el segundo entra el honor, de lleno, en el derecho á la cooperación. En este último aspecto señalaremos deberes negativos de *respeto al honor del prójimo*, que presuponen subsistente el derecho positivo á la conservación del honor.

El patrimonio de los bienes materiales entra en el derecho de conservación por la necesidad que de estos tene-

(1) En los principios fundamentales del Derecho penal que hallarán cabida en el tomo III de esta obra se harán indicaciones acerca de la muerte civil, que era una ficción por la cual se suponía muerto, al que había incurrido en esta sanción, para los efectos del Derecho.

(2) Según Santo Tomás entre los bienes exteriores del hombre la *fama* excede á las riquezas, porque es más afín á los bienes espirituales. (Sum. Teológica, sección 2.ª de la parte 2.ª art.º 3.º; y el Eclesiástico (v. 15. c. 41) dice: «Ten cuidado de tu buena reputación, porque esa será tuya, más establemente que mil grandes y preciosos tesoros.»

mos para subsistir, satisfaciendo no sólo las necesidades más perentorias sino todas las que puedan responder al perfeccionamiento humano.

El derecho á la propiedad es incontestable, admitidos el derecho á la vida, y la supremacía del hombre sobre los séres inferiores de los cuales puede servirse como de medios adecuados para el conseguimiento de su destino. Como la realización de este derecho ha de verificarse mediante la libre actividad, tendrá cabida su desenvolvimiento en los dos capítulos próximos.

II. ¿Es el derecho á la conservación de la vida el supremo derecho que el hombre tiene?

Una de las preocupaciones más extendidas es la de creer que el derecho superior á todos consiste en conservar la vida: pero dicha afirmación se opone al dictamen de los hombres justos, que prefieren la muerte á realizar el mal: toda persona digna tiene más cuidado de su honor que de su vida; y, finalmente, los viciosos no vacilan al sacrificar su existencia en aras del placer: por consiguiente, no se justifica la preocupación indicada, cualquiera que sea el punto de vista adoptado.

La vida es una condición para realizar nuestro destino; pero no es por sí misma la felicidad, siendo indudable, que si perdemos la vida por cumplir nuestro deber, hemos hecho un uso conveniente de ella en el orden cristiano, y perdiendo la tierra ganamos el cielo.

Aun en los animales vemos que hay tendencias superiores á la conservación del individuo, pues los padres defienden con riesgo de su vida la de sus pequeñuelos: por tanto, la doctrina que refutamos es tan degradante que nos coloca por debajo del nivel de los séres irracionales.

III. Derecho de defensa.

La defensa de los anteriores derechos puede ser: respecto de los ataques procedentes de nosotros mismos, de nuestros semejantes, de la sociedad y de causas necesarias.

Aun cuando parezca inverosímil que procedan los ataques de nosotros mismos, sin embargo; nada hay más cierto; y en el caso de que así suceda, la defensa no partirá de nuestra iniciativa, pues somos precisamente el principio perturbador, sino que corresponderá á nuestros prójimos y á la sociedad.

Enumeraremos algunos de los casos, al efecto de comprender la razón de lo que antecede: en el suicidio, la mutilación, y en caso de prodigalidad ó ruinoso despilfarro es indiscutible que nosotros causamos nuestro propio daño; y que nuestros semejantes, llevados por la caridad ó por algún deber más estrecho, y la sociedad, dándonos su protección, habrán de defendernos contra nosotros mismos.

La defensa es *la reacción proporcionada contra el ataque actual* (1): es el derecho á la conservación, puesto en acto por vía de reacción, contra los peligros que de una manera inminente nos amenazan. El caso más frecuente de legítima defensa preséntase respecto de los ataques de nuestros semejantes: cuando en el instante en que se dirige contra nosotros una agresión injusta estamos abandonados á nuestras propias fuerzas (2) y no podemos eludir,

(1) P. Rossi, dice: El derecho de defensa no es más que la inmediata reacción del derecho que tenemos á nuestra existencia y á nuestro bienestar. Es el derecho de conservación practicado de cierta manera. Tratado de Derecho penal, tercera edición española, pág. 131: Madrid, 1884.

(2) Gabriel Napodano, en su notable obra «El Derecho penal italiano estudiado en sus principios» (Nápoles, 1895) expone con gran claridad y vigoroso razonamiento este punto. «Cuando en el momento de la agresión no tenemos la protección y la tutela que el Estado nos debe, somos constreñidos por la necesi-

de un modo que no nos sea perjudicial, el peligro que corremos, rechazaremos por medio de la fuerza el ataque para no sufrir un daño de que la sociedad no puede librarnos oportunamente (1).

La ley no exige que huyamos cuando somos atacados; pero la caridad y la prudencia nos aconsejan, que cuando podemos evitar el mal con que se nos amenaza retirándonos, y de esto no ha de seguirse desprestigio ni peligro para nosotros, ni ha de ser nuestra retirada motivo de mayor audacia en el agresor y de mayores males en lo futuro, debemos retirarnos.

El derecho de legitima defensa está sancionado por numerosos y expresivos textos del Derecho Romano (2), se

dad y urgencia del peligro á hacer uso de nuestra fuerza individual, como en aquel estado antesocial que imaginaron algunos filósofos, donde faltando la organización de la sociedad y del Estado, el individuo tenía derecho de rechazar la fuerza con la fuerza... Y esto en virtud de aquella *prima auctoritas juris monastica seu solitaria*, como la llama Vico, que nos hace soberanos en la soledad y nos da derecho de rechazar la agresión injusta á nuestros derechos, aun con la muerte del agresor» ob. cit. pág. 153.]

(1) El Código civil alemán en los arts. 226 á 231 comprende principios notabilísimos acerca del ejercicio de los derechos, de la legitima defensa y de la justicia que cada uno por sí mismo puede administrarse: limitándonos á los dos primeros establece en el art. 226 que: «El ejercicio de un derecho no es admisible, cuando no tiene otro objeto que dañar á otro»: según el art. 227: «El acto causado por necesidad no es ilegal».=«La necesidad consiste en la defensa indispensable para rechazar un ataque actual, ilegal, dirigido contra el que se defiende ó contra otra persona». El art. 230 fija un principio muy científico: «La justicia que uno se administra á sí mismo no debe exceder de lo que es indispensable para evitar el daño».

(2) «Vim vi repellere licet, idque jus natura comparatur» (Ulpiano, lib. 69 al Edicto). «Apparet autem (inquit) ex eo, arma armis repellere licet» (Id. según se inserta en el tit. XV del libro XLIII del Digesto). La universalidad de este derecho de rechazar la fuerza con la fuerza es tal que se admite por todas las legislaciones: Vim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt (Ley 45, tit. II, lib. IX del Digesto, tomada de las obras de Paulo): «Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur» (Florentino en el libro I de sus Instituciones, copiado en este punto por la ley 3.ª del título I del Digesto); y la razón de obrar en justicia el que defiende su persona se confirma por la cognación que la naturaleza estableció entre todos los hombres, por lo que resulta ilícito dirigir un hombre, asechanzas á otro hombre; y no sólo permite el Derecho repeler la fuerza, sino todo linaje de injurias» (véase la ley citada): pudiendo matar á otro que nos acomete á mano armada (ley 5.ª título II lib. IX. Dig), al ladrón sorprendido de noche ó cuando de día se defien-

fundamenta y explana en las obras de los teólogos (1) y jurisconsultos (2), y se admite por las leyes de todos los pueblos (3).

El *título* en que se funda el derecho de defensa es el derecho y aun el deber de conservar la vida y el patrimonio jurídico de que difrutamos, el *modo* es la necesidad, de hecho, en que nos hallamos de reaccionar contra la agresión; y el daño que pueda seguirse al injusto agresor con los actos defensivos del acometido es previsto y de antemano aceptado, como riesgo inherente á la empresa que por su voluntad aquél emprende. No son nuestra vida ni nuestros miembros inviolables de un modo absoluto, sino relativo, en cuanto no pueden destruirse lícitamente por actos injustos; *pero si pueden ser destruídos por actos justos*, como lo son los de legítima defensa.

de con armas (ley 4.ª) y como dice Gabriel Napodano en su opúsculo intitulado «El Derecho penal romano» el derecho de defensa no sólo amparaba la persona física, sino también servía para repeler las ofensas contra el pudor: porque tenemos derecho á conservar, tanto la integridad física como la moral (según se desprende de un texto, que cita del Jurisconsulto Paulo, en la pág. 13 del folleto citado) *maxime*, como dice Justiniano, *quum virginitas vel castitas corrupta restitui non possit* (ley 1.ª tit. XIII lib. IX del Código).

(1) Santo Tomás, en el art. 7.º de la Cuestión LXIV, parte y sección segundas de la Suma, demuestra que: «Es lícito á cualquiera defender su propia vida aun con la muerte del injusto agresor, observadas las reglas de la legítima defensa.» Lugo, San Alfonso y en general todos los teólogos se ocupan de propósito de tan importante materia, pudiendo resumir la doctrina común: admitiendo *el derecho de defensa*, aun á costa de la muerte del agresor, cuando se trata de privarnos, con la injusta agresión, de la vida, de la integridad corporal, de la castidad y de bienes de fortuna de consideración: así como en general, y guardada *la moderación de la tutela inculpable* (como se requiere sea la justa defensa), puede repelerse, en todo caso, la fuerza por medio de la fuerza.

(2) Francisco Carrara en su célebre «Programa del curso de Derecho penal» expone (tomo I de la parte general, págs. 269 y siguientes: Prato, 1886) muy clara y concisamente la doctrina que pudiéramos llamar clásica entre los jurisconsultos; con más especificación trata de ella el profesor alemán Berner en su Tratado de Derecho penal (págs. 118 y siguientes), y con extraordinario detalle Le Sellier en sus Estudios... (tomo I, págs. 273-345) de la justa defensa y que nuestro distinguido criminalista D. Luis Silvela (en su concienzuda obra «El Derecho penal.....», tomo I, págs. 162 y siguientes) comprende como causa de justificación del hecho realizado.

(3) Véase la Legislación penal comparada, publicada bajo la dirección de Liszt: Madrid, 1896, tom. I de la traducción española.

Los requisitos de la propia defensa contra los ataques de nuestros semejantes son:

1.° *Agresión contra la persona ú ofensa de los derechos de la misma;* actual ó incoada, ilícita é inmotivada (1).

2.° *Necesidad racional* de defender nuestra persona ó nuestros derechos, porque la tutela jurídica del Estado no nos ampara, y es inevitable el daño, de no repeler la agresión.

3.° *Reacción proporcionada* ó sea: *actual* (2) *é idónea* para repeler el ataque ó evitar el daño que se nos intenta causar, y *limitada* á lo necesario para defendernos.

4.° *Moderación*, por espíritu de caridad, de los actos de defensa (3), y aun abstención de ésta, cuando pudiéra-

(1) Entendemos por *agresión* el acometimiento, el ataque violento contra alguna persona, dirigidos á causarle daño. La *palabra* hablada ó escrita, los gestos y *representaciones gráficas* del pensamiento, y los *actos* que directamente tienden á modificar el orden jurídico existente, pueden ser los medios empleados para la perpetración de los delitos: sin embargo, los dos primeros en pocas ocasiones podrán determinar la defensa legítima del ofendido, ya que antes de proferirse la palabra ó de manifestarse por medio de signos alguna injuria contra otra persona, no hay agresión; y una vez pronunciada la palabra y consignado el escrito, la defensa puede hacer pásara al castigo y éste toca imponerlo á la autoridad.

Será *ilegítima* la agresión cuando el ataque no esté justificado; ya por no ejercitarse, adecuadamente, con él ningún derecho, ya por no ser acto de autoridad en el que nos ataca. Rara vez podrá justificarse que al agredir á una persona no hacemos más que poner en práctica nuestro derecho: pues ninguno puede tomarse la justicia por su mano; debiendo acudir á las autoridades tutelares del orden jurídico para que se cumpla éste. Más difícil solución práctica tiene el caso de partir la agresión de persona constituída en autoridad ó que tenga carácter público, puesto que habría que demostrarse que esta persona obraba como particular y que los actos realizados no eran de su competencia: porque en caso de mal uso de funciones públicas cabe únicamente exigir la responsabilidad contraída por la autoridad ó el agente de la autoridad; de suerte que únicamente se admitirá en el orden positivo la reacción defensiva contra las agresiones de la autoridad ó de sus agentes, cuando aquélla ó éstos obrasen como simples particulares: bien porque no harían uso del carácter público de que estaban investidos, bien por tratarse de un acto de mera *violencia privada*, completamente fuera de todas las atribuciones de la autoridad.

(2) Es defensa *oportuna* la que se ejercita á tiempo de evitar el mal que nos amenaza: realizado el mal, la reacción es un acto de venganza ó de encono.

(3) Por lo que dice Santo Tomás, refiriéndose al texto: *no defendiéndonos, muy amados* (Tomo XII, 19): que allí se prohibe la defensa que va acompañada del deseo de venganza; y por eso dice la Glosa (inter), no defendiéndoos, esto es, «no devolviendo á los enemigos el mal que os han hecho» (Santo Tomás, Sum. Teol. 2, c. XLIV, art. 7.°)

mos causar con ella un mal tan desproporcionado con relación al que nos hacen, que sería para nosotros motivo de grave remordimiento defendernos á tanta costa de daño ajeno, siquiera redunde en perjuicio nuestro este acto de abnegación.

Insistiendo en este último requisito, denominado por los teólogos y los juristas *moderación de la tutela inculpable*, creemos que la defensa es un derecho que tenemos para defender todos, absolutamente todos nuestros derechos: siempre que se guarde la debida proporción y el límite impuesto por la caridad, cuyos principios *no pueden ser ostensiblemente superados y maltrechos por el egoísmo humano*. Generalmente se han preocupado los autores de fijar los derechos que pueden ser defendidos aun á costa de la muerte del agresor: entendemos que los principios generales bastan y no penetramos en un casuismo impropio de una obra elemental, siquiera se trate de un derecho del que dice el Cardenal de Lugo: «Nada hay tan natural como el defenderse cada uno de las injurias; así como también, por el contrario, nada habría más opuesto á la paz y tranquilidad humana, que el que pudiesen los facinerosos matar impunemente á cuantos quisiesen, sin hallar resistencia en ellos» (1).

La defensa del honor procede también según los principios sustentados; pero tengamos en cuenta la falta de oportunidad y eficacia de los medios que generalmente se emplean, al realizar actos de coacción injusta, de venganza ó de lucha con el injuriador (2).

La defensa contra los ataques procedentes de la autoridad será objeto de capítulos posteriores, y puede resumirse la doctrina en la contestación á las siguientes preguntas:

(1) Filosofía del Derecho por Rafael Fernández Concha, tomo II, págs. 46 y 47; Barcelona, 1888 y Mendive, obra citada, pág. 78.

(2) En el capítulo siguiente hallará más desarrollo esta idea.

¿Qué límites reconoce la subordinación del individuo á los preceptos del Estado? ¿Hay derecho á la revolución y á derribar al gobierno injusto?

Las circunstancias de orden físico pueden menoscabar la materia de nuestros derechos; y al efecto, debemos *prevenir* las contingencias futuras, y *defendernos* contra las calamidades que nos amenazan: estos principios adquieren gran desarrollo y numerosas aplicaciones en las sociedades de socorros mutuos, y en la protección del Estado en casos de públicos males ó de trastornos debidos á diferentes causas, en los que, de no intervenir la tutela social, sumirlanse en el infortunio numerosas familias.

CAPÍTULO 3.°

EL DERECHO Á LA CONSERVACIÓN EN SUS RELACIONES CON EL DEBER JURÍDICO PROPIO Y EL AJENO.

1. El suicidio y la mutilación consentidos.

El derecho á la conservación es al propio tiempo un estricto deber moral y jurídico: en vano se alegará que somos dueños de nuestra vida y de nuestro cuerpo, pues las facultades que, como depositarios y usufructuarios, sobre ellos tenemos son para el bien no para el mal; son para contribuir al concierto y armonía social, no para ofender los derechos de otros y dejar sin cumplimiento nuestros deberes jurídicos.

Por desgracia el suicidio cada vez toma un incremento mayor en los pueblos que se tienen por más civilizados, y descuidan la educación religiosa, dando todo interés al fomento del bienestar material; como si éste bastase para satisfacer las nobles aspiraciones del alma: resultando que el hastío de los bienes, la carencia de recursos y las contrariedades de la vida lanzan al suicidio á los que, no fijándose más que en las presentes desventuras y sin fuezas para

la lucha de la vida, consideran el suicidio como el medio más radical y adecuado para cesar de sufrir: desoyendo las voces de la Religión, destruyendo los lazos de la familia y defraudando á todos los que tenian derecho á esperar de él la cooperación proporcionada en las armonías de la vida social.

Como delito estudiaremos, en su lugar propio, el suicidio: baste ahora que neguemos el derecho á suicidarse fundados en que no hay derecho (facultad moral) para la inmoralidad; y en la violación de los vínculos jurídicos que nos ligan en sociedad, al romperlos cobardemente con la privación de la propia vida.

Como el derecho lo tenemos para el bien, nada se opone á que tengamos *derecho al sacrificio de la propia vida* en aras de un fin superior, como la defensa de la patria, el sostenimiento de la familia que á nuestro cargo tenemos según el derecho: por lo que nadie negará su admiración y respeto al que muere gloriosamente en el campo de batalla y al minero que contrae graves enfermedades, y aun recibe la muerte, realizando trabajos de peligro para poder mantener á su esposa é hijos.

La lesión ó la mutilación de nuestro cuerpo no son lícitas, salvo que sean medio necesario para realizar un fin superior. Hay ocasiones en las que la amputación de un miembro puede ser necesaria para salvar la propia existencia (1). Algunos métodos curativos pueden exigir algunas operaciones lesivas del organismo físico de una persona, que hallándose con salud intenta proporcionársela á otro, aun á costa de graves sufrimientos y peligros: acto de abnegación muy digno de alabanza (2).

(1) Advierte Santo Tomás que «si un miembro por su putrefacción es corruptivo de todo el cuerpo, entonces lícito es con consentimiento de aquél, de quien es, amputarlo para la salvación de todo el cuerpo.» (Sum. Teól., 2.ª, 2.ae, c. LXV, art. 1.º).

(2) En la autoplastia (método quirúrgico que consiste en la reparación de un órgano tomando del enfermo mismo los tegidos necesarios para esta reparación)

II. El duelo: su noción, sus clases. Definición del duelo. Sus clases.

El duelo (1), *en general*, es un combate de antemano convenido por los interesados en él ó sus representantes, en el que fían al éxito de la lucha la resolución de las cuestiones entre aquellos pendientes (2).

En la historia de los duelos podemos señalar distintas clases de estos:

1. Entre personas constituidas en autoridad, para resolver las cuestiones que median entre las sociedades que respectivamente rigen (3).

procura el individuo suplir ciertas faltas á expensas de su propio organismo; pero también hay casos en que se trasplantan partes tomadas de un organismo extraño, hombre ó animal (heteroterapia), y en que se pasa de un hombre sano á otro enfermo parte de la sangre de aquél á fin de reemplazar la sangre perdida á consecuencia de una hemorragia, ó alterada por cualquiera otra causa, por medio de la operación denominada transfusión de la sangre. Sobre los asuntos indicados en esta nota, véanse los artículos del Diccionario enciclopédico sobre: Autoplastia, Prótesis y Transfusión de la sangre.

La mutilación propia, como delito, la estudiaremos en el tomo III.

(1) Duellum en latín significa: combate entre dos facciones, por oposición á bellum cuyo sentido es: combate entre dos naciones.» (Gabriel Letainturier—Fradin en su obra.—El duelo á través de los tiempos: París 1892). Viada, dice que el duelo proviene de la voz latina *duellum*, compuesta de *duorum bellum*, combate entre dos (Código penal... concordado y comentado, tomo III, página 97. Madrid, 1890).

La palabra *monomachia* (combate singular) fué empleada como equivalente á la de duelo por Ubelin (véase el Programa del curso de Derecho criminal, de Francisco Carrara, parte especial, tomo V, págs. 568 y siguientes).

(2) En opinión de Letainturier-Fradin: «Por duelo debe entenderse el combate consentido espontáneamente entre dos hombres que regulan, con armas iguales y con riesgo de su vida, una diferencia ocurrida entre ellos, sobre una cuestión de honor, de afecto ó aun simplemente de intereses—prefiriendo así esta solución al arreglo que en la mayoría de los casos podrían suministrarles las leyes de su país.»

(3) El célebre reto de nuestro inmortal Emperador Carlos V al Rey Francisco I de Francia corresponde á esta clase de duelos: En presencia del Pontífice, los Cardenales y Embajadores de todas las potencias en Roma, después de amenazar al francés con invadir su reino con el mayor ejército que juntar pudiese, añadía: Mas lo mejor de todo será excusar los grandes males y daños que suelen seguirse de la guerra, á donde padecen ordinariamente los que no tienen culpa. Hayámoslo nosotros de bueno á bueno, pongamos el negocio en las armas. Haga el Rey campo conmigo, de su persona á la mía, que desde ahora digo que le desafío y provoco, y que todo el riesgo sea nuestro, cómo y de la manera que á él le pareciere, con las armas que le plazca escojer, en una isla, en un puente, en una galera amarrada á un río..... que yo confío en Dios..... me ayudará en una causa tan justa.

II. Por delegación de las autoridades, entre campeones que las representan para el mismo fin (1).

III. Por mandato de la autoridad, para decidir el derecho por el resultado de la lucha que al efecto se ordena (2).

IV. Por convenio entre particulares, para dirimir sus diferencias (3): habiendo, en ocasiones, las autoridades

(1) Larousse da cuenta detallada de la tan conocida tradición romana sobre la lucha entre los horacios y curiacios; y de su relato entresacamos las siguientes noticias: Los tres horacios combatieron por Roma en tiempo de Tulo Hostilio contra los tres curiacios, campeones de la ciudad de Alba, en presencia de los ejércitos de ambas ciudades. Al primer choque dos horacios cayeron y los tres curiacios resultaron heridos. El horacio que sobrevivió, temiendo sucumbir ante sus tres adversarios reunidos, emprendió la fuga con el fin de dividirlos, persuadido para decidir cuál de ellas debía tener la supremacía de que no podrían llegar juntos, por la diversa gravedad de sus respectivas heridas. Su previsión se realizó, y volviendo impetuosamente sobre sus pasos, mató sucesivamente á los tres curiacios, dando así el triunfo á su patria.

Según Tácito, usábase entre los germanos el siguiente procedimiento adivinatorio: «Los generales no se hacían asistir por augures que degollasen pollos sagrados, cual entre los romanos; no, sino que antes de librar batalla hacíase que se batieran uno con otro un prisionero enemigo y un guerrero, y según el éxito de este combate singular, augurábase bien ó mal de la proyectada batalla.» (El duelo y el delito político por G. Tarde, págs. 25 y 26: Traducción española: Madrid, La España moderna).

(2) Dice Tancredo Rothe: El duelo judicial es el que ordenaba ó permitía el juez á las partes litigantes para decidir del proceso. ¿Era lícito? Ha podido, merced á un juicio erróneo de las conciencias, ser *inocente*; porque esta institución no tiene ciertamente otra causa que una creencia, mal razonada sin duda, pero profunda, de un Dios vengador (presente siempre) de la injusticia, y seguro sostén del derecho de cualquier manera que éste se defienda. Mas no por eso el duelo judicial deja de ser un acto de superstición; es tentar al Señor, como expresó San Luis cuando suprimió esta institución de sus dominios; es achacar á un combate un efecto que jamás Dios le ha atribuído. Cita el profesor de Lille á Balmes y á Guri, de cuyas opiniones presenta extracto en las precedentes palabras. Tissot trata con bastante amplitud del duelo judicial, y copia de los Assises de Jerusalén (cap. 238) el siguiente párrafo: «Los jueces y el vizconde precederán á las partes en el campo de batalla: el vengador del muerto jurará sobre los Evangelios que la persona á quien ha retado es el verdadero matador, y éste jurará asimismo que no lo es, después de lo cual comenzará el combate, según las reglas establecidas, siendo colgado inmediatamente, vivo ó muerto, el vencido»: hace notar, que se presentó como una especie de prueba subsidiaria que ofrecía más garantías á una conciencia recta y segura, y que se prestaba menos á la cobardía, la injusticia y la mentira..(parte 3.ª, libro 3.º, cáp. XII de su Derecho Penal, traducido por Ortega). Cuando tratemos de las pruebas judiciales, ampliaremos esta ligera noticia.

(3) Esta clase de duelo es un verdadero delito, y como tal lo estudiaremos en los principios de Derecho penal.

consentido el duelo (1) y aun estimulado á él (2) el duelo: siendo lo más frecuente que se halle prohibido en la ley pero tolerado en la práctica (3); y muy raras veces se ha procedido con energía para impedir los desafíos y castigar á los duelistas (4).

(1) Es curiosa la ley 1.ª tít. IV de la Partida VII: «Que cosa es lid, é porque razon fué fallada é á que tiene pro, é cuantas maneras son della».

«Manera de prueva es segund costumbre de España, la lid que manda fazer el Rey, por razon del riepto que es fecho ante el, aviniendose amas las partes á lidiar. Ca de otra guisa el Rey non la mandaria fazer. E la razon porque fué fallada la lid es esta: que tuvieron los fijos dalgo de España, que mejor les era defender su derecho, é su lealtad, por armas: que meterlo á peligro de pesquisa, ó de falsos testigos. E tiene pro la lid, porque los fijos dalgo, temiendose de los peligros, é de las afrentas, que acaescen en ella, recelanse á las vegadas, de fazer cosas, porque ayan á lidiar. E son dos maneras de lid, que acostumbran á fazer en manera de pruevas. La una es, la que fazen los fidalgos entre si lidiando de caualios. E la otra, la que suelen fazer de pie los omes de las villas, é de las aldeas, segund el fuero antiguo de que suelen vsar».

El desafío autorizado por Enrique II de Francia en 10 de Julio de 1547, fué presenciado por el Rey, la Corte y numerosísimo público; terminado el combate, el vencedor Guy Chabot dirigió al Rey tres discursos seguidos, y después del último el Rey le hizo subir á su estrado, le abrazó y le dijo: «Habéis combatido como un César y hablado como un Aristóteles»; en tanto que el vencido Francisco de Vivonne, señor de La Chasteigneraye yacía sobre la palestra herido mortalmente, siendo llevado fuera del lugar del combate y espirando pocas horas después. Debemos recordar que el Rey Enrique II murió á consecuencia de la herida que recibió justando con Montgommery en el torneo celebrado en 30 de Junio de 1559 (véanse las descripciones que de los más famosos desafíos inserta Letainturier, en su citada obra).

(2) El Emperador Guillermo II de Alemania, en un banquete que le ofreció una corporación de estudiantes, manifestó que: «Los duelos que una parte del público no comprende, son lo mismo que los torneos de la Edad Media. ¡Conservese este espíritu caballeresco mientras existan universidades alemanas!».

Al discutirse el Código penal italiano el general Mezzacapo dijo: El duelo en la vida militar no puede considerarse como en la vida civil..... es una válvula gracias á la cual las pequeñas discordias entre oficiales ..... se desvanecen; á lo que replica Tarde con mucha razón: «Si el duelo es indispensable para el honor y el compañerismo, si es necesario tratar de matarse unos á otros para probarse recíprocamente lo que se estiman y lo que se quieren, ¿por qué no permitírselo ó mandárselo á los soldados igual que á los oficiales?».

(3) De lamentar es que las Autoridades no tengan oportuno conocimiento de los *desafíos* antes que los periódicos den noticia del resultado de los *encuentros*; pero aun es más triste, que sea *necesario clamar por que la ley se cumpla y porque se cumpla para todos*: pues *la igualdad ante la ley es en toda sociedad base fortísima de verdadera libertad y de justicia*. (Palabras textuales de la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en el año 1890).

(4) Luis XIV obtuvo de la más alta nobleza un compromiso firmado, de tener por malvados é indignos cristianos, cobardes y despreciables servidores del Rey y del Estado á los que por puntillo ó interés particular se batieron en due-

Podemos definir el duelo en los tiempos presentes:

Un combate que tiene lugar entre dos personas, con arreglo á ciertos pactos previamente convenidos; y en el cual, de una parte se sostienen determinadas pretensiones ó imputaciones, de la otra parte se rechazan; y no hallando los contendientes otro medio adecuado de dirimir la cuestión, consideran que el riesgo de la lucha voluntariamente aceptado da testimonio de su honor, ó que, siendo incompatibles en el mundo, debe perecer el uno á manos del otro.

III. Reseña histórica del duelo.

No es el duelo, tal como lo conocemos en el día, una institución creada en los tiempos modernos: según Tito Livio los españoles conocían el duelo y confiaban al éxito del combate singular, en ocasiones, la resolución de las cuestiones pendientes (1). Si bien se hallan ejemplos del duelo entre los Romanos, verificáronse por interés público y entre naciones en discordia (Prisco); y ni César envió cartel de desafío á Catón, ni Pompeyo á César, á pesar de los graves insultos que recíprocamente se dirigie-

lo.» Instituyó el monarca francés un tribunal de honor (cuyos precedentes se remontan á tiempos anteriores) que dió buen resultado; y la represión del duelo hizo que casi desapareciera en Francia.

(1) Véase el Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia por don Joaquín Escriche, artículo sobre *el duelo*: Madrid, 1847. Siguiendo la doctrina de los Teólogos y de los legistas divide el duelo, con aquellos, en sus especies según el objeto á que se dirije, es á saber, el duelo manifestativo de la verdad, ostentativo de fuerza, evitativo de ignominia, terminativo de controversia, evitativo de guerra, y defensivo del honor. Según los legistas puede ser decretorio (aquel en que los duelistas toman las armas con la condición de no dejar el combate hasta que muera uno de ellos), propugnatorio (cuando uno de los duelistas concurre al sitio designado solamente con objeto de conservar su honor y no con ánimo de matar á su adversario), y satisfactorio (cuando uno quiere vengar ó reparar con las armas una injuria grave que ha recibido, hallándose empero dispuesto á desistir del desafío en el momento que su adversario se aviniere á darle una satisfacción).

Teólogos y legistas, según Escriche, lo dividen en solemne y simple ó privado; así como en duelo por autoridad pública y duelo por autoridad privada.

ron (Christodul I. Suliotis) (1). El amor instintivo á la libertad personal, que resistía constantemente el yugo de la Autoridad, nota característica de los pueblos germánicos que invadieron el imperio romano, dió lugar entre ellos á la práctica de las guerras privadas; porque la venganza personal ocupaba el lugar de la justicia; y de estas guerras privadas surgió la costumbre de los duelos, que se extendió por los pueblos conquistados: en el año 501 el Rey de los Borgoñones Gundebaldo vino á sancionar por la ley Gombetta la institución del duelo, aplicándolo á los asuntos judiciales, «á fin (decía) de que nuestros súbditos no presten juramento sobre hechos oscuros y no cometan perjurio sobre hechos ciertos»: numerosas leyes admitieron el duelo, institución que se fomentó con el espíritu belicoso y la desorganización social de la Edad Media. Reconociéndose impotentes los legisladores para desterrar tan arraigada y funesta institución, trataron de reglamentarla para evitar algunos inconvenientes (2); hasta que al fin, sintiéndose

(1) ¿Es decir que el sentimiento del honor fuera extraño al corazón de Temistocles y Alcibiades, de los Escipiones y de Cicerón? Si el honor es el deseo de ser respetado, si ser respetado consiste en ser tenido, dentro de su medio, servicial para los amigos, temible para los enemigos, fiel á los compromisos, incapaz de traicionar y de mentir; nuestros abuelos de Roma y de Atenas, nada tenen que aprender de nosotros á ese respecto: esencialmente vanidosos y vengativos, preocupados por extraordinario modo de la opinión exterior, tenían todo cuanto era menester para sentir el puntillo de honra con intensidad.

La lucha de los Horacios y Curiacios llámala Tarde (al que pertenecen las indicaciones del párrafo precedente) *batalla por delegación;* y este mismo juicio nos merece la lucha entre David y Goliath según se describe en el cap. 17 del Libro I de los Reyes.

4. Y salió de los reales de los Filisteos un hombre bastardo llamado Goliath, natural de Geth cuya estatura era de 6 codos y un palmo.

8. Este hombre vino á presentarse delante de los escuadrones de Israel, dando voces y diciéndoles: ¿Por qué habéis venido para dar batalla? ¿No soy yo un filisteo y vosotros siervos de Saúl? Escoged de entre vosotros alguno que salga á combatir cuerpo á cuerpo.

9. Si tuviere valor, para pelear conmigo y me matare seremos esclavos vuestros; mas si yo prevaleciere y le matare á él vosotros seréis los esclavos y nos serviréis.

(2) Como prueba de ello podemos citar el T. V del lib. I del Fuero Viejo de Castilla, el T. XXI del lib. IV del Fuero Real, el tít. XI de la Partida 7.ª, etc. etc.

fuertes los soberanos lo prohibieron, imponiendo severas penas. No por ello cesó la costumbre de los duelos: si Enrique IV de Francia impuso la pena de muerte á los duelistas, la nobleza en tiempo de paz, por su propia mano, perdía más sangre que en las batallas; y el mismo Rey, hubo de conceder durante su reinado (1589-1610) catorce mil indultos por causas de duelos (César Cantú).

Hoy el duelo no se admite por las leyes positivas; pero las penas impuestas á los duelistas quedan sin cumplimiento; y la sociedad, dominada por funestas preocupaciones, los encubre y los honra.

IV. Impugnación del duelo.

No negamos que los numerosos prejuicios en que se funda el duelo se hallan muy arraigados en las personas que hacen un culto de su propia dignidad. Hay sentimientos que, si en su origen son buenos, la exageración los hace malos: nadie duda que debemos mantener incólume nuestro honor, pero jamás acudiremos á la violencia para reparar las ofensas; el restablecimiento del orden jurídico debe hacerse por medios que no sean inmorales ni injustos, y el desafío merece ambos calificativos.

Examinemos las pretendidas razones que se alegan por defensores del duelo, sirviéndonos al efecto de la obra publicada en 1890 por el Sr. Iñiguez.

«Que el desafío ha sido siempre considerado como necesario, se prueba con los encuentros personales sostenidos por hombres tan ilustrados y eminentes como Sir Peel, O' Connel, Duque de Wellington y otras respetables personalidades.»

El argumento no es muy fuerte: pues ni todas las respetables personalidades se han desafiado, ni los hombres ilustrados y eminentes se hallan exentos de preocupaciones.

«Es el duelo legal, cuando sus trámites se ajustan severamente á lo escrito en el código del honor, y aquél se realiza de conformidad con las condiciones pactadas por los padrinos.» A continuación se pregunta el autor. ¿Hay algún código del honor en castellano? contesta negativamente, y acomete la empresa de publicarlo en el idioma patrio. No seguiremos el examen que hace de las numerosas reglas á que los desafíos se someten, ni apreciaremos si el bello sexo debe también rendir culto al dios de los combates, ni criticaremos que «la ofensa hecha á una dama aunque ésta no sea maltratada sino de palabra, recae siempre sobre el caballero que la acompaña»; tampoco escudriñaremos la razón de «ser estimado como mal caballero el esposo de la dama ofensora, si se niega á hacer suya la ofensa inferida por su mujer»; ni la muy recóndita de que los tuertos no puedan batirse á pistola ni los cojos á sable: quédense tamañas cavilaciones para los que dispongan de más tiempo. En vano hemos procurado hallar un sólo argumento para fundamentar el duelo, y la impugnación de sus doctrinas puede hacerse con sus mismas palabras: «Las ofensas y las injurias que en el terreno ya público, ya privado se nos infieren, nadie más que el ofendido ó el injuriado debe castigarlas, sosteniendo en esta ocasión lo que negado está en el terreno del derecho, que uno puede ser juez y parte en la misma causa».

No puede formularse impugnación más contundente contra el *duelo* que ponerlo en contraposición á los principios del Derecho, ni más acentuada pintura de la saña del duelista que afirmar, no pueda satisfacerle el juicio sereno é imparcial ni el castigo severo del ofensor; hace falta, sin duda, que el mismo ofendido lo hiera ó lo mate (1).

(1) Una de las consecuencias de la postración moral en que se halla nuestra sociedad es la de pretender cada uno tomarse la justicia por su mano. Acudir á los Tribunales parece molesto, caro, dilatorio é ineficaz; es preciso que intervengan en los asuntos, á veces de carácter muy reservado, numerosos funcionarios,

Numerosas preocupaciones rodean á tan detestable institución; una de ellas, nacida de la soberbia y de la falta de caridad, es la siguiente: *El que sufre una afrenta la merece*; siendo así que quien es culpable y digno de desprecio es el ofensor (1).

Dos clases de personas llegan al *terreno:* las unas guiadas por el orgullo, la ira y el deseo de imponerse; las otras

auxiliares y subalternos del Poder judicial; y la suspicacia nos hace pensar, las más de las veces, que se pondrán en juego numerosas influencias si el contrario es persona poderosa.

Los inconvenientes apuntados no son de tal entidad que nos alejen de la Administración de justicia, porque á pesar de cuantos defectos quieran achacársele, es uno de los más firmes y sólidos fundamentos del orden social, y no puede nunca ser ventajosamente reemplazada por la venganza de los particulares, ni por las violencias que pudieran éstos cometer para restaurar ó conseguir la soberanía del Derecho: aparte de que, las facultades que la ley concede á los Magistrados no las otorga á los simples ciudadanos.

(1) Demuestran, desde luego, las injurias gran perversidad en quien las comete: pues trata de privarnos de la estimación pública y del íntimo y puro goce del alma que contempla el premio de una conducta intachable en el respeto de sus conciudadanos; pero el injuriado no desmerece ante Dios ni ante su conciencia, pues como dice Santo Tomás: «el bien del alma, que es el mayor, no puede ser destruido por otro sino ocasionalmente, por ejemplo, por mala persuasión que no infiere necesidad; mientras que los otros dos bienes, del cuerpo y de las cosas exteriores pueden ser arrebatados violentamente por otro.»

Sin embargo, frecuentemente, cometemos un error de juicio que consiste en creer cuanto malo nos refieren del prójimo: si éste, por algún concepto, es adversario nuestro, aun damos mayor crédito; si es amigo, lo defendemos de las inculpaciones que se le hagan, á reserva de pensar que algo habrá de lo que nos cuentan. En resumen la difamación produce siempre algún efecto, siendo así que debiera desconceptuar al que acude á un medio tan reprobado.

La prudencia exije que toda inculpación se funde en alguna prueba, pues todo hecho que causa la pérdida de un derecho debe ser probado, para que tenga la debida eficacia. ¿Qué diríamos si por una falsa denuncia y sin otra prueba nos procesaran y nos condenaran á una pena, por pequeña y lijera que ésta fuese? Pues bien, la opinión pública debe rechazar como opuestas á la justicia todas las acusaciones que cedan en menosprecio de los ciudadanos, y que no se funden precisamente en pruebas sólidas; y aún respecto de las acusaciones justas, únicamente admitir aquellas que no vayan inspiradas en el deseo de hacer mal, sino en el de procurar el castigo del hombre injusto y evitar los daños que éste pudiera cometer.

Cuanto á las injurias de hecho, es preciso tener atrofiado el sentido común para ver en ellas otra cosa que un acto de refinada maldad de parte de quien las comete. Si las burlas, las bofetadas, las salivas y todos los oprobios que pueden lanzar la ira, el despecho y la venganza degradasen á la víctima de tan viles tropelías ¿Adorariamos á Jesús, abofeteado, escupido, flagelado, coronado de espinas y enclavado en una cruz por los brutales y feroces soldados romanos?

por debilidad, como se refiere de Proudhon que al aceptar el reto de Félix Pyat manifestó, que no se sentía con altura bastante para desafiar en este punto á la opinión: ninguna de las dos clases de personas merecen nuestros respetos.

Los duelos legales (!) *no pueden ser rechazados por ningún hombre de honor si quiere conservar sin mancha aquél; el que lo hiciere, partiendo el reto de una persona honrada, se le tendrá por un cobarde* (1). Haremos notar aquí una confunsión en los que defienden el duelo, entre dos conceptos completamente diversos, el honor y el valor: ¿Es lo mismo tener una que otra cualidad? entonces no habrá gentes de más honor que los salteadores de caminos; puede ser un hombre muy honrado y muy celoso de su buena fama y, sin embargo, no querer someterse á la ridícula superstición de los duelos ni entregarse á merced de los espadachines y matones que le provoquen á desafío (2).

Cometen los duelistas un error muy garrafal: se pretende castigar una injuria y se dan armas iguales á los contendientes. ¿Qué se diría si al presentarse en el juicio el acusador y el acusado, el Tribunal, en vez de examinar las pruebas del proceso, les ordenase que lucharan entre sí, para fallar en vista del resultado de la pelea? Pues ni más ni menos exige la sociedad de los hombres mundanos y frívolos á los que se hallan empeñados en una cuestión de honor.

No se admiten hoy, por los tratadistas que formulan las leyes del llamado Código del honor, más que dos clases de duelos: el denominado á primera sangre y el que se llama (usando de palabra francesa) á outrance: en el primero se dá por terminado el combate cuando alguno de los due-

(1) Iñiguez, Ofensas y desafíos, pag. 88.

(2) Recuerda Letainturier (obra citada pág. 218) que habiendo sido desafiado Mário por un jefe Teutón, dijo: «Si está cansado de vivir, que se ahorque: si desea batirse, ahí tiene un gladiador inválido contra el cual podrá luchar todo cuanto quiera».

listas ha recibido una herida; en el segundo, y en todo caso, cesará el duelo desde el momento que uno de los adversarios quede inutilizado para servirse del arma (1) que empuña. Y bien ¿la herida que se causa es al ofensor? pues entonces debe haber equivalencia entre la reparación y el agravio; y ¿tiene acaso algo que ver la injuria con el mal ajeno?; indudablemente nó: si por el contrario el ofendido es lesionado se suman el mal de la injuria recibida y el de la lesión causada: resultado verdaderamente absurdo y opuesto á la justicia.

El duelo ha sido visto como necesario entre militares (2); y sin embargo nada hay tan opuesto á las conveniencias del Ejército como el duelo: esta demencia, decia Federico II, no produce ningún buen efecto, ni siquiera el de hacer al soldado más bravo en la pelea, en cuyo caso no se satisface su vanidad presentándose ante las miradas de los demás, que es lo que presta cierta bravura á los duelistas. Con sólo reflexionar que si el Ejército tiene, como una de sus principales misiones, mantener el imperio de la Constitución y las leyes (3) se comprenderá que no pueden los militares sustraerse de cumplirlas, y con mayor fidelidad, si cabe, que los simples paisanos.

Los duelistas no son los mejores soldados, pues desde el momento que no pueden llamar la atención, carecen del más poderoso móvil de sus acciones; en tanto, que todo militar halla estímulo suficiente en el cumplimiento del deber. Es memorable el siguiente hecho de Gustavo

(1) Se consideran como duelos normales los que tienen lugar á espada, á sable ó á pistola: y como excepcionales los que tienen lugar con armas y con reglas distintas de las que regulan, en los llamados Código del honor, los combates realizados con las mencionadas armas.

(2) No hace muchos años que tres oficiales prusianos de Westfalia fueron echados del ejército porque declararon que sus convicciones morales y religiosas no les permitían, si llegara el caso, aceptar un duelo. Este hecho dió lugar á un opúsculo anónimo escrito en su defensa. (Filosofía del Derecho, por Prisco, página 284 de la traducción española: Madrid, 1879).

(3) Ley orgánica del Ejército Español, de 19 de Julio de 1889, art. 1.º

Adolfo: habiéndose desafiado dos Oficiales los llamó ante sí, y consintió el desafío á muerte, á condición de que el verdugo cortase la cabeza al que sobreviviera, con lo cual se amedrentaron los contendientes y pidieron clemencia á S. M. Sueca (1).

También se afirma, que cuando la sociedad no proteje bastante á los ciudadanos, pueden ellos por medio del duelo dirimir una contienda que la autoridad social no les resuelve; pero como la solución del duelo es siempre irracional, ni aun en este caso admite disculpa, por lo cual, los desafíos entre militares y cuando falta la protección social, tampoco pueden racionalmente sostenerse (2).

La Iglesia de Cristo ha reprobado una institución tan contraria á la caridad. El Concilio Tridentino, en el capítulo que trata de los desafíos dice: El uso detestable de los duelos, introducido por artificio del demonio para lucrarse con la perdición de las almas por la muerte sangrienta de los cuerpos, será enteramente proscrito de la cristiandad (3).

(1) Institutas del Derecho natural por M. B., tom. I, pág. 305; París, 1876.

(2) Una consideración sencillísima debería retraer á los duelistas, á parte del gravísimo pecado y delito que cometen:

«Nadie debe realizar actos que produzcan un daño irreparable y de los que seguramente ha de arrepentirse:» séame permitido referir un hecho bien persuasivo.

Por motivo fútil se suscitó una cuestión entre los celebrados periodistas franceses Armando Carrel y Emilio Girardin: *para resolverla* se concertó el *correspondiente* duelo á pistola, que tuvo lugar el día 22 de Julio de 1836 en el bosque de Vincennes; y habiendo ambos adversarios disparado á un mismo tiempo, los dos cayeron heridos. La herida de Carrel era de las más graves; tuvo sin embargo ánimo para decir á su adversario: ¿Sufrís, señor de Girardin...? ¡Adios, señor, ya no os veo! añadió: el infortunado tuvo una agonía terrible, tanto que sus amigos estaban llorando alrededor de su lecho, y anhelando que la muerte viniese á libertarle del sufrimiento. Una manifestación popular contra el duelo se verificó junto á la tumba del desdichado periodista. Oyóse allí al mismo Emilio Girardin, tomar la palabra.... *para reclamar la abolición de los duelos.* (Véase la obra citada de Letainturier, en que se refieren los duelos más notables llevados á cabo).

(3) Sesión XXV, Decreto sobre reforma, cap. XIX.

Benedicto XIV, en 1752, reprobó los duelos en la bula *Detestabilem*, *condenando* las cinco proposiciones siguientes:

I. El militar puede provocar y aceptar el duelo, sin cuer su culpa ni tener

V. La defensa y la reparación del honor.

Cuando estamos bajo la presión de una amenaza ó de una ofensa real á nuestro honor cabe la reacción proporcionada que tenga la debida eficacia, paralizando la acción del que amenaza ó rechazando la ofensa que se nos ha dirigido: p. e. á un ademán de golpearnos corresponde contener y sujetar al que intenta agredirnos; á una imputación injusta, desmentirla; á una noticia periodística ofensiva, exigir una rectificación por el periódico; á un acometimiento brutal, el empleo de medios violentos para rechazarlo: más supongamos que la ofensa ya ha tenido efecto, entonces no es lícito tomar venganza, lo único que procede es la reparación.

Se presupone una ofensa inferida la cual puede ser perdonada, y en ocasiones el perdón es un acto de caridad y de prudencia; pero puede ser útil y aun necesario reprimir la audacia del ofensor, y acudir á la jurisdicción del Estado, para que declare la injusticia de la ofensa é imponga el correspondiente castigo. Es cierto que las legislaciones positivas dejan mucho que desear en punto á la protección del honor, pero hemos de hacer constar, que el principal

pena, cuando si obrase de distinto modo pudiera ser tenido por temeroso, cobarde, envilecido é indigno de pertenecer á la milicia; además, en el caso de que si evitara el desafío perdería el cargo con que se mantiene él y mantiene á su familia, ó se vería privado para siempre de los ascensos justos y merecidos.

II. Si se trata de salvar el honor ó evitar el desprecio de los demás, puédese desafiar ó aceptar el duelo; cuando se sabe positivamente que no habrá combate, como en el caso de haber quien lo impida.

III. Los Jefes y Oficiales no incurren en las penas eclesiásticas dictadas contra los duelistas, cuando aceptan el desafío por grave peligro de perder su reputación ó su cargo.

IV. A falta de organización política se puede provocar el duelo y aceptarlo, para conservar el honor y los bienes, cuando no se pueden defender de otra manera.

V. La misma licencia tiene lugar cuando la sociedad está mal ordenada, y la justicia es evidente y claramente denegada por negligencia ó malicia de los magistrados.

Cuando expongamos los principios fundamentales de Derecho penal indicaremos la sanción Canónica impuesta al duelo.

defecto estriba en la falta de procedimientos adecuados para evitar los inconvenientes de una tramitación lenta, costosa y de resultado incierto en la mayor parte de los casos. La constitución de Tribunales de honor satisface muy poco, dado que ni destierra por completo el duelo ni es posible adaptarlos á todos los casos y personas que pueden intervenir en la contienda: mucho más aceptable sería un Tribunal especial de jueces árbitros, nombrados para cada caso, que procediera con todo el rigor del Derecho, cuando hubiera resistencia de parte de alguno de los contendientes á dar explicaciones ó á aceptarlas; ó bien un Tribunal de amigables componedores en el caso de que los contendientes se hallaran dispuestos á dar y á recibir las oportunas satisfacciones: el Tribunal de árbitros debería estar formado por dos representantes de cada una de las partes, bajo la presidencia del Juez del lugar; tramitando el asunto con sujeción á las reglas señaladas en la ley procesal; y el Tribunal de amigables componedores podría formarse por los representantes de ambas partes, presididos por una persona nombrada por acuerdo de aquellos. Tanto el uno como el otro juicio deberían ser preparados mediante una comparecencia del ofensor y el ofendido ante la autoridad judicial: en cuyo acto el ofendido, *aunque no tuviera prueba ninguna de la ofensa que se le había hecho*, pudiera exigir al ofensor que declarase la ofensa que le había inferido; ó por el contrario, que negase bajo su palabra de honor haberle ofendido, pudiendo ser procesado el ofensor en cualquier tiempo que se demostrase la certidumbre de la ofensa hecha: verificada esta comparecencia, con la certificación del acta que se levantara podría acreditar el ofendido yá la ofensa hecha, yá la declaración bajo la palabra de honor del ofensor de que no le había ofendido; en el primer caso podría acudir á los Tribunales mencionados para que arreglasen la cuestión de honor, ó perseguir por la acción de injuria ó de ca-

lumnia al que le hubiera ofendido. Si por el contrario hubiese manifestado el ofensor que no le había ofendido, siempre tendría el agraviado un documento en contra de aquél para el caso en que se jactara *de la ofensa hecha y de la impunidad*, mostrando ante la Sociedad que el injuriador ó calumniador *había mentido ante la autoridad judicial en declaración prestada bajo su palabra de honor*.

CAPÍTULO 4.°

DERECHO Á LA LIBERTAD

I. Noción é importancia del Derecho á la libertad.

La eficacia de nuestra actividad voluntaria para determinar el orden concreto de las relaciones jurídicas, y la independencia é inviolabilidad que en el desarrollo de nuestra actividad nos asiste, constituyen el derecho á la libertad.

La libertad se considera por algunos como un bien tan excelente, que la juzgan preferible al bien de la religión (1): no refutaremos semejante absurdo, porque co-

(1) «Si los que á cada paso disputan de la libertad la entendieran honesta y legítima, como acabamos de describirla, nadie usaría vejar á la Iglesia, por aquello que con suma injusticia propalan, de ser enemiga de la libertad en los particulares ó en la sociedad; pero hay ya muchos, imitadores de Lucifer, cuyo es aquel nefando grito *no serviré*, que con nombre de libertad defienden una licencia absurda. Tales son los hombres de ese sistema tan extendido y poderoso que tomando nombre de la libertad se llaman á sí mismos liberales».

«En realidad, lo mismo que en filosofía pretenden los *naturalistas y racionalistas* pretenden en la moral y en la política los fautores del *Liberalismo*, que no hacen sino aplicar á las costumbres y acciones de la vida los principios sentados por los *naturalistas*. Ahora bien: lo principal de todo el *naturalismo* es la soberanía de la razón humana que, negando á la divina y eterna la obediencia debida, y declarándose á sí misma *sui juris*, se hace á sí propia sumo principio, y fuente y juez de la verdad. Así también esos sectarios del *Liberalismo*, de quienes hablamos, pretenden que en el ejercicio de la vida ninguna potestad divina hay á que obedecer, sino que cada uno es ley para sí, de donde hace esa moral que llaman *independiente*, que, apartando la voluntad, bajo pretexto de libertad, de la observancia de los preceptos divinos, suele conceder al hombre una licencia

nociendo que la libertad es un medio ¿Quién será tan insensato que anteponga un medio, cualquiera que sea su excelencia, al bien sumo? La libertad es para el bien, no para el mal moral ni el desorden social, y únicamente el respeto á la ley y á los derechos del prójimo pueden hacer que coexistamos libremente todos los ciudadanos.

Según Enrique Ahrens, el Cristianismo puede considerarse como la primera *magna charta libertatum* dada á la humanidad (1): expone además, el citado autor, la diferencia que media entre el modo de acción de las sociedades anteriores y posteriores á la revolución francesa: pues mientras el principio del orden rigió á las primeras, la libertad es la meta que se proponen las segundas. A medida que el hombre avanza en el conocimiento de sus propias fuerzas y de su destino, se arraiga en él la conciencia de la libertad, desenvolviéndola en la vida práctica en todas sus aplicaciones; pero cuando se vuelve la fendencia humana al ruin egoísmo, y las pasiones son nuestros móviles, la libertad es un elemento de desorden; y por éso, la necesidad sentida en nuestra sociedad actual de regularizar la libertad. Muy lejos nos hallamos de dar la razón á los que dicen que la libertad cura las heridas que causa; y no menos distantes de nuestros ideales contemplamos la doctrina de aquellos platónicos de la libertad que, como Courcelle Seneuil, afirman que el mecanismo de la libertad establece por sí la armonía y produce el progreso de la sociedad. Nosotros, por el contrario, estimamos necesaria la intervención de la autoridad, cuando el orden y el bienestar sociales puedan verse comprometidos.

El poder público tiene que ser proteccionista en deter-

sin límites» (Encíclica de 20 de Junio de 1888: edición española ya citada).

La libertad subordinada á la ley y dirigida al bien es una cualidad preciosa del hombre, superior á todas las riquezas, no habiéndolas suficientes para comprarla: en cuyo concepto es muy cierta la doctrina de Paulo: Libertas inestimabilis res est (Ley CVII, tit. XVII, lib. L del Digesto).

(1) Curso de Derecho Natural, pág. 312 edición española: Madrid, 1873.

minadas circunstancias, pues como padre ha de atender á las necesidades de los súbditos. Proclamen teóricamente los economistas la libre concurrencia; alaben, si les place, las excelencias que produce la competencia sin trabas: en el orden moral, en el jurídico y en el económico, la libertad es para el bien armónico de todos los hombres; y como el egoísmo nos lleva á abusar de los más débiles, debe el Estado impedir las tiranías del capital, las imposiciones injustificadas de la masa obrera; y, siempre, las lesiones del derecho ajeno: sin que por esto podamos ser tachados de socialistas (1).

Los verdaderos socialistas matan la libertad individual, sacrificando al ciudadano ante la voluntad colectiva ó la voluntad del soberano; y digásenos si es justicia la voluntad de las mayorías en todo caso y lugar, y si la voz de un sólo hombre puede hacerse escuchar en el confuso caos del sufragio universal de todos los ciudadanos, si la opinión de un francés podrá tener eco entre millones de votantes franceses.

Como indicó acertadamente el P. Félix, en sus conferencias dadas en Nuestra Señora de París el año 1859, los modernos se preocupan mucho de la libertad política y muy poco de la libertad civil, que es la más práctica. En efecto, ¿de qué me sirve ser jurado, elector ó elegible para los diferentes cargos públicos, si en cambio el Estado me obliga á usar papel sellado en todos los documentos, hace costosa la administración de justicia, imposible la tramita-

(1) El socialismo no significa el espíritu de asociación, de solidaridad y de mútuo concurso: contraponiendo así aquel concepto al de individualismo, que se refiere á la completa independencia y, aun pudiéramos decir, aislamiento del individuo. Entendemos por escuela socialista la que encomienda á los poderes públicos la empresa de organizar la producción, la circulación, la distribución ó el consumo de las riquezas: es indudable que el Estado no debe reglamentar más que cuando media una causa especial de utilidad ó necesidad pública, la vida económica de la sociedad; pero sí debe impedir la injusticia, la inmoralidad y la ruina de los ciudadanos, amparándoles contra los excesos de la libertad. Consúltese la obra de Enrique Joly intitulada el Socialismo, ..., capítulos V y VI: París 1892.

ción de un expediente, grava mi propiedad con tributos enormes, prohibe asociaciones relativas al fin religioso, me obliga á servir en el ejército y me impone otra infinidad de gabelas? Podremos proclamar á voz en cuello que somos libres, y sin embargo, nos hallamos de tal modo presos en la red de limitaciones y exacciones impuestas por el poder, que muy bien optaríamos por *no ser tan libres y pagar menos al Estado* (1).

II. División de la materia.

El derecho á la libertad tiene dos aspectos, uno positivo y otro negativo; en el primero se comprenden los derechos civiles y los derechos políticos, y en el segundo la libertad civil y la política: el contenido del derecho hállase comprendido en el primer punto de vista, la independencia de su ejercicio en el segundo.

(1) Spencer en su obra «El individuo contra el Estado» procura demostrar que la mayor parte de los que pasan por liberales hoy en día son absolutistas de un nuevo tipo: explica las diferencias entre los dos célebres partidos ingleses whigs y torys; el primero comenzó por la resistencia á las pretensiones de Carlos II, defendiendo que la monarquía era una institución civil establecida por la nación para bien de todos sus miembros; en tanto que los torys sostenían que el monarca era delegado del cielo: según los primeros la sumisión al rey era condicional; para los segundos absoluta. La influencia de los whigs se ha hecho sentir en este siglo, por la abrogación de las leyes que prohibían las coaliciones de obreros y restringían la libre circulación de estos, por el permiso á los católicos de profesar su religión sin perder parte de su libertad, la abolición del monopolio de la compañía de las Indias Orientales declarando en éstas libre el comercio para todo el mundo, y otra porción de reformas, que el celebrado publicista inglés atribuye al partido indicado: pero en época más reciente, han perdido de vista los liberales ingleses su espíritu amplio de independencia, pudiéndose citar varias disposiciones adoptadas en las épocas de los ministerios de Palmerston y Gladstone y aun de los posteriores, que revelan el espíritu reglamentario, y las progresivas restricciones impuestas al principio de libertad, haciendo Spencer la siguiente reflexión respecto al aumento de los impuestos: cada tributo nuevo equivale al siguiente discurso dirigido por los exactores á los que lo pagan: Hasta ahora habíais sido libres en gastar esta porción de vuestras ganancias del modo que os placiera, desde la fecha no seréis libres para gastarla de ese modo, nosotros la emplearemos en el bien público.

Contra el exceso, tan común en los tiempos actuales, de intervenir el Estado directamente en todas las manifestaciones de la actividad social advierte Stuart

III. Derechos civiles.

Denominanse derechos civiles, aquellos por cuyo medio se realiza directamente el bien de los particulares: distinguimos los derechos á investigar y profesar la verdad, á practicar el bien, á trabajar, á la propiedad, á formar relaciones jurídicas y á asociarse.

IV. Derecho á investigar y profesar la verdad.

Siendo la verdad vida de la inteligencia ya afirmamos, entre los derechos á la conservación, el derecho á ella; pero refiriéndonos aquí á los actos producidos por la libre actividad del hombre, diremos: si la verdad es el pábulo de su entendimiento, y por naturaleza se eleva la razón humana del conocimiento de los efectos al de las causas, si se siente movido el hombre á saber por espontáneo impulso de curiosidad; hemos de convenir en que la sociedad no puede menos de reconocer *el derecho* á investigar la verdad; y, como es natural prestar adhesión decidida á nuestras convicciones, también tendremos derecho á profesarla. Ofrécese la cuestión siguiente: en la conciencia no manda nadie más que Dios, decía Lutero; y añaden sus legítimos descendientes los racionalistas, que esta libertad de conciencia se traduce en derecho á exponer cada cual sus ideas: de aquí la libertad de la prensa, de la tribuna, de la cátedra, de cultos y en suma de todas las formas de manifestación de nuestro pensamiento. Refutando los anteriores errores, no negaremos el imperio de Dios sobre la conciencia, ni

Mill, que en vez de despertar la actividad y las fuerzas de los individuos y de las colectividades, sustituye el gobierno su propia actividad á la de ellos.—(La libertad, pág. 233 de la edición española: Madrid, 1890): sin reparar en que al convertir á los hombres en meros instrumentos del poder no podrá formarse una sociedad vigorosa y fuerte, ya que no tiene más vida colectiva que la impuesta de una manera oficial y artificiosa.

tampoco atribuiremos autoridad directa en ella á ninguna persona; pero hemos de advertir que, admitido el imperio de la ley moral y jurídica, la autoridad espiritual divinamente instituida deberá encargarse de su dirección. El hombre no tiene facultad de expresar todos sus pensamientos, sinó solamente aquéllos que ni ofenden la pública honestidad, ni van contra el derecho de otro; y ¿cómo hemos de juzgar legítimo derecho escribir novelas pornográficas, insultar por medio de la prensa á las instituciones políticas y religiosas, poner en caricatura á las autoridades, pedir los trastornos sociales y la anarquía desde la tribuna pública; enseñar en las cátedras la irreligión, la inmoralidad y la mentira, y verificar los actos impuros ó sangrientos de nefandos cultos? (1).

V. Derecho á practicar el bien.

El *bien debe hacerse*, dijimos, como principio de presuposición en el orden moral; si debemos hacer una cosa, podemos hacerla, pues de no poder, no tendríamos deber alguno; y como la ley jurídica no puede ser contraria á la ley moral, otorga derecho á hacer el bien, en todas las esferas y órdenes en que debamos realizarlo.

(1) Saunois de Chevert, en un libro publicado en 1890 sobre la libertad de conciencia, se hace cargo de las corrientes que dominan en la actualidad; y, á pesar de su espíritu laxo, no puede menos de hacer honor á los principios fundamentales que niegan la libertad de creer, ó no creer, cuando la fe puede ser racional, y la religión por ella profesada de carácter divino; y contemplando las estériles impugnaciones de la filosofía contemporánea, considera que, aun comprendiendo los magníficos descubrimientos modernos, las ideas religiosas son el mayor consuelo de los que sufren: pues como dice Cochin: Las filosofías me dán únicamente máximas generales de valor y sumisión; pero me dejan sólo, con una ó dos frases más circulando por mi cerebro. La religión me pone en conversación con un padre, este padre es Dios; yo le hablo, Él responde, me inclino hacia Él y Él me une á Sí; lloro y me enjuga mis lágrimas; estaba solo y ya tengo compañía.

El escepticismo lo considera como una plaga social; pues, como discretamente observa Julio Simón, el incrédulo es un cuerpo sin alma, y no es capaz más que de destruir; atribuyendo la decadencia de la nación francesa, simplemente á los

VI. Derecho á trabajar.

Trabajo es la aplicación de las facultades humanas para conseguir un fin (1). Nadie es mejor juez de sus aptitudes que uno mismo; pues hallamos facilidad y placer en actuar nuestras facultades en aquellas cosas para que somos apropósito; así, tenemos el derecho de seguir nuestra vocación. Siendo necesario el trabajo á todos para realizar su bien y la armonía social, todos tenemos derecho á trabajar. No se confunda el derecho á trabajar, con el derecho á que nos dén trabajo: pues no corresponde tal derecho al mero desenvolvimiento de la propia libertad, sino á la cooperación que nuestros semejantes pueden prestarnos; y así trataremos de este punto en su lugar propio, afirmando desde luego que no hay derecho á exigir á los demás que nos proporcionen trabajo, como no haya algún motivo especial y concreto que dé lugar á obligación jurídica determinada.

VII. Derecho á la propiedad.

Los animales, las plantas y los sêres inorgánicos son inferiores al hombre, adecuados para satisfacer nuestras ne-

esfuerzos hechos para hacer de ella un pueblo de escépticos, es decir, de impotentes

(1) El economista Funck—Brentano, señala como principales formas del trabajo: el trabajo industrial (cuyo fin es transformar los objetos naturales para hacerlos servir á la satisfacción de nuestras necesidades, utilizando las fuerzas propias y las que nos brinda la naturaleza), el trabajo agrícola (que utilizando la fecundidad de la tierra procura multiplicar los frutos naturales) el trabajo comercial (que, aproximando y haciendo accesibles las mercancías á los consumidores y á los productores que de ellas necesitan, favorece la producción y es útil á los consumidores), el trabajo financiero (que por medio de anticipos y de cambios fomenta y hace posible en multitud de ocasiones la producción), el trabajo artístico y literario (que satisface la natural aspiración del hombre á contemplar las manifestaciones de lo bello), el trabajo de la enseñanza (que desenvuelve las facultades humanas, fomenta su aptitud y dirije sus esfuerzos), el trabajo científico (que investiga y desarrolla los principios científicos) y el trabajo político (que consiste en hacer respetar los intereses privados y públicos; garantiza los derechos particulares y nacionales y produce la calma y la seguridad general, condición primera de todo progreso industrial, de todo desenvolvimiento social). Los elementos de la Economía política, pág. 83 y siguientes: París, 1887.

cesidades y para aumentar nuestro bienestar: por lo que tendemos á convertir esta superioridad en efectivo señorío sobre aquellas cosas, y de aquí deriva el derecho de apropiárnoslas y de mantener sobre ellas nuestra potestad eficaz (1). Sobre el objeto que sirve de materia al derecho de propiedad tenemos facultad de hacer cuanto nos convenga, y bien podemos definir éste con el Rey Sabio: poder que tiene el hombre en cosa suya de hacer de ella y en ella lo que quiera, salvo la sumisión á la ley divina y á las leyes positivas (2).

VIII. Derecho á formar relaciones jurídicas.

Nacidas de un *hecho* las relaciones jurídicas (3) y teniendo la persona facultad para actuar en el orden con-

(1) Además de la demostración del derecho á la propiedad, indicada en el texto, podemos proponer las siguientes reflexiones: La tradición religiosa nos muestra con el Génesis, que Dios sujetó al señorío del hombre la tierra y todos los séres que la poblan: «Benedixitque illis Deus, et ait: Crescite, et multiplicamini, et replete terram, et subjicite eam, et dominamini piscibus maris, et volatilibus cœli, et universis animantibus quæ moventur super terram». (Génesis, cap. I, vers. 28). El Decálogo impone el respeto á la propiedad ajena: «Furtumque non facies» y «Non concupisces uxorem proximi tui: non domum, non agrum, non servum, non ancillam, non bovem, non asinum, et universa quæ illius sunt» (vers. 19 y 21, cap. V del Deuteronomio).

«El deseo de adquirir y de guardar lo que se ha apropiado es profundamente inherente, no sólo á la naturaleza humana, sino también á los animales. En el fondo, es la condición de la supervivencia. La conciencia de que la lucha, y por consiguiente, un perjuicio resultará probablemente de la tentativa de tomar lo que pertenece á otro, tiende siempre á establecer y fortificar la costumbre de dejar á cada cual en posesión de lo que ha obtenido por su trabajo, costumbre que entre los hombres primitivos adopta la forma de un derecho explícitamente admitido» (Resumen de la filosofía de Herbert Spencer, pág. 185, tom. II, edición española). De suerte que los irracionales se apropian lo que necesitan y defienden lo que destinan á satisfacer sus necesidades contra las eventualidades más frecuentes y los ataques más inminentes, y este instinto se convierte, en el hombre, en tendencia racional y tiene calificación de facultad jurídica.

(2) Literalmente dice D. Alfonso: «Poder que ome ha en su cosa de facer della e en ella lo que quisiere: segund Dios, e segund fuero»; y después de dar la noción indicada del derecho de propiedad, llamado por D. Alfonso el Sabio, *Señorío*, establece las tres maneras que hay de señorío, refiriéndose al poder real, á ciertos derechos feudales y al «Poder que ome ha en las cosas muebles, ó raya deste mundo en su vida: e despues de su muerte passa a sus herederos, o á aquellos á quien la enagenasse mientra biuiesse».

(3) Pág. 247 del tomo I.

creto los preceptos legales, dentro de los límites de su poder y de la legalidad (1), corresponde á la persona la facultad de dar existencia (2) en el orden de la realidad á los preceptos generales del orden jurídico: de suerte que la actividad humana voluntaria, aplicando la ley jurídica, influye en la vida del Derecho mediante la formación de relaciones jurídicas particulares, dándoles una ordenación jurídica especial, subordinada al precepto general de derecho que la voluntad aplica.

Demostrado que la relación jurídica nace de hechos, comprendiendo entre estos los que se realizan por el influjo efectivo de la voluntad humana, la cual no sólo actúa la ley jurídica sino que le da una reglamentación individual para cada caso; si la relación jurídica comprende, según hemos visto, incremento en las facultades de una de las personas que en ella intervienen, y limitación correlativa de las facultades de la otra (3); el nacimiento de una relación jurídica produce derecho concreto en favor de una persona, obligación también concreta de parte de otra; y si el hombre puede jurídicamente formar relaciones de derecho, tiene facultad para intervenir en ellas con el carácter de pretensor (sujeto activo del derecho) ó de obligado (sujeto pasivo del derecho); y por consiguiente, podrá adquirir derechos ó contraer obligaciones nacidos, aquéllos y éstas, del ejercicio de su libre actividad aplicada á la formación de las relaciones jurídicas.

IX. Derecho á asociarse.

La natural insuficiencia del individuo le hace buscar en el auxilio de otras personas los elementos de que care-

(1) Por lo cual Florentino definió la libertad: la facultad natural de hacer cada uno lo que le place salvo en cuanto se lo impide la fuerza ó el derecho. (Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid, vi aut iure prohibetur. Digesto, lib. I, tít. V, ley 4.ª).

(2) Windscheid, El Derecho de las Pandectas, lib. II, cap. 1.º

(3) Tom. I, págs. 246 y siguientes.

ce para llenar sus necesidades, y en compensación, él les presta aquello de que no necesita y los otros sí; este cambio recíproco de servicios se regulariza por medio de la sociedad, la cual, no sin razón, se ha comparado á la unión de un ciego y un paralítico, mediante la que el ciego lleva á cuestas al paralítico, el uno anda, el otro vé y dirije, y ambos siguen su camino. Si para cumplir nuestro destino es necesaria la asociación, si es cierto que en sociedad los elementos útiles que la constituyen no son sumandos sino factores, la justicia del derecho de asociarse es indiscutible.

El derecho á la libertad, en cuanto se relaciona con la ley fundamental del Estado y el ejercicio de las funciones públicas, dá lugar á los derechos políticos, que serán estudiados en la sección segunda de esta tercera parte pues pertenecen al Derecho público.

CAPÍTULO 5.°

(Continuación)

I. Libertad civil, ó sea «derecho de independencia» en el orden privado.

La libertad externa niega toda imposición y obstáculo al obrar: cuando se refiera concretamente al ejercicio de los derechos civiles tendremos la libertad civil, uno de los mayores bienes que la sociedad ordenada garantiza; siendo compatible con un régimen político que conceda poca intervención en los asuntos públicos á los simples ciudadanos; y pudiendo, por el contrario, ser anulada por la voluntad social en gobiernos muy democráticos.

II. Cuestiones relativas á la llamada libertad de conciencia.

La libertad puede ser de hecho y de derecho: indudablemente que tenemos la primera en el orden interno y aun en el externo, con arreglo á nuestras fuerzas; pero la segunda no existe: pues debemos aceptar la verdad y prin-

cipalmente cuando ha sido promulgada por Dios, someter nuestra voluntad á la ley divina, y nuestros actos al orden por ella prescrito y al derecho justamente constituido por el legislador humano.

Ahora bien, la inmunidad que goza nuestra alma respecto de toda coacción exterior es natural efecto de la superioridad del espíritu sobre la materia; ninguna fuerza humana es capaz de cambiar nuestras creencias; podemos ante las torturas mentir con los labios y someternos aparentemente á cuanto se nos quiera imponer, pero el alma protestará de tan brutal violencia, y se aferrará cada vez más á sus propias convicciones: con razón dijo el Rey Sabio, que Nuestro Señor no quiere ningún servicio que le sea hecho por fuerza (1); pues en realidad, las palabras

(1) Tal principio establece la Ley VI, tít. XXIV de la Partida VII: siendo muy notables las palabras siguientes de la Ley II del mismo título: «Mansamente: e sin mal bollicio deuen facer vida los judíos entre los christianos guardando su ley, e non diziendo mal de la fe de nuestro señor Jesu-christo que guardan los christianos. Otrosí se deuen mucho guardar de predicar, nin connertir ningun christiano, que se torne judío alabando su ley, e denostando la nuestra. E cualquier que contra esto fiziere deue morir por ende, e perder lo que ha. E porque oymos dezir que en algunos lugares los judíos fizieron, e fazen el día del viernes santo remembranca de la passion de nuestro señor Jesu-christo en manera de escarnio, furtando los niños, e poniéndolos en cruz, e faciendo ymagines de cera, e crucificándolas, quando los niños non pueden auer. Mandamos que si mas fuere de aquí adelante en algund lugar de nuestro señorío, tal cosa assi fecha: si se pudiere auerigüar que todos aquellos que se acertaron y en aquel fecho, que sean presos e recabdados e ducho ante el Rey: e despues que el Rey sopiere la verdad deuelos mandar matar abiltadamente quantos quier que sean. Otrosí defendemos que el día del viernes santo ningund judío non sea osado de salir fuera de su casa, nin de su barrio: mas estan y encerrados, fasta el sabado en la mañana, e si contra esto fizieren, dezimos que del dicho, e de la deshonrra que de los christianos rescibieron non deuen auer ninguna emienda».

Algunos escritores, partidarios de los judíos, tratan de vindicarlos de la mancha del odio irreconciliable que sienten contra el nombre cristiano: los Bolandistas citan trece santos mártires sacrificados por los judíos (San Guillermo en 1144; San Ricardo en 1179, Santo Domingito de Val, en Zaragoza, en 31 de Agosto de 1250, San Hugo en 1255, San Werner en 1287, San Rodolfo en 1287, San Enrique en 1341, San Luis en 1423, San Andrés en 1462, San Joannet, San Simón en 1475, San Miguel en 1540, San Alberto en 1598). Ch Cahier añade cinco más (Kloc Kenst; Rohrbacher inserta numerosos datos y entre ellos el del martirio del P. Tomás, capuchino, ejecutado en 5 de Febrero de 1840 por los principales judíos de Damasco (págs. 838 y 839 del tom. XIV de la obra citada);

han de corresponder á los afectos del corazón y á las ideas que conocemos y aceptamos; únicamente será de algún valor á Dios la oración que se le tribute en espíritu y en verdad: bajo este punto de vista ¡Cuántos abusos podríamos reprobar llevados á cabo por el celo indiscreto y el odio religioso! Si bien el espíritu de la Iglesia ha sido siempre de caridad, y el modo de ganar almas para el cielo el de la persuasión, los excesos cometidos en nuestra patria contra los judíos y moriscos, prueban que por desgracia

y otros robos y asesinatos de niños plenamente demostrados: los cuales, á pesar de las indicaciones que hacen Domingo Giuriati (pág. 47 de su obra denominada «Los errores judiciales») y otros, nos revelan que siquiera no se trate de un hecho y costumbre generales, el odio que abrigan los judíos contra los cristianos ha perseverado hasta nuestros tiempos, y si no han emprendido persecuciones de carácter general ha sido probablemente por impotencia; citándose la persecución realizada por el Rey Judío Dunaam (hacia el año 5241, matando á 280 sacerdotes y gran número de fieles (Historia..... tomo V, págs. 24 y siguientes). Cita Giuriati el dictamen siguiente del doctor Nöldeke, profesor de lenguas semitas en la Universidad de Estrasburgo (año 1892): «Creo poder afirmar con suficiente seguridad, que en el *Talmud* no hay una frase que permita á los infieles el homicidio religioso. El Talmud entiéndase bien, es una colección de discusiones á través de siglos, una colección terriblemente casuística, donde es difícil orientarse, siendo aun más difícil decir lo que allí no está. A pesar de todo, niego, hasta mejor prueba, todo pasaje que al sacrificio cruento se refiera. Se habla allí de ésto tanto como del Ferrocarril».

Hagamos constar que en 1244 el Papa Inocencio IV mandó quemar los libros del Talmud (recibe la denominación de Talmud el libro de los judíos, que contiene la tradición, las doctrinas, ceremonias y policía, que suelen observar los judíos tan rigurosamente como la misma ley de Moisés: Diccionario enciclopédico, tomo XX, palabra Talmud), que con horribles blasfemias contra el Cristo contienen máximas de odio atroz contra los cristianos; pero en 1247 el mismo Papa prohibió molestar á los judíos. (Historia.... , Tom IX, pág. 865).

Sixto de Siena, judío convertido en el siglo XVI indica los lugares del Talmud, de donde toma los siguientes pasajes: 1.° Ordenamos que todo judío maldiga tres veces al día al pueblo cristiano y ruegue á Dios que lo confunda y extermine con sus reyes y sus príncipes, y que los sacerdotes sobre todo hagan esto rogando en la Sinagoga, en odio á Jesús el Nazareno. 2.° Dios ha ordenado á los judíos apropiarse los bienes de los cristianos tantas veces como puedan, sea por fraude, por violencia, por usura ó por robo. 3.° Se ordena á todos los judíos mirar á todos los cristianos como brutos y no tratarlos de otro modo que á los animales. 4.° Que los judíos no hagan ningún mal ni ningún bien á los paganos pero procuren por todos los medios matar á los cristianos. 5.° Si un hebreo teniendo intención de matar á un cristiano mata por azar á un judío, merece perdón. 6.° Si un judío ve á un cristiano al borde de un precipicio está en el caso de precipitarlo al punto.

Un Rabino, convertido no hace muchos años, hace notar que: Desde la di-

no hemos sido los católicos, en todas nuestras acciones, modelo de benevolencia: sin embargo, puede afirmarse que en el seno del protestantismo ha habido mucha mayor intolerancia religiosa, y á pesar de que proclamaban el libre examen, no dudaban en arrojar al suplicio á cuantos públicamente disentían de la doctrina profesada por los sectarios; la inquisición inglesa, bajo Enrique VIII, enviaba al suplicio á los católicos, y Calvino mandaba arrojar á la hoguera al médico español Miguel Servet (1).

vulgación de la lengua hebrea en Europa los impresores judíos han tomado la precaución de suprimir todos los pasajes que contienen violencias contra los cristianos, dejando espacios en su lugar. Los rabinos enseñan verbalmente lo que indican estas lagunas y rectifican las palabras cambiadas de propósito; y añade: algunas veces también restablecen por escrito en sus ejemplares las supresiones y las correcciones *políticas* de los editores judíos. Este último caso tiene lugar en el ejemplar del Talmud que yo poseo.»

Según estos principios del Talmud y de la enseñanza de sus Doctores los judíos no pueden y no deben tener más escrúpulo de engañar y de matar á los cristianos que remordimientos y arrepentimiento por haber matado al Cristo. Según la moral Talmúdica, la prudencia es lo único que puede obligarles á abstenerse de ello. (Véase la Historia... tomo VIII, págs. 607 y 608).

Dice Balmes: «Al menos la Inquisición de España, procedía no contra los judíos sino contra los judaizantes: es decir contra aquellos que habiéndose convertido al cristianismo, reincidían en sus errores, y unían á su apostasía el sacrilegio, profesando exteriormente una creencia que detestaban en secreto, y que profanaban además con el ejercicio de su religión antigua.»

Son curiosísimos los siguientes datos: en 16 de Diciembre de 1725 dictó sentencia la Inquisición de Granada contra el comerciante Juan Alvarez de Espinosa. A esta familia pertenecía al parecer D. Juan Alvarez de Mendizábal, nacido en Cádiz de una familia de origen hebreo establecida en Gibraltar. Llamado D. Juan Alvarez en 1835 á formar ministerio «decretó un formidable alistamiento, que se nombró desde entonces *la quinta de Mendizábal*, y abolió las comunidades religiosas declarando nacionales sus bienes.» Diccionario enciclopédico, arts. sobre los *Judíos* y biográfico acerca de *D. Juan Alvarez*.

La caridad cristiana y la justicia deben, sin embargo, informar nuestros juicios, acerca de las acusaciones dirigidas contra los judíos; influídas muchas de ellas por prejuicios exagerados; pero la prudencia exige que no consideremos como producto del fanatismo las inculpaciones *justificadas plenamente* de que la historia nos ofrece, por desgracia, *numerosos casos*.

(1) El Abate Martinet, en su preciosa obra denominada *Solución de los grandes problemas* (versión castellana por Figueras), define la intolerancia religiosa, diciendo que es la solemne profesión de la competencia exclusiva de Dios en el establecimiento de la Religión: ella rechaza como atentatoria á los derechos de Dios y al bien espiritual y eternal del hombre, toda doctrina, toda institución que pretenda sustituirse ó añadirse á la doctrina, á las instituciones descendidas del cielo... Jamás abrirá el Señor (á pesar de su infinita misericordia) la morada de

Balmes, distingue la intolerancia religiosa y la civil en los siguientes términos: «La intolerancia religiosa ó teológica consiste en aquella convicción que tienen todos los católicos de que la única religión verdadera es la católica. La intolerancia civil consiste en no sufrir en la sociedad otras religiones distintas de la católica. Bastan estas dos definiciones para dejar convencido á cualquiera que no carezca de sentido común, que no son inseparables las dos clases de intolerancia; siendo muy dable que hombres firmemente convencidos de la verdad del Catolicismo su-

sus recompensas á los que quieran llegar á Él por otra vía de la que ha trazado.

Convencidos nosotros de la verdad católica, no podemos menos de impedir, en cuanto nuestras fuerzas alcancen y la prudencia nos dicte, cuantas manifestaciones contrarias á la Relipión Divina tengan lugar.

La conducta de la Iglesia no ha sido la de imponer las creencias por la fuerza sino por la persuasión: en la obra mencionada se cita, de las cartas de San Gregorio Magno (590-604), una dirigida al Obispo Januario, en que, refiriéndose á los judíos, decía: Es necesario usar con ellos de una moderación que les atraiga edificándoles, y no de una impetuosidad que les rebele oprimiéndoles, pues que escrito está: Yo os ofreceré un sacrificio voluntario.... En el mismo sentido, escribió á los Obispos de Arlés y de Marsella. El mismo Autor cita otras disposiciones de Clemente III (1190), Clemente VI (1348) y Julio III (en 1551) en las cuales se amparaba la libertad de conciencia de los judíos, perseguidos y forzados á dejar su religión por el celo indiscreto de los cristianos.

El castigo de los herejes tiene perfecta explicación, porque abandonaban sin motivo una Religión á la cual pertenecían, introduciendo el desorden social; eran condenados á las penas determinadas en las leyes civiles, por magistrados investidos de jurisdicción en lo temporal.

La Inquisición fué muy rigurosa en ciertas épocas entre nosotros; pero téngase presente, que amenazaba la herejía destruir la Cristiandad y la sociedad, siendo necesario, por tanto, una represión fuerte, librándonos los españoles de las luchas religiosas que derramaron torrentes de sangre en Inglaterra y Francia. La Inquisición de Roma, procedió con tanta dulzura que nunca impuso la pena capital, según afirman Balmes, Bergier y Rohrbacher: este último, demuestra que los Romanos Pontífices hicieron de su parte cuanto pudieron para suavizar en España los rigores de una institución que tenía el carácter de Real y Política; también hace ver la crueldad de los reformadores protestantes, pues Calvino impone la pena de muerte lo mismo al que golpea á su padre que á los por él llamados herejes; ya en el congreso de Hombourg (1536), los luteranos habían condenado á muerte á los anabaptistas; pero donde rayó en delirio la tiranía protestante fué en Inglaterra; allí *se impuso la herejía bajo pena de muerte*, y en 1585, á los jesuitas, sacerdotes y seminaristas, se les mandó ahorcar y descuartizar. Vean, los que suponen á los protestantes como paladines de la libertad de conciencia, cuánto se equivocan (consúltese la obra citada del Abate Martinet, tercer problema, capítulo XLVIII).

fran á los que ó tienen diferente religión ó no profesan ninguna. La intolerancia religiosa es un acto del entendimiento, inseparable de la fe, pues quien cree firmemente que su religión es verdadera, necesariamente ha de estar convencido de que ella es la única que lo es, pues que la verdad es una. La intolerancia civil es un acto de la voluntad, que rechaza á los hombres que no profesan la misma religión; y tiene diferentes resultados, según la intolerancia está en el individuo ó en el gobierno. Al contrario, la tolerancia religiosa es la creencia de que todas las religiones son verdaderas, lo que bien explicado significa que no hay ninguna que lo sea; pues que no es posible que cosas contradictorias sean verdaderas al mismo tiempo. La tolerancia civil es el consentir que vivan en paz los hombres que tienen religión distinta; y lo propio que la intolerancia, produce también diferentes efectos, según está en el individuo ó en el gobierno».

El Estado no puede imponer la fe religiosa ni tiene dominio sobre la conciencia de los súbditos; pero puede reprimir, como desorden social, toda ofensa ó manifestación contraria á la religión tenida por verdadera; bajo este punto de vista pueden apreciarse los castigos relativos á delitos religiosos, pues las herejías llevaban consigo frecuentemente ideas de anarquía, socialismo é inmoralidad (1).

(1) La libertad de conciencia está más ó menos ampliamente reconocida en *España*. (Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido á la moral cristiana; art. 11 de la Constitución de 30 de Junio de 1876), *Portugal* (donde ya la carta constitucional de 1826, art. 145, núm. 4.° consignaba, que ninguno puede ser inquietado á causa de su religión, con tal de que él respete la del Estado y no ofenda la moral pública), *Francia* (desde la declaración de los derechos del hombre, en la cual se proclamaba que nadie debe ser inquietado por sus opiniones aun las religiosas, con tal de no turbar el orden público establecido por la ley; art. 10), *Bélgica* (el art. 14 de la Constitución de 7 de Febrero de 1831 dice: La libertad de cultos y de su ejercicio público, así como la de manifestar sus opiniones sobre todas las materias, están garantizadas, salvo la represión de los delitos cometidos con ocasión del uso de estas libertades), *Holanda* (el art. 164 de la Constitución de 11 de Octubre de 1848, permite que cada uno profese sus opi-

Actualmente se interpreta la libertad de conciencia por indiferentismo y tolerancia de todos los cultos; pero como el hombre tiende á realizar en el orden práctico los principios que teóricamente profesa, los errores en el orden religioso tienen que producir perturbación en el orden social; y si no se reconoce como verdadera ninguna religión ¿cuál será el criterio para limitar la libertad? El más ó menos prudente arbitrio de la autoridad social: por cuyo motivo, partiendo la escuela que combatimos del principio de libertad religiosa cae en la tiranía de las concien-

ciones religiosas en plena libertad, salvo la protección de la sociedad y de sus miembros contra las infracciones de la ley penal), *Prusia* (art. 12 de la Constitución de 31 de Enero de 1850: sin embargo de sancionar en él la libertad de cultos, en el 13 la restringe), *Rusia* (Leyes fundamentales, art 44. Todos los súbditos del imperio ruso que no pertenezcan á la religión dominante, nacionales y naturalizados, y lo mismo extranjeros al servicio del Estado ó con residencia temporal en Rusia, gozan en todas partes del libre ejercicio de su religión y de las ceremonias particulares de su culto), *Austria* (Ley constitucional de 21 de Diciembre de 1867, art. 14: A todos se les garantiza una completa libertad de culto y de conciencia. El disfrute de todos los derechos civiles y políticos es independiente de la confesión religiosa. Sin embargo, las creencias profesadas no deben ser contrarias á los deberes cívicos), *Hungría* (desde la ley 26 de 1791), *Italia* (Artículo 1.° del Estatuto Fundamental de 4 de Marzo de 1848. La religión católica, apostólica, romana, es la única del Estado. Los demás cultos que existen actualmente serán tolerados con arreglo á las leyes), *Estados Unidos* (el art. 1.° adicional á la Constitución de 17 de Septiembre de 1787, ratificado con otros nueve más en 15 de Diciembre de 1791, consigna que: El Congreso no hará ley alguna estableciendo una religión del Estado, ó prohibiendo el libre ejercicio de una religión, ó restringiendo la libertad de la palabra ó de la prensa, ó el derecho que tiene el pueblo de reunirse pacíficamente y dirigir al gobierno peticiones para satisfacer sus quejas), *Brasil* (desde la Constitución de 25 de Marzo de 1824 que permitió privadamente los otros cultos distintos del católico; y en la de 24 de Febrero de 1891 la más completa libertad de cultos) y la *República Argentina* (artículo 14 de la Constitución de 1860): omitiendo por brevedad consignar, que otras muchas Constituciones también admiten la malhadada libertad religiosa. Haremos notar solamente la intolerancia práctica: en Suiza, bien que teóricamente consigna el libre ejercicio de todas las confesiones cristianas: en Inglaterra, sin embargo de hallarse admitida la libertad de conciencia, hay grandes privilegios respecto á las Iglesias nacionales, y restricciones, en el orden político, impuestas al clero y pueblo católico; y por último, en Méjico domina la intolerancia anticatólica (reforma de la Constitución de 25 de Septiembre de 1873): la Constitución mejicana proclama la libertad religiosa; pero, de hecho, ésta es sumamente limitada. Todo ejercicio público del culto está prohibido severamente (G. Saunois de Chevert, en su libro La libertad..., pág. 266 consigna esta afirmación: París, 1890).

cias: pues la autoridad podrá intervenir en todos los actos externos del culto (1).

Con satisfacción insertamos el siguiente pasaje debido á la pluma del economista A. Leroy-Beaulieu. «La primera piedra de la reforma social, como lo repetía hasta la saciedad Le Play, es el Decálogo. Fuera de este fundamento, no hay nada sólido. Es precisa á las sociedades una base moral, y esto es justamente lo que le falta á la nuestra, la cual está por decirlo así en el aire, no se funda sobre nada que la sostenga; antes se basaba sobre el Evangelio, que se le ha arrebatado sin reemplazarlo con nada. A toda sociedad es indispensable un vínculo social que ligue y una á sus miembros; pero nuestras sociedades contemporáneas propenden á no tener otro vínculo que los intereses materiales, y los intereses materiales más bien separan que unen. Seguramente, para el sabio, para el pensador, los intereses son por lo común armónicos, solidarios; pero las masas no lo ven así, el individuo no lo advierte y nuestras sociedades se muestran divididas.... Cristo sólo puede hacer que cese el viento y se calme el mar; pero el mundo no lo conoce, y el siglo no quiere

(1) Juan H. Burgess, en su reciente obra intitulada Ciencia política... (edición española) recuerda el principio constitucional de los Estados Unidos que dice: «El Congreso no hará ley ninguna para establecer una religión ni prohibir su libre ejercicio»; y añade el Decano de la facultad de Ciencias políticas en el Colegio universitario de New-York que un hecho ha puesto á prueba este principio: «El hecho de existir en algunas partes de los Estados Unidos un sistema de culto que se titula religión, y que incluye entre sus prácticas la de la poligamia. En el gran litigio de Reynolds se fijó y definió la inmunidad constitucional del individuo respecto á la libertad de religión y culto. El Tribunal Supremo declaró entonces que esa restricción constitucional del poder legislativo del Congreso debe entenderse con referencia á las opiniones, pero no á los actos que puedan mirarse como violaciones de los deberes sociales ó subversivos del buen orden. El libre ejercicio de la religión garantizado al individuo se circunscribe, pues, al culto puramente espiritual, á las relaciones entre el individuo y un sér extramundano. Desde el instante en que la religión trata de regir las relaciones entre dos ó más individuos, queda sometida á los poderes públicos y á la supremacía de la ley: el individuo no disfruta en ese caso de ninguna inmunidad constitucional frente al Gobierno (obra citada, edición española).

creerlo; y lejos de comprenderlo así, los gobiernos que se intitulan progresistas se esfuerzan en arrancar á Cristo de las masas» (1).

Admitido por el Estado, como única religión verdadera, el Catolicismo, la moral pública tendrá una base inmutable, podrán calificarse acertadamente los extravíos á que conduzcan las falsas religiones perturbadoras del orden moral y del jurídico; y no tratará de imponerse por la fuerza la verdadera fe, la cual ha de ser profesada por convicción y por actos de la libre voluntad.

III. El Estado no puede, sin suficiente razón de orden social, impedir el ejercicio de la Beneficencia.

La beneficencia es una virtud social que atiende á las necesidades de los desvalidos, é impide que llevados aquéllos (2) por la miseria y las contrariedades de la vida perturben la paz de la sociedad.

Para socorrer todas las necesidades basta normalmente la caridad de los pueblos, favorecida por el Estado y dirigida por la autoridad espiritual: mas cuando la beneficencia privada es insuficiente, al poder social corresponde suplir las deficiencias. La beneficencia pública, erigida en sistema exclusivo ó preponderante, mata la caridad priva-

(1) Revista de Ambos Mundos, 1891, VI, 775 y siguientes: Gruber, El positivismo, págs. 504 y 505: París, 1893.

(2) Los pobres pueden ser válidos ó inválidos para el trabajo: el Estado, si los particulares no cumplen espontáneamente sus deberes de caridad para con el menesteroso, habrá de facilitar trabajo á los que puedan desempeñarlo, abonándoles la correspondiente retribución; y á los incapaces para dedicarse á una labor con cuyos productos pudieran llenar sus necesidades, darles el socorro que precisen. Por donde se ve la gran importancia que tienen los institutos benéficos inspirados por el Catolicismo, y el deber sagrado que la sociedad y sus miembros tienen de protejerlos y fomentarlos con todas sus fuerzas, hasta por interés propio, porque las privaciones y el abandono de los desheredados de la fortuna, podrían causar *la desesperación de la clase más numerosa de la sociedad* y la destrucción de un orden basado en el egoísmo. En España tenemos establecimientos generales, provinciales, municipales y particulares de beneficencia.

da, y es fría, ciega, insuficiente, costosa, reclamada como un derecho por el proletariado, causa de gravísimos trastornos, ruina de las industrias y promovedora del socialismo. Algunos gobiernos han procurado eliminar de las obras pías toda intervención de la Autoridad Eclesiástica: únicamente un odio encarnizado á la Religión puede explicar tan desacertada medida, pues habiendo sido los pobres objeto de la predilección de N. S. Jesucristo son estimados por la Iglesia como sus hijos más queridos: así, nadie administrará con tan solícito esmero ni mirará el bien de los desvalidos con mayor interés que el sacerdote ó el religioso católico.

Entre las cuestiones más importantes que comprende esta materia hállase la de la mendiguez. ¿Tenemós derecho á pedir limosna? Hay muchos, que dotados de una sensibilidad delicadísima y un corazón muy duro, no pueden resistir la presencia de las ajenas desgracias ni mucho menos tolerar que les pidan socorro; esos tales, mandarían *limpiar* las calles de mendigos, que ofenden su vista y les importunan con peticiones: pero los hombres sensatos comprenden que hay necesidades tan urgentes ó de una naturaleza tan especial, que no admiten otro medio de ser atendidas, sin perjuicio de ejercer inspección severa sobre los mendigos, procurando evitar que los válidos para el trabajo se mantengan á expensas de sus prójimos, y vigilando no sean criminales, que abusando de la caridad y de la consideración que como pobres merecen, puedan calificarse de autores, cómplices ó encubridores de robos, hurtos y otros delitos (1).

(1) La mendiguez ha sido un ócio explotado indignamente muchas veces, y es muy razonable que sólo pueda ejercitarse habitualmente por los pobres inválidos para el trabajo, sujetándolos á determinadas reglas de policía. El Sr. Colmeiro, en el tomo II de su Historia de la Economía Política en España y en el II de su Derecho Administrativo Español, inserta curiosas noticias acerca del incremento que tomó la mendicidad en España, las mil supercherías que ponían en juego los mendigos para excitar la caridad pública, los delitos en que frecuentemente

La vagancia es un mal público y suele ser cualidad de los pobres válidos, los cuales son habitualmente mendigos: los vagos dan un gran contingente á la criminalidad, como puede verse en todas las estadísticas (1).

IV. La libertad del trabajo es un principio tan cierto en Economía Política como en Derecho Natural.

Se reconoce por los economistas la gran influencia que sobre la *energía* del trabajo tiene la *libertad* del trabajador: pues el acicate del propio interés hace que se esfuerce el trabajador para cubrir sus necesidades y alcanzar el

intervenían abusando de la confianza que en ellos tenían todos, las reuniones que celebraron, las discusiones que se suscitaron entre varones doctos sobre si debían ó no ser vigilados, con otras curiosísimas noticias sobre la materia.

(1) El hombre fué condenado á comer el pan con el sudor de su rostro (Génesis, cap. 3.°, v. 19) y por tanto es muy razonable que el que no quiera trabajar no coma (San Pablo á los de Tesalónica en su segunda Epístola, cap. 3.°, v. 10); pero es muy discutible que sea un delito la mera vagancia: el vago, dice un sabio criminalista, *no debe caer bajo la mano, debe estar bajo la vista de la justicia*. Un escritor francés, examinando la acción del Estado sobre tan delicado asunto, expone las siguientes consideraciones: La autoridad no le dirá al vagabundo: has hecho una cosa que no tenías derecho á hacer; sino que le dirá: la humanidad está sometida á la ley del trabajo; si vives en el estado de la naturaleza, no podrás hallar otros medios de subsistencia que los productos de tu trabajo personal; vives en sociedad, y en ella puede cada uno consumir los frutos del trabajo de otro; pero á condición de aportar al fondo común el equivalente de lo que toma para sí: bien se ve que tomas del fondo común, porque vives; es decir, comes, vistes y te alojas; pero no se ve lo que en cambio aportas; muéstranoslo, ó creeremos fundadamente que vives sin trabajar á costa de los que trabajan; y no llenando las condiciones inherentes al hombre en el estado de sociedad, ésta debe arrojarte de su seno. Se hace cargo del poco éxito que se ha obtenido con las medidas represivas, é incluye una estadística formada por el Tribunal de Rouen, según la que el 26, ó por 100 de los condenados eran vagos, y de 97 que habían sufrido diez ó más condenas, 81 estaban calificados de vagos.

Mauricio Block (en su anuario de 1897, pág. 181 y siguientes) advierte que la criminalidad de los vagabundos ha crecido, llegando al 10 por 100 de las acusaciones de crímenes contra las personas; y el número de los detenidos por vagancia ha subido desde 11.985 (en 1880) á 19.713 (en 1894) en la vecina Francia.

En España la estadística de la administración de justicia en lo criminal durante el año 1889 determina que de los 8.350 reos de delito de hurto 680 no tenían profesión ninguna, en cuyo caso se hallaban 2.454 de los 35.635 procesados durante dicho año.

De las precedentes indicaciones se desprende lo que importa fomentar y premiar el trabajo cuanto se merece, sin recurrir á la imposición por la fuerza.

bienestar que vislumbra como natural producto del ejercicio de su actividad: sin embargo, no cabe duda que puede haber personas muy libres y muy ociosas; y por el contrario, que el látigo del capataz puede servir de estímulo para despertar la actividad del trabajador: mas el hombre, libre por naturaleza, sacudirá el yugo que le oprime, no responderá en su labor más que á las iniciativas del que le manda y en proporción al rigor del mandato y al provecho que pueda reportar como premio de su trabajo. Se ha observado aumento de riqueza con el progreso de la libertad del trabajo, hecho que acredita la mayor productividad del trabajo libre, aun contando la diversidad de casos y circunstancias, y si bien se notará en ocasiones alguna decadencia de la producción, ya parcial ya transitoria, será superabundantemente compensada por otras más poderosas manifestaciones de la prosperidad industrial.

La facultad de elegir por vocación el trabajo habitual á que hayamos de dedicarnos, la sumisión de nuestra actividad á nuestro propio albedrío y no al arbitrio discrecional de ningún otro, la finalidad propia del trabajo para cumplir las aspiraciones del trabajador, se oponen á que otra persona determine nuestra profesión, someta nuestra actividad á sus iniciativas y se aproveche del fruto de nuestro trabajo sin darnos lo que tenemos derecho á buscar con él, ó sea la remuneración justa del esfuerzo por nosotros realizado.

Tanto en el orden económico como en el jurídico la coordinación del trabajo es indispensable para producir la riqueza (bajo el primer aspecto) y para mantener la armonía social (bajo el segundo punto de vista).

En resumen, es libre el hombre y son coordinados los actos.

Mas tenemos la obligación *moral* de no dejar ociosas nuestras facultades, y la *jurídica* de contribuir con nuestra actividad al orden de la sociedad de que formamos parte;

y la libertad del trabajo encontrará sus restricciones en el deber jurídico, que no la anulará, pero sí determinará cierta sujeción cuando lo demande el cumplimiento del fin jurídico; y en su virtud la ley podrá:

I. *Exigir condiciones* de aptitud para el ejercicio de ciertas profesiones, que, de ser desempeñadas sin competencia, pudieran ser objeto de grandes perjuicios á la sociedad: v. gr. médicos, abogados, arquitectos (1).

II. *Reglamentar el ingreso* y planes de estudio, en las carreras que tienen por objeto poner en condiciones de desempeñar los cargos públicos; organizando éstos, asimismo, en la forma que exija el bien común.

III. *Reglamentar el desempeño* de ciertas profesiones y trabajos para el bien social: v. gr. aranceles notariales, etcétera, y, bajo otro aspecto, impedir en poblado aquellas industrias que perjudican á la salud pública ú ofrecen peligro.

IV. *Suspender y aun prohibir el ejercicio* de una profesión, cargo ó industria á aquel que los desempeñe en perjuicio de la Sociedad: v. gr. médico ignorante, juez venal, cerrajero que falsifique llaves, etc.

V. *Imponer los servicios* de que la Sociedad necesite, bien ordinariamente, ya en circunstancias excepcionales: v. gr. el servicio militar, y el servicio sanitario que en épocas de epidemia se organiza.

V. Examen crítico de los gremios.

En los *gremios* (asociaciones de los que tienen una misma profesión, industria ú oficio, para fines relacionados con el ejercicio de la clase de trabajo á que respectivamente se dedican los asociados) hay que distinguir tres aspectos: la reglamentación del trabajo, la organización

(1) En España se da la grave anomalía de que mientras la profesión de Arquitecto no es libre, es completamente libre la de Ingeniero constructor, pudiendo construir una obra de inmensa importancia y riesgo una persona incompetente.

jerárquica de los asociados y las relaciones de la asociación con otras personas privadas ó públicas.

El trabajo debe ser libre dentro del orden jurídico: de suerte que, no mediando perjuicio ni fraude, tendrá el hombre amplia libertad en cuanto al tiempo, lugar, instrumentos, máquinas y procedimientos industriales: la reglamentación rigurosa, trajo como resultado la decadencia de las industrias (1).

(1) D. Manuel Colmeiro dice que: «Nada perjudicó tanto á la prosperidad creciente de la industria española del siglo XVI como el sistema reglamentario. Con su invasión coincide la decadencia de las artes en Toledo, Burgos y Sevilla; y como si fuese leve el daño que causaba á estos reinos, se abrían las puertas á las mercaderías extranjeras fabricadas fuera de toda ordenanza, sin conceder á los naturales la libertad de imitarlas».

Por Decreto de las Cortes de Cádiz (en 8 de Junio de 1813) se determinaron los siguientes principios de libertad industrial: «1.° Todos los españoles y los extranjeros avecindados ó que se avecinden en los pueblos de la Monarquía, podrán libremente establecer las fábricas ó artefactos de cualquiera clase que les acomode, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal que se sujeten á las reglas de policía adoptadas ó que se adopten para la salubridad de los mismos pueblos».

«2.° También podrán ejercer libremente cualquiera industria ó oficio útil, sin necesidad de examen, título, ó incorporación á los gremios respectivos cuyas ordenanzas se derogan en esta parte».

En 29 de Junio de 1815 se revocó el anterior decreto, mandando que se restablecieran las ordenanzas gremiales; «pero con particular encargo á la Junta de comercio y moneda para que se examinen las ordenanzas como está mandado, y se anule todo lo que pueda causar monopolio por los del gremio; lo que sea perjudicial al progreso de las artes, y lo que impida la justa libertad que todos tienen de ejercer su industria, acreditando poseer los conocimientos de ella por las obras que presenten».

Por Real decreto de 20 de Enero de 1834 se relajó un tanto el rigor de las ordenanzas gremiales, y por Ley de 6 de Diciembre de 1834 restablecióse el Decreto de las Cortes de Cádiz, por el que ordenaron éstas la libertad en el establecimiento de fábricas y ejercicio de cualquiera industria útil en los términos que ya hemos visto.

Resulta, pues, que los gremios fueron como dice Martínez Alcubilla, reuniones de mercaderes artesanos ó trabajadores que teniendo un mismo oficio estaban sujetos á la ordenanza especial de su respectivo ramo. En tanto que hoy son los gremios asociaciones puramente voluntarias, porque toda industria es libre según la ley.

«La guerra (dice Luis Cossa) á los gremios ó corporaciones de arte es... antigua, porque hacia el siglo XVI Bodin (1568 y 1576) y antes de él Hales, con el escrito publicado por Stafford en 1581, condenaban las tendencias de monopolio, y querían estuviesen *abiertas* á todos, sin excluir á los extranjeros. (Introducción al estudio de la Economía política, traducción española, pág. 262: Valladolid 1892).

La asociación de los que por dedicarse á una misma profesión, industria ú oficio tienen intereses comunes y deben mantener frecuentes y armónicas relaciones ha tenido lugar en todos los pueblos cultos, tan pronto como han adquirido alguna importancia las respectivas manifestaciones del trabajo humano; habiendo necesidad, en todo caso, de una dirección especial que mantenga los acuerdos y reglas por las cuales la asociación se rige (1).

Las que pudiéramos llamar relaciones exteriores del gremio son, ya con el Estado (2), ya con las otras asociaciones que tienen cierto enlace con aquél en la vida económica (3), bien con los particulares que se relacionen jurídicamente con el gremio ó con los agremiados, en cuanto se refiera al trabajo que constituye la habitual y específica labor de aquéllos (4). Siempre que el egoísmo no

(1) Eran «los gremios, asociaciones de trabajadores dedicados á la industria fabril, monopolizaban, cada uno de ellos, un oficio determinado, prohibiendo su ejercicio á todos los que no eran socios. Para serlo era preciso sujetarse á un aprendizaje reglamentario al que no se admitía más que á ciertas personas; los aprendices pasaban después de un tiempo fijo á la clase de oficiales, y luego, previo examen, ascendían á la categoría de maestros. Sólo ellos podían dirigir los trabajos, conformándose en cuanto á su objeto y forma á las prescripciones de los reglamentos.»

«La asociación estaba bajo el patrocinio de algún Santo, y era á la vez sociedad industrial y cofradía religiosa. Los alcaldes y veedores conservaban el orden y velaban por la observancia del estatuto gremial». (Lecciones de Economía política por D. Santiago Diego Madrazo, págs. 266 y 267 del tom. I: Madrid, 1874).

(2) Podemos citar como ejemplo el siguiente precepto legal: «Los industriales que en una población ejerzan la misma profesión, industria, comercio, arte ó oficio de los comprendidos en las tarifas 1.ª y 4.ª, y en los números de la 2.ª y 3.ª señalados con la letra A, constituirán gremio ó colegio para distribuirse individualmente el importe de su contribución respectiva, siempre que no se hallen comprendidos en alguno de los casos 3.º, 4.º y 5.º del art. 74 (art. 79 del Reglamento para la imposición, administración y cobranza de la contribución industrial y de comercio, aprobado por Real decreto de 28 de Mayo de 1896).

(3) Las Cámaras de comercio fundadas por Real decreto de 9 de Abril de 1896 que procura satisfacer esta necesidad y dicta la siguiente «Disposición general. En las plazas en que el comercio y la industria estuvieren organizados por gremios, formarán parte de la Cámara oficial los representantes de cada gremio, que éstos elegirán, procurando al hacer esta elección que estén proporcionalmente representados los intereses peculiares á cada gremio.»

(4) Puede citarse al efecto el art. 5.º del Real decreto de 28 de Diciembre de 1892, etc.

quebrante los límites de la justicia y del bien público no podemos negar la eficacia, y aun la necesidad, de esta acción colectiva del gremio (1).

VI. Limitaciones en el ejercicio del derecho á la propiedad.

Mostrada ya la supremacía del hombre respecto de los seres inferiores, como fundamento racional del derecho á la propiedad, hemos de señalar al ejercicio de este derecho los límites nacidos: (a) del objeto, (b) del sujeto, (c) del fin del sujeto, (ch) de la coordinación del derecho de todos igual en principio y (d), finalmente, del fin colectivo social.

(a) La condición especial de la *materia del derecho* determina la manera y forma especial de ejercer el señorío, habiendo de tener en cuenta las propiedades de los cuerpos y las leyes que los rigen, para no destruirlos estérilmente ó hacer un empleo de ellos ineficaz y aun dañoso.

(b) El sujeto ha de restringir el señorío mencionado á lo que puede someter á su dominación, en cuanto excedan de esto sus pretensiones resultará un alarde necio y estéril.

(c) El fin del sujeto fija los medios que necesita ó le son útiles y la cuantía y modo de aplicarlos al logro del fin.

(ch) Ha de haber coordinación del derecho de todos en los dos momentos de: I. Sustraer, del derecho que todos en general tenían, los seres que se hacen objeto de una dependencia exclusiva de determinada persona. II. Ejercicio simultáneo del derecho á la propiedad, por todos, de

(1) «El gremio es una institución social, de carácter casi total, que ha de cumplir elevadísimas funciones en la vida pública, que ha de llenar importantes fines sociales no industriales. Ha de ser una familia, y, como tal, ha de tener su hogar, su religión, su patrimonio, su beneficencia, su escuela. Pero ha de tener, claro está, su autoridad, su organismo director, su poder encargado de cumplir todos los fines de la sociedad, de dirimir todas las contiendas y resolver todos los conflictos entre sus miembros. Constituído el gremio en esta forma, en su seno se resolverán cuantas dificultades y luchas económicas se susciten; de lo contrario, nó». (Ley jurídica de la industria por Enrique Prat de la Riba, pág. 248: Barcelona, 1898).

suerte que desenvuelvan su actividad de una manera ordenada. Bajo el primer aspecto el *hecho jurídico* que dé lugar al dominio concreto de una persona sobre una cosa deberá ser suficiente á justificarlo en unión al derecho abstracto á la propiedad que el sujeto tenía. En el segundo momento la ley jurídica de toda sociedad temporal bien ordenada debe procurar á los hombres, mediante el adecuado ejercicio de su actividad, el señorío real sobre los seres que pueblan la tierra, (a) en la medida de lo necesario, (b) en progresión creciente hacia la prosperidad material.

(d) El fin colectivo de la sociedad puede hacer necesario (a) reservar para el bien y el servicio público ciertas cosas, de suerte que no sean apropiables de un modo exclusivo por ningún particular, (b) y exigir determinados requisitos para que tengan efecto jurídico los hechos ó actos de apropiación.

VII. Restricciones al derecho á formar relaciones jurídicas.

El hombre tiene la libertad para formar relaciones jurídicas: I Cuando no *perturbe* con ellas el orden social. II. Siempre que no se *inhabilite* para conseguir su propio fin; y III. Con tal de que no *perjudique* los derechos de otro. Requiérese además para la validez de dichas relaciones, que tengan la necesaria aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica los que las forman.

I. *Perturba* el orden social el que prescinde de la subordinación de fines, y no toma en cuenta los vínculos que socialmente le ligan.

II. *Se inhabilita* para conseguir el fin el que se obliga á ser esclavo ó á una prestación inmoral.

III. *Perjudica* los derechos de otro el que contrae una nueva obligación que si fuera válida haría perder su eficacia á obligaciones ya contraídas.

Por eso la ley jurídica impide que la persona unida en matrimonio, válido y subsistente, pase á contraer otras nupcias con persona distinta de su legítimo cónyuge (1): igualmente, declara nulo todo contrato que tenga un objeto inmoral (2), y no solamente niega valor y eficacia á las deudas supuestas, mediante la confabulación entre el deudor tramposo y sus cómplices para defraudar á los legítimos acreedores, sino que les impone rigurosa penalidad á los defraudadores (3).

VIII. La libertad de asociarse no puede impedirla el Estado por mero capricho sino por motivos ciertos de orden social.

Las sociedades pueden clasificarse, por sus fines, en temporales y espirituales, privadas y públicas. Las sociedades temporales procuran un bien de posible realización en la presente vida, en la cual terminan su misión y las ventajas que directamente proporcionan: la autoridad temporal intervendrá en ellas para mantener el orden social; pero claramente se demuestra, que las relativas á fines privados se rigen por sí mismas; y el poder público saldría de su esfera si las formase, y dirigiera inmediatamente las manifestaciones de su actividad. En las sociedades de carácter temporal que se proponen un fin público, como éste habría de ser cumplido por el Estado; ó bien, por la utilidad general que reportan, rebasan los límites del orden privado, nadie mejor juez de lo conveniente á la sociedad que el poder público; el cual, fundado en el bien social,

(1) El Santo Concilio de Trento formuló el siguiente Canon (II de la Sesión XXIV acerca «Del Sacramento del Matrimonio) «Si alguno dijere que es lícito á los cristianos tener á un mismo tiempo varias mujeres (plures simul habere uxores) y que esto no está prohibido por ninguna ley divina; sea excomulgado.»

El Código civil sigue la doctrina indicada en el texto (en sus arts. 83 y 101).

(2) Arts. 1271 y 1275 del Cód. civ.

(3) Número 3.° del art. 1291 del Cód. civ.; arts. 1297 y 1298 del mismo cuerpo legal, y arts. 537, 545, etc. del Cód. Penal.

permitirá ó impedirá la fundación ó subsistencia de las asociaciones para el pró común, ordenará su fundación, reglamentará sus actos, impondrá limitaciones, exigirá garantías; y en suma, tendrá plenas facultades para promover la prosperidad pública y evitar toda perturbación del orden.

Las sociedades para un fin espiritual estan bajo el gobierno del poder religioso, y en caso de ofrecerse alguna cuestión relativa á los medios temporales con que procuran llenar su misión, en materias que pudieran considerarse como sujetas á las dos potestades (la Iglesia y el Estado), el común acuerdo debe resolverlas; y en caso de discrepancia, se aplicarán los principios propuestos para resolver la colisión aparente de derechos, y se reconocerá la mayor excelencia del fin espiritual.

En todo caso, tratándose de un medio tan eficaz, como la asociación, para obtener resultados inaccesibles al individuo aislado, nunca el capricho puede inspirar las prescripciones del Superior; sino que habrá de cumplir cuanto demanda el bien común, y respetar la libertad individual en lo que á éste no se oponga (1).

(1) Thiers, en su memorable informe sobre la asistencia pública (citado por Dupanloup) escribía: «No entendemos que el Estado deba prohibir tal ó cual sociedad porque no le haya sometido sus estatutos; nó, seguramente. Cuando se trata de beneficencia el Estado debe respetar y animar su libertad, pues el bien para que se practique voluntariamente debe ser hecho libremente.»

Las congregaciones religiosas han sido objeto de sangrientas y obstinadas persecuciones en *nombre de la libertad* ¡Cómo si no la tuvieran los religiosos para alcanzar la perfección de la vida cristiana! Unicamente inspiran tolerancia ó simpatías á los *modernos partidarios de la libertad* las instituciones religiosas de caridad; pero sometiéndolas á la Administración pública del Estado. Francia en 1790 formuló el siguiente principio de *libertad*: «La ley constitucional del reino no reconocerá los votos religiosos monásticos solemnes de personas del uno y del otro sexo, y en consecuencia las órdenes y congregaciones regulares en que se hacen semejantes votos son y estarán suprimidas en Francia, sin que se puedan establecer otras análogas en lo porvenir».

Varias son las legislaciones modernas inspiradas en el odio sectario contra la Religión católica de la que las órdenes religiosas son bellísimo ornamento, bastará que citemos la ley dictada en Costa Rica en 4 de Junio de 1894: Art. 1.° La prohibición establecida por el art. 1.° de la ley de 22 de Junio de 1884 comprende

CAPÍTULO 6.°

DERECHO Á LA COOPERACIÓN

I. Fundamento de este derecho.

El individuo es llevado á la sociedad por impulso irresistible, y por la convicción profunda de su personal insuficiencia: en aquélla debe encontrar no tan sólo el respeto á sus derechos, sino también el auxilio de sus semejantes y de la sociedad, para el cumplimiento de sus fines.

toda congregación religiosa de hombres ó de mujeres, de eclesiásticos ó de seglares, ligados con cualquier género de votos, que vivan ó no en comunidad.—Artículo 2.° Las Congregaciones religiosas existentes en la República al emitirse dicho decreto que hubieren permanecido en ella hasta ahora no podrán aumentar el personal que en la actualidad tuvieren. Las de varones quedarán impedidas de reponer los miembros que en lo sucesivo faltaren.—Art. 3.° No obstante..... el Poder ejecutivo puede en cualquier tiempo expulsar del país dichas congregaciones, *cuando lo tuviere por conveniente* ó prohibir la renovación de religiosas.—Artículo 4.° Las Hermanas de la Caridad pueden entrar libremente en la República en cualquier número siempre que vengan destinadas al servicio de establecimientos de beneficencia.» Colección.... por Romero Girón y García Moreno.

Sabatier, recuerda en frente de esa intolerancia anticatólica el siguiente pasaje que Merlin (un convencional no sospechoso ciertamente de condescendencia para las manifestaciones de lo que él llamaba sin duda *superstición*) inserta en su celebrado Repertorio al tratar de la palabra *Votos*.

«Todo hombre que se dispone á abrazar la vida religiosa debe decirse á sí mismo: Yo voy á pronunciar en frente del altar y en las manos de Dios un triple juramento del que no podré abjurar jamás. Yo voy á prometerle de desprender para siempre mi corazón de todos estos bienes que tanto dominio tienen sobre él, sujetándome á la pobreza. Voy á prometerle someter mis pasiones, encadenar mis sentidos, vencer la naturaleza y sujetarme á la castidad. Yo voy á prometerle ahogar en mi alma esta tendencia victoriosa que nos conduce á la libertad, sometiéndome á la obediencia. Y para cumplir todos estos compromisos, es preciso que haga todavía más; yo, hombre, voy á separarme de los hombres; yo, ciudadano, voy á renunciar á la sociedad; yo, hijo, hermano, amigo, voy á apartarme de todos aquellos que la naturaleza ó el sentimiento me habían dado por compañeros y consoladores de mi vida; en una palabra voy á jurar, huir de todos los goces y buscar todos los sacrificios.»

Esta descripción tan exacta nos revela toda la grandeza de los votos religiosos y la sublime misión que están llamadas á cumplir las congregaciones católicas, como vivo ejemplo de virtud y de abnegación, y por los beneficios de toda clase que han de atraer sobre la sociedad en la cual viven. Si es muy cierto el principio Servire Deo regnare est, si cada uno debe seguir su vocación, si no lesiona el

De las anteriores indicaciones deducimos el derecho á la cooperación, toda vez que éste es el fin de toda sociedad. Distinguimos dos aspectos, uno positivo, negativo el otro.

II. Aspecto positivo: auxilio debido por los demás hombres y por la sociedad. Aspecto negativo: tutela individual y social.

Nuestros semejantes nos deben auxilio en el caso de que expresamente nos lo hayan ofrecido, siempre que hayan manifestado su voluntad mediante actos de los cuales se derive rigurosamente una obligación respecto de nosotros; y finalmente, cuando, supuestas las circunstancias en que nos hallamos, el orden impone determinados deberes.

Podemos obligarnos expresamente á determinada prestación. Demostraremos la posibilidad, cuando probemos que tenemos derecho de transmitir lo que nos pertenece, que otro tiene derecho de adquirirlo; y por último, que puede verificarse por acto explícito ó por manifestación expresa de nuestra voluntad. Podemos transmitir las cosas de nuestra pertenencia siempre que juzguemos útil para nosotros la transmisión; pues las acciones y objetos sometidos á nuestra potestad son medios, y tienen justificación en su respectiva utilidad. Otra persona adquiere lo que le transmitimos, pues á su alcance lo ponemos y puede tomarlo ó pedirlo sin ofensa nuestra; ya que nos hemos desapoderado de ello en obsequio suyo, sin perjuicio de los demás, los cuales ningún derecho tienen. Ultimamente la transmisión puede verificarse por un acto expreso de nuestra voluntad; pues, á excepción de aquello que determina

religioso derecho alguno de otra persona ¿con qué título puede al el Estado ni nadie prohibirle buscar su perfección en el seno de una orden religiosa?

Si hasta las rameras están bajo el amparo del derecho común, y no deben (según Faustin Helie) constituir una clase aparte para la que las leyes no tengan fuerza y protección ¿será lógico que se persiga de nombre de la libertad á las personas más virtuosas y por tanto más dignas de ser respetadas? Recomendamos la lectura del folleto publicado por M. Sabatier: París, 1880.

el orden jurídico de un modo absoluto y taxativo *somos los ordenadores de las relaciones jurídicas que formamos.*

Hay veces en que la voluntad se manifiesta de un modo tácito, ó se verifican actos de los cuales se deriva una obligación; así, el que se encarga de la administración de bienes de un ausente, *motu proprio*, tácita ó implícitamente se obliga á dar cuenta de su gestión, y del daño ó perjuicio causado se deriva la obligación de reparar. Hay circunstancias en las que debe la cooperación partir de personas que están colocadas en situación de prestárnosla; de consiguiente, siendo los únicos de quienes podemos recibirla, el orden les exige cumplan ese deber con nosotros; por eso deben penar las leyes la culpa *in omittendo*, castigando á la personas que pueden, sin riesgo suyo y con beneficio nuestro, evitarnos un daño y no lo hacen.

La sociedad debe procurar á sus miembros el bien que ellos por sí mismos pudieran obtener, siempre que de hacerlo así no se ofenda el derecho de nadie.

El mayor bien que la sociedad puede comunicar es el de la verdad; distinguimos dos órdenes de verdades, unas relativas al orden sobrenatural y otras al meramente natural: en las primeras no es juez el Estado; respecto de las segundas, hay unas relativas al orden jurídico, que tiene deber de enseñar á los súbditos; otras de carácter profesional, que únicamente tiene obligación de procurar se difundan, y, en caso necesario, establecer centros de instrucción, teniendo sin embargo muy presente, que *no hay ciencias ni artes oficiales, sino ciencias ó artes verdaderas.* La práctica del bien debe el Estado promoverla, mediante premios á la virtud (1) y al trabajo, y fomentando la prosperidad material por cuantas medidas puedan contribuir á ello.

(1) El premio José Audiffred para recompensar los actos de abnegación ha sido otorgado en 5 de Diciembre de 1896 á las Misiones católicas del Africa central por la Academia francesa de ciencias morales y políticas (Block, obra citada, pág. 1010).

El aspecto *negativo* del derecho á la cooperación se refiere directamente al respeto debido á nuestra persona y nuestros derechos; y como podemos sufrir daños y perjuicios por muy diversas causas que pongan en peligro la existencia concreta de nuestra persona ó la integridad de nuestros derechos, contra semejantes riesgos la *tutela jurídica* nos ampara con *instituciones* que tienen como finalidad la *prevención* del peligro, la *defensa contra el ataque* y la *reintegración* del derecho menoscabado: abarcando cada una de aquellas instituciones uno ó más de estos fines.

La prevención procura: *quitar* el poder de dañar (á sí mismo y á otros) mediante las limitaciones convenientes, y *protejer* á los que pueden ser víctimas del daño proveyéndoles de medios con que puedan evitar éste en caso de incoarse la agresión.

La defensa tiende á producir la inmunidad del acometido aun á costa del daño y hasta (en ciertos casos) de la destrucción del sér que contra él dirige su actividad, protegiendo cumplidamente á la persona víctima de la agresión.

La reintegración del orden jurídico tiene por objeto, teniendo en cuenta el estado de cosas resultante del daño causado, hacer que desaparezca la perturbación y que reaparezca el derecho en todo su esplendor, *agregándole* además, en la medida de la posibilidad y de la justicia, todo cuánto le *restó* la perturbación sufrida.

Cuando desenvolvamos los derechos innatos, en el orden privado y en el público, apreciaremos las distintas aplicaciones de los precedentes principios: únicamente notaremos aquí que la prevención, la defensa y la reintegración, salvo cuando sean objeto propio de una relación jurídica especial, en pocos casos podremos exigirlas de los particulares, y por lo tanto se refieren más bien á la protección que la sociedad debe dispensarnos (1).

(1) Notaremos p. e. que acudir á la defensa del prójimo es un derecho pero no un deber jurídico, según nuestro Código penal.

La *tutela jurídica* individual se ejercita principalmente por medio de instituciones que tienen por objeto la representación legal, del incapacitado para ejercer sus derechos, por una persona capaz: en este concepto, la patria potestad y la tutela vienen á realizar, de una parte la limitación de nuestro derecho, y de otra el beneficio de que, en virtud de la representación, nuestra facultad jurídica la ejercita en provecho nuestro una persona que tiene aptitud para ello.

La tutela social proteje nuestra inteligencia, voluntad, libertad, honra y propiedad contra todos los ataques, reprimiendo la inmoralidad y el delito, previniéndolos cuando es posible y atenuando sus efectos; comprende además la previsión contra las eventualidades procedentes de causas necesarias, cuando no han sido previstas por los individuos, ó no han podido éstos defenderse convenientemente, atenuando en su caso los perniciosos efectos que produzcan.

III. Examen crítico de los principios sustentados por las escuelas individualistas y socialistas.

La subordinación del individuo al Estado tiene sus límites.

Dos escuelas contienden acerca de esta subordinación: la individualista, partiendo del individuo, considera con religioso respeto los derechos de éste, no permitiendo al Estado ingerencia alguna en la esfera puramente privada. La coexistencia de las libertades ó, quizá más bien, la coexistencia de las personalidades, pueden servir de fórmula al principio de la acción social en la escuela de que tratamos: la escuela socialista, tomando en cuenta el fin social, y considerándolo preferente al individual, juzga que el Estado tiene derecho á dirigir la acción de los individuos para que se realice la harmonía social.

El bien del pueblo inspiró á las escuelas políticas liberales numerosas trabas é imposiciones; de suerte que, se-

gún la idea del celebrado escritor Herbert Spencer, han hecho una evolución, que consiste, en haber defendido al principio las libertades individuales por el bien del pueblo, y tomado á su cargo después el bien del pueblo, prescindiendo de las libertades individuales.

IV. Errores modernos acerca de los derechos individuales.

Influidas las Constituciones modernas por ciertos radicalismos de principios individualistas, racionalistas y otros han incurrido en lamentables errores bien admitiendo que en todo ó en parte son ilimitados é ilegislables los derechos individuales (1), ya colocando en el rango de derechos primordiales los que no son más que aplicaciones exageradas é inoportunas de un derecho verdadero (2), ya, en fin, ele-

(1) Así según el art. 2.° de la Declaración de los derechos del hombre: El objeto de esta sociedad política es la conservación de los derechos *naturales é imprescriptibles* del hombre, á saber: la libertad, la seguridad, la propiedad y la resistencia á la opresión.

El art. 1.° de la Constitución de Pensilvania también hace declaración de derechos y es notable la sección 1.ª según la cual todos los hombres nacen igualmente libres á independientes y poseen ciertos derechos naturales é inalienables:» principio que aplica con alguna exageración, por ejemplo en la sección 7.ª en que dice «el libre cambio de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos inestimables al hombre, y todo ciudadano puede hablar, escribir é imprimir libremente sobre cualquier materia bajo su responsabilidad en cuanto al abuso que hagan de esta libertad.» Siendo ilimitado el derecho de los ciudadanos á llevar armas para su defensa personal (sección 21) y no pudiendo ser alojado ningún militar sin consentimiento del dueño de la casa (en tiempo de paz, según la sección 23).

(2) El art. 5.° del acta de reforma hecha en 25 de Septiembre de 1873 á la Constitución de Méjico, encontramos esta mezcla rara de principios ciertos y aplicaciones erróneas: ninguno puede ser obligado á un trabajo personal sino es mediando la justa retribución y el pleno consentimiento del trabajador. El Estado no puede permitir que se ejecute ningún contrato, pacto ó convenio que tenga por objeto la *disminución*, la pérdida ó el sacrificio irrevocable de la libertad humana, no por causa de trabajo, de educación ó de voto religioso. *La ley, en consecuencia no reconoce órdenes monásticas y no puede permitir su establecimiento*, cualesquiera que sean la denominación ó el objeto que la fundación se proponga.....».

El art. 14 de la Const. de Venezuela de 1893 comprende en su párrafo 5.°. «La libertad personal, y por ella: 1.° Queda abolido el reclutamiento forzoso

vando la razón á la categoría de indefectible, y aprovechando la ocasión de hostilizar á la Iglesia de Dios privándola de sus legítimos derechos sobre los fieles.

La Revolución trató de consignar los derechos del hombre en la ley fundamental del Estado; y aunque se repute un progreso que se fijen nuestros derechos de una manera pública é indiscutible, no es menos necesario poder ampararnos de los posibles excesos de la autoridad, en alguna institución protectora que nos defienda, y sujetar á estrecha responsabilidad á la autoridad y á sus representantes y agentes cuando violen el derecho de los ciudadanos (1).

Vamos á fijar nuestra atención sobre algunos puntos importantes, omitiendo los que revisten menos interés ó son menos discutidos.

Libertad de cultos. Dícese por algunos publicistas que blasonan de católicos, que debe permitirse la propaganda y el libre ejercicio de todas las religiones: 1.° Porque nadie nos puede imponer las creencias. 2.° Para que se permita la propaganda católica en los países no católicos. 3.° A causa de que el Estado no tiene religión.

Lo primero nadie como no sea un fanático sectario lo discute: pues la fe no puede imponerse por la espada y tiene que nacer de la persuasión; pero no demuestra otra cosa sino que la propaganda religiosa no debe llevarse á cabo por medio de la violencia, y que ningún acto positivo de la

para el servicio de las armas.» Entendemos mucho más racional y patriótico el precepto constitucional que entre nosotros establece la obligación que tiene todo español de defender la patria con las armas, cuando sea llamado por la ley (artículo 3.° de Const.)

(1) La responsabilidad por causa de los abusos del poder, toda vez que ha de ser declarada por personas unidas á la que es objeto de acusación por ciertos vínculos de solidaridad; y atendiendo á la falta de pruebas y á las veces á la carencia de medios y procedimientos adecuados para obtener una declaración efectiva y eficaz, tiene por desgracia muy poca importancia en la vida real. En los principios filosóficos del Derecho político y del procesal haremos aplicación de estas ideas y examinaremos las instituciones que garantizan los derechos de los ciudadanos contra los abusos del poder.

religión puede lícitamente imponerse por un hombre á otro hombre mediante la fuerza.

La segunda consideración no puede racionalmente defenderse porque los *pueblos* cristianos son los más civilizados y los más fuertes (1): los que se hallan dominados por el mahometismo (2) están en plena decadencia, los bramanistas y budhistas se hallan sojuzgados por los europeos ó admiten ya la cultura ó están abiertos á la de los países civilizados (3); y los idólatras llevan una existencia miserable, y habrán de rendirse ante la superioridad de los pueblos

(1) Hubner (citado por Wilmers) en su Geografía estadística da en su cuadro de 1884 los números siguientes, 432.000 de cristianos; católicos, 218.000.000; protestantes, 125.000.000; cismáticos orientales, 83.000.000, otros cristianos 8.000.000.

Para formarse idea de la multitud de sectas protestantes indicaremos que en 1889 los diferentes grupos religiosos de Inglaterra y del país de Gales eran en número de 220 (Wilmers). En los Estados Unidos los adultos que practicaban el protestantismo eran en 1890: metodistas, 4.589.284; Baptistas, 3.712.468; Presbiterianos, 1.278.332; Luteranos, 1.291.072; Discípulos de Jesucristo, 641.051; de la Iglesia episcopal protestante, 540.509; Congregacionalistas, 512.771; Reformados, 309.458; Hermanos unidos, 225.281; del sínodo alemán evangelista, 187.432; Santos del juicio final, 166.125; de la asociación evangelista, 139.313, y otras sectas (Block).

El Atlas de Geografía moderna por Schrader, Pradeot y Anthoine (París, 1889) enumera 333 millones de cristianos en Europa, 7 de musulmanes y 6 de judíos. En América del Norte predomina el cristianismo en una proporción quizá mayor, y en América del Sur impera casi exclusivamente el Catolicismo.

(2) Turquía se sostiene no más que por la emulación de las grandes potencias y los artificios de la política europea. En el Africa, al Norte del Ecuador se halla muy extendido el mahometismo; pero la influencia europea y los trabajos apostólicos del Catolicismo preparan el terreno para mayores progresos de la Religión verdadera; y de todas suertes ni Marruecos ni Egipto ni otro Estado del Africa puede figurar como Potencia temible para ningún Estado soberano de Europa. La Persia es incapaz de sostener parangón en cuanto á cultura y fuerza con ninguna nación cristiana.

(3) La China y el Japón están abiertos al comercio y á las misiones cristianas. Téngase en cuenta que en China no hay unidad religiosa y el culto oficial es un tejido de supersticiones que no se relacionan con el budhismo, mahometismo ó cofucianismo (p. e. el templo á la Osa mayor y el dedicado al primer gusano de seda). En el Japón las religiones de Sinto y de Budha son las favorecidas y las que pudiéramos llamar nacionales; las primitivas creencias japonesas se hallan en la primera y el budhismo está dividido en muchas sectas siendo siete las principales. (Véase Diccionario enciclopédico, artículos sobre la China y el Japón).

cultos (1): de suerte que si todos los Gobiernos de los pueblos cristianos se hallasen á la altura de su misión, promoverían la propaganda de la Religión verdadera por medios lícitos, sin tener necesidad de transigir con el error en los pueblos ya ganados para Cristo.

Por lo que se refiere á España, si con arreglo al censo de 1877 de los 16.634.345 habitantes, los no católicos eran 17.281 (2) ¿No es una pretensión necia, tomando en cuenta el escasísimo número de disidentes, la de que se permitan cultos ofensivos á nuestra religión, en su manifestación pública y ostensible? Adviértase que no son los mismos los derechos de la verdad que los del error, y así como todo buen gobierno debe proscribir las instituciones que se propongan la inmoralidad, de la misma manera, el Estado católico debe impedir la corrupción de las almas por las falsas religiones: nada tememos los católicos por la propaganda universal de nuestra religión: ella florece después de las persecuciones y ostenta vitalidad y fuerza, llegando así á conquistar concesiones de parte de los gobiernos que, aun cuando herejes ó infieles, no pueden menos de apreciar las excelencias de la religión católica, la pureza de su moral y las virtudes de sus hijos ilustres: de este modo han conquistado su reconocimiento oficial los seis millones

(1) En Africa y en Oceanía el culto idolátrico está muy extendido; pero la comunicación cada vez más frecuente con los europeos y la incesante labor de las misiones habrán de traer la destrucción de todas las falsas religiones, que se fundan no más que en pueriles preocupaciones de mentes incultas.

(2) «Según el citado censo de 1877 había 6.233 protestantes, 402 judíos, 349 evangelistas, 29 anglicanos, 24 reformistas, 8 griegos ortodoxos, 7 cristianos espiritistas, 7 episcopales, 4 cismáticos griegos, un luterano, un metodista, un kuáquero, 256 racionalistas, 452 librepensadores, 1 358 indiferentes, 147 deístas, 258 espiritistas, 50 que solo profesan la moral, 16 la religión natural, 3 la religión de la conciencia, 3 la libertad, 3 la religión especial, uno la religión especulativa, 104 ateos, 9 positivistas, 3 materialistas, 7.982 individuos que no profesan religión de ninguna clase, 271 mahometanos, 279 budhistas, 16 paganos, 9 *anticatólicos*, 4 que siguen la doctrina de Confucio y un iconoclasta, (Diccionario enciclopédico, tom. VII, pág. 764).

La proporción de los no católicos creemos fundadamente que no habrá variado de una manera sensible desde 1877 hasta el año actual.

de católicos ingleses, y así consiguen penetrar y propagar la fe nuestros misioneros, aun en medio de las tribus salvajes. Resumiendo diremos, que nuestro criterio es el de la intolerancia, no convenciéndonos consideraciones algunas de utilidad, y no admitiendo jamás la imposición por la fuerza de nuestra religión, aun firmemente persuadidos de que es la verdadera y de que fuera de ella no halla reposo nuestra conciencia, ni hay salvación posible.

No pasa de ser una simpleza el decir que el Estado es ateo porque no va á misa ni comulga, pues siguiendo tan luminoso principio, también diríamos: el Estado no debe imponer contribuciones, porque como no tiene estómago no las puede consumir. El Estado representa la acción social para el bien social, debe ser espejo del espíritu dominante en la sociedad que rige, y si la sociedad que rige es católica, debe ser católico; no pudiendo ponerse jamás en contra de las creencias y costumbres religiosas de la nación.

Libertad de enseñanza: Esto es, hay derecho á enseñar la verdad y el error en la forma que le parezca oportuna al profesor.

Parece imposible que hombres serios se atrevan á sostener tan *odioso privilegio* por virtud del cual el Estado sóstiene ó tolera enseñanzas perturbadoras del orden social. No entendemos que aquellos mismos que quizá no respetan el Santuario erijan la Cátedra en Santuario inviolable donde sea lícito y autorizado al profesor burlarse de la Religión, combatir la organización social y pervertir las costumbres de los pueblos: así como estiman justo y conveniente para la investigación científica no limitar los planes de enseñanza del profesor, permitiéndole que trate de lo que se le antoje y omita todo cuanto quiera de la asignatura que *debe enseñar por completo* á sus alumnos.

Semejantes dislates son muy admitidos; pero antójasenos que sirven de medio para ocupar puestos en la enseñanza oficial; y una vez que dominaran en ella los que tal

sostienen, ó darían cierta uniformidad á la enseñanza, en contra de sus principios de libertad, ó quizá más probablemente quebrantarían toda unidad científica, reinando la más completa y perturbadora anarquía en el orden de los estudios.

Libertad de la tribuna: Para exponer al público las propias opiniones é *ilustrarle* según el criterio del orador.

Tiene la libertad de la tribuna los límites que la Moral y el Derecho marcan á nuestra conducta social, de suerte que admite limitaciones por razón de orden público, requiere ciertas garantías de que no ha de ser abusivo el ejercicio de este derecho; y, de todas suertes, el orador tiene la responsabilidad jurídica de sus discursos.

Libertad de imprenta: Que es el derecho á emplear los medios mecánicos para multiplicar las copias de un escrito ú otra representación gráfica del pensamiento.

Mas no se trata de un derecho ilimitado sino que se hallará sujeto á censura previa antes de la publicación, cuando las circunstancias especiales de la sociedad ó del impreso lo exijan, así como se podrán exigir garantías para hacer eficaz la responsabilidad jurídica á que haya lugar; y, sobre todo, deberá imponerse ésta sin contemplación de ningún género á los que abusan de tan excelentes medios de cultura social para lograr su ambición ó satisfacer sus más bajas pasiones.

Las tres anteriores clases de libertad (de enseñanza, de la tribuna y de imprenta) son manifestaciones de la *libertad de emitir el pensamiento* (1), derecho que existe en cuanto no se opone á la Moral ó al Derecho y que no es más que aplicación *del derecho á hacer el bien*: pues no hay derecho para hacer el mal, enseñar la mentira, ofen-

(1) En el Derecho público tienen mayor interés los mencionados derechos; pero como pueden ser utilizados para fines particulares, entonces tienen el carácter de derechos privados.

der la fama ú honor del prójimo, ni atacar de palabra ó por escrito á las instituciones sociales y políticas.

Hay otros derechos más respetables que los anteriores, pero que no son más que aplicaciones de los ya expuestos: p. e. el de no ser detenido sino en los casos que la ley determina (1), ni preso más que por mandato judicial suficientemente fundado (2); el de no poder penetrar en el domicilio de un particular (3), ni extraer á un ciudadano de su domicilio más que con justa causa prevista determinadamente en la ley (4); así como el de inviolabilidad de la correspondencia, de los papeles reservados, de los secretos particulares de los individuos (5), de la propiedad pri-

(1) «Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriben.»

«Todo detenido será puesto en libertad ó entregado á la autoridad judicial dentro de las 24 horas siguientes al acto de la detención.»

«Toda detención se dejará sin efecto ó elevará á prisión dentro de la 72 horas de haber sido entregado el detenido al juez competente.»

«La providencia que se dictare se notificará al interesado dentro del mismo plazo» (art. 4.° de la Constitución vigente).

(2) «Ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de juez competente.»

«El auto en que se haya dictado el mandamiento se ratificará ó repondrá, oído el presunto reo, dentro de las 72 horas siguientes al acto de la prisión.»

«Toda persona detenida ó presa sin las formalidades legales ó fuera de los casos previstos en la Constitución y las leyes, será puesta en libertad á petición suya ó de cualquier español. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso», (art. 5.° de la Const.)

(3) «Nadie podrá entrar en el domicilio de un español ó extranjero, residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstas por las leyes» (pár. 1.° del art. 6.°).

(4) «Ningún *español* podrá ser compelido á mudar de domicilio ó residencia sino en virtud de mandato de autoridad competente y en los casos previstos por las leyes» (art. 9.° de la Const.) Ya el jurisconsulto Paulo, sentaba la siguiente regla de Derecho.» Nemo de domo sua extrahi debet (ley CIV, t. IXVII, lib. L, del Digesto).

(5) «No podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo» (art. 7.° de la Const.) El art. 44 de Real decreto de 18 de Julio de 1876 garantiza la inviolabilidad de la correspondencia telegráfica: «Procederá (dice) la separación del Cuerpo de todo funcionario que falte al secreto de la correspondencia.....» En el Real decreto de 11 de Noviembre de 1890 se prescribe que «Los concesionarios de redes ó líneas telefónicas á gran distancia, quedarán obligados á adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la inviolabilidad del secreto de la correspondencia que circule por su red.»

Respecto á los papeles reservados, el párrafo 2.° del art. 6.° de la Constitu-

vada (1), de la conciencia (2): los derechos de elegir la profesión y aprenderla como juzgue conveniente el interesado (3), de enseñar y educar (4), de emitir sus ideas y opiniones (5), de reunión y petición (6), etcétera: todos los cuales no pasan de ser consecuencias de los estudiados en el presente

ción, determina que: «El registro de papeles y efectos se verificará siempre á presencia del interesado ó de un individuo de su familia, y en su defecto de dos testigos vecinos del mismo pueblo» y el art. 8.° dice: «Todo auto de prisión, de registro de morada, ó de detención de la correspondencia, será motivado.»

La inviolabilidad de los secretos particulares se halla amparada por el Código penal en diferentes artículos y principalmente en el 379 (que castiga al funcionario público que sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular los descubriere), el 371 (en que se pena al Abogado y al Procurador que descubriere los secretos de su cliente) y en el cap. VII del tít. XII del libro II (cuyo epígrafe es: Descubrimiento y revelación de secretos).

(1) Art. 10 de la Const. «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización.»

«Si no precediere este requisito los jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado.»

(2) Art. 11. «La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado. La Nación se obliga á mantener el culto y sus ministros.»

«Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido á la Moral cristiana.»

«No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la Religión del Estado.»

(3) Art. 12. «Cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca.»

(4) Art. 12. «..... Todo *español* podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción ó de educación con arreglo á las leyes.»

«Al Estado corresponde expedir los títulos profesionales y establecer las condiciones de los que pretendan obtenerlos y la forma en que han de probar su aptitud».....

(5) Art. 13 de la Const. «Todo español tiene derecho: de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta ó de otro procedimiento semejante sin sujeción á censura previa.»

(6) El art. 13 sanciona el derecho: «de reunirse pacíficamente, de asociarse para los fines de la vida humana; de dirigir peticiones individual ó colectivamente al Rey, á las Cortes y á las autoridades.»

Hay que notar las numerosas limitaciones impuestas al derecho de reunión (por la ley de 15 de Junio de 1880) al de asociación, (por la ley de 30 de Junio de 1887) al derecho de petición por el párrafo 2.° del art. 13 («El derecho de petición no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada, sino con arreglo á las leyes de su instituto, en cuanto tenga relación con éste») y á todos tres derechos por el Código penal (arts. 168 á 172 y 189 á 201).

título; y, algunos, están formados por la combinación de dos ó más derechos innatos (1) por lo que omitimos tratar especialmente de ellos. No terminaremos este punto sin aplaudir el principio consignado en nuestra Constitución según el que: «Las leyes dictarán las reglas oportunas para asegurar á los españoles en el respeto recíproco de los derechos que este título (2) les reconoce, sin menoscabo de los derechos de la Nación ni de los atributos esenciales del poder público» (3).

V Resumen.

Los derechos individuales comprendidos en el derecho privado son:

A. Al reconocimiento del *carácter personal* á todo hombre en el orden jurídico.

Incluyéndose en tal derecho dos aspectos; *positivo* el uno y *negativo* (4) el otro.

El positivo comprende:

I. El derecho á la dignidad personal.

II. El de igualdad de los hombres ante la ley jurídica.

(1) Por ejemplo el derecho á la inviolabilidad del domicilio se opone á los actos que violan por igual el derecho de propiedad y el de libertad é independencia que todos disfrutamos en el recinto de nuestra morada.

(2) Título 1.° de la Constitución del Estado promulgada en 30 de Junio de 1876.

(3) Art. 14: en el cual se ve la limitación de los derechos individuales por el recíproco respeto de los ciudadanos á los derechos que cada uno tiene, y la subordinación del individuo al Estado: así pues, vemos que los derechos individuales son *legislables, limitados y subordinados al bien público.*

Además como el hombre responde de sus actos, el Código penal (Sección 1.ª, cap. 2.°, tít. II del lib. II) castiga los «Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución»; y en cambio, como garantía, el párrafo 2.° del art. 14 de la Constitución consigna que las leyes «Determinarán asimismo la responsabilidad civil y penal á que han de quedar sujetos, según los casos, los jueces, autoridades y funcionarios de todas clases que atenten á los derechos enumerados en este título.»

Cuando tratemos del Orden público veremos como puede llegar el caso en el cual se restrinjan ciertos derechos: p. e. en épocas de perturbación social, en que es preciso que el orden se imponga con energía por la autoridad.

(4) Entendemos por *negativo* el que se refiere á las negaciones, ya para admitirlas en concepto de justas restricciones, ya para condenarlas en nombre de la justicia cuando sean contra la ley jurídica natural.

Al negativo se refieren:

I. El derecho á no descender de la categoría de persona dotada de capacidad jurídica.

II. El derecho á no supeditarse á otro hombre ni ser considerado como inferior á otro, salvo que con justo título se demuestre la necesidad de tal superioridad ó jerarquía para cumplir el orden jurídico.

B. *Derecho á la conservación.*

El aspecto *positivo* de este derecho refiérese al sostenimiento:

I. De la vida.
II. » » integridad física.
III. » » moralidad.
IV. » » integridad mental.
V. » » » de la capacidad jurídica.
VI. Del patrimonio jurídico relativo al honor y á los bienes materiales.

El punto de vista *negativo* se refiere al *derecho de propia defensa* de los derechos anteriormente reseñados.

C. *Derecho á la libertad.*

El punto de vista *positivo* refiérese á los siguientes derechos:

I. De investigar y profesar la verdad.
II. » practicar el bien.
III. » trabajar.
IV. » apropiación.
V. » formar relaciones jurídicas mediante el ejercicio de la libre actividad.
VI. De Asociarse.

El aspecto *negativo* pudiéramos formularlo del siguiente modo:

Derecho de independencia:

I. En orden puramente interno,

II. » la práctica del bien.

III. » » aplicación de nuestra laboriosidad.

IV. » el ejercicio de nuestra soberanía sobre los séres inferiores.

V. En las relaciones jurídicas que para fin privado formamos.

VI. En las asociaciones que no rebasan el orden privado.

Ch. *Derecho á la cooperación.*

En su aspecto *positivo* se refiere al *auxilio* que deben prestarnos, mediante bienes ó servicios puestos á nuestra disposición:

I. Cuando la cooperación ha sido expresamente ofrecida.

II. Cuando se presume el ofrecimiento.

III. En caso de exigir la cooperación el orden jurídico, atendidas las circunstancias.

El punto de vista *negativo* refiérese á la *tutela jurídica* en la cual se comprenden:

I. La prevención.

II. » defensa ajena.

III. » reintegración del derecho menoscabado.

Expuestos los derechos innatos relativos al fin privado remitimos al Derecho público los derechos políticos haciendo, por lo tanto, una división fundamental, de acuerdo con la que del Derecho hemos adoptado para el desenvolvimiento de las instituciones jurídicas en esta Tercera Parte de nuestra obra.

El Sr. Santamaría (1) divide los derechos del hombre

(1) Curso de Derecho político, pág. 176, Madrid, 1887.

en tres grupos: Derechos individuales, derechos políticos y derechos mixtos: clasificación inaceptable, porque individuales son muchos de los políticos, mixtos ninguno; lo primero, por tenerlos el individuo, lo segundo, pues únicamente de un modo impropio puede llamarse mixto un derecho, cuando perteneciendo al orden político es susceptible de realizar el bien particular ó viceversa: p. e. el derecho de petición es un derecho político por naturaleza, pues se refiere á la exposición que los súbditos pueden hacer de sus necesidades á la autoridad, pidiéndole que las remedie; pero puede aplicarse al beneficio personal, en cuanto se pide algo para nuestro provecho; el derecho de propiedad es un derecho relativo al orden privado; pero pertenece al orden político, en cuanto contribuye á la prosperidad material del Estado y al orden social (1).

Por lo que vemos, todo derecho tiene su naturaleza específica y propia; y el fin directo que se propone determina si es civil ó político, pues propiamente mixtos lo son todos y no lo es ninguno; por cuya razón estimamos preferible la división que seguimos.

---

(1) Al efecto de resumir en breves palabras los derechos civiles y políticos de los españoles enumeraremos los relativos á la inmunidad contra toda detención no justificada, la libertad de conciencia; la inviolabilidad de domicilio, correspondencia y propiedad, la facultad de elegir profesión, la libertad de enseñanza con ciertas restricciones, la emisión libre del pensamiento, los derechos de reunión, asociación y petición, la aptitud para los empleos y cargos públicos; y finalmente, la ley del sufragio ha otorgado á todos los españoles mayores de veinticinco años, que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles y sean vecinos de un municipio, en el que cuenten al menos dos años de residencia, el derecho electoral (arts. 4.° al 17 del t. 1.° de la Constitución de 1876 y arts. 1.° y 1.° adicional de la ley de 26 de Junio de 1890).

TITULO III

Las personas colectivas: su capacidad jurídica.

I. Distintas denominaciones de la persona colectiva y razón de ellas.

Haciéndose cargo Windscheid de las numerosas ocasiones en que se hallan derechos que no están directamente unidos á un hombre determinado, como á sujeto propio de ellos, observa, que el natural sentimiento nos hace fijarlo, creando al efecto determinadas entidades, á las cuales atribuimos personalidad propia, y así, no sin razón se llaman *jurídicas*: pudiendo contraponerse al hombre, que debe su personalidad no á exigencias de la técnica jurídica, sino á la naturaleza. Considera mejor, el indicado jurisconsulto, la denominación de persona *ficticia* (1), por ser ésta puramente imaginaria y creación de la mente. No estima tan oportuno que se las llame *morales* (2), y en nuestro sentir con razón, por hallarse comprendida en esa idea genérica toda persona. Menos frecuente y justificado es el nombre de personas *místicas*. Además suelen denominarse personas *abstractas*, *incorporales* y *sociales*; por ser producto de una abstracción, no tener existencia física, repre-

(1) Nota que si denominamos al hombre persona natural, el término contrapuesto no es el de persona jurídica, sino de persona puramente imaginada, creada por el pensamiento y por lo tanto ficticia. Von Scheurl quiere que se llamen personas ficticias solamente aquellas personas artificiales que, como la *herencia yacente* (es decir, la herencia de que todavía no se ha hecho cargo el heredero), *no tienen otro fin* que el de ser sujeto de derecho.

(2) Así las denomina el Código mejicano.

sentar la voluntad de los asociados y tener por objeto realizar el fin social (1).

Nuestro Código civil llama personas naturales á los individuos humanos, y personas jurídicas á todas las personas colectivas incluyendo en ellas las *asociaciones*, las *corporaciones* y las *fundaciones*.

De llamar personas *naturales* á los hombres individualmente considerados parece que, las otras personas que nosotros denominamos genéricamente *colectivas*, deberían denominarse *artificiales*: nombre que sería muy propio si, como algunos pretenden, son de creación puramente legal (2).

II. División de las personas colectivas en personas sociales y fundaciones (3).

Entre las diversas personas individuales, no hallamos diferencias abstractas, generales y esenciales, sino concretas, particulares y accidentales, que pueden modificar en la vida real su capacidad jurídica, impedir ó limitar el ejercicio de sus derechos: por lo que la edad, el sexo, la

(1) Fadda y Bensa hacen constar la variedad de nombres con que se denominan en Italia: *Cuerpos morales, entes morales, establecimientos, institutos é instituciones;* en Francia empléanse los términos de *persona moral ó persona civil;* y en Inglaterra (Colección de las Instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos... por los Sres. Romero Girón y García Moreno, tomo XII, pág. 111) se denominan genéricamente *corporaciones*.

(2) El Código alemán presenta la misma clasificación: dividiendo las personas jurídicas en asociaciones, fundaciones y personas jurídicas de Derecho público. Fácilmente se observa la casi completa identidad en cuanto á las clasificaciones indicadas entre los Códigos civiles de Alemania y España.

(3) Gierke (citado por Windscheid) enseña que según el concepto jurídico alemán, la personalidad es divisible, tiene capacidad de disgregar de sí fragmentos; siendo la corporación la reunión de una pluralidad de tales fragmentos separados, en la unidad de una personalidad colectiva; la fundación (instituto) el hecho de hacerse independiente un singular fragmento. Sin admitir nosotros tal grado de abstracción juzgamos ingeniosa, y en parte verdadera, semejante teoría: en efecto, la persona social añúna facultades jurídicas, pertenecientes á diversos sujetos individuales; y en la fundación, la facultad jurídica del fundador, en cuanto se refiere al asunto de la fundación, viene á integrar ésta. En lo que yerra la teoría es en suponer facultades sin sujeto al que sean inherentes.

enfermedad, la estimación pública, la prodigalidad, la pena, el parentesco y otras circunstancias jamás podrán negar la facultad de derecho; si no la podemos ejercitar por nosotros mismos, la ejercitamos por medio de una persona capaz.

Muy al contrario sucede en lo relativo á las personas denominadas colectivas, pues en ellas advertimos diferencias abstractas, generales y esenciales, toda vez que los respectivos fines que persiguen determinan su naturaleza específica y propia.

El principio de la diferencia numérica nos sirvió para distinguir las personas en individuales y colectivas, las ideas de coexistencia y sucesión separan claramente las personas sociales de las fundaciones: en las primeras, la pluralidad de elementos constitutivos tiene lugar en un mismo instante; en las segundas, hay multiplicidad de individuos, mas no es indispensable que coexistan: en ambas tiene aplicación el concepto que formulamos respecto de las personas colectivas.

III. Concepto y clases de las personas sociales.

La sociedad en cuanto se la considera con capacidad jurídica colectiva, separadamente de la individualidad que á los socios corresponde (1), llámase persona jurídica social.

Ya que se trata no de un ser físico que tenga existencia natural individual, sino de una institución jurídica que dá valor al hecho y estado jurídico social, parece que la clasificación más fundamental debe ser la de personas sociales públicas y personas sociales privadas: siendo el carácter específico determinado por el fin primario al que

(1) No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros (art. 1669 Cod. civ.)

directamente van encaminadas; que si por acaso participasen, de un modo secundario y accidental, de un fin de naturaleza diversa del primario y esencial, no por eso dejarían de tener el carácter determinado por éste bien y habría de amoldarse la persona social, en todo caso, á lo que el orden jurídico respectivamente exige (1).

Dejando para el Derecho público el estudio de las personas jurídicas encaminadas á fin público, mencionaremos como personas jurídicas sociales de Derecho privado las que se proponen un fin moral (asociaciones religiosas, de caridad, de templanza, etc.) ó meramente útil (ya se propongan obtener las ventajas nacidas directamente de la cooperación social, ya el lucro ó ganancias resultantes de las operaciones sociales) para los individuos asociados; y si los beneficios se extienden á más personas, esta nueva perfección no deberá ser causa de prohibiciones, sino de protección y auxilio por parte de la autoridad social, que únicamente se opondrá á lo que sea perturbador de la sociedad pública ó á cuanto sea manifiestamente contrario á la Moral ó al Derecho.

IV. Examen comparativo de las personas individuales y sociales en lo que se refiere al principio de su existencia y á su término, á los fines que están llamadas á cumplir y á la realización de éstos: parangón entre los derechos individuales y los de la persona social.

I. Principio de su existencia. La persona individual

(1) Por ejemplo: el Municipio es persona jurídica social de carácter público; pero en cuanto propietario, locatario, deudor, etc., también, por regla general, habrá de amoldarse á los preceptos del Derecho privado; y por el contrario las asociaciones de regantes tienen un carácter eminentemente privado, sin embargo para mantener el orden, defender las propiedades, y sancionar las faltas tienen sus reglamentos aprobados por la autoridad, guardas jurados y hasta cierta especie de tribunales, procedimientos y penas.

¿Bastarán estos puntos de vista relativos al fin público para colocar bajo la absoluta dependencia del Derecho público tales asociaciones? Indudablemente que no: pues á pesar de la inclusión en el Derecho administrativo de las personas sociales últimamente mencionadas, principalmente corresponden al Derecho privado, ya que nadie dudará se proponen el ordenado disfrute de los riegos, los herederos regantes.

no se reconoce de un modo *completo* y *definitivo* mientras está en el claustro materno (1); pero desde el instante de su nacimiento se hace remontar su origen al tiempo de la concepción. En las personas sociales los elementos que los constituyen se asocian y hacen su aparición en la vida social, mediante el reconocimiento que de ellas el Estado hace; de donde resulta la distinción establecida por los jurisconsultos y tribunales belgas entre *el derecho de asociación* y el *derecho de las sociedades á la capacidad civil*, toda vez que no se les puede atribuir hasta que sean reconocidas por el Estado. No es decir que las personas sociales sean de creación legal, son de Derecho Natural, como medio indispensable á la realización del fin humano; pero al Estado le corresponden ciertas facultades para mantener el orden social, en virtud de las que, y cumpliendo la ley de subordinación, pueden impedir determinadas sociedades y negarles personalidad jurídica.

Respecto de las asociaciones que se proponen cooperar á la acción del Estado en la prosecución del bien público, puede prohibir la autoridad su establecimiento, cuando se propongan un fin contrario al del Estado ó éste juzgue inoportuno su establecimiento: en cuanto á las que se dirigen á la obtención de bienes particulares, siendo los únicos jueces de la propia conveniencia los que las forman, la intervención del Estado es negativa y restringida: pues, mientras no aparezcan inmorales ó perturbadoras, debe el

(1) En efecto, mientras la gestación, vive y se desenvuelve dependiente por completo de su madre, y no es capaz de realizar ningún acto externo de potestad jurídica; y así como es incompleto su organismo para la vida exterior es incompleta su capacidad de derecho; y como hasta que nace no es apto para la vida exterior, en la cual se realiza el derecho, con el hecho del nacimiento adquiere definitivamente su personalidad jurídica. Nótese que los beneficios los disfruta *directamente* la madre en cuanto puedan redundar *indirectamente* en beneficio del hijo; y aun, en consideración al hijo que lleva en sus entrañas, disfruta la madre de algunas (bien que en la legislación positiva muy escasas) prerrogativas: hallándose en cambio sometida á ciertas limitaciones y restricciones por motivo del concebido y todavía no nacido: según veremos en el título V, del presente libro.

Estado reconocer su existencia y su personalidad jurídica, y no suprimirlas ni suspenderlas sino cuando medien las circunstancias indicadas.

No todas las sociedades tienen vida jurídica exterior, pudiendo suceder que una sociedad no dé origen á una nueva personalidad jurídica, manteniéndose su vida en la esfera de las relaciones interiores entre los sócios de ella (1).

Odiosas restricciones inspiradas por la intolerancia an-

(1) El derecho de asociarse para los fines de la vida (art. 13 de la Constitución) no reconoce otros límites, en España, que el respeto á la ley penal, el cumplimiento de las formalidades requeridas para su constitución, el derecho de inspeccionar sus actos el Gobierno, la facultad de suspenderlas la autoridad, y la de disolverlas los tribunales de justicia (Ley de 30 de Junio de 1887, la cual exceptúa de sus disposiciones: Las asociaciones de la Religión Católica autorizadas en España por el Concordato, las sociedades puramente civiles y mercantiles y las que se rigen por leyes especiales).

En cuanto al derecho de las sociedades á la personalidad jurídica social dice nuestro Código civil:

«Art. 35. Son personas jurídicas: —1.° Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.—Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo á derecho hubiesen quedado válidamente constituidas.—2.° Las asociaciones de interés particular, sean *civiles, mercantiles ó industriales*, á las que *la ley concede personalidad* propia, independiente de la de cada uno de los asociados.»

«Art. 36. Las asociaciones á que se refiere el núm. 2.° del artículo anterior, se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste.»

«Art. 37. La capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado ó reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos y la de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario.»

La vaguedad de los términos, interés público é interés privado y la doctrina de la *concesión* de la personalidad á las personas jurídicas sociales de Derecho privado, reservan al Estado atribuciones arbitrarias respecto de una materia en que tan temibles son los abusos del poder.

Como prueba del criterio absolutista de los Códigos modernos citaremos los preceptos siguientes del Código alemán:

«21. La asociación cuyo fin no es económico adquiere la personalidad civil por una inscripción en el Registro de asociaciones...»

«61. La autoridad administrativa competente puede *oponerse á la inscripción cuando la asociación es ilícita según el Derecho público, ó puede ser prohibida, ó cuando persigue un fin político, social ó religioso.*» (1).

«22. La asociación cuyo fin es económico *óptime* en defecto de disposiciones especiales de la legislación federal, *la personalidad civil por concesión de uno de los Estados*. Esta concesión es de la competencia del Estado en cuyo territorio tenga su residencia la asociación.»

ticatólica, el absolutismo del Estado, y el deseo de justificar la desamortización de los bienes del clero y de los establecimientos benéficos, realizada en este siglo de progreso *material*, atestiguan un lamentable retroceso jurídico en las instituciones modernas; porque si bien es cierto que la libertad de asociación ha dado un gran paso, no lo es menos *que no hay persona colectiva inviolable ante la omnipotencia enteramente arbitraria del Estado moderno.*

Es un gravísimo error el de que las personas colectivas sean una creación del Estado, el cual (como dice Aguanno) «así como no crea ni puede crear personas físicas ni concederles derechos, tampoco puede crear las personas colectivas. Estas se originan por la precisión que el hombre tiene de unirse á sus semejantes para aumentar sus propias fuerzas... y para mejor proveer á la satisfacción de sus necesidades.» (1)

Si referimos la doctrina á las Congregaciones religiosas é institutos de beneficencia haremos constar, que si las primeras tienen por objeto directo y principal la santificación de los que las forman y los segundos el bien de las personas desvalidas ¿con qué títulos suprime aquellas el Estado y se apodera de los bienes de los segundos? ¿Acaso la misión del Estado es santificar las almas y socorrer al necesitado? ¿Es que atentan los religiosos á la Moral, al Derecho ó á la pública tranquilidad? ¿Habrá quien sostenga la incompetencia de las personas particulares para hacer el bien, cuando lo que cada día se demuestra es la ineptitud del Estado y de las Corporaciones oficiales para ejercer directamente la beneficencia?

Al tratar de las relaciones entre la Iglesia y el Estado completaremos las brevísimas indicaciones que anteceden; sin embargo, conviene dejar sentado que los hombres tenemos el deber moral de perfeccionarnos y el de caridad; y

(1) Obra citada, pág. 159.

al efecto nos hallamos investidos de los derechos adecuados para cumplir esos deberes, y si la asociación es idónea para ello el Estado deberá respetarnos y reconocernos ese derecho, mientras no ofendamos el derecho de otro: no teniendo nadie derecho á impedir congregaciones religiosas ni establecimientos benéficos, mientras no demuestren la *lesión del derecho que con ellos se causa*.

Se nos dirá que la ley prohibe las Congregaciones y los establecimientos que no autoriza de un modo general ó especial; pero esto es hacer á la ley fuente absoluta del Derecho y sancionar la plena arbitrariedad legislativa: es decir, fundar el razonamiento en un principio esencialmente absurdo (1).

II. El término de su existencia. La muerte natural dá lugar á la extinción de la personalidad jurídica del individuo; tomando la palabra muerte natural en sentido de extinción de la vida física, contraponiendo esta acepción á la horrible muerte civil sancionada por las antiguas leyes, renovando la *capitis deminutio* de la legislación romana.

La persona social acaba cuando se disuelve: por voluntad de los socios ó de la autoridad, ó bien por naturaleza. Sucede lo primero, cuando juzgando los asociados conveniente separarse determinan hacerlo de mútuo acuerdo; lo segundo, en el momento en que juzga la autoridad contrario al orden social el sostenimiento de la asociación subordinada; finalmente, cuando se realiza el fin, falta éste ó no se tienen los elementos para obtenerlo, carece de razón de ser y espira (2).

(1) Si la índole puramente elemental de nuestra obra no nos lo vedara, pondríamos de manifiesto el verdadero galimatías, la falta de fijeza en la doctrina y la completa disconformidad que reina en el orden científico, en el legislativo y en el práctico acerca del concepto y personalidad jurídica de las personas colectivas.

(2) En realidad hemos de distinguir, según el criterio moderno de *absolutismo del Estado*, dos clases de modos de extinguirse la personalidad jurídica social: una conforme al Derecho Natural (en que se comprenden las especies indicadas en el texto), y otra por la que se reconoce al Estado la facultad de retirar,

Suscítase la cuestión acerca de la perpetuidad de las asociaciones: es indudable que á priori no puede muchas veces fijarse plazo para la duración de la personalidad jurídica colectiva; de modo que, en tal caso, subordinada como está toda institución jurídica al cumplimiento del fin para que esté destinada, *mientras no se haya cumplido por completo el fin hay razón para que continúe;* y deberá seguir subsistiendo por lo tanto la personalidad jurídica social, mientras no deba cesar por algún motivo *cierto y suficiente* según el orden jurídico. Así pues, tan erróneo es admitir, en todo caso, la perpetuidad como no admitirla en ninguno. (1).

III. El fin de la persona social es el que se propusieron los socios al asociarse: sin embargo, nada se opone á que se modifique, amplíe ó mude el fin social cuando de común acuerdo lo determinen los socios, pues obran en uso de sus facultades para realizar el propio bien del modo que estiman más conveniente: para ello, según los principios fundamentales del orden jurídico, no hace falta nueva concesión del Estado, siempre que se trate de asociaciones que los socios por sí pueden formar con arreglo al Derecho natural. Es cierto que, con arreglo á los principios modernos, *haciendo falta* la concesión de la personalidad jurídica social, será también precisa dicha concesión para variar el fin social, una vez que la personalidad jurídica concedida no sirve más que para el fin incluído en la *concesión* (2). En

en una ó otra forma, la *merced otorgada* (de la personalidad jurídica social). Este último aspecto es conforme á los hechos, pero destituído de fundamento: pues sabemos que el legislador humano *aplica* no *crea* el Derecho.

(1) La legislación inglesa reconoce cuatro modos principales de muerte ó disolución de las personas jurídicas, á saber: 1.° por un acta del Parlamento: 2.° por la muerte de todos sus individuos si se trata de una colectividad; 3.° por devolución de todas sus franquicias y privilegios al Rey; 4.° por violación de la ley ó estatutos de su creación, ó por abuso de sus franquicias y privilegios (Romero Girón y García Moreno, pág. 115, tomo 12, de la obra citada).

(2) El Cód. civil español es muy omiso en esta materia; y de otra parte concede amplia libertad para la formación de las sociedades de carácter privado; pero el Cód. alemán, mucho más completo que el nuestro comprende las disposiciones

cambio *el individuo* puede realizar todos los fines conformes á su naturaleza.

IV. Los medios de que la sociedad dispone son *la cooperación social* y los *recursos ó bienes* aportados y dirigidos á la consecución de los bienes sociales. Los actos sociales y el patrimonio de la sociedad, en relación con los que no pertenecen á aquélla, son atribuidos por el Derecho á la entidad colectiva y no á los individuos que la constituyen; y las relaciones de la sociedad con los sócios, de éstos con aquella y de las mencionadas personas colectivas é individuales con los actos y los medios relativos al fin social se consideran (dichas personas, actos y bienes) como de carácter social; y por tanto son reglamentados por la ley especial de la sociedad: formando el *conjunto de relaciones* y el *estado* que dijimos constituyen la persona colectiva en su existencia real y concreta.

Fácil es comprender, con arreglo á los mencionados principios, que los créditos y deudas de la sociedad con terceras personas, *directamente*, son de la sociedad y no de los que la forman. También es llano que la persona colectiva es distinta de las individuales que integran la sociedad; y tan ridícula es la frase de Luis XIV: «El Estado soy yo», como sería si el Gobernador del Banco dijera: «El Banco soy yo»; si en el orden político es un acto de odiosa tiranía encaminar las gestiones políticas al medro personal, es fraudulento buscar *especial ganancia propia* en los actos sociales el que los desempeña: finalmente las *distracciones* de fondos

siguientes: «33. Para una decisión que contenga una modificación de los estatutos, es necesaria la mayoría de las tres cuartas partes de los miembros presentes. Para modificar el fin de la asociación, es preciso el consentimiento de todos los miembros; el de los miembros no presentes debe darse por escrito.»

«*Si la personalidad civil de la asociación le ha sido dada por concesión del Estado, cada modificación* de los estatutos debe recibir la aprobación del Estado confederado, ó si la concesión emana del Consejo federal, la de este Consejo.»

44. *La personalidad jurídica puede ser retirada, ... cuando* una asociación *persiga un fin distinto del indicado por sus estatutos.*

públicos, llevadas á cabo por los funcionarios públicos á cuyo cargo se hallan, equivalen á las sustracciones *con abuso de confianza* que pueden realizar los encargados de la administración de los fondos sociales.

Los medios de que dispone el individuo son individuales, para el fin del que los tiene, usando de ellos sin más regla positiva que su prudente criterio ni más límites que los impuestos por la Moral y el Derecho.

A la muerte del individuo sus derechos y obligaciones pasan, en cuanto son transmisibles, á sus herederos; en las asociaciones, disuelta la colectividad y liquidados todos los créditos y deudas que la asociación tenía, el remanente se distribuirá entre los socios, los cuales también suplirán la falta de haber social con sus propios bienes, cuando á tal responsabilidad estuvieran obligados (1).

La sociedad tiene los derechos humanos individuales adaptados á la naturaleza social, de suerte que advertimos fundadamente los relativos á:

El reconocimiento de la personalidad jurídica.

La conservación.

» libertad.

» cooperación.

Siendo facilísimo demostrar los precedentes derechos, y las especies comprendidas en cada uno de ellos al tratar de los individuales, sin más que hacer las modificaciones requeridas por la respectiva naturaleza del sujeto de derecho (2).

(1) Véase p. e. lo que dispone el art. 237 del Código de Comercio español.

(2) Ya que las humanas sociedades tienen derecho á la capacidad jurídica en cuanto necesaria para el fin colectivo que se proponen; y para perseguir el fin precisan conservarse, obrar con libertad é independencia, y cooperar unas al fin de las otras y ponerse bajo la tutela del Estado en el orden temporal (y de la Iglesia en el espiritual, cuando se trate de asociaciones religiosas), no podemos menos de reconocer análogos derechos que al individuo humano á la persona jurídica social, y lo mismo pudiéramos decir de las fundaciones.

IV. Concepto de la «fundación.»

Fundación es una institución de carácter permanente, por la que una persona llamada fundador se propone conseguir un fin, que generalmente aprovecha de un modo exclusivo á los demás, y sujeta á su consecución determinados medios.

En la fundación hay que distinguir los sujetos de deber y los de derecho: los primeros son el fundador y los que según el orden jurídico sean llamados á sucederle; sujetos de derecho, los favorecidos por esta institución; ejemplo: fundo un hospital para enfermos de la vista y, para cubrir los gastos que su mantenimiento ha de originar, señalo ciertos bienes; yo soy el obligado á consagrar el hospital y los bienes al fin designado, los enfermos de la vista tienen derecho de ir á él, y por tanto son los sujetos activos de esta relación jurídica.

Muy confusos andan los autores al determinar en quien reside la personalidad jurídica de las fundaciones; unos creen hallarla en el patrimonio; pero ¿hay cosa más absurda que hacer sujeto de derecho á los bienes materiales? otros creen que la personalidad está en el fin; sin embargo, el fin es una relación ideal, un término relativo que no tiene subsistencia real é independiente. Dice Brinz, que tratar de personas imaginarias al estudiar las personas jurídicas, es lo mismo que tratar de los espanta-pájaros al estudiar el hombre; y en ambas teorías la persona jurídica es una ficción (1).

(1) Dicen algunos, con Demelius, que si la idea del Derecho se forma merced á la abstracción de los hechos é instituciones particulares y si el conjunto de derechos sin sujeto es un hecho, preciso es concluir diciendo que la idea del Derecho debe comprender tal hecho (véase el capítulo que acerca de las personas *incorporales* inserta Miraglia en su Filosofía del Derecho). Nótese que no hay derecho actual sin sujeto actual, ni derecho real y efectivo sin sujeto real y efectivo: pues en toda relación jurídica actual ó real los términos han de ser de la misma naturaleza que aquella, esto es actuales ó reales. El Derecho es una abstracción como principio general, más como regla de conducta y como facultad con-

Las dificultades mayores que se ofrecen al justificar las fundaciones, podemos condensarlas preguntando: ¿Es respetable la voluntad del fundador después de su muerte? ¿Puede ser sujeto de derecho una persona incierta? El común sentir de la humanidad considera sagrado el deber de respetar las últimas voluntades: los medios de que disponemos subsisten después de nuestra muerte, puede ser muy bien que no hayamos realizado todos nuestros deberes, y de consiguiente que los bienes relictos sean apropósito para realizar obligaciones que en vida desatendimos: luego siendo necesario que cumplamos con nuestro deber, y medio adecuado la fundación, debe ser reconocida por el derecho, so pena de privarnos de los medios indispensables para cumplir nuestro destino.

La segunda dificultad se resuelve diciendo, que la persona incierta no es sujeto actual de derecho, pero puede ser sujeto tan pronto como se determine; en tanto que esto no suceda, el obligado á mantener la fundación debe estar á la espectativa, pues ha contraido con la sociedad en general cierta obligación, que puede individualizarse en un momento dado: pongamos un ejemplo que así lo demuestre: y al efecto, para no cambiar la doctrina lo más mínimo, seguiremos suponiendo que yo he fundado un hospital para determinadas enfermedades: muero, y mi sucesor, viendo que no se presenta ningún enfermo, vende el hospital y se aprovecha de los bienes; si acto continuo de verificar esta usurpación se presenta un enfermo á demandar hospitalidad no será contestación adecuada la de decir: Cuando yo vendí, tú eras persona incierta y ningún derecho tenías.

treta existe en la realidad. El sujeto de derecho en la persona colectiva, si se considera en general, es una abstracción; pero en el orden concreto corresponde á ciertas personas, en cuanto unidas simultanea ó sucesivamente para la obtención de un fin común: por lo cual hemos determinado ya en sus respectivos lugares quiénes son los sujetos de derecho en las personas sociales y en las fundaciones.

V. Cuáles deben ser los límites de las fundaciones.

Los determina la voluntad del fundador, la naturaleza de la fundación y las disposiciones del Estado en vista del orden social. Supongamos que se ha fundado un hospital para coléricos y el fundador ha dado derecho á ingresar en él, tan sólo á los vecinos del pueblo en cuyo término municipal se ha establecido: únicamente los enfermos del cólera podrán hallar cabida, los forasteros no tendrán derecho á entrar, y, finalmente, se sujetará la instalación del hospital á las reglas de policía sanitaria prescritas por la autoridad. Las fundaciones tendrán su origen, desde el momento en que para conseguir un fin posible y lícito se establezcan; terminará su existencia, cuando hayan realizado por completo el fin (1), éste desaparezca ó se haga irrealizable; su fin marcado se halla en las cláusulas fundacionales; los derechos de la fundación se refieren directamente á la esfera del derecho patrimonial, y su ejercicio estará regulado por las disposiciones de la institución y con sujeción á las leyes.

No terminaremos sin hacer notar, que dentro de la calificación de personas colectivas, no puede comprenderse

(1) Lo que se ha dicho de la perpetuidad, al tratar de las personas sociales, puede aplicarse á las fundaciones: debiendo tomar en cuenta que la ley es la voluntad del fundador consignada en la escritura de fundación, y como ésta ha de producir sus efectos general y más principalmente después de la muerte de aquél, deberá el Estado velar por que los beneficios temporales de la fundación y todas las cláusulas fundacionales se cumplan con exactitud, pudiendo limitarlas en cuanto manifiestamente exija el orden social; y una vez que se extingan, si restan algunos bienes deberán estos aplicarse del modo más conforme posible á la voluntad del fundador, de suerte que los beneficios redunden, si nada se previó en la fundación, en favor de las personas que probablemente el fundador hubiera deseado favorecer.

En este sentido parece redactado el final del art. 39 de nuestro Cód. civil. «Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes á la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia ó municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas.»

rigurosamente el patrimonio erigido en una entidad jurídica. La herencia yacente, un asilo, el Fisco, se dice que tienen propia personalidad; y sin embargo, este concepto es puramente una ficción, en que se trata de presentar como persona jurídica lo que no pasa de ser una cosa material perteneciente á un sujeto más ó menos indeterminado: en el primer caso, amparan las disposiciones legales la integridad de la herencia, para que la recoja el heredero sin menoscabo; en el segundo, la sociedad vela por los necesitados; y en el tercero, el Estado reclama lo que le pertenece.

TITULO IV

La familia.

CAPÍTULO 10.

CONCEPTO DE LA FAMILIA Y HISTORIA DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR.

1. Razón del plán.

Expuesta la naturaleza y los derechos innatos (1) de la persona individual, y el concepto y clases de las personas colectivas pasamos á estudiar la institución familiar (2):

(1) Relativos al orden privado

(2) Advierte Cogliolo que: en el estudio del Derecho Romano (refiérese al Derecho privado) en el presente siglo reinó y reina el denominado método sistemático, que se aleja de los de las Instituciones y de las Pandectas, y que ordena la materia jurídica con diversos conceptos. Dejando á un lado pequeñas modificaciones, el esquema es:

PARTE GENERAL.

Acerca de las personas,
» » » cosas,
» » los derechos;
Adquisición,
Conservación,
Acciónes,
Extinción, etc.

PARTE ESPECIAL.

Derechos reales,
Obligaciones contractuales,
Derecho de familia,
Derecho de sucesión.

(Estudios acerca de la evolución del Derecho privado, con un prólogo y notas de Rafael de Ureña y Smenjaud, págs. 144 y 145: Madrid, 1898).

Ageanno (en la obra ya citada) comprende una parte general, que tiene por asunto la *génesis y evolución del Derecho en general;* y una parte especial, en que

pues los vínculos de parentesco que la forman son tan importantes para el sujeto de derecho, que vienen á constituir su estado civil. No en vano la ley romana distinguió las personas: en independientes, y sujetas al derecho de otro (tomando por base para tal distinción las relaciones familiares): porque la vida íntima de la familia, y el necesario complemento del individuo en el seno de ésta, hacen que apenas podamos concebir á la persona individual, aisladamente, más que por vía de abstracción, ó considerando alguna relación jurídica en que directa y exclusivamente intervenga; pero no apreciando en conjunto la conducta jurídica del hombre: no dejan de ser significativos los dos hechos siguientes: 1.° Entiéndese, antonomásticamente, por *estado* de una persona, la posición en que se halla con respecto al vínculo conyugal; según que no lo ha contraído (soltero), ha celebrado matrimonio y éste subsiste (casado), ó bien ha fallecido uno de los cónyuges y sobrevivido el otro (viudo). Si tomamos en cuenta que el matrimonio es el vínculo que forma las familias, la raíz de donde parte todo lazo de parentesco, deduciremos que el *estado civil* de

sucesivamente trata de los asuntos siguientes: persona, familia, propiedad, sucesiones y obligaciones.

Nuestro Código civil tiene un título preliminar (acerca de las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación) y sucesivamente trata: en el libro primero, de las personas; en el libro segundo, de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones; en el libro tercero, de los diferentes modos de adquirir la propiedad; en el libro cuarto, finalmente, de las obligaciones y contratos. En el primero de los referidos libros trata de las instituciones familiares, á continuación de las personas naturales y jurídicas y de algunas brevísimas indicaciones acerca del domicilio de unas y otras.

El Código civil alemán se divide en cinco libros que comprenden: el *primero*, la parte general; el *segundo*, el derecho de obligaciones; el *tercero*, los derechos reales; el *cuarto*, los derechos de familia; el *quinto*, las sucesiones.

Es indiscutible que (á pesar del orden seguido en nuestro Código civil) las sucesiones deben constituir el último de los tratados, ya que se trata de relaciones jurídicas efectivas á la muerte del sujeto. En cuanto á la colocación de la institución familiar después de los derechos reales y de las obligaciones no responde á un motivo suficiente; porque nada impide tratar de la familia sin conocer á fondo ni los derechos en la cosa ó á la cosa: ya que las ideas generales, indicadas en los derechos innatos, bastan para comprender los efectos jurídicos de las relaciones familiares bajo los aspectos mencionados.

las personas se califica apreciando la situación del hombre en la familia, en el vínculo más estrecho, en la raíz misma de ésta, ó sea en el matrimonio. 2.° El parentesco introduce derechos y obligaciones que no sólo se refieren á los bienes, sino á relaciones de protección y dependencia; de suerte que se halla la institución familiar íntimamente ligada con la capacidad jurídica de los individuos, y complementa la incapacidad ó las deficiencias que para el ejercicio de la personalidad jurídica afecten á cualquiera de sus miembros: de modo que la unidad de la familia, la solidaridad de intereses y la coordinación de los que la forman establecen numerosas relaciones jurídicas íntimamente ligadas con la *capacidad jurídica del sujeto individual*.

También la familia puede tener la consideración de persona jurídica especial, caracterizada por la mas estrecha unión entre sus miembros y la más completa unidad de acción.

Dos aspectos muy diferentes presenta la vida del hombre, el aspecto puramente privado y el público; en el primero halla satisfacción cumplida dentro de la familia, realizando todas sus legítimas aspiraciones y afectos; da lugar al nacimiento de nuevos séres que perpetúen la sociedad, y procura el mantenimiento del orden social, sin el cual no podría vivir la familia. Destruida la familia, escuela de sacrificios y buenas costumbres, el desorden se apoderaría de la sociedad, y los fines de la familia los tendría que cumplir el Estado, siendo así que carece de medios para ello.

II. Etimología de la palabra familia y determinación de las personas que de ella forman parte.

La palabra familia proviene del vocablo latino *fames*, en opinión de Taparelli: bien que la etimología más corrientemente aceptada la deriva de la voz *famulus*, siervo,

que á su vez procede del osco *famel* que significa esclavo. Escasa importancia tienen una y otra etimología, toda vez que ni el satisfacer el hambre ha sido la finalidad principal de la familia ni, mucho menos, el famulato ni la potestad del señor sobre el esclavo han podido dar nombre á una sociedad fundada en el amor y la abnegación (1), en la comunidad de intereses y la reciprocidad de servicios (2).

(1) Dice Taparelli: En el primer grado (de la asociación) hallaremos un número de asociados bastante reducido para que un sólo individuo pueda regir á todos y ordenarlos en todas sus relaciones externas, materiales y morales, atendiendo al mismo tiempo y proveyendo á todas sus necesidades *cuotidianas*. Esta especie de sociedad ocupa naturalmente un estrecho recinto, á cuyos ángulos todos se extiende la providencia del gobernante. De la denominación latina de este recinto (*domus*, en castellano casa), viene el llamar domésticas la sociedad que en él tiene su habitación continua; así como de proveerse en él á toda necesidad cuotidiana, y por consiguiente, á la principal de todas, el hambre (*fames* en latín) viene el designar á los miembros todos de esa asociación con el nombre de familia (Taparelli, obra citada, pág. 329).

La segunda etimología lo indican, entre otros, los Sres. Marqués de Morante y de Miguel, en su tan reputado Diccionario.

Más importancia tiene la etimología de la palabra latina *gens* (que como dice el doctísimo Fustel de Coulanges no era una asociación de familias en Grecia y Roma, sino la familia misma: pág. 120 de su citada obra) de la cual dice Engels que procede, como la palabra griega del mismo significado *genos*, de la raíz aria, común *gen* (en alemán—donde según la regla, la K debe reemplazar á la g aria—Kan), que significa engendrar. Las palabras *gens* en latín, *genos* en griego, *djanas* en sánscrito, *Kun* en gótico (según la regla anterior), *Kyn* en antiguo noruego y anglosajón, *Kin* en inglés y *Kinne* en medio-altoalemán, significan de igual modo parentesco, descendencia (Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado, pág. 150 de la edición española).

(2) Accarias distingue cinco acepciones de la palabra familia entre los Romanos. 1.° Conjunto de personas unidas entre sí por el vínculo de la agnación. 2.° Se entiende por familia, el paterfamilias y los individuos colocados bajo su potestad, particularmente bajo su patria potestad ó su *mancipio*. 3.° Individuos que proceden de un tronco común (cognados). 4.° El patrimonio. 5.° El conjunto de esclavos pertenecientes á una sola persona. De las cinco acepciones señaladas por el citado romanista, únicamente la tercera, con ser de uso rarísimo en Roma, nos parece conforme á la naturaleza, todas las demás proceden de circunstancias históricas.

Rosmini-Serbati haciéndose cargo de la opinión que considera incluídas en la familia, además de las sociedades conyugal y paterna, la sociedad heril observa, que la relación de siervo y señor no es relación social; y añade: Aristóteles, Santo Tomás y muchos otros, han hecho ya la misma observación (obra citada, tomo 2.°, pág. 294).

Integran la familia las personas siguientes:

(*a*) Los cónyuges.

(*b*) Los ascendientes y los descendientes de los cónyuges.

(*c*) Los otros descendientes de los ascendientes de los cónyuges.

Los cónyuges forman el *centro* de donde parten todos los *radios* que pueden trazarse dentro del *círculo* del parentesco.

Denominase parentesco el vínculo que media entre dos ó más personas por causa de pertenecer á una misma familia. El parentesco es un lazo más estrecho cuanto mas unidas se hallan las personas de que se trata, en el orden familiar: así pues, los cónyuges formarán entre sí el lazo más estrecho, hasta el punto de que vienen á constituir como tales cónyuges una perfecta unidad.

Los demás individuos de la familia pueden ser clasificados en dos grupos: el primero formado por las personas que descienden unas directamente de las otras, y este grupo lo constituyen los llamados parientes en *línea recta*: el segundo lo integran las personas que tienen un antepasado común, pero que no descienden unas de otras, sino que sólo tienen como enlace el descender de un progenitor que lo es de todas ellas; y este grupo lo forman los llamados *parientes colaterales*.

Todos los hombres, dada la unidad del género humano, forman una inmensa familia, pero la distancia del común origen, que hace desaparecer á nuestros ojos la mayoría de los infinitos eslabones que forman la cadena que nos liga con el tronco común, hace que nos miremos unos á otros como extraños, salvo cuando el antecesor común es próximo y conocido.

Para medir la distancia que media entre unos y otros parientes, se cuentan las generaciones que distan entre sí los de la *línea recta*, y las que hay entre los *colaterales* y el

antecesor común: denominase generación, para los efectos de la computación del parentesco, la persona ó personas que tienen un mismo é inmediato antecesor: cada generación forma un *grado*: así pues, el padre dista del hijo un grado, porque no hay que tomar en cuenta más que una generación, la del hijo; el abuelo dista del nieto dos generaciones, la formada por el padre y la formada por el nieto, etc.; y en la línea colateral los hermanos distan dos grados, porque cada hermano dista un grado del tronco común; los primos carnales distan cuatro grados, porque cada uno de ellos dista dos del antecesor común (1).

La vida civil ha introducido relaciones análogas á los vínculos de la sangre, entre los que se relacionan por vínculos de subordinación ó comunidad de intereses é intimidad de vida, según acontece con la familia adoptiva, la sociedad heril (2) y los parientes afines (3).

III. La familia en los diversos períodos de la Historia.

Por los naturalistas se ha discutido mucho la antigüedad del hombre; no contentos con asignarle una genealogía de muchos millares de años, admitiendo la existencia de la especie humana en el período terciario, han creido

(1) El Derecho canónico computa por separado, en la línea colateral, los grados que dista del tronco cada uno de los interesados.

(2) Formada entre los amos y sus criados ó dependientes: de ella trataremos al ocuparnos del contrato de locación de servicios.

(3) Son los de un cónyuge respecto de los del otro cónyuge: p. e. los hermanos de la mujer son hermanos por afinidad del marido. El uso común atribuye algún valor á estos vínculos de parentesco cuando son algo próximos, dándoles una denominación propia diferente de la que corresponde al parentesco de *consanguinidad* (ó sea formado por los vínculos de la sangre, que es el verdadero parentesco natural), y así denominanse: yerno, nuera, suegro y cuñado, respectivamente al marido de la hija, á la mujer del hijo, al padre del otro cónyuge y al hermano de la mujer ó del marido; en vez de llamarlos hijo, hija, padre ó hermano, denominaciones éstas, que, por especial cortesía, se darán los interesados, en el trato cordial é íntimo familiar.

En Derecho Canónico se indican la cuasi afinidad y el parentesco espiritual.

que el estado salvaje y la vaga venus reinaron en los primeros tiempos (1).

De acuerdo con Vico, muchos escritores admiten un periodo primitivo, en el cual eran comunes las mujeres; teniendo en cuenta que en la China hubo tan vergonzosa costumbre hasta el reinado de Fouhi, en Grecia acabó en la época de Cecrope, entre los masagetas y otros pueblos no se conoció el matrimonio; y actualmente, en algunas regiones de Nueva Zelandia, América del Sur y Nicobar existe el comunismo más absoluto. De este modo, dice Morgán, «que el parentesco no fué originariamente una relación de individuo á individuo, sinó del individuo con la horda en que vivía; el niño tiene como padres á todos los adultos de la tribu, y como madres á todas las mujeres que pudieron darle el sér (2).

(1) Véase la Filosofía del Derecho por Miraglia.

(2) Federico Engels en su libro intitulado Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado (en que se exponen doctrinas tan atrevidas como infundadas y perniciosas) sigue como artículo de fe las hipótesis de Morgan acerca de un primitivo estado «según el cual en el seno de una tribu imperaba el comercio sexual sin obstáculos, de tal suerte, que cada mujer pertenecía igualmente á todos los hombres y cada hombre á todas las mujeres.» La mayor prueba de este hecho, no comprobado ni en los pueblos salvajes, es la de que..... Morgán llega á estar de acuerdo con la mayor parte de sus colegas acerca de este punto (pág. 56 de la trad. esp.). Pronto cesó, en opinión de Morgan, semejante *primitivo* estado y se formó *la familia consanguínea* (de la cual confiesa Engels que no presenta ejemplo la Historia, pero supone que ha debido existir) que viene á establecer el matrimonio entre los que forman una generación de cada familia: en la que denomina la familia *punalúa*, excluye del comercio sexual á los hermanos con las hermanas (á la manera que la familia consanguínea había excluido el matrimonio entre ascendientes y descendientes) pero consiente la poligamia y la poliandría dentro del grupo: Engels añade la forma que llama de *matrimonio por grupos* en que (p. e. los kruhis y los kamitas, negros australianos del monte Gambier) las personas de uno de ellos tienen derechos conyugales sobre las del otro, y recíprocamente. Llaman los autores citados familia sindiásmica en la cual «un hombre vive con una mujer, pero de tal suerte, que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, el paso que casi siempre se exige la más estricta fidelidad á las mujeres mientras dure la vida común (que es por tiempo más ó menos largo), y su adulterio se castiga cruelmente. Pero el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una y otra parte», y después como antes, los hijos pertenecen á la madre sola. Finalmente la *familia monogámica* en que la unión tiene más solidez, se hace cierta la paternidad y se transmite la fortuna paterna por la herencia.

Tráense testimonios de Herodoto, Estrabón y Diodoro de Sicilia; se citan textos del Mahabarata y de Platón que comprueban las vergonzosas costumbres del mundo antiguo, del que con tanta verdad puede decirse estaba sentado en las sombras de la muerte, hasta que lo regeneró y trajo al camino del bien la redención por Cristo, muerto en una cruz, bajo cuyos brazos se agrupan las generaciones y tienden á formar un sólo redil bajo un sólo Pastor, siendo todos unos por la caridad y honrados por las obras.

Las ideas positivistas de que la familia organizada es creación de la ley civil, siendo la vaga venus y la agrupación informe de las hordas la familia primitiva, nada prueban, pues únicamente demuestran el extravío de la humanidad, cuando se aleja de los caminos trazados por la ley Divina.

Enfrente de esas afirmaciones más ó menos probables, y contradichas siempre en cuanto se oponen al Génesis, no hallamos narración alguna tan veridica y que se remonte á tiempos más antiguos que la contenida en los

El vicio lógico del sistema consiste (como en toda la doctrina evolucionista) en transformar su orden genético el sistemático inventado por el autor respectivo: suponen que de la comunidad informe debió surgir alguna distinción y por grados sucesivos fuese llegando á la organización monogámica actual: cuando los hechos no dicen tal cosa, sino que hay una familia regida por la ley natural y divina, y hay numerosas aberraciones: pudiendo agruparse éstas en cierto número de formas, que no han sido precisamente sucesivas sino que se hallan en pueblos de muy distinta cultura.

En el seno de las sociedades más cultas hallamos la prostitución y la infidelidad conyugal. ¿Es acaso la vida del libertino y del adúltero más honrada que la del infeliz salvaje que sigue las tradiciones de su tribu, en la creencia de cumplir con su deber y realizar su derecho? Indudablemente nó. Lo que hace moral y justo al hombre no es la evolución y el progreso sino la ley divina grabada en el corazón de todos, ó ilustrada y sostenida por la Revelación y la Iglesia.

Lo que llaman muchos mogigatería de nuestra civilización, que reprueba en apariencia lo que admite en realidad, no pasa de ser la hipocresía de las personas que se alejan de la Moral Cristiana para seguir sus pasiones, oculta y dolorosamente, mostrando gran escándalo por faltas públicas inferiores á sus vicios secretos; pero como sabemos los cristianos el corazón ha de ser tan puro como correctos los actos exteriores de nuestra conducta; de suerte que todas las invectivas contra la hipocresía vuélvense contra los que se alejan de la Religión, que forma en los *fieles* un corazón limpio y una conducta intachable.

libros Mosáicos. No es bueno que el hombre esté sólo, dijo el Señor, y dotó al primer hombre de una compañera, constituyendo esta primera pareja el común origen de toda la especie humana. Multiplicada la familia surge naturalmente el patriarcado (1), y el ascendiente común rige á toda su descendencia, teniendo bajo su potestad diferentes familias; la separación de lugar, las emigraciones á puntos más ó menos remotos, relajan y aun rompen los vínculos de una autoridad que no puede ser ejercida á tan gran distancia; y de aquí la multiplicación de sociedades patriarcales. La belleza del clima, la productividad del suelo y otros mil accidentes y circunstancias, hacen que familias numerosas se establezcan en un mismo territorio, y entablando relaciones unas con otras, se da lugar á la soberanía territorial.

Estudiando la constitución de la familia romana se verá, que á pesar de ser en Roma infinitamente menor que en el Oriente la inmoralidad, la impudicia y la fuerza tienen grandísima intervención en las relaciones familiares: pues, aparte de la corrupción general, el divorcio era frecuente y fácil, y nadie pondrá en duda, que la mujer *in manu* y el hijo sujeto á la patria potestad resultaban anulados.

La familia romana decía un ilustrado y elocuentísimo jurisconsulto era una pirámide de esclavitud con una cúspide de libertad.

Los Romanos (Belime), hombres egoístas é incapaces de tiernas afecciones, no vieron en la familia más que una subdivisión política del Estado; la organizaron en provecho de su único jefe, á cuya omnipotencia todo fué sacrificado.

El espíritu familiar de los bárbaros del Norte que con-

(1) Entre los patriarcas se procuró la mayor santidad en los vínculos familiares; y no vemos planteada entre ellos la vergonzosa confusión y desorden que invadieron otros pueblos antiguos y que dominan entre los modernos salvajes.

quistaron los dominios de Roma era tan robusto, que las ofensas hechas á un individuo se hacían comunes á cuantos componían la familia, la mujer era asociada del marido hasta en sus expediciones militares, los hijos no quedaban anulados por la patria potestad sino protegidos por sus padres; y, en medio de su escasa cultura, tenían costumbres más puras que las del corrompido imperio cuyos despojos se repartieron. Faltaba templar su rudeza, corregir sus excesos, hacerlos compatibles con el Estado organizado y robusto; y el Cristianismo, que profesan los vencidos y gana las almas de los invasores, purifica las costumbres de todos, eleva á la mujer al rango de compañera del marido, la potestad paterna á los oficios de piedad, convirtiéndola de tiranía egoísta en deber sagrado; procura la moralidad con los impedimentos y la indisolubilidad del matrimonio, destierra la poligamia, y en suma, transforma la familia según debe ser por naturaleza, elevándola á un orden más superior, mediante sus principios *divinos* y *eficaces* (1).

(1) Si quisiéramos trazar á grandes rasgos la historia de la familia podríamos señalar el *período primitivo* en que la familia era la esfera social en que el hombre realizaba el derecho, constituyéndose el *patriarcado*; en un período más avanzado se forma una sociedad política compuesta de familias, que pierden su carácter de sociedad total para venir á ser de carácter privado y, al propio tiempo, un *elemento constitutivo de la ciudad* ó de la tribu: posteriormente, ampliada la sociedad pública pierde su importancia política la familia; pero conserva cierta *organización en provecho del jefe*: por último, relájanse los lazos de sujeción al pater familias y *cada individuo tiene personalidad propia*, aunque subordinada en lo necesario á la autoridad familiar. Los cuatro períodos referidos podríamos decir que nos presentan sucesivamente: la familia como sociedad total y única organizada; la familia como sociedad privada y elemento orgánico del Estado; la familia como sociedad privada, únicamente, pero regida por una autoridad subgrana en el orden interno de los asuntos familiares: la familia como sociedad privada regida por autoridad privada de restringidas atribuciones. Ejemplos suministran las *familias patriarcales*, la *gens* (en Grecia y Roma) y la *zádruga* eslava, la *familia romana*, y la *familia cristiana*, y, en general, la familia moderna.

Circunstancias históricas pueden ocasionar algunas variantes de los tipos mencionados; pero entendemos que son los principales en la historia de la familia: iniciándose, por desgracia, en la actualidad, la disolución de los vínculos familiares por el predominio del ateísmo, la corrupción de costumbres y el individualismo exagerado.

Aguanno resume la historia de la familia, según las hipótesis positivistas, en las

Desgraciadamente, la irreligión, el sensualismo y las teorías más disolventes van quebrantando los vínculos de la familia, según veremos con más detalle cuando tratemos del divorcio y de los sistemas socialistas, colectivistas, comunistas y anarquistas.

CAPÍTULO 2.°

EL MATRIMONIO.

I. Definición del matrimonio (1).

La unión del varón y la hembra para la procreación, reviste en la especie humana caracteres adecuados á la naturaleza racional. No es sólo, ni siquiera principalmente, unión material; las nupcias se verifican no por ella, sino por el consentimiento, según elegante expresión de los romanos. Por tanto, no hallamos inconveniente en definir el

palabras siguientes: Primero tuvo lugar una lucha para afirmarse cada vez más la familia materna en medio de una sociedad eminentemente promiscuitaria, con habitaciones comunes. Después se ha realizado la lucha del hombre por tener para sí una ó más mujeres con exclusión de los demás, y así continúa la lucha para afirmarse siempre mejor la familia paterna. Luego se lucha por conseguir la unión monogámica. Y una vez constituída la familia paterna monogámica, se empeña una nueva lucha para disminuir los poderes del jefe de familia, para afirmar la autoridad de la madre, para defender á los hijos contra las arbitrariedades del padre, y por fin, una nueva lucha por la igualdad de los derechos entre los hijos y de los derechos del hombre y de la mujer con relación á la función particular de cada uno de ellos (obra cit., pág. 321). Con razón Coglolo critica á la mayoría de los escritores positivistas italianos por abandonar el verdadero método positivo (obra citada, págs. 222 y 223); pues lo que pretende Agnanno, en el capítulo de la *evolución de la familia*, es probar el cumplimiento de las *hipótesis* de la escuela: «Como se ve (dice), en toda esta evolución aparecen claras y manifiestas las tres leyes que gobiernan la evolución jurídica.» La historia y la realidad son mucho más amplias que los apriorismos y generalizaciones incompletas de los evolucionistas.

(1) Guri deriva la palabra matrimonio de *matris munere*, atendiendo á que á la madre corresponde la parte más importante; se llaman *consortes* los que contraen el matrimonio, porque siguen la misma suerte, y *cónyuges* porque les liga el mismo yugo.

matrimonio diciendo que es: *La unión perpétua del hombre y la mujer, que tiene por objeto la comunidad completa de vida y la procreación y educación de los hijos, realizada por mutuo consentimiento.* En la primera parte se define el estado, en la segunda, el acto que le da origen (1).

No es el fin que se propone el matrimonio tan sólo la procreación; si así fuera, tan pronto como este fin fuese irrealizable, el matrimonio no tendría razón de existir; y no puede realizarse cuando la edad, la enfermedad ó el defecto físico impiden que se cumpla. Tampoco es el fin esencial el mútuo auxilio; pues aparte de las miras interesadas á que se presta esa idea, no tiene rigurosamente lugar en todos los momentos, ni en ciertas circunstancias. El fin que los contrayentes se proponen es mas ideal, menos interesado; y en absoluto se refiere al cariño y cuanto se comprende en la frase *comunidad completa de vida*; fusión de existencias, de tal suerte, que no sean dos sino una sola. Éste pudiéramos llamarlo fin sujetivo, esencial y permanente del matrimonio, de cuyo fin se deduce el de la procreación de la prole, consecuencia *normal* de la comunicación completa de vida, fin que pudiéramos deno-

(1) Con razón critica Carlos Auglas duramente la definición de Kant para el que no es otra cosa el matrimonio sino la unión de dos personas de diferente sexo por la posesión recíproca, durante toda la vida, de sus facultades «sexuales»: no puede darse concepto más brutal: los jurisconsultos romanos en el seno del paganismo supieron definirlo con un espiritualismo tanto más admirable cuanto no estaban influídos por la idea cristiana más que de un modo indirecto: «Nuptiæ sunt (decía Modestino) conjunctio maris et feminæ, *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*»; la mujer se consideraba como asociada al marido bajo estos dos puntos de vista: «Uxor socia humanæ rei atque divinæ.»

Tengamos en cuenta que no sólo es unión material, sino también espiritual la que se realiza por medio del matrimonio: *Conjunctio autem corporum et animorum ex matrimonio consequitur* según dice Santo Tomás (véase Schiffini, página 220 del tomo segundo de la obra citada).

La definición dada por Justiniano prescinde por completo del aspecto religioso y se fija en el punto de vista puramente natural y humano: Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens» (tit. IX, lib. I, Inst.) Definición que vemos admitida substancialmente por muchos jurisconsultos y moralistas.

minar físico y social; físico, en cuanto que como unión física es según ley de naturaleza; y social, atendido que el hombre, miembro de la sociedad, debe procurar su fomento y conservación (1)

II. La unión conyugal ha sido consagrada por la religión de cada pueblo.

No hemos de tomar en cuenta las desviaciones de la civilización realizadas por los salvajes antiguos y modernos; haciendo caso omiso de ellas veremos, que todas las religiones consagran ritos especiales para la celebración del matrimonio.

Al considerar Rohrbacher la unión de nuestros prime-

(1) Nótese que si los cónyuges son estériles pero no incapaces para la unión sexual, siquiera ésta sea infecunda, no por ello el matrimonio será nulo: lo cual confirma nuestra opinión, pues el cumplimiento del débito conyugal es un *acto* de comunidad de vida y si éste no es posible, no es posible tampoco la comunidad completa de vida en que el matrimonio consiste.

De ser el fin esencial y primario del matrimonio la generación, carecerían de fundamento para subsistir los matrimonios estériles y los de las personas que ya hubieran cumplido ese fin y educado á sus hijos.

En cambio la unión y solidaridad que se encierran en la frase «comunidad completa de vida» se adapta á todas las edades y circunstancias de la *normal* existencia humana.

Si tomamos en cuenta ciertas eventualidades que por excepción pueden acaecer, todavía encontramos fundamento para sostener la comunidad de vida *en los aspectos que sea posible ó á lo menos en potencia* y dentro del orden jurídico, cuando no pueda sostenerse de una manera efectiva: si sobreviene la impotencia, la locura ó la pena de uno de los cónyuges, que restringen la recíproca comunicación de actos conyugales ó de la cooperación social, siempre queda un ancho campo en que se manifieste la comunidad de vida y aun el mútuo auxilio, siendo compensado en caso de locura y enfermedad el que no puede prestar el loco ni el enfermo con los cuidados que reciba del cónyuge sano.

Si ambos consortes, por ausencia, locura, enfermedad ó pena no pudieran hacer vida común, ni siempre y constantemente se verían privados de toda comunicación, ni se suprime la posibilidad de que desaparecida la causa que los separa vuelva á hacerse efectiva, en más ó menos extensión, la comunidad de vida.

Por el contrario las circunstancias anormales de que hemos hecho mérito son incompatibles con la procreación y la educación de los hijos, y algunas de ellas de una manera perpétua y absoluta: p. e. una pena de privación de libertad (v. g. de reclusión temporal por la que se incomunica y encierra al marido ó la mujer por un espacio de tiempo de 12 años y un día á 20 años) después de cuyo cumplimiento fuese ya la mujer estéril y hubieren llegado á la mayor edad los hijos del penado.

ros padres, dice, después de exponer los versículos del Génesis: Leyendo estas palabras asistimos, en algún modo, á la celebración del primer matrimonio. Nada más santo ni más solemne. Dios presenta la esposa al esposo; ante Él se contrae la unión. Dios es allí á un tiempo mismo, padre y testigo, sacerdote y magistrado.

César Cantú expone las ceremonias religiosas, relativas al matrimonio, en las principales religiones del Mundo (1). Fustel de Coulanges, refiriéndose á Grecia y Roma, dice: La primera institución que la religión doméstica ha establecido es seguramente el matrimonio: dando por razón, que las creencias tradicionales de la familia que se transmitian de varón á varón, no pertenecian sin embargo exclusivamente al hombre, pues también la mujer participaba del culto, como hija tomaba parte en los actos religiosos llevados á cabo por su padre, y una vez casada, en los de su marido (2).

(1) Da cuenta de los ritos establecidos por las religiones de Brahma, Fó, Confucio, Zoroastro, Orfeo, Numa, Teutates, Vitzilputzli, Manco-Capac, Virginianos, Canadienses, Moisés, N. S. Jesucristo, Fotio, Lutero, Calvino y Cranmer. Sigue la opinión de Pastoret, al decir que el matrimonio es para los mahometanos un acto civil que no necesita del sello religioso; pero nadie dudará, que no afecta esto al principio sentado en el texto, toda vez que la doctrina del falso profeta es un vergonzoso retroceso en lo relativo á la sociedad conyugal: estimando á las mujeres como séres imperfectos é inferiores á los hombres, á los cuales sirven como medio de placer en esta vida y en la futura.

(2) El insigne autor de la Ciudad Antigua describe admirablemente las costumbres de aquellos tiempos en los términos siguientes: «Dos familias viven al lado una de otra, pero sus dioses son diferentes. En la primera una joven toma parte desde su infancia en la religión de su padre; invoca su hogar ofreciéndole todos los dias libaciones, lo rodea de flores y guirnaldas los días festivos, le pide su protección y le dá gracias por los beneficios recibidos. Este hogar paterno es su dios. En el caso de que la pida en matrimonio un joven de la mansión vecina, no tan sólo se trata para ella de pasar á otra casa, sino de abandonar el hogar paterno é ir á invocar en lo sucesivo el hogar del esposo: ha de cambiar de religión, practicar otros ritos y rezar otras oraciones, abandonar el dios de su infancia, para someterse á un dios que no conoce; y no espera permanecer fiel al uno honrando al otro, porque... una misma persona no puede invocar dos series de antepasados. A partir del matrimonio, dice un antiguo (Dicearco), la mujer nada conserva de común con la religión doméstica de sus padres: sacrifica en el altar del marido.» Hace ver, que habiendo de comunicar el esposo á la esposa el tesoro de sus creencias, revestia para el hombre suma gravedad asociar á su culto á otra persona. Por

Habiendo elevado N. S. Jesucristo el matrimonio á la dignidad de Sacramento, el carácter civil que pudiera tener, se absorbe y eclipsa por completo, ante la naturaleza religiosa de un acto tan importante bajo todos los aspectos (1).

III. Matrimonio civil ¿puede admitirse? El matrimonio ¿es un contrato?

Matrimonio civil es un *contrato*, (concorde manifestación de la voluntad de varias personas para determinar entre ellas una relación jurídica), por el que dos personas de distinto sexo se unen para constituir una familia, con sujeción á las prescripciones legales. Su establecimiento en la

lo tanto, debía intervenir alguna ceremonia religiosa en la celebración del matrimonio, dada la grandísima trascendencia de este acto en orden á la religión: así no es extraño que los griegos denominaran al matrimonio (*gamos*), en los antiguos tiempos, ceremonia sagrada, *telos* (como si fuera la que por excelencia mereciese tal calificativo); y que los romanos denominasen *sacra nuptialia* á las solemnidades del matrimonio. Finalmente, hace Fustel un discretísimo parangón entre los ritos griegos y romanos, por los cuales, salía la esposa de su casa, entraba en la del marido, é ingresaba en la nueva religión y familia.

(1) Recomendamos la lectura del artículo que, acerca del tema «Jesucristo ha hecho del matrimonio un sacramento», inserta Rothe (en las páginas 303 á 327 del tomo 2.° de su citada obra). Si consideramos el fin propuesto por Dios al instituir los matrimonios, aparecerá evidentísimamente que ha encerrado en ellos abundantes fuentes de prosperidad y vida para las sociedades. Y sin duda, además de atender á la propagación del género humano, también tienden á hacer mejor y más feliz la vida de los cónyuges por varios medios que son el socorro mútuo para subvenir á sus necesidades, el amor constante y fiel, la comunidad de todos los bienes, la gracia celestial, que proviene del Sacramento. («Si consideretur quorum matrimoniorum pertineat divina institutio, id erit evidentissimum, includere in illis voluisse Deum utilitatis et salutis publicæ uberrimos fontes. Et sane, præterquam quod propagationi generis humani prospiciunt, illuc quoque pertinent, ut meliorem vitam conjugum beatioremque efficiant; idque pluribus causis, nempe mutua ad necessitates sublevandas adjumento, amori constanti et fideli, communione omnium bonorum, gratia cœlesti, quæ a sacramento proficiscitur». Encíclica Arcanum divinæ sapientiæ de S. S. León XIII, de 10 de Febrero de 1880, citada por Rothe).

El canon 1 de la sesión XXIV del Concilio de Trento, dice: «Si alguno dijere que el matrimonio no es verdadera y propiamente uno de los siete Sacramentos de la ley Evangélica, instituido por Cristo nuestro Señor (Math. 19, Marc. 10, Epíses 5), sino inventado por los hombres en la Iglesia, y que no confiere gracia, sea excomulgado.» (Traducción del Concilio de Trento hecha por Ayala, á la que generalmente nos referimos: cuya traducción se inserta en el Diccionario de Alcubilla).

Lo que N. S. J. C. ha elevado á la dignidad de Sacramento es el matrimonio;

sociedad moderna se debe á la Revolución francesa: pues como dice Lioy, la Constitución de 1791 separó la ley civil de la canónica, haciendo puramente potestativa la bendición eclesiástica: este principio fué adoptado en Bélgica, en Italia y en casi todos los Estados que se dicen católicos (1).

Franck afirma que las leyes y poderes civiles, prestando fuerza á la autoridad religiosa, mantienen el matrimonio en todos sus efectos y garantizan todas sus consecuencias. Nada tendríamos que oponer á sus doctrinas, si no extendiera más de lo justo la esfera de acción de la potestad temporal. Convenimos con Cicerón en que el matrimonio es *principium urbis et quasi seminarium reipublicæ*, aceptamos que es una institución necesaria en la vida civil, y que en lo relativo al fin de la sociedad secular debe regirse por las leyes del Estado. (Santo Tomás): mas, por disposición divina, el Matrimonio es un verdadero Sacramento, y debe sujetarse á normas del orden religioso, confiadas á la salvaguardia de la Iglesia.

mas el matrimonio no es otra cosa que el contrato mismo con tal de que se haya ajustado al derecho... Por lo tanto, es evidente que entre los cristianos toda unión matrimonial justa es en sí y por sí Sacramento: y nada más opuesto á la verdad que decir que el Sacramento es un cierto aditamento de honor ó una propiedad extrínseca añadida, que puede ser desligada y separada del contrato según el arbitrio de los hombres. (Nam Christus Dominus dignitati sacramenti auxit matrimonium autem est ipse contractus, si modo sit factus jure... Itaque apparet, omne inter christianos justum conjugium in se et per se esse sacramentum: nihilque magis abhorrere a veritate quam esse sacramentum decus quoddam adjunctum, aut proprietatem allapsam extrinsecus, quae à contractu disjungi ac disparari hominum arbitratu queat». Encíclica citada).

No son pocos ni leves los deberes de los cónyuges; pero para los buenos esposos la virtud recibida por el Sacramento los hace no sólo tolerables sino hasta agradables («Intelligitur nec pauca esse conjugum officia, neque levia; ex tamen conjugibus bonis, ob virtutem quae Sacramento percipitur, non modo tolerabilia sunt, verum etiam jucunda». Encíclica citada).

(1) El autor citado consigna que «El Cristianismo hizo del matrimonio un Sacramento; pero durante mucho tiempo la ley no exigió más que formalidades *civiles*. Sin embargo, Justiniano introdujo reformas importantes en favor de la Religión, y, en el siglo IX, León el Filósofo proclamó claramente la necesidad de la bendición eclesiástica. Con algunas variantes la legislación canónica en materia de matrimonio estuvo en vigor en casi todos los Estados, hasta el momento en que los protestantes rehusaron al matrimonio la cualidad de Sacramento y lo abandonaron poco á poco al poder civil» (obra citada, pág. 307).

En la celebración del matrimonio religioso, según dispone el Concilio de Trento, se procura la mayor publicidad y solemnidad del acto; siendo sus disposiciones tan acertadas, que las leyes relativas al matrimonio civil, substancialmente, las copian: digasenos de buena fe si á los católicos, bajo ningún punto de vista, nos hace falta ir á ratificar en presencia del funcionario público un consentimiento prestado al pié de los altares, con la bendición del Sacerdote, de una manera solemne, y sobre todo, realizando con ello un Sacramento instituido por Jesucristo; y grande ante Dios y la Iglesia. Lo único que puede reclamar la autoridad civil, es que se ponga en su conocimiento el matrimonio celebrado, para consignarlo en el Registro Civil de las personas; pero si Dios ha unido á los cónyuges ¿hará falta que los una el Juez Municipal?

Observaremos, finalmente, que si bien el contrato es en el orden natural el modo de celebrarse las nupcias, pues sin consentimiento mútuo, de presente, deliberado, voluntario y externamente manifestado (Guri) no puede haber matrimonio, éste no es puramente un contrato; porque fijándonos en la definición del convenio dado por los romanos, el *duorum in idem placitum consensus* de unirse los esposos en el *consortium omnis vitæ*, no es más que la parte externa de la relación moral y jurídica que á partir de ese momento los liga (Pepere).

En suma, el contrato que determina el matrimonio hace ingresar á los cónyuges en un nuevo estado, cuyas leyes no dependen, á lo menos en lo fundamental, de la voluntad de los contrayentes, sino de la ley divina, tanto revelada (para los cristianos) como natural (para todos) (1).

(1) El contrato de matrimonio debe para los católicos regirse exclusivamente por el Derecho Canónico: I. Por tratarse de un Sacramento. II. Tomando en cuenta las solemnidades y garantías de que roden la Iglesia la celebración del matrimonio.

Nuestro Código civil sanciona tal doctrina cuando dice: Art. 42. La Ley re-

IV. Requisitos para la validez del matrimonio.

Para que sea válido el matrimonio es preciso: 1.° que sea posible, jurídicamente, el *estado* de matrimonio entre las personas que intentan celebrarlo. 2.° Que el acto jurídico que realicen sea suficiente para dar nacimiento á la *relación jurídica* matrimonial.

conoce dos formas de matrimonio: el canónico, que *deben* contraer todos los que profesen la Religión Católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código.» Como si aun fuera poco explícito prescribe el Art. 75. «Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino» y da valor al matrimonio celebrado únicamente á la faz de la Iglesia pues: «El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes» según el art. 76. Solamente exige la presencia del Juez municipal ó de un delegado suyo, como especie de testigo oficial del acto solemne de la celebración del matrimonio (véanse los arts. 77, 78, 79 y 82 del Cód. civ. y art. 7.° de la Instrucción de 26 de Abril de 1889); y, como dice el Código, «con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil. Complementa las disposiciones anteriores la declaración hecha por el art. 80 de dicho cuerpo legal: «El conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde á los Tribunales eclesiásticos.»

Los Códigos modernos pueden referirse principalmente á tres tipos: 1.° Los hay que admiten el matrimonio religioso con la preferencia que le es debida, y á su lado el matrimonio civil ó con cierta intervención de la autoridad civil para los matrimonios celebrados entre no católicos: p. e. además del español, el portugués (arts. 1057 y 1069), el chileno (arts. 117 y 118), el uruguayo (87 y 89). 2.° Reconocen el matrimonio religioso; pero lo someten á disposiciones dictadas por el Estado, admitiendo también el matrimonio civil p. e. el austriaco (arts. 44 y otros), el ruso, la legislación inglesa, etc. 3.° No dan efectos jurídicos más que al matrimonio civil los códigos de Francia, Italia, Alemania, Méjico, (según dicen los señores Romero Girón y García Moreno, de cuya citada obra tomamos algunos de los anteriores datos) la mayor parte de los Estados de la Unión anglo-americana, etc. No podemos menos de criticar la dura tiranía de las leyes que imponen la obligación de que preceda el matrimonio civil al religioso, imponiendo una pena en caso de infracción: pues si no reconocen efectos civiles al matrimonio de esta clase, si ningúno de los cónyuges por medio de la coacción jurídica puede exigir el cumplimiento de los deberes conyugales, ¿qué otro fin puede proponerse el legislador que menospreciar la religión dándola un papel secundario, estimando el acto religioso del matrimonio como un aditamento innecesario? Parece inverosímil que á *pretexto de la libertad* se pisotee tan groseramente la religiosidad de los ciudadanos: recordaremos que la ley francesa castiga hasta con la pena de dos á cinco años de prisión, al ministro eclesiástico que reincidiera, por primera vez, en el delito (!) de proceder á las ceremonias religiosas de la celebración del matrimonio sin que se le haya justificado haber contraído, previamente, el matrimonio civil según la ley (artículos 199 y 200 del Cód. pen. francés).

El primer punto de vista contiene requisitos positivos (aptitud física y capacidad mental para el estado de matrimonio) y negativos (no tener ningún impedimento para realizar el matrimonio). El segundo punto de vista refiérese á la legitimidad del acto realizado: ya por ser manifestación mútua, libre é intencional de contraer matrimonio; ya por hacerla con los requisitos de forma exigidos por la ley para darle valor en el orden jurídico-social.

Por no separarnos del método corriente, preferimos exponer la doctrina de los requisitos para la validez del vínculo conyugal, examinando los motivos que pueden hacerlo ilícito y aun inválido: de tal suerte podremos deducir, como conclusión, que un matrimonio en el que no concurra ninguno de dichos motivos será lícito y válido.

V. Impedimentos al matrimonio.

Denomínanse impedimentos, las causas justas que se oponen á la celebración del matrimonio; llevando su infracción aneja la pena correspondiente, y cuando proceden de la naturaleza esencial del matrimonio, afectan además á la validez de éste.

Clasifícanse por los tratadistas, en dirimentes y no dirimentes (más frecuentemente llamados impedientes); los primeros hacen nulo el matrimonio contraído, y los segundos nó (1).

(1) En Derecho Canónico, suelen proponerse por los tratadistas como impedimentos no dirimentes (impedientes), los comprendidos en los siguientes versos:

Ecclesiae vetitum, tempus, sponsalia, votum,
Impediunt fieri, permittunt facta teneri.

Las *prohibiciones de la Iglesia*, á que se refiere el primero de los enunciados impedimentos, pueden ser generales y particulares (Lehmkuhl) entre las primeras enumera Rothe: (1) la omisión de las proclamas, (2) la falta de consentimiento paterno, (3) la calidad de hereje de uno de los contrayentes, (4) la ignorancia de los elementos de la fe (5) la excomunión. Entre las segundas, cuando la autoridad eclesiástica competente lo prohibe á determinadas personas por alguna justa causa de prohibición, de las que Carrière cuenta como principales: 1.ª La

En Derecho Natural comprendemos bajo la denominación de no dirimentes: *la falta de permiso del jefe de familia, la promesa hecha por uno de los cónyuges á otra persona* de celebrar con ella matrimonio, *y* finalmente *el voto de castidad no aceptado por la autoridad espiritual* (1).

necesidad de evitar escándalos, riñas y discordias. 2.° El suscitarse algún impedimento que debe ser averiguado. 3.° La oposición de una tercera persona. (Véase el Derecho Natural de Rothe, tomo II, págs. 545 á 558 y Lehmkuhl, tomo II, págs 510 y 511).

El segundo impedimento no dirimente es el que prohibe las bendiciones solemnes, que se comprenden en la misa *pro sponso ac sponsa*, durante ciertas épocas de año; así como los cortejos de gran ostentación y los festines (Carrière citado por Rothe); pero no se prohibe la celebración de los matrimonios sino la solemnidad de éstos, según hemos indicado. «Manda el Santo Concilio (de Trento en el Cap. X de la Sesión XXIV) que todos observen exactamente las antiguas prohibiciones de las nupcias solemnes ó velaciones.... desde el Adviento de nuestro Señor Jesucristo hasta el día de la Epifanía, y desde el día de Ceniza hasta la Octava de Pascua inclusive. En los demás tiempos permite se celebren solemnemente los matrimonios....

De los impedimentos restantes hacemos alguna indicación en el texto.

(1) En concepto de impedimentos dirimentes, los canonistas enumeran los quince que á continuación expresamos.

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Ætas, affinis, si clandestinus, et impos,
Raptave sit mulier, nec parti reddita tutae;
Hæc vocianda vetant connubia, facta retractant.

Como incluídos directamente en el Derecho Natural, tratamos del error, del parentesco, de la fuerza, del ligamen, de la impotencia y del rapto; dejando los nueve restantes para el Derecho Canónico: porque si bien se hallan fundados en aquél, sin embargo requieren ciertas instituciones de carácter positivo para poderlos comprender debidamente (nos referimos á los que se enuncian con las palabras: Conditio, votum, crimen, cultus disparitas, ordo, honestas, ætas, affinis, si clandestinus).

Sin embargo, compréndese la *conditio* como una clase de error (pues referíase á ignorar uno de los contrayentes que el otro estaba en la *condición* ó clase social de los esclavos): el voto y el orden hacen referencia á la promesa solemne de guardar castidad absteniéndose hasta de la unión conyugal, que en otro caso sería lícita; y como tal voto está incluído en las órdenes mayores y se formula en la profesión religiosa en instituto aprobado por la Iglesia; aceptada tan excelente promesa por la autoridad religiosa dicho está que no puede romperla por sí solo el obligado. Si en caso de crimen de adulterio ó de conyugicidio se permitiese á los adúlteros y á los asesinos casarse, una vez desaparecido el agraviado ó la víctima, se daría el escándalo del delito triunfante, siendo contra el Derecho natural que una persona logre sus torcidos fines por medio del crimen. Siendo el matrimonio cristiano muy superior á lo que puede concebirse en la idolatría, en la infidelidad

Los dirimentes son: la *incapacidad mental ó física*,—el *vínculo matrimonial anteriormente contraído y subsistente* cuando se trata de celebrar la nueva unión,—el *error*

y en el judaísmo no puede realizarse la unión matrimonial perfecta entre personas de las cuales una es católica y otra no está ni siquiera bautizada.

El matrimonio relaciona á cada cónyuge con los parientes del otro, y sería escandaloso (generalmente hablando) que se permitiera libremente el matrimonio del cónyuge viudo con los parientes próximos del premuerto, por lo cual se comprende el fundamento de la *afinidad* como circunstancia que se opone al matrimonio (fundamento semejante hay para la afinidad contraída por fornicación); y análogas razones militan en favor del impedimento llamado de cuasi afinidad ó pública honestidad (honestas), pues los esponsales y el matrimonio no consumado también establecen vínculos de carácter similar á los del parentesco, entre uno de los contrayentes y los parientes próximos del otro. La edad no es de por sí impedimento *natural* para contraer matrimonio, salvo que se refiera á la falta de consentimiento (incluído en la ineptitud para comprender el vínculo conyugal y contraerlo) y en la impotencia física (bien que de carácter temporal cuando se trata de la falta de edad), en cuyos casos englobada está en otra causa más general: sin embargo, como hemos visto que corresponde tal circunstancia al desenvolvimiento natural del hombre en el tiempo, la ley debe tomarla en cuenta é impedir y anular un acto llevado á cabo por quien no es capaz de comprenderlo, ni de realizar su misión jurídica y social en el estado de matrimonio.

Los matrimonios clandestinos, ó sea en los que faltan las solemnidades exigidas para su validez, es natural que se declaren nulos, siendo razonables los requisitos de forma, y toda vez que con carácter de imprescindibles los marca la ley. El Santo Concilio de Trento considera clandestinos (y por consiguiente nulos) aquellos matrimonios no celebrados á presencia del párroco (ó de otro sacerdote con licencia del párroco ó del ordinario) y de dos ó tres testigos; y vemos que las leyes civiles, en el matrimonio civil, declaran nulo el matrimonio en que no intervienen el oficial público y los testigos exigidos (artículos 1.317, 1.318 y 1.324 del Cód. alemán, artículos 100 y 101 del Cód. español, etc.)

En el texto tratamos de la cognación natural ó consanguinidad, y principalmente en línea recta: en la colateral y dentro de ciertos límites (el cuarto grado lo forma, en lo canónico, ó sean los primos terceros y los que se hallan á igual distancia del tronco común) tiene análogos fundamentos. En el orden religioso hay cognación espiritual, nacida de la administración de los Sacramentos del Bautismo y de la Confirmación: entre el ministro del Sacramento y el sujeto de éste y los padres de dicho sujeto; entre el padrino ó madrina y el sujeto del Sacramento y los padres de dicho sujeto: siendo muy razonable tal impedimento por las relaciones que con tales actos contraen las personas entre quienes media.

También se toma en cuenta por la legislación de la Iglesia la llamada *cognación* civil ó legal, nacida del vínculo de la adopción, que se opone á la validez del matrimonio entre adoptante y adoptado, entre éste y el cónyuge del adoptante, ó entre el cónyuge del adoptado y el adoptante, y entre los hijos del adoptante y los adoptados y descendientes de éstos, mientras permanezcan bajo la misma potestad. Entiéndase que se trata de adopción que establezcan verdaderos y estrechos vínculos, asemejados á los que nacen de la patria potestad sobre los hijos nacidos de legítimo matrimonio: sobre cuyo asunto remitimos al lector á los tratados de

acerca de la persona,—la *violencia*,—y el *parentesco en línea recta* (1).

No dirimen el matrimonio los enunciados en el primer grupo, porque la voluntad del jefe de familia, frente á la felicidad del hijo, debe ceder: en caso de esponsales (*pro-*

Derecho canónico más recientes, por las cuestiones suscitadas acerca de la adopción moderna que tanto dista de la adopción plena de los romanos.

El Derecho civil exige licencia (á los menores), consejo (á los mayores de edad), transcurso de 301 días (á la viuda y á la mujer cuyo matrimonio se hubiere declarado nulo), rendimiento de cuentas ó autorización del padre (para casarse el tutor con la pupila): faltando cuyos requisitos el matrimonio (lo mismo el civil que el canónico) será válido, pero se impone cierta sanción.

Respecto del matrimonio civil, son impedimentos no dirimentes, además de los anteriores:

Consanguinidad en tercero y cuarto grado, y afinidad en segundo, tercero y cuarto grado en la línea colateral; y el parentesco civil entre el adoptado y los descendientes legítimos del adoptante.

Hacen nulo el matrimonio civil: la impubertad, la impotencia, la enajenación mental, las órdenes mayores, la profesión religiosa solemne, el parentesco en línea recta por consanguinidad ó afinidad, el parentesco de segundo grado (en la línea colateral) por consanguinidad; el parentesco civil del adoptante y adoptado entre sí y de cada uno de ellos con el cónyuge viudo del otro; el adulterio y el homicidio del cónyuge premuerto; entre los adúlteros y entre los autores ó cómplices del segundo delito: el error, el miedo, el rapto y la falta de autorización del acto por el Juez municipal competente ó de la presencia de los testigos. (artículos 83 á 101 del Código civil).

(1) Los menores de 18 años y las menores de 15, no pueden casarse según el derecho civil francés (por más que puede mediar dispensa de edad), restringe también el Código francés á los hermanos, y á los tíos y sobrinos entre sí los impedimentos por razón de parentesco en la línea colateral, concediendo sin embargo al Presidente de la República, levantar la prohibición respecto de los últimos y de los hermanos por afinidad. (Arts. 144, 162, 163, 164 del Cód. civ. francés).

La falta de uniformidad en las legislaciones puede dar origen á numerosos conflictos de leyes, los cuales se evitarían en cuanto á los matrimonios celebrados por los católicos, sujetándolos á los Sagrados Canónes, y reconociendo la autoridad de la Iglesia en las cuestiones litigiosas que sobre la materia se presentaran.

En materia de edad, al paso que Inglaterra exige 14 años en los varones y 12 en las mujeres para la validez del matrimonio (como España, Portugal, Guatemala, Colombia, etc.), otros Estados requieren la de dieciocho años en el varón y quince en la mujer (según hemos visto prescribe el Cód. francés, y establece el italiano, etc.), otros dieciocho y dieciseis respectivamente (Rusia y el Perú), otros veinte, y dieciseis (Dinamarca y Noruega); otros exigen veintiun años al hombre (como el nuevo Código alemán y el Código de Suecia); llegando á prohibirse el matrimonio á los hombres menores de veinticuatro años en Hungría, y á exigírseles la de 25 años en Wurtemberg. (Véase la obra del Sr. Bravo, acerca del Derecho Internacional Privado, tomo I, págs. 67 y siguientes, y la de los señores Romero Girón y García Moreno, así como los Códigos que se citan).

Algunas legislaciones han limitado por motivo de ancianidad la edad en que

missio mutua matrimonii futuri, como los define Costa Rossetti); si bien se hace ilícita otra unión por la que se falte á la promesa hecha, no es de tanta fuerza el vínculo de los esponsales como el del matrimonio: respecto del mencionado voto, quien falte á él, comete pecado grave; pero no por eso deshace un vínculo nuevo, de carácter no solamente religioso sino también jurídico.

La incapacidad para comprender la relación jurídica que se forma, hace nulos el matrimonio celebrado por el idiota, y el contraído por el loco, á no ser que sea celebrado en un intervalo lúcido. La impotencia absoluta, perpetua y manifiesta, cuando ya se tiene al tiempo de la celebración del matrimonio lo hace nulo; si es posterior hará ilícita la unión carnal de los cónyuges, pero no invalidará el vínculo. La impotencia relativa hace nulo el matrimonio de las personas entre quienes existe, del mismo modo que la absoluta.

Una cuestión curiosa se presenta por los intérpretes, respecto de las personas de doble sexo llamadas hermafroditas; prescindiendo de si es posible que se dén tales ano-

puede contraerse el matrimonio; en Rusia se prohibe á las personas que han cumplido ya ochenta años (según Romero Girón), la mujer no puede casarse en Wurtemberg (dice Bravo) con un hombre que tenga doce años menos que ella, etc.

Es cierto que sobre la validez del matrimonio se sigue, como principio generalmente aceptado en Derecho Internacional, el de que rige la ley del país donde se ha celebrado, pero si la ley francesa exige que la mujer tenga quince años y la ley prusiana catorce, ¿será válido el matrimonio contraído por una francesa en Prusia á los catorce años ó en España á los doce? El art. 170 del Código civil francés, declara la validez del matrimonio entre franceses ó entre franceses y extranjeros, si se ha celebrado con las formas usadas en el país; con tal de que hayan precedido las proclamas prescritas por el artículo 63 y que los franceses no hayan contravenido á las disposiciones del cap. 10, t. V, libro I. del mismo Código. En el Estado de New-York y en Escocia, el consentimiento mútuo de los esposos dá lugar al matrimonio, sin solemnidad alguna. ¿Merecen respeto disposiciones tan extravagantes que, con olvido de la dignidad humana, admiten como matrimonio el ayuntamiento habitual de personas de diferente sexo: «En New-Hampshire, (dicen los Sres. Romero Girón y García Moreno en su citada obra) se considera casados á los que cohabitan y viven como marido y mujer, reputados públicamente como tales, por tres años ó hasta la muerte de uno de ellos.»

malias, *suponiendo* que existan, no vacilamos en dar las siguientes soluciones (1).

I. Si el hermafrodita tiene aptitud en los dos sexos, deberá eligir uno al casarse, prescindiendo en absoluto del otro, y no pudiendo ostentar doble personalidad.

II. Si es apto solamente en uno, debe considerársele como perteneciente á él.

III. Si es inepto en ambos, tiene impotencia para el matrimonio.

El vínculo matrimonial da lugar al impedimento llamado *ligamen*, el cual es á no dudarlo dirimente: pues hallándose uno de los cónyuges del nuevo matrimonio, ligado actualmente por otro celebrado con anterioridad, es incompatible el nuevo vínculo con el anteriormente contraído, y no pudiendo renunciarse el deber, no tiene derecho el bígamo para contraer la unión que pretende.

El error acerca de las personas es, por naturaleza, esencial: y caso de ser inculpable, hace nulo el matrimonio, toda vez que no ha sido objeto del consentimiento, la unión con quien se verifica. Distinta apreciación merece el caso de error acerca de las cualidades de la persona, y suponiendo que una joven haya creído casarse con un hombre soltero, de brillante carrera, rico y honrado, y resultare ser viudo, sin carrera, pobre, vicioso y criminal, no tendría derecho á pedir la nulidad del matrimonio sino, en su caso, separación de vidas; respecto de cuya cuestión y otras muchas, es digno de estudio el excelente tratado de Teología Moral del P. Guri.

La violencia puede obligarnos á verificar actos externos cuya ejecución no podemos resistir, siendo nosotros puramente pasivos; pero la causa que más puede intervenir, cohibiendo nuestra libertad, es el miedo: si nos ha sido im-

(1) Véase respecto de los hermafroditas la doctrina consignada en las páginas 55 y 56 de este tomo.

puesto por el otro contrayente es nulo el vínculo, tratándose de un miedo capaz de imponer á cualquier persona; pero si procede de persona diferente, apliquese la solución que como general dimos en el tratado de moral.

En razón de la inmoralidad que consigo llevan, se prohiben la Poligamia y la Poliandria.

La Poligamia se defiende por el instinto de la sensualidad en el hombre que no se satisface con una sola mujer, atendiendo á que la mujer envejece antes que el hombre, y su aptitud para la procreación termina fijamente á cierta edad; apóyanse asimismo en el mayor número de mujeres que de hombres, por lo cual gran número están condenadas, con el régimen de la monogamia, á forzoso celibato; finalmente, advierten que hay muchos animales entre los que para un macho hay varias hembras. Insubsistentes son las razones que tienen su origen en la voluptuosidad; pues en todo caso, pudiera, enfrente de tan vergonzosa razón, alegarse la recíproca por las mujeres, toda vez que la concupiscencia no tiene más límites que la posibilidad, como no se los marque la razón. Sobre exagerada nos parece de muy poco peso la razón de que envejecen antes las mujeres: pues cuando la mujer envejece, el hombre no empieza á vivir ni mucho menos, y sería ridículo que el hombre á los cincuenta años pretendiera desechar á su mujer por vieja: la facultad de la procreación, basta que exista en los primeros años del matrimonio; porque después, la misión de los padres, más bien parece la de educar á los hijos que la de tener un número indefinido de ellos.

Tampoco hace fuerza alguna la pretendida desproporción numérica de hombres y mujeres, porque primero, no es exacta, y segundo, aun cuando lo fuera, no sería motivo suficiente.

No es exacta; porque según afirma Salvatore del Vecchio, por cada 100 mujeres nacen 105 hombres; los niños mueren en mayor proporción que las niñas, y viene á es-

tablecerse un equilibrio providencial al llegar á los 20 años: á este efecto aduce varias estadísticas, con las que prueba evidentemente lo que dice. Además, no es extraño que en Europa se advierta algún mayor número de mujeres, porque la emigración está mantenida casi exclusivamente por los hombres: en cambio resulta que en los Estados Unidos hay 105 hombres por cada 100 mujeres.

Aun cuando hubiera desproporción numérica entre hombres y mujeres, no sería razón suficiente para admitir la Poligamía ni la Poliandria, pues nadie está obligado á casarse y el honesto celibato es preferible al estado de matrimonio, sin que haya peligro de que el mundo se acabe, porque siempre hay demasiado mayor número de personas que propenden á lo menos perfecto. La infame institución de la Poligamia obliga, para mantener los Serrallos, á traer por medios, muchas veces de fuerza, mujeres de distintos países: para que guarden fidelidad á su señor, se las recluye en más ó menos doradas prisiones, y se las sujeta á la más vergonzosa inspección de los eunucos, clase desgraciada, necesaria é indispensable á tan abyecta institución.

Los numerosos hijos del Polígamo no pueden ser atendidos, y la ignorancia, la degradación y toda clase de malas pasiones, hallan su mansión predilecta en la casa. Todavía es más inverosímil la Poliandria, pues varios hombres unidos á una mujer sola, es imposible que no consideren á ésta como un mero instrumento de sus placeres.

Las uniones entre próximos parientes, el Derecho natural las reprueba: siempre, cuando se trata de parentesco en línea recta; y únicamente admite por causas muy justificadas, y en virtud del principio de subordinación, los matrimonios entre colaterales, tomando en cuenta las razones que á continuación expresamos.

I. De moralidad; pues caería la familia en la mayor corrupción, si se comprendiera la posibilidad de casarse los individuos que forman parte de ella.

II. De orden jurídico; porque se trastornarían las relaciones que anteriormente mediaban, sobre todo, cuando se tratase del matrimonio entre ascendientes y descendientes.

III. De carácter social; pues se impediría el enlace de las diversas familias, vínculo de tanta importancia para la solidaridad social.

IV. De orden fisiológico; toda vez que las uniones entre parientes dan proporcionalmente mucho mayor suma de hijos imperfectos que las uniones entre extraños.

V. De utilidad; porque como dice Bentham, se privaría á las hijas de colocación más ventajosa, si habla de restringirse la elección á parientes suyos; cosa que evidentemente sucedería, admitiendo la posibilidad de casarse dentro de la familia: pues antes de siquiera reflexionarlo, se hallarían las personas de distinto sexo, correspondientes á ella, unidas por relaciones muy diferentes del amor paterno, filial ó fraternal.

VI. ¿Pueden dispensarse los impedimentos?

Los impedimentos de Derecho natural, como establecidos por Dios, no los pueden dispensar los hombres; pues siendo la dispensa una derogación de la ley, únicamente tiene facultad de concederla el legislador respectivo. Las leyes eclesiástica y temporal han establecido impedimentos: la dispensa de ellos, en los casos posibles, mediando causas debidamente justificadas, habrá de concederse por la respectiva autoridad.

VII. Declaración de nulidad del vínculo conyugal, cuándo y á quién corresponde hacerla.

Así como la celebración del matrimonio dijimos que era un acto principalmente privado y de orden religioso, la declaración de que fué nulo el celebrado, corresponde, ya que

los particulares no pueden ser jueces en propia causa, á la autoridad religiosa que ha bendecido la unión.

Será nulo el matrimonio, cuando haya habido algún impedimento que lo haya hecho imposible; y en el orden positivo, si el Derecho establece solemnidades fijas que acrediten exclusivamente la unión, faltando á la forma prescrita no los considera válidos.

Es conforme á razón que únicamente pueda establecer impedimentos dirimentes la Iglesia, pues si el Estado pudiera hacerlo respecto de los matrimonios canónicamente celebrados, podría darse el caso de que el Estado anulase un matrimonio, ó mejor dicho, lo declarara nulo y la Iglesia válido, lo cual introduciría un profundo desorden.

VIII. ¿Puede ser disuelto el matrimonio rato?

Denominase matrimonio rato, aquél en que á su celebración no ha seguido la cópula conyugal. Aun cuando el matrimonio como contrato, no es un contrato real, pues se perfecciona por el consentimiento, siempre resulta, que una vez consumado, no puede reintegrarse al estado anterior: por lo tanto hay una diferencia apreciable hasta en el orden sensible.

El matrimonio *rato* se disuelve por la profesión religiosa solemne aceptada por la Iglesia, por ser el estado religioso superior al del matrimonio: é indudablemente, optar por la continencia despreciando toda sensualidad, en el momento en que la vida conyugal pudiera inclinar por distinto camino, es indicio, en lo humano, de vocación resuelta por distinto género de vida; siendo un bien para los dos cónyuges, porque la comunidad perfecta de vida no sería posible (1).

(1) Gabba, en sus cuestiones de Derecho civil, sostiene la indisolubilidad del matrimonio rato: verdad es que principalmente se refiere á la aplicación del principio de retroactividad de las leyes, con motivo de la sentencia del Tribunal de apelación de Roma dada con fecha del 26 de Diciembre de 1879, declarando disuelto un matrimonio rato celebrado en Como el 24 de Enero de 1866; en ella

CAPÍLULO 3.º

EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO

I. Efectos jurídicos con relación á las personas de los cónyuges; autoridad del marido; deberes recíprocos entre los consortes.

La unión que produce el matrimonio es amigable (1) y

se alegaba por fundamento, que rigiendo entonces la legislación canónica, podían aplicarse sus disposiciones. Prescindiendo de la razonada crítica que hace de la citada resolución judicial, no podemos admitir su teoría, pues al dar efecto retroactivo al art. 48 del Código civil italiano dice: que al establecer como causa única de la disolución del matrimonio la muerte de uno de los cónyuges ha concedido á este principio una suprema importancia moral; y si admitiera excepciones, no sólo cometería una contradicción sino una inmoralidad: nadie tiene derecho á pedir la disolución de su matrimonio, por haberlo celebrado bajo una ley que la permitía, como ninguno tiene derecho de celebrar matrimonio con pacto de disolución cuando la ley establezca la indisolubilidad.» Adviértase que la indisolubilidad es una condición del matrimonio canónico, que la disolución del matrimonio rato es una excepción plenamente justificada por la subordinación del orden temporal y humano al religioso y divino. Por lo demás, la doctrina de Gabba, parécenos opresora en extremo, pues resulta que la ley civil puede modificar esencialmente las obligaciones convencionales, convirtiéndolas de indisolubles en disolubles y vice-versa; pues «el legislar acerca del matrimonio es competencia exclusiva del legislador, el cual toma en cuenta solamente las exigencias de la moral y del bien público»; y téngase presente que si el matrimonio tiene gran interés para el Estado, mayor lo tiene para el individuo y no es razón someterlo á las leyes civiles, echando por tierra su libertad, y no respetando las relaciones jurídicas, creadas anteriormente al amparo de la ley: á menos que se juzgue infalible al poder secular, con una infalibilidad extravagante que dura tan sólo mientras la ley está vigente.

El canon VI de la Sesión XXIV del Concilio Tridentino dice que: Si alguno dijere que el matrimonio contraído y no consumado no se anula por la solemne profesión religiosa de uno de los cónyuges, sea excomulgado.

(1) La unión conyugal (dice Taparelli) es sociedad voluntaria, propagadora, completa, amigable y sagrada. Fijándonos ahora tan solo en la nota de amigable, pues las otras ya no precisan mayor ampliación, hemos de reconocer que cada uno de los cónyuges no se propone la explotación del otro en provecho propio, sino comunicarle cuantos bienes pueda, siquiera sea indispensable la mayor abnegación y el más costoso sacrificio.

El matrimonio considerado en sí mismo (dice Franck) reposa sobre el amor santificado por el deber. Ni el matrimonio por interés, ni el de vanidad, ni el de ambición se conforman á la ley de la naturaleza. El único matrimonio natural y aun pudiéramos decir legítimo, el que siempre vivirá en nuestra imaginación y en nuestro afecto; el matrimonio que ha soñado una vez siquiera en su vida toda alma generosa, es el que, respetándonos á nosotros mismos y á la persona amada, comienza con el amor y se confunde con él, hasta el momento del divorcio inevitable causado por la muerte.

la condición de los cónyugues igual (1); pero habiéndose de regir la sociedad familiar por el principio de autoridad (2), veamos si la naturaleza ha determinado de un modo general y constante quién ha de ejercerla, ó si la voluntad de los socios ú otras circunstancias habrán de fijarlo. Es indudable que el hombre tiene condiciones de mando superiores á la mujer; la superioridad intelectual del hombre es bien manifiesta, pues tiene mayor perseverancia y fijeza en el estudio, más poder abstractivo y reflexión más profunda; en vano se objetará que habiendo mujeres capaces de gobernar un Reino, como Doña Berenguela, Doña María de Molina y Doña Isabel la Católica, más fácilmente gobernarán una casa, porque de hechos excepcionales no debemos sacar la regla general; donde reinan las mujeres generalmente, gobiernan los hombres; y además de todo esto, es muy diferente dirigir una nación teniendo á su mano poderosos elementos, que proveer por sí mismo á las necesidades y gobierno de la familia. En el orden físico, la mujer es más

(1) Es igual la condición de los cónyuges; pues ninguno se despoja de su propia personalidad, para servir al otro de simple medio, sin que por esto hayamos de negar la subordinación precisa para el buen orden de la familia. Hermosamente describe San Pedro (en su Epístola 1.ª, cap. 3.º) las relaciones que deben mantener los esposos entre sí: (1) Las mujeres deben ser sumisas á sus maridos á fin de que si hay quienes no dan fe á la palabra sean convencidos sin la palabra por la vida buena de sus mujeres, (2) cuando consideren con respeto la pureza de vuestras costumbres... (7) Del mismo modo, vosotros maridos, vivid prudentemente con vuestras mujeres, compartiendo con ellas vuestro honor, tomando en cuenta la debilidad del sexo y considerando que son coherederas vuestras en la gracia que dá la vida ... San Pablo (en su Epístola á los Colosenses, cap. III, v. 18 y 19) exhorta á las mujeres para que sean sumisas á sus maridos y á éstos para que las amen; añadiendo (Epístola á los de Efeso, cap. V, v. 22 y sigs.) que el marido es cabeza de la mujer como Cristo es cabeza de la Iglesia y debe amarla como á propio cuerpo, pues el que ama á su mujer se ama á sí mismo... Por esto el hombre *abandona* á su padre y á su madre y se une á su mujer, viniendo á ser los dos una misma carne.

(2) «El matrimonio es una asociación; en todas las asociaciones es necesario un medio de formar una mayoría; en una sociedad de dos personas este medio no puede ser otro que el de conceder la preponderancia á uno de los dos asociados; pero sería irracional conceder la preponderancia al sér más débil, al que tiene menos experiencia en los negocios; por cuyo motivo se justifica la autoridad marital, según Pradier Fodere (véase la obra citada de Augias, pág. 350).

débil que el hombre, sólo en algunos países se ocupa de las faenas rudas que generalmente se hallan encomendadas al trabajo de los hombres; y á parte de ser excepcional es tan nocivo, que la mortalidad de las mujeres aumenta donde, como en Italia, comparten con el marido las rudas faenas del campo (1). Hace notar, exageradamente Proudhon (2), que la mujer puede considerarse enferma una gran parte de su vida, ocho días al mes ó sean noventa y seis días al año; la gestación la constituye durante nueve meses en un estado delicadísimo; al alumbramiento siguen cuarenta días de convalecencia; y la lactancia de cada hijo, hace que, de doce á quince meses por lo menos, haya de ser atendida su salud con sumo cuidado. Las anteriores indicaciones demuestran, que aunque tuviese aptitud para regir la familia, habría de sufrir numerosos eclipses, durante los periodos en que la mujer puede ser considerada como una enferma. El carácter de la mujer es generalmente veleidoso é impresionable, circunstancias que la inhabilitan para dirigir prudentemente: haciendo notar un escritor, que las mujeres son muy inferiores á los hombres en el sentimiento de justicia y en la aspiración á la igualdad; pues no hacen gran miramiento de aquélla en muchas circunstancias, y aspiran generalmente al privilegio (3).

(1) La mujer no debe ocuparse de hacer labores penosas, únicamente soportables por los hombres robustos; y á la falta de consideración que con el sexo débil se guarda, atribuye Del Vecchio la desproporción que existe en Italia y en la India, en cuyos países predomina por el número el sexo fuerte: pues de 28.459.628 italianos que arrojaba el censo de 1881, eran varones 14.265.383 y mujeres 14.194.245; y según censo hecho hace pocos años por los ingleses, por cada 1.000 hombres hay 944 mujeres en la India.

(2) Michelet extrema este concepto, considerando á la mujer como una enferma, y basando el amor en la compasión que debe inspirarle al marido.

(3) «A la mujer hablada de amor, de simpatía, de caridad, ella os comprende; mas de justicia no entiende una palabra. Se hará hermana de la caridad, protectora de los pobres, enfermera, esclava de la casa, en suma cuanto queráis; mas no concibe la igualdad, se diría que le repugna: lo que sueña es ser un día, una hora siquiera, señora, princesa, reina ó maga. La justicia que nivela los rangos y no hace excepción de personas le es insoportable. Al modo que su espíritu es antimetafísico, su conciencia es antijurídica. La mujer ama sobre todas

Siendo el hombre más inteligente, más reflexivo, justo é imparcial, más fuerte y más sano, ¿Habrá de renunciar á la supremacía con que le ha favorecido la naturaleza? Nó, y en prueba de ello está, el ridículo que rodea al hombre que abdica en manos de su mujer la autoridad doméstica.

Si bien es cierto que al esposo corresponde la autoridad marital, y en su caso también la paterna y doméstica, debe por su parte proveer á las necesidades de la casa, y defender á su familia contra toda usurpación ó ataque, llevando por sí la representación de los derechos de la mujer y de los hijos.

La mujer, atendido el recogimiento de sus costumbres

las cosas el favor, el privilegio. ... Desprovista de genio industrial y administrativo, la mujer quiere dirigir la economía pública; desprovista de espíritu filosófico, se pone á dogmatizar; desprovista de sentido jurídico, aspira á elevarse por encima del derecho: tal es la justicia, la moralidad de la mujer». (Proudhon, citado por Del Vecchio).

Las anteriores indicaciones, lejos de ser juicio imparcial, parecen una diatriba escrita contra las mujeres por alguno que contra ellas tuviera grave resentimiento; y á bien que si en el bello sexo escribiese quien padeciera de atrabilis semejante, no quedáramos los varones muy contentos de la descripción que de nosotros hiciera; sin embargo, reduciendo á sus límites reales el valor de las reflexiones propuestas, habrá de reconocerse á los hombres mayor aptitud para la exacta determinación y observancia del derecho; siquiera seamos inferiores á las mujeres en la dulzura de carácter, espíritu de sacrificio, honestidad de costumbres y otras muchísimas particularidades en que generalmente nos superan.

Es cierto que la estadística criminal determina menor delincuencia respecto de las mujeres; pero hay que convenir en que depende mucho de la timidez de carácter, educación, género de vida y otras cualidades y circunstancias diferentes del espíritu de justicia. Hay delitos que no pueden cometer las mujeres, porque corresponden al abuso de las funciones públicas que únicamente desempeñan los hombres; los atentados contra las personas y los delitos que consigo llevan el empleo de la fuerza, no son accesibles generalmente á la condición de la mujer; y finalmente, sus hábitos de recogimiento y externo decoro, les evitan numerosas ocasiones de culpa ó las cohiben notablemente: en cambio hay algunos delitos gravísimos, como el infanticidio y el aborto procurado, que son casi exclusivos de la mujer; y en Prusia, el número de los condenados por delito de envenenamiento en el período de 1860 á 1869 fueron próximamente en el mismo número que el de las envenenadoras; de donde deduce Wagner, que hay casi los mismas probabilidades de ser envenenado por un hombre que por una mujer (Del Vecchio). Por último, como el autor moral del delito muchas veces resulta desconocido para el juzgador, toda estadística basada en las sentencias de los tribunales resultará incompleta; determinará el brazo que ha ejecutado el crimen; y quedarán ocultas, la mente que lo ha concebido, y la voluntad que lo ha impuesto.

y sus aptitudes para cierto género de labores, debe tener á su cargo el cuidado de la casa, y una administración subordinada siempre á la autoridad del marido (1).

Ha habido algunos que, en estos tiempos de emancipación social, han pretendido la de la mujer, haciéndola igual al hombre en los derechos civiles y políticos.

Enfrente de tan equivocada aspiración, habremos de sostener: que en cuanto se refiere á los derechos civiles, la mujer no tiene otro límite que el de su capacidad natural, siendo independiente *(sui juris)*; pero sometida á la autoridad marital, debe subordinarse á la voluntad del marido, para que haya unidad de miras en la familia. Respecto á los derechos políticos, la mujer debe hallarse subordinada al marido, que podrá representarla en cuanto sea necesario; y la mujer soltera debe tener una valla infranqueable, en el pudor de las costumbres y en el orden social.

Los deberes jurídicos que *por igual* tienen los cónyuges son: 1.° hacer vida común, 2.° guardarse fidelidad y 3.° auxiliarse mútuamente (2).

Hay deberes que son *peculiares* del marido, como son: *proteger* á la mujer y *representarla* en aquellos asuntos en que sea necesario ó conveniente que comparezca y ejercite los derechos ó cumpla las obligaciones de la esposa.

La mujer debe *sumisión* al marido, y *aceptar* de buen grado la gestión de los asuntos propios hecha por aquél, siempre que (en uno y otro caso) al obrar así no infrinja

(1) Dice Belime con profundo sentido, que la distinción de sexos es la obra de la naturaleza, mas la diferencia de capacidad civil según el sexo es obra de la ley. En realidad, únicamente el matrimonio puede limitar, por la subordinación al jefe de la casa, la capacidad jurídica de la mujer (aparte de las restricciones que al hablar de los derechos innatos hemos enunciado, y que son comunes á los dos sexos). Distinta solución sustentamos respecto de la personalidad de la mujer en el orden político: pues como enseña el ya citado profesor de Dijon, es contra naturaleza que los débiles dominen á los fuertes, se perdería el pudor del sexo en las cátedras y debates de la política, y se turbaría la paz de las familias trayendo las contiendas de los partidos al hogar doméstico.

(2) «Art. 56. Los cónyuges están obligados á vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mútuamente.» (Código civil español).

la Moral ó el Derecho ó no vaya manifiestamente contra intereses respetables de la sociedad conyugal.

Vida común. El domicilio de la mujer es del marido (1): la primera no debe ausentarse de la casa conyugal más que en cuanto la autoricen las costumbres de la localidad, el cumplimiento del deber ó el consentimiento (tácito ó expreso) del marido: procurando, en todo caso, no dejar incumplidas sus obligaciones domésticas. El marido si bien tiene más libertad, toda vez que no precisa la venia de su esposa para salir de casa; ni le es lícito residir accidentalmente en lugar distinto del domicilio conyugal sin justa y suficiente causa, ni debe tomar su domicilio como *posada*, buscando fuera del hogar y de la compañía de la esposa la mayor parte de sus esparcimientos y relaciones sociales (2).

(1) Tal es el principio generalmente consignado y hemos de notar: 1.° Que si bien el marido tiene *el derecho* de fijar, el domicilio la mujer podrá eximirse de cumplir el deber de seguir á su marido cuando traslade su residencia á un país en el que tema fundadamente perder su salud ó sus más principales derechos.

Es lo cierto que si el marido pretende cambiar de nacionalidad, adquiriéndola en un país donde se admita el divorcio (quoad vinculum), la poligamia ó en que la mujer no vea garantizada su persona y bienes contra los ultrajes y los dispendios de su marido, entendemos que puede negarse á perder su salud, su vida, su tranquilidad, su dignidad de esposa única, ó sus bienes, salvo en ciertos casos excepcionales en los cuales puede llegar la abnegación (de la esposa) á ser obligatoria. 2.° Tanto es deber como derecho el compartir la morada del esposo; y éste no podrá negarse á que resida en el domicilio conyugal (el art. 214 del Código civil francés determina este derecho) la mujer, y deberá también en la medida de sus recursos proporcionar una vivienda suficiente para establecer el hogar doméstico.

Finalmente no vemos dificultad en que se pacte la población ó lugar en que ha de residir el matrimonio (el Código de Méjico autoriza este pacto según dicen Romero Girón y García Moreno, en su cit. ob. tomo XII, pág. 172) siempre que se deje cierta libertad al esposo para determinar la morada y la necesaria independencia de vida, y pudiendo el esposo pedir por justa causa la relevación de este deber que contrajo.

(2) La caza, la pesca, las excursiones y giras campestres, los viajes de puro recreo ó con insuficiente causa promovidos, el casino, la casa de juego, el café, la taberna, etc., se consideran por los maridos como recursos lícitos para disipar el tedio y consumir el tiempo que les dejan libre sus ocupaciones; acudiendo á uno ú otro de los mencionados recreos según las aficiones, medios y clase social á que pertenecen. Este egoísmo del sexo fuerte no puede menos de acarrear una dirección paralela de parte de las mujeres: las cuales han de buscar distracciones más ó menos análogas, en cuanto se lo permitan sus medios y les induzcan sus naturales inclinaciones. No por casarse deben los conyuges romper toda relación

En el interior del hogar doméstico la cordialidad de relaciones y el cumplimiento del débito conyugal son los cánones fundamentales de la vida común: debiendo, cuanto á lo primero, transigirse en caso de oposición de pareceres emulando en generosidad ambos cónyuges; y dando ejemplo de prudencia el marido, en todo cuanto sea lícito transigir: respecto al cumplimiento del débito conyugal no debe tomarse como cebo de pasión sino como acto encaminado á la procreación de la prole, y nunca realizado con propósito de que sea ineficaz ni opuesto á la procreación. Estos deberes (de cordialidad y cumplimiento del débito conyuhal) son *jurídicos*; pero la coacción sólo indirectamente y en muy corta medida puede ejercitarse para impulsar á su cumplimiento: pudiendo asegurar que la conciencia del propio deber es la única que puede inducir eficazmente á cumplirlo. Las leyes castigan ciertos actos nacidos de la falta de cordialidad en las relaciones conyugales (1).

Fidelidad conyugal. Que consiste como decía el Rey Sabio en no tener que ver la mujer con otro ni el marido con otra. Opuesto á la fidelidad es el delito de adulterio; pero sin llegar á este extremo, ni penetrar tampoco en el terreno de la conciencia, reservado á la ley moral, puede haber actos de preferencia ó de sensualidad que posterguen al otro cónyuge ó le ofendan, por las intenciones que revelan de infringir la fe prometida. No es el adulterio un delito artificial, ni la fidelidad conyugal una institución arbitraria de las leyes positivas correspondientes á pueblos

con el mundo; pero es de notar que la relación más estrecha es la conyugal, *y ninguna otra relación moral puede ser lícitamente preferida*.

(1) «Serán castigados con la pena de 5 á 15 días de arresto y reprensión.»

2.° «Los maridos que maltraten á sus mujeres, aun cuando no les causaren lesiones comprendidas en el párrafo anterior.»

3.° «Las mujeres desobedientes á sus maridos que les maltrataren de obra ó de palabra.»

4.° «Los cónyuges que escandalizaren en sus disensiones domésticas después de haber sido amonestados por la autoridad, si el hecho no estuviere comprendido en el libro II de este Código». (Art. 603 del Cód. penal).

de cierta cultura: el afecto conyugal tiene marcado carácter de preferencia y exclusivismo, no en vano se dice que son una misma carne: pues nadie puede llegar á la intimidad de la vida conyugal más que los esposos que la forman, so pena de prostituir el hogar destruyendo su unidad. Si la mujer puede hacer incierta la paternidad de los hijos cometiendo adulterio, el marido da ejemplo de infidelidad á la mujer, no corresponde á la donación que su esposa le hace con igual integridad, y generalmente dispendia los bienes que habia de consagrar á su familia legítima, como tributo de sus vicios y para sostener las obligaciones nacidas de su infidelidad conyugal: ésta se castiga por las leyes en el caso de adulterio, pero veremos, en su lugar propio, cuánta lenidad usan con los hombres.

Auxilio mutuo. Significado por la obligación recíproca de prestarse alimentos, y también los cuidados necesarios en caso de enfermedad y en las demás circunstancias en que uno necesite del otro y éste pueda favorecerle. Los bienes de uno de los cónyuges deben aplicarse para evitar un mal ó granjear un bien al otro cónyuge: siempre que no se desatiendan fines más preferentes; procurando, en ambos casos, la compensación, y no acudiendo á los bienes del otro consorte, mientras tenga bienes el que los ha de aplicar en su propia utilidad (1).

(1) No es obligación privativa del marido el dar alimentos á la mujer, pues ocasiones hay en que la mujer es rica y el marido pobre ó inútil para el trabajo: (en este sentido está redactado el art. 1.360 del Cód. civ. alemán) es cierto que se dirá que pues el hombre administra los bienes de la familia no precisa que la mujer le dé alimentos, sino emplear el producto de los bienes de ésta, en la satisfacción de sus propias necesidades y las de la familia; pero siempre resulta que se mantiene con los bienes de su mujer, si él no los tiene propios ni adquiere cosa alguna por otra parte. Nuestro Código civ. determina la obligación de prestar alimentos al cónyuge, *en primer lugar* (art. 143).

Es cierto que no prescribe nada el citado cuerpo legal como aplicación del deber de socorrerse mútuamente; pero lo consigna como principio general, según hemos visto. El último punto de vista parece opuesto al sistema generalmente seguido de admitir sólo la comunicación de los frutos, pero no de los capitales aportados por ambos cónyuges; pero digásemos si sería justo que la mujer ó el marido

Protección á la mujer. Siendo la mujer más débil que el hombre, y hallándose subordinada é él en el matrimonio, se deduce la necesidad y el deber de ampararla el marido, en aquellos asuntos en que si obrara por sí sola podría sufrir los efectos de su propia debilidad. Manifestaciones de tal deber son el *consentimiento* que necesita la mujer para ciertos actos transcendentales y la *gestión directa* del marido en los intereses de su mujer: cuyos derechos maritales son para cumplir el deber de protección, tanto como para unificar la actividad jurídica en la sociedad conyugal.

Representación jurídica de la mujer. Más que derecho es un deber, basado en la mayor aptitud del hombre para gestionar directamente los asuntos jurídicos, en que se halla interesada su mujer, con las autoridades, funcionarios públicos y con las demás personas, individuales y colectivas, que hayan de intervenir en el *negocio jurídico* (1); y también responde al principio de unidad en la gestión de los asuntos de la familia.

no prestaran, el uno en favor del otro, la fianza exigida por la ley de Enjuiciamiento criminal para que el procesado pueda estar en libertad (arts. 529 y siguientes: arts. 591 y siguientes) pudiendo facilitar dicha garantía, ó no pagase las responsabilidades pecuniarias del proceso (arts. 49 y 50 del Cód. pen.) y permitiese que en otro cónyuge sufriera la pena subsidiaria, á razón de un día por cada cinco pesetas que dejara de satisfacer, pudiendo pagarlas sin faltar á ningún deber y no tratándose de ofensas hechas al cónyuge no perseguido criminalmente. ¿No sería injusto que se negara uno de los esposos á suministrar al otro los medios de una ganancia lícita, mediando garantías y, oportunamente, la devolución exigida por el Derecho? Es cierto que la ley omite reglamentar esta materia y en ocasiones aparece opuesta á tales actos, por garantizar los bienes dotales cuya inalienabilidad consignaban los romanos como un precepto de interés público (*Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*) y para evitar que la mujer quedara reducida á la miseria (ut fundum dotalem non solum hypothecæ titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturæ suæ (mulieris) in repentinam deducatur inopiam. Enciclopedia jurídica de Pepere, pág. 253: Nápoles, 1878): doctrinas que tienen grande y merecida influencia en muchas legislaciones modernas; más si rectamente se considera la inalienabilidad de la dote no puede ser un principio absoluto, sólo sí una regla general que admita razonables y justificadas excepciones.

(1) *Negocio jurídico*, dice Windscheid que: *es la actuación de la fuerza creadora que corresponde en el campo jurídico á la voluntad privada:* sin embargo, en

Sumisión al marido. Mientras no sea insoportable, inmoral, injusto, ó manifiestamente inútil ó pernicioso el precepto marital, debe ser obedecido; y nunca contrariado sistemáticamente, ó de un modo depresivo á la dignidad del esposo: (1) por lo cual si el esposo mandase á la esposa la ejecución de actos no acostumbrados ni consentidos á la mujer de la respectiva clase social, ó superiores á las fuerzas y aptitud de la esposa; si pretende convertir el tálamo nupcial en detestable sentina de sus vicios; si exigiera de su consorte la realización de algún fraude ú otro acto prohibido por el Derecho; si la única finalidad del mandato fuese producir fatiga completamente esteril á la mujer; si los efectos necesarios, previstos y directos del acto fuesen un perjuicio para las personas ó los intereses familiares, sin compensación suficiente y segura, en todos los mencionados casos, no rige el deber de la obediencia y sólo por bien de la paz conyugal podrán, y aun en ocasiones deberán, realizarse algunos actos no opuestos al propio deber: pues ya dijimos que *no podemos renunciar el deber.*

Deber de aprobar la gestión jurídica y económica del marido. El esposo es el gerente y el administrador de los intereses familiares, y siempre que directa ó gravemente no desatienda los gastos y atenciones de la familia (2), ó des-

sentido amplio entendemos que es *toda relación jurídica, real y concreta.* Además, como prudentemente observan Fadda y Bensa, la voluntad privada no crea efectos jurídicos, sino que solamente se manifiesta designando ciertos fines para cuya obtención *el derecho concede, cuando corresponde, su fuerza tutelar* (obra citada, tomo I, págs. 839 y siguientes: Turin, 1896).

(1) El Código alemán indica principio análogo: «1354.—El marido decide en todos los asuntos relativos á la vida conyugal común; él fija singularmente el domicilio y la residencia.—La mujer no está obligada á seguir la decisión del marido, cuando esta decisión es un abuso de su derecho». Como indica Gastón Richard, las ideas feministas han penetrado en ese cuerpo legal. (Obra citada, Introducción, pág. LXXXV).

(2) Citaremos los siguientes artículos del Código alemán que no tienen equivalentes en el nuestro y son muy justificados: 1389.—El marido debe tomar á su cargo los gastos de la casa.—La mujer puede exigir que gaste el producto total líquido de los bienes aportados, en tanto que sea necesario al fin del sostenimiento

cuide ó perjudique el patrimonio familiar, la mujer no podrá suscitar dificultad alguna: en caso contrario se impone la reclamación amistosa; si es desatendida ó inútil, la demanda de protección á los tribunales de justicia; si es preciso, pedirá la separación de patrimonio y la administración del propio haber (1); y demostrada la prodigalidad del marido, destituirán á éste los tribunales de la administración que tan mal desempeña y la atribuirán á la mujer (2).

II. Régimen económico en la sociedad conyugal.

Varios sistemas se han propuesto y seguido por las legislaciones:—1.° El de separación absoluta de bienes.—2.° El de unidad absoluta de bienes.—3.° Sistema dotal.—4.° Sociedad de gananciales.

La separación absoluta de bienes no es compatible con la unión matrimonial perfecta, y emancipa á la mujer del marido si la habilita dicho sistema para administrar su propio patrimonio. La unidad parece más conforme á la naturaleza; pero, tratándose de personas corrompidas ó imprudentes, puede traer la ruina de la familia. El sistema dotal, garantizando á la mujer sus bienes, concede la administración al marido. Finalmente, el de gananciales otorga la mitad de los bienes adquiridos, durante el matrimo-

del marido, de la mujer y de los hijos comunes, sin que hayan de tenerse en cuenta otras obligaciones del marido.

(1) Nuestro Cód. civil es muy omiso en este punto, pues no concede la separación de bienes (art. 1433) más que cuando haya recaído sentencia firme: imponiendo al marido una pena que lleve consigo la interdicción civil, declarándolo ausente, ó accediendo al divorcio solicitado. El Código alemán enumera los casos en que *termina para el marido la administración y disfrute de los bienes de la mujer*, haciéndose cargo de evitar el peligro que corren los bienes de ésta, y el incumplimiento actual ó probable del deber de soportar el marido las cargas de la casa (arts. 1418 y 1391), sanciona el sistema de separación de bienes (1426) para dar satisfacción á ese estado de cosas.

(2) El proyecto necesita tutor, pero como dice muy justamente el párrafo segundo del art. 225 del Cód. civ.: «La mujer administrará los (bienes) dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal. Para enajenarlos necesitará autorización judicial.»

nio, á cada uno de los cónyuges, salvas las limitaciones y excepciones que á este principio general prescriben las leyes, ó establecen los particulares mediante los contratos correspondientes.

Un sistema mixto, que admita la garantía de la dote (1)

(1) Denomínase *dote* el caudal de bienes que la mujer aporta al matrimonio para subvenir á los gastos y necesidades de la nueva sociedad que al contraerlo forma. Es cierto que al marido corresponde también, y aun preferentemente, la obligación de proveer al sostenimiento de las cargas del hogar doméstico; pero tomando en cuenta, ya costumbres tradicionales, ya el fin de dignificar á la mujer y colocarla al nivel mismo del marido, se justifica una institución mediante la que si bien la esposa no podrá obtener ni los sueldos, el jornal ó las ganancias del marido, aporta en cambio sus propios bienes y su trabajo y cuidados en el seno del hogar doméstico que vienen á equipararla, en el orden económico, al marido.

Varias denominaciones recibe la dote, según que la constituye (ó sea proporciona los bienes con que formarla) una donación hecha por persona que, tiene deber jurídico de constituirla y se llama entonces *necesaria* (de la que se ocupa el art. 1340 del Cód. civ.) y en otro caso *voluntaria*: el origen ó procedencia de los bienes daban lugar á la división de la dote en *adventicia* (la que da la mujer por sí misma de lo suyo á su marido, ó la que da por ella su madre, ó algún otro su pariente que no sea de la línea derecha (la varonil ó paterna) ó algún extraño: así la define el Pavorde D. Juan Sola: pág. 48, tomo I, de su Ilustración al Derecho Real de España) y *profecticia* (la que se forma con los bienes del padre ó de otro ascendiente de la línea paterna). Llámase *dote prometida* la que se ha ofrecido, de suerte que constituya en obligación jurídica de darla oportunamente; *entregada* la que se ha puesto á disposición del marido para que la de la aplicación á que la dote va encaminada; *confesada* es la dote cuya entrega al marido no consta más que por manifestar éste haberla recibido.

Las leyes y los tratadistas se ocupan con detalle de la división en *estimada* ó *inestimada*: la primera se refiere á los casos de constituir la dote bajo tasación de su importe, á fin de que el marido responda del valor de la misma; y la segunda tiene lugar cuando no media tal circunstancia, y el marido responde, no más, de la devolución, en su día, de las mismas cosas que le fueron entregadas (véase el art. 1346 del Cód. civil).

La mujer puede tener, según algunas legislaciones, bienes que no tienen la consideración de dote y no entran en el *dominio* ni en la *administración* del marido, conservando ambos la mujer: llámanse bienes *parafernales* ó *extradotales*; y la ley ó el contrato modifican en ciertos casos el rigor del principio.

Los regalos y ciertas donaciones de mayor entidad hechos por el hombre á la mujer, ya en ocasión de celebrar con ella el matrimonio, ya en época posterior á la celebración de éste; y en la cuantía permitida por la ley, en cuanto sean cosas de uso personal de la esposa corresponde á la misma, privativamente, su disfrute: más si son cosas susceptibles de administración ésta corresponderá al marido como jefe del hogar doméstico (este último principio se desprende del art. 59 y de sus concordantes de Cód. civ.)

Reciben los obsequios que recíprocamente se hacen los cónyuges con ocasión de matrimonio, así como los regalos que de otras personas con tal motivo adquieren, el nombre de *donaciones esponsalicias*: generalmente las hace más bien ó en

y parta las ganancias por igual entre el marido y la mujer, nos parece el más aceptable: lo primero es una medida de prudencia, y lo segundo sirve de estímulo al marido para adquirir y á la mujer para economizar (2).

mayor cantidad el marido á la mujer que viceversa, tomando en cuenta la modestia y falta de medios ó de libre disposición de bienes que en la mujer concurren frecuentemente, más bien que la pretendida causa, indicada por D. Alfonso el Sabio, de ser *las mujeres naturalmente codiciosas y avariciosas* (véase el tit. XI de la Part. IV). Cuando se trata de donaciones de mayor entidad, hechas por el marido á la mujer, se denominan arras según el derecho de Castilla (tit. II, libro III del Fuero Real) creix ó excreix en Cataluña, y firma ó aumento de dote, escreix y axobar en Aragón. El Código civil comprende bajo la denominación de *donaciones por razón de matrimonio* las dos clases mencionadas (arts. 1.327 y siguientes).

Hallamos muy justificado el principio legal (art. 1.334 del Cód. civ.) de que: «Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio». «No se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia». En opuesto sentido el Derecho de Aragón permite al marido la donación de los bienes inmuebles á su mujer; y es muy curioso que en Cataluña de las «joyas donadas con el fin de que se presente más adornada durante el matrimonio (según dice Sancho Tello) no adquiere la mujer su dominio y es sólo el derecho á reclamar el anillo de boda, los vestidos de uso cotidiano y una de las joyas medianas de oro ó plata».

Los bienes del marido no son objeto de reglas particulares, introducidas por causa de matrimonio, salvo cuando sirven de garantía á la dote de la mujer; y en Castilla (con arreglo á las leyes 25 y 29 de Toro) han recibido el nombre de donación *propter nuptias* la hecha por los padres de los hijos varones «en contemplación del matrimonio que han de contraer, para que puedan llevar con más honor y comodidad sus cargas.» (Sala). En el Derecho Romano (de donde procede tal institución) se conoció con el nombre de *donatio ante nuptias* ó ante nuptialis, y Justiniano la dió el nombre de *donatio propter nuptias ó antiphernu* (Mackeldey, Elementos de Derecho Romano, pág. 345 de la edición española); y podían provenir dichos bienes del mismo marido, del padre de éste ó de un tercero, sirviendo para garantía de la dote; y este concepto tiene la donación propter nuptias en el Obispado de Gerona (Sancho-Tello, Lecciones de Derecho civil foral, pág. 50: Valencia, 1897).

Los bienes gananciales reciben el nombre de *Conquistas*, en Navarra.

(2) El Derecho español nos ofrece ejemplos de los *cuatro* sistemas mencionados. En las Baleares dice Sancho Tello: «Ni es conocida la sociedad legal de gananciales, existiendo por el contrario, la separación completa de patrimonios con todas las consecuencias de semejante sistema, ni ha sido tampoco costumbre constituir dote al contraer matrimonio; por consiguiente, todos los bienes de la mujer tienen el carácter de parafernales.»

El Fuero de Baylio según el cual: «todos los bienes que los casados llevan al matrimonio ó adquieren por cualquier razón se comunican y sujetan á partición como gananciales» (Sentencia de 8 de Febrero de 1892, extractada por Manresa en su Repertorio, págs. 71 y 72: Madrid, 1894; y Sancho Tello, págs. 60 y 61 de la obra citada). El Fuero de Vizcaya también establece la *unidad*, bien que solo en cierto caso, pues la ley 1.ª del tit. XX dice: «Casados marido y mujer le-

Pueden consignarse como principios, en cuanto á los efectos jurídicos del matrimonio con relación á los bienes, los siguientes:

1.° El matrimonio no es un medio directo de adquirir un cónyuge los bienes del otro, sino que, al contraerlo, cada uno conserva el dominio de sus propios bienes, ó, en otro

gítimamente, si hubieren hijos ó descendientes legítimos de en uno y quedaren de aquel matrimonio vivos (siendo suelto el matrimonio) todos sus bienes de ambos y dos, muebles y raíces, así en posesión como en propiedad (aunque el marido haya muchos bienes, y la mujer no nada y al revés) sean comunes á medias; y haya entre ellos hermandad y compañía de todos sus bienes» (véase Gutiérrez, Códigos... tom. VI, pág. 298: Madrid, 1889). También puede contratarse en Aragón la comunidad de bienes por el pacto de Hermandad.

En Cataluña existe el sistema dotal romano (bien que con algunas modificaciones) en el que se garantizan los bienes propios de la mujer, pero se atribuyen al marido cuantos bienes no se demuestra sean de la mujer; y la administración de todos, excepto de los parafernales que no le han sido entregados para que los administre. Unicamente en algunas regiones catalanas se conoce cierta especie de sociedad de gananciales mediante la *aociación á compras y mejoras* (del Campo de Tarragona) ó el *agermanament* (de Tortosa); bien que esta fórma se asemeja mucho á la comunidad establecida por el Fuero de Baylio: en el valle de Arán (según dice Abella en sus notas al art. 1392 del Cód. civ.) también existe la comunidad denominada *mitja guadenyarsa*.

El Código civil acepta un sistema mixto, respetando la propiedad de cada uno de los cónyuges en el patrimonio que al casarse aportan, concediendo al marido la administración de los bienes de la sociedad conyugal (salvo pacto en contrario y excepción hecha de los bienes extradotales que la mujer lleva al matrimonio y no entrega al marido para que los administre) y adjudicando á cada cónyuge por mitad, al disolverse el matrimonio, las adquisiciones hechas á título oneroso con bienes comunes, ó bien por trabajo personal, rentas y frutos percibidos durante el matrimonio, así como todos los demás bienes, que no pertenezcan privativamente á cada uno de ellos, obtenidos durante la unión conyugal (arts. 1396, 1316, 1346, 1357, 1381, 1384, 1392, 1401, etc. del Cód. civ). En Aragón el marido es el administrador de los bienes aportados al matrimonio ó adquiridos con posterioridad á la celebración de éste por ambos cónyuges, y no se conocen bienes parafernales: (Observancia 7.ª declarat. monetatica) los bienes de la mujer son dotales (Gutierrez, tomo VI, pág. 221). Tanto en Aragón como en Navarra y Vizcaya se conoce la sociedad de gananciales.

Hemos de notar que si el marido ha de disponer libremente de los gananciales y la mujer nó, únicamente logra ésta su parte de ganancias cuando se queda viuda ó se divorcia de su marido (arts. 1412, 1413, 1416, núm. 4.° del art. 73, 1426, etc. del Cód. civ.): estando tan limitadas sus atribuciones, que nuestro Código civil viene á considerarla con facultades muy análogas á una sirvienta ó ama de llaves (arts. 61 y 62), en lo que se refiere á la vida económica de la familia: pues sólo la faculta para contratar «cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia».

caso, ha de haber completa reciprocidad, ó causa justa y límite proporcional á los bienes del donante.

2.° Deben prohibirse las donaciones entre los esposos, una vez contraído el matrimonio, salvo cuando sean plenamente justificadas ó recíprocas y equivalentes, para evitar la explotación del más débil ó generoso por el más fuerte ó más egoísta.

3.° *El capital de cada cónyuge es inalienable*, salvas las excepciones fundadas en el *sostenimiento de las cargas de la familia*, cuando sea el *único recurso* de que al efecto se dispone, y se justifiquen plenamente tales extremos.

4.° El capital acumulado durante el matrimonio debe ser (como todos los bienes de uno y otro cónyuge) administrado por el marido; pero no transformado ó enajenado sin consultar con la esposa.

5.° Los productos de los bienes propios de los cónyuges (1), y de los adquiridos por la sociedad conyugal, deben aplicarse sin distinción alguna al sostenimiento de las cargas de la sociedad doméstica; y el remanente, constituir un fondo común á los cónyuges. La aplicación de los fondos destinados á los gastos de la familia debe hacerse por el cónyuge que tiene á su cargo los asuntos en que se han de invertir: correspondiendo al esposo la *dirección* superior, y á la esposa la *petición* de los fondos necesarios, y las *reclamaciones* consiguientes á la mala distribución é inversión de los recursos con que cuenta el matrimonio.

6.° La mujer debe hallar en la ley y, *sobre todo, en la realidad, garantías* contra la *prodigalidad* del marido ó la *injusta denegación de recursos; y medios adecuados para*

(1) Dígase de todos los bienes incluso de la dote: el Digesto decía: «Nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est» ley 76 D. De iure dot (23,3) citada por Filomusi, pág. 172 de su mencionada obra; y hasta de los bienes paraternales, aun cuando la mujer tenga el dominio y se reserve la administración: pues (como dice perfectamente una sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 1889) los productos han de entregarse al marido para el sostenimiento de las cargas de la vida conyugal (véase art. 1.385 del Cód. civ.)

hacer efectivos los derechos que tiene y el marido no respeta.

7.° *Las capitulaciones matrimoniales* (1) ú otros contratos relativos á la aportación, disfrute, administración y disposición de los bienes de los cónyuges *son la regla próxima* á que debe someterse el régimen económico del matrimonio, en cuanto no se opongan á la Moral y al Derecho: pues los contrayentes conocen las circunstancias del caso, y pueden establecer un sistema completamente adecuado á las mismas.

III. El divorcio, su definición: ¿Es admisible?

El divorcio, en su más estricto sentido, es *la disolución del vínculo conyugal* (2): muy antigua es su historia, y podemos asegurar que es el termómetro de la inmoralidad en el matrimonio; lo rechazan todos los autores católicos, y aun aquellos que apartándose de las enseñanzas de la Iglesia lo admiten, *generalmente*, no lo consideran como un bien, sino como un mal necesario (3).

(1) Denominanse capítulos ó capitulaciones matrimoniales los contratos (ó sea la declaración de la voluntad común de los interesados, para regular ciertas relaciones de derecho, en la parte sometida por la ley jurídica á la voluntad de los mismos) que tienen por objeto determinar los bienes que aportan los cónyuges y el régimen y aplicación de aquéllos.

(2) En sentido lato es *la relajación de la comunidad de vida en que el matrimonio consiste.*

(3) Hegel (ob. cit. págs. 199 y siguientes) considerando el matrimonio, esencialmente como una relación moral, y estimando necia y degradante la opinión (sostenida aún por Kant) de que el matrimonio era un contrato civil y aunque si se basa el matrimonio en el sentimiento, la volubilidad de éste puede hacerlo disoluble, manifiesta que: «las legislaciones deben hacer difícil tal posibilidad en todo cuanto puedan, y tratar *de que prevalezca el derecho de la moralidad contra el capricho.*

Ahrens (págs. 490 á 496), *después* de sostener que «El hombre y la mujer contraen el matrimonio con intención de unirse para toda la vida, *porque el amor que debe existir entre ellos no sufre la idea de que este lazo pueda romperse en tiempo alguno*» añadiendo: «Así, pues, el contrato de matrimonio *no puede contener ninguna determinación de tiempo en que la asociación haya de disolverse.* La unión matrimonial exige la indisolubilidad. El derecho..... se dirige..... hacia esto ideal»; *admite* el divorcio en la vida real, y declara que *los esposos separados quedan moral y jurídicamente libres para contraer matrimonio con otras*

Los católicos consideramos indiscutible, que el matrimonio no se disuelve por el divorcio; pero veamos si dentro de los límites de la razón natural hallamos causa

personas. Cree que el progreso hará menos frecuentes los divorcios, y admite que el ideal de la unión para toda la vida *no puede ser impuesto por las leyes, porque es el producto de la libertad* (!) *y la cultura moral propias de los hombres*». En resúmen, amemos la indisolubilidad pero obremos con libertad: así podríamos condensar la *moral* teoría de Ahrens.

Franck admite la necesidad del divorcio en ciertos casos: «Cuando el matrimonio no existe ya en realidad, y en lugar de conformarse á la naturaleza humana, la deshonra y la oprime (Franck, Filosofía del Derecho civil, pág. 69; París, 1886); y como dice con muy buen acuerdo Beaussire (Los principios del Derecho, pág. 237; París 1888) si la indisolubilidad es el ideal y el divorcio es una desviación del ideal, no corresponde tal institución al Derecho Natural, sino á consideraciones de utilidad social. Es verdad que éstas no se demuestran en modo alguno; pero es lo cierto que el divorcio se acomoda á la licencia de las costumbres mejor que la indisolubilidad.

Aguanno *avanza más*, defiende en circunstancias especialísimas porque toda sociedad, por natural que sea, puede disolverse en determinadas circunstancias, y por otra parte hay casos en que aun habiéndose anulado el matrimonio y pudiéndose volver á casar los cónyuges, con otras personas, permanecen los vínculos existentes entre padres é hijos. Por lo tanto, querer conservar una unión, cuando uno de los que la componen no ha de poder volver á unirse con el otro cónyuge, á causa de condena perpetua, *ó cuando las ofensas gravísimas contra la persona ó contra el honor han roto irremisiblemente el vínculo*, es una tiranía, una violencia personal que repugna en principio y teóricamente, y que mucho menos puede entrar en los cálculos prácticos del legislador.» Aduce luego contra la indisolubilidad las vergüenzas del libertinaje que la simple separación de los esposos lleva consigo: reconoce que debe restringirse el divorcio *á sus justos límites* y entonces «podrá ser un complemento necesario de la legislación y *al propio tiempo una institución de moralidad* (!) (Véase la obra citada, págs. 341 y 342).

No hemos leído defensa del divorcio más sui géneris que la del profesor Bovio (págs. 419 y siguientes de su citada obra), después de consignar que el amor, entendido como perfeccionamiento.... es la más alta y natural pasión de dos almas, de donde resulta tal unidad que no es disoluble.... si admite divorcio, separación ó alejamiento..., y este amor hasta para crear un oasis en el desierto de la vida... siéndole aplicable la sagrada frase «Quod Deus coniunxit, homo non separet»: A vuelta de tan elevadas consideraciones dice: *en los matrimonios ordinarios* ó prevalece el interés ó un delirio, una turbación momentánea que reviste las apariencias del amor: El cansancio y el hastío se suceden, y entonces contra la ficticia ley de la indisolubilidad se transforma el texto en el de «Quod Deus separavit, homo non coniunget». Intenta distinguir el divorcio actual regulado por la ley y el *repudium* ó la *discessio* de los romanos, y considera que si el divorcio fuese un retroceso sería un absurdo; pero siendo, por el contrario, una evolución de la familia es una necesidad».

Convienen Aguanno y Bovio en considerar el divorcio como una necesidad; pero el último tanto extrema el argumento que lo hace ver como una institución necesaria para los matrimonios en donde surge el cansancio y el hastío que, según él, *son los matrimonios ordinarios*.

suficiente para desechar esta odiosa institución; y al efecto, dividiremos la materia en dos partes: exponiendo en la primera, porqué rechazamos el divorcio; y en la segunda, las

Resulta pues de todas las opiniones mencionadas que el divorcio significa una transacción del legislador con ciertas debilidades ó imperfecciones humanas: *por lo cual queda el divorcio fuera de los límites no ya del Derecho Canónico sino del Derecho Natural*, para venir á ser una pura institución de derecho positivo más ó menos oportuna y justificada por la necesidad de transigir con los vicios sociales; pero aun este aspecto es muy discutible: pues la institución legal del divorcio produce tendencia ó multiplicar los divorcios, según nota Glasson, y bien merece la moralidad social que se limite la libertad de los esposos mal avenidos, permitiéndoles en los casos graves la separación, imponiendo pena al cónyuge culpable, si con arreglo á la ley penal lo mereciera, y en todo caso atribuyendo mejor condición al cónyuge inocente, si la causa del divorcio era la falta cometida por uno sólo de los consortes; pero no admitiéndoles á nuevo matrimonio toda vez que, con arreglo al Derecho Natural, no se disuelve por ninguna de las causas que da lugar al divorcio.

No sabemos qué sociedad será la que ha servido de campo de observación al Profesor Bovio: pues en España, y en el considerable número de matrimonios que todos hemos tratado, hemos podido observar que no se puede admitir la regla general sentada por el Catedrático italiano: pues aun aquellos en que no reina cordialidad de relaciones, si tienen el freno religioso y el de una regular educación, la vida común se hace tolerable, y después de las bruscas suscitadas por el mal carácter, el egoísmo y hasta la dudosa conducta de uno de los cónyuges, viene la reconciliación á producir la calma, y la felicidad á renacer en aquel hogar antes turbado por discusiones que persona inexperta podría juzgar imposibles de resolver amistosamente.

No es muy afortunado Bovio al querer investirse del carácter de Evangelista y transformar el texto de San Mateo (Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet XIX) en una frase tan inexacta como escandalosa: pues Dios no ha separado por el odio á sus criaturas, las ha unido con el fuego de la caridad; de suerte que ciertamente no es el Sér Supremo quien divorcia á los cónyuges, sino la sensualidad, el egoísmo, las máximas licenciosas del mundo, los escándalos, el espíritu del mal..... y siendo tan ruines y despreciables las causas del divorcio, bien puede el hombre contrariarlas y la sociedad no admitirlas: si se me permitiera contestar á la frase del tratadista italiano podría oponerle la de: *lo que separa el vicio puede unirlo la virtud; si la ley respetara la separación sancionaría la obra del vicio*. Un legislador prudente y justo, en una sociedad donde no se hayan perdido del todo los principios morales, únicamente admitirá, para evitar mayores males, el divorcio en cuanto *suspenda de una manera revocable la vida común*.

Puffendorf afirmaba que originándose el matrimonio del consentimiento se puede disolver como toda otra convención; y Tomasio creía que la perpetuidad, la fe conyugal y la potestad marital son efecto de los pactos establecidos por los cónyuges, y no consecuencias del Derecho Natural (véase Miraglia, ob. cit, página 352): con las ideas de los mencionados escritores protestantes concuerdan las siguientes palabras del positivista Enrique Cimbali: «La institución del divorcio, en cuanto se concilia y es la consecuencia legítima de la índole contractual del matrimonio, no contradice en nada al oficio de la función é institución social que representa. El matrimonio que es en su origen libre unión contractual, no

razones que nos mueven á desestimar lo que juzgan los autores y las leyes causa justa de divorcio (1).

I. Para evitar la corrupción moral: pues siendo la concupiscencia una de las pasiones más insaciables, y más veleidosas, si no se le pone un obstáculo infranqueable en la indisolubilidad del vínculo, tratará de romperlo por todos los medios y realizar otras uniones, quizá en número indefinido.

II. Atendiendo al fin que se proponen los cónyuges, fundir dos existencias en una sola.

III. Dada la imposibilidad de reintegrarse los cónyuges al estado que anteriormente tenían.

IV. El fin del matrimonio es permanente y no deja de existir en ningún momento.

V. Si hay hijos, en interés de ellos debe conservarse la unión, para que no carezcan del calor y de la protección de la familia.

VI. Caso de admitir el divorcio, las odiosidades y las discordias entre los divorciados, turbarían á cada paso la paz de las familias.

Las causas que se consideran suficientes para el divorcio son la enfermedad, el defecto físico, la falta grave á los

debe mantenerse á toda costa en la vida por la presión forzosa de la ley, cuando vengan á ser menos irrevocables los motivos que determinan á tal unión la voluntad de los esposos». Es cierto que si la voluntad ha sido no más de contraer una unión pasajera, la ley, sin hacer violencia, no puede considerarla vínculo indisoluble; pero es que la ley natural no puede admitir la formación y el concubinato, ni menos elevarlos á la noble consideración del *matrimonio*.

(1) El Concilio Tridentino impone la pena de excomunión á los que dijeren se disuelve el matrimonio por la herejía, cohabitación molesta, ausencia afectada de uno de los cónyuges (Canon V, Ses. XXIV) ó que la Iglesia yerra cuando ha enseñado y enseña, según la doctrina del Evangelio y de los apóstoles, que el vínculo del matrimonio no se puede disolver por el pecado de adulterio de uno de los dos consortes (Canon VII...). S. S. Pío IX, entre los errores acerca del matrimonio cristiano, condena la proposición 67 del Syllabus «Iure naturae Matrimonii vinculum non est indissolubile, et in variis casibus divortium proprie dictum auctoritate civili sancire potest». De suerte que se juzga erróneo el divorcio civil, no ya sólo el canónico; y se sanciona la indisolubilidad no sólo según el Derecho Divino positivo sino también el Derecho Natural. (Trata muy bien este punto Schiffini, ob. cit., tom. II, págs. 242 y siguientes).

deberes matrimoniales, la pena, la antipatía y el mútuo disenso.

Es verdaderamente inconcebible que por enfermedad haya de soltarse el vínculo, cuando precisamente mayor testimonio de abnegación y de cariño debe dar el cónyuge sano al que, por desgracia, está enfermo.

El defecto físico puede ser anterior ó posterior á la celebración del matrimonio; caso de ser anterior ó desconocido para el otro cónyuge, no es causa suficiente de divorcio, puesto que en el orden físico el único elemento esencial es la aptitud procreadora. Si es posterior al matrimonio, aun en el caso más grave que es el de la impotencia, la unión fué válida, y siempre permanecen los demás fines del matrimonio.

Las faltas graves á los deberes matrimoniales podemos condensarlas en la *ausencia* no justificada, la *infidelidad*, el *abandono* y las *ofensas* de palabra ú obra.

La ausencia no justificada puede motivar las reclamaciones del cónyuge que permanece en el hogar doméstico, para que el otro vuelva á hacer vida común.

La infidelidad debe ser razón de castigar al culpable; pero no causa bastante para disolver el vínculo, pues en caso de atribuir derecho á la anulación, sería un estímulo para cometer adulterios.

El abandono en que el marido deja á la mujer, ó la mujer desatiende las ocupaciones de su casa, dá lugar á que se reclame el cumplimiento de la obligación respectiva; pero no á que se disuelva la unión. Los malos tratamientos deben ser objeto de sanción penal, si á tanto llegara el exceso: pero en manera alguna justifican el divorcio, pues no es imposible que el cónyuge culpable se corrija.

El delito, cuando es contra la moralidad y los derechos de la mujer y de los hijos, privarán al marido de la potestad que ejerce, y aun le obligarán á permanecer separado de su familia hasta que se le considere corregido: si se

trata, por el contrario, de otra clase de delitos, y la pena impuesta por ellos es incompatible con la vida de familia; mientras cumpla la condena se suspenderá la vida común y el ejercicio de los derechos familiares, en la medida que sea necesario.

La antipatía no puede convertirse en odio mortal entre seres racionales; de suerte que dominando nuestras pasiones podemos hallar siempre tolerable *un yugo que voluntariamente nos hemos impuesto.*

El mutuo disenso no hemos de estimarlo como un medio adecuado de anular el matrimonio: porque si bien es cierto que se contrajo por el mútuo consentimiento, las leyes de la naturaleza á que los contrayentes se han sometido, les obligan á permanecer en perfecta unión (1).

(1) El filósofo y jurisconsulto inglés Jeremías Bentham es quizá el defensor del divorcio que ha hecho un estudio más serio de la cuestión; sin embargo su argumentación es contradictoria y deficiente: de una parte admite la perpetuidad del vínculo como natural. «El matrimonio por toda la vida es pues el matrimonio *natural*, el más adecuado á las necesidades, á las circunstancias de las familias, el que más favorable resulta para todos los individuos, por regla general. Si no hubiera leyes que lo ordenasen, es decir, más leyes que las que sancionan los contratos, ese convenio será siempre el más común, porque es el más conveniente á los intereses recíprocos de los esposos. El amor de parte del hombre, el amor y la previsión de parte de la mujer, la esclarecida prudencia y el afecto de los padres, todo concurre para imprimir el carácter de perpetuidad al contrato de esta alianza».

Fijándose después en la serenidad de juicio de los legisladores considera que no pueden menos de prever la posibilidad de que el amor se convierta en odio; y en tal caso la perpetuidad de la unión la califica de tiranía, de locura, etc. Presenta y, á su manera, refuta cuatro objeciones contra la disolubilidad del vínculo; de las cuales vamos á ocuparnos, por más de que no les concedemos gran valor á los razonamientos de esta escuela, pues como ya hemos visto, al tratar del sistema utilitario, las ventajas materiales de una institución, en modo alguno nos persuaden de su justicia.

«Permitid el divorcio y ninguno de los cónyuges mirará su suerte como fijada irrevocablemente» tanto el marido como la mujer mirarán si pueden convenirles más otro partido. A esta objeción dá nada menos que tres contestaciones: la primera diciendo que también pasa lo mismo en los matrimonios indisolubles, dando lugar á relaciones ilícita; pero adviértase que aun dada la posibilidad de que alguno falte á los deberes conyugales, la cualidad de ilicitud que tiene hasta el pensamiento de ofender á la fidelidad debe retraer de una falta gravísima, y ciertamente no se hallará cómplice por el esposo infiel más que en persona de frágil ó ninguna moralidad. 2.° Afirmar que la revocabilidad de la unión mantendrá vivo el deseo de agradar al otro cónyuge y se conservará la unión: es lo mismo que decir que vivimos más tiempo en la casa alquilada que en la propia, porque el *casero* nos

Mucho se ha escrito sobre la cuestión del divorcio, mereciendo especial mención el libro de Alejandro Dumas, hijo, titulado la cuestión del divorcio. Se publicó este libro como impugnación al abate Vidieu y en defensa de la proposición de ley de Mr. Naquet. La ligereza y la malevolencia reveladas en esta obra son verdaderamente estupendas; en ella se condensan todos los argumentos de mala ley en favor del divorcio, se hace gala de incredulidad y se satirizan las Escrituras santas y la conducta de la Iglesia (1).

hace más reformas, que las que acostumbramos á realizar en casa propia, para que no nos marchemos. 3.ª Habrá más previsión y respeto de las inclinaciones personales de los cónyuges, podrán revocar la unión: por el contrario la gravedad mayor de la unión irrevocable hará pensar más maduramente un acto que no podrá rescindirse.

2.ª *Objeción:* «El poco interés de cada cónyuge en gestionar los intereses de otro». Evidentemente que la instabilidad de la unión ha de producir ese resultado, y en vano dice Bentham que en los matrimonios indisolubles la ruina de la fortuna es consecuencia de la falta de afecto, y que en el matrimonio disoluble antes de haber desunido los intereses el hastío hubiera separado las personas: porque la mala gestión de los intereses no es, en la mayoría de los casos, efecto de falta de cariño sino de falta de capacidad; y para evitar la mala administración del marido las leyes pueden instituir medios adecuados que ya conocemos y no hay precisión de acudir al divorcio: *la facultad del divorcio tiende más* dice *Bentham á prevenir la prodigalidad que á hacerla nacer:* sin embargo como no es necesario acudir á ese medio y á veces llegaría muy tarde ni aun bajo este aspecto es el divorcio necesario ni conveniente.

3.ª *Objeción.* La disolubilidad del matrimonio dará al más fuerte de los cónyuges una cierta disposición á maltratar al más débil, para arrancarle su consentimiento para el divorcio. Esta objeción no la contesta de ninguna manera porque, como la vida conyugal es muy íntima *no puede saberse*, cuando el cónyuge perverso emplea precauciones para vejar al otro, *el grado de certeza en las quejas y el de espontaneidad en el cónyuge más débil* que pide el divorcio ó lo consiente. Propone Bentham, como remedio, no conceder libertad al agresor y sí á la víctima, con lo cual no tendrá más medio que el de los alhagos y ofrecimientos, y nó el trato brutal y la violencia: de modo que al cónyuge se le permite el *soborno* del otro para granjearse la aceptación del divorcio, y se condena al culpable, probablemente, á una vida irregular.

4.ª *Objeción. El interés de los hijos se opone á que se rompa el vínculo que liga á los padres.* Se contenta Bentham con apreciar que es menor mal que si muriera alguno de sus padres, y que así no presenciaran luchas intestinas: pero como *la separación* cumple este fin, no hace falta para ello el divorcio.

(1) A pesar de ser datos muy rebuscados, y la mayor parte de ellos sin testimonios que los acrediten, hemos podido demostrar la falsedad de algunos y entre otros el siguiente: Dice Alejandro Dumas, que el Papa Inocencio III, aprobó el matrimonio de D. Alfonso IX con su prima carnal D.ª Berenguela y luego después lo anuló, según se dice, por mala conducta de la Reina: así escribe la historia de España Dumas; en cambio, D. Modesto Lafuente dice todo lo

Las afirmaciones que hace este autor son completamente gratuitas; y después de leído su libro, únicamente demuestran el lema que coloca al frente de su obra «el que investiga remueve y el que remueve turba»; pues con métodos tan ligeros no puede conseguirse otro resultado, en los espíritus superficiales.

El divorcio, en cuanto á la separación, puede admitir varios grados: no hacer vida conyugal y sí de familia, vivir en distinta casa, pero manteniendo relaciones amistosas; y finalmente, separación y ruptura de relaciones. En ninguno de los tres casos disuelve el vínculo la mera separación, pues el vínculo es indisoluble por naturaleza. Se justifica el divorcio muchas veces por razones de piedad ó muy atendibles, cuando se refiere á la separación en cuanto á la vida conyugal: la separación de moradas y la ruptura de relaciones son incompatibles con la unidad de vida; pero cuando esta unidad de vida se hiciera imposible é intolerable, puede la autoridad declarar la separación, determinando los efectos jurídicos que haya de producir. En ninguno de los tres casos la separación es perpetua é irrevocable, sino temporal y duradera tan sólo mientras subsiste causa justificativa de una situación que ha de tenerse como excepcional (1).

contrario; pues D. Alfonso IX, fué desgraciadísimo en sus dos matrimonios: el primero con D.ª Teresa de Portugal, lo declaró nulo el Papa, por el parentesco que mediaba; el segundo, con D.ª Berenguela, lo declaró nulo por igual razón el Pontífice Inocencio III; y no sirvieron para convencer al Papa la existencia de hijos, las súplicas del Rey, de la Reina y de los prelados, ni la consideración de unir los reinos de León y Castilla; sacrificándolo todo Su Santidad al principio, ético y jurídico, de impedir la unión entre próximos parientes. Aquél autor presenta otros ejemplos á que no damos ningún crédito, infiriendo á los españoles una ofensa tan injuriosa como procaz, al copiar un párrafo de un discurso pronunciado en defensa del divorcio.

(1) Las leyes francesas en materia de divorcio, revelan una grandísima relajación de los vínculos familiares y en las costumbres. Según sus disposiciones: El marido podrá pedir el divorcio por causa del adulterio de su mujer y la mujer tiene igual derecho en caso de adulterio del marido. Cada cónyuge puede reclamarlo por *excesos*, malos tratamientos ó injurias graves del otro. La pena aflictiva é infamante impuesta á uno de los esposos, será para el otro causa de

Suscribimos por completo á las siguientes profundas observaciones que hace Francisco Pepere: «Para evitar la violenta convivencia entre los esposos, cuando median discordias intestinas en el matrimonio, se provee suficientemente por medio de la separación de los cónyuges: durante la cual, el remordimiento de la conciencia, la memoria del antiguo afecto, la angustia con que oprime el ánimo la copa envenenada de los torpes placeres, la luz inextinguible del bien fulgurando ante los ojos del espíritu, son condiciones que permiten esperar se levantará el alma de su caída, y volverá en sí, despertándose de nuevo el amor al otro cónyuge» (1).

Denomínase la separación que el Derecho natural únicamente permite, *divortio quoad thorum et cohabitationem*; y nos remitimos, cuanto á sus efectos, á lo que las leyes canónicas y civiles prescriben, indicando solamente que lleva consigo esta clase de divorcio varios efectos:

I. Hace recaer cierta sanción sobre el cónyuge *culpa-*

solicitar el divorcio (arts. 229 al 232 inclusive del cap. I, tít. VI, lib. 1, del Código civil, según la nueva redacción dada de ellos por la ley de 27 de Julio de 1884).

Los esposos divorciados no se podrán volver á unir si el uno ó el otro ha contraído con posterioridad al divorcio un nuevo matrimonio seguido de un segundo divorcio. Para reunirse los cónyuges divorciados ha de mediar necesariamente la celebración del matrimonio por segunda vez (art. 295....)

«La separación de cuerpos (única recibida en España y en el Catolicismo) se puede pedir en Francia *en los casos en que ha lugar la demanda de divorcio* (artículo 306....); y cuando la separación de cuerpos ha durado tres años, podrá convertirse en sentencia de divorcio la de separación anteriormente pronunciada (artículo 310....)»

Cuando se introdujo en Francia el divorcio por la ley de 20 de Septiembre de 1792 llegó ésta, en su espíritu amplio de libertinaje á permitirlo por la demanda de uno sólo de los cónyuges *con la simple alegación de incompatibilidad de genio ó de carácter* (véase la obra, cit. de Franck, pág. 69).

La infausta ley del divorcio fué aplicada á las colonias francesas por el Decreto de 25 de Agosto de 1884.

El aumento de divorcios es constante y progresivo en la vecina República. En 1884 hubo 4277; en 1890, 5457; en 1895, 6,743; siendo de notar que en el departamento del Sena hubo 1785 divorcios en el año últimamente citado; ó sea más del 6 por 100 de los matrimonios contraídos en dicho año (véase el Anuario estadístico de Block).

(1) Obra citada, pág. 224.

ble y ciertas ventajas sobre el *inocente*, cuando tales conceptos se aplican por la sentencia del tribunal.

II. Lleva consigo la suspensión de la vida común y los deberes que son su consecuencia; pero, en la medida de lo justo, continúa el deber de mutuo auxilio (1), y siempre el de fidelidad.

III. Produce la separación de bienes y la administración de los de la mujer por ella misma: como no le prive la ley de estas facultades por vía de sanción.

Los efectos respecto de los hijos los estudiaremos al tratar de la patria potestad.

La unión conyugal termina por la muerte; y no hay otra causa de extinguirse la relación jurídica de que tratamos, como no sea el paso á mejor vida, bien muera el cuerpo, ya muera uno de los cónyuges para el mundo. (2). En otros tiempos, se consideraba extinguida, para los efectos civiles, por la pena denominada muerte civil, cuyo castigo se ha borrado de los códigos modernos.

El repudio y el divorcio (3) han sido causas frecuentes de disolver el matrimonio; el repudio consiste en disolverlo por la voluntad de uno sólo; y el divorcio, en su

(1) Laurent, Aubry y Rau, Arntz, Demolombe, Teichmann, etc., observan que después de la separación todos los efectos del matrimonio subsisten, salvo la obligación de la vida común..... (Véase la ob. cit. de Gabba, págs. 194 y 195).

(2) Según la doctrina católica (que profesamos en absoluto), á más del matrimonio rato, puede disolverse el matrimonio consumado entre infieles, si uno de ellos se convierte á la fe, y el otro, que permanece infiel, se separa del primero, trata de apartarle de la fe ó le obliga á pecar mortalmente en la vida conyugal (Véase la Disciplina Eclesiástica de los SS. G. Salazar y Lafuente, donde se hace notar que la separación de los cónyuges para seguir vida religiosa, después de consumado el matrimonio, no rompe el vínculo conyugal).

(3) La significación etimológica de la palabra divorcio indica suficientemente la naturaleza de esta institución: se deriva de la latina *divortium*, separación; efecto que se consigue tanto por el divorcio propiamente dicho como por el repudio (facultad exclusiva del marido en tiempos de corrupción y rudeza): el concepto de igualdad de los cónyuges, que prevalece en los pueblos cultos, ha suprimido el privilegio del marido; y en las naciones donde se admite la disolución del vínculo conyugal, como en las que no han recibido tan funesta institución, el divorcio, en las primeras, ó la separación, en las segundas, pueden ser solicitados lo mismo por el marido que por la mujer.

acepción más propia, por la voluntad de ambos (1); pero en realidad, el divorcio se declara (donde está admitido) por el tribunal, á petición ya de uno ya de los dos; y el mútuo disenso, por sí sólo, no puede considerarse suficiente (2).

CAPÍTULO 4.°

EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO CON RELACIÓN Á LAS PERSONAS DE LOS HIJOS.

I. Patria potestad.

Es la patria potestad el poder de protección que los padres tienen sobre sus hijos no emancipados (3), *para mantener la unidad en la familia y cumplir con éstos los deberes que la naturaleza impone á los que les dieron el sér.*

La comunidad en que viven los padres con sus hijos,

(1) *Dicortium* viene de diverto ó divorto, apartarse; y *repudiare*, quiere decir apartar de sí, arrojar.

(2) Las leyes antiguas otorgaron al marido el derecho de repudiar á la mujer, y aun estimaron como un deber repudiarla si era estéril, pues el matrimonio se había contraído para perpetuar la familia. Más adelante, se concedió á las mujeres derecho á pedir la disolución del vínculo conyugal; y llegó la corrupción de costumbres al extremo de que en Roma, hubo mujeres que contaban los años por el número de maridos que sucesivamente habían tenido, y no por los consulados; satirizando Juvenal, á las que llegaron á vivir y separarse de ocho maridos en el período de cinco años.

La religión cristiana trajo á la sociedad el bien inestimable de la indisolubilidad del matrimonio; pero como es un principio de moral purísima, ha sido contradicho frecuentemente por las heregías y el espíritu anticristiano que, por desgracia, domina en las sociedades modernas.

Se halla establecido el divorcio en Francia, Inglaterra, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Suecia y Noruega, Alemania, Rusia, Estados Unidos y en otra multitud de naciones; y rechazado en Italia, España, Portugal y algún otro país. En Austria no se admite respecto de los católicos (según dicen Romero Girón y García Moreno, en la pág. 240 de su citada obra) pero sí admite el divorcio quo ad vinculum en cuanto á los no católicos, si lo consiente su respectiva religión. Laya (citado por Pepere en la obra mencionada, pág. 226), dice que la ley inglesa y el derecho común alemán admiten la indisolubilidad del matrimonio celebrado con rito católico.

(3) Es decir, que no son aun independientes de la autoridad paterna,

los cuidados de que con los mayores sacrificios y abnegación rodean á los que les deben la vida, la sustentación, educación, defensa y protección de las personas de éstos, la custodia, administración y fomento de sus intereses; la participación y disfrute, por los padres, de todas las ventajas y goces que la paternidad suministra, constituyen un cúmulo de derechos y de deberes, entre padres é hijos, que se condensan en la institución jurídica denominada con más ó menos exactitud *patria potestad*.

Sobre el fundamento de la patria potestad, han discurrido mucho los autores: considerando Samuel Cocceius, que á la generación concurren de igual modo el padre y la madre; quiso determinar su procedencia *ex jure seminis*, acerca del cual podemos decir, que la planta que nace no es del dueño de la semilla, sino del propietario del terreno en que germina y crece (1): otros derivan la patria potestad

(1) Considerando Rosmini Serbati la opinión general de que el autor de una cosa es el dueño de la misma, pues no hay lazo más íntimo que el que une la causa y el efecto; se hace cargo de que en la generación interviene algo más que en las restantes producciones humanas, porque los padres forman á su hijo con su propia substancia: por lo cual, toda la antigüedad consideró á los hijos como una extensión de la existencia de sus padres: esta idea se aplicó tan rigurosamente, que hizo del hijo una propiedad del padre, hasta el punto de poder hacer de aquél cuanto quisiera, como si se tratara del propio cuerpo ó bien del vestido. Las leyes modernas pecan del extremo contrario; y es, que las leyes antiguas atribuían al hijo la cualidad de medio para el fin del padre, mientras que las modernas propenden á invertir los términos.

Distingue, á continuación, las cualidades de que el hijo se halla dotado (*natura*) y su carácter de sujeto de derecho (*persona*). Bajo el primer punto de vista, nada se opone á que el hijo sirva, siempre que le sea posible sin menoscabo de su dignidad, al bien de otra persona; y por tanto, tiene la *condición de medio* para las alegrías y los bienes que puede proporcionar á sus padres; y habremos de reconocerles, como *fin* de los cuidados y protección que sus padres deben prestarles: del primer aspecto derivan los *derechos*, y del segundo los *deberes* paternos.

Es de notar que si la patria potestad hubiera de fundarse en la generación, más bien correspondería á la madre que al padre, pues como dice el correctísimo escritor médico N. Mariscal (en su Higiene de la inteligencia, pág. 331: Madrid, 1898): «Si bien la parte que ponen ambos padres en el momento de la concepción es, cual se ve, la misma, como al fin desde este instante hasta el alumbramiento y, en la mayoría de los casos, hasta el destete, también todo lo que va siendo el niño es obra de la sangre de la madre, tiene que ejercer ésta una poderosa influencia en la vida y la manera de ser del nuevo vástago.» Mas como ve-

del consentimiento, pero nosotros hallamos justificación suficiente sin recurrir á él, en las circunstancias de carácter natural que fijan la autoridad y el deber en determinadas personas. Cuando nacemos nos hallamos necesitados de auxilio y protección y ¿á quién corresponderá cumplir con este deber, más que á los autores de nuestra vida? ellos nos han puesto en el mundo sin que pudieran contar para ello con la anuencia nuestra, la naturaleza les ha inspirado un cariño y una abnegación que les hace soportar con invencible paciencia cuantas molestias les ocasionemos; estos hechos no pueden dudarse en modo alguno, ni son patrimonio exclusivo, los sentimientos indicados, de la criatura racional, sino que son comunes, en cierto modo, á los séres irracionales; y colocan en manos de los padres la facultad de regir á sus hijos, y el estricto deber de protegerlos y asistirlos.

Viviendo ambos cónyuges, ninguna duda cabe de que ambos tienen autoridad sobre sus hijos; si bien las facultades correspondientes á la madre se hallan supeditadas á la autoridad del padre, como jefe superior en el hogar doméstico, á fin de mantener la unidad familiar, mediante la oportuna subordinación jerárquica de todos los individuos que en éste moran.

II. Efectos jurídicos del matrimonio con relación á las personas de los hijos.

Es condición, para el normal cumplimiento de los deberes que la paternidad impone, *la intimidad de vida en un mismo hogar*: por esto la ley supone fundadamente que el

mos en el texto la autoridad no se funda en la generación, lo que se funda en ella es la determinación concreta del deber y del derecho correlativo en los autores de nuestra existencia; pero siendo dos y debiendo la autoridad ser una, ambos progenitores la ejercen, mas con subordinación del uno al otro para que haya la necesaria unidad; y el más fuerte y más apto para la vida jurídica debe tener la supremacía: por lo que resulta, la patria potestad encarnada en ambos, y con primacía en el padre.

domicilio de los hijos sujetos á la patria potestad es el de los padres (1).

La *sustentación* de los hijos es deber de los padres, ya que son los encargados, por la naturaleza, de proveer al sostenimiento de los séres débiles encomendados á su amante solicitud (2).

La *educación* de los hijos corresponde, como deber inalienable, á los padres: ya Cicerón hacia notar que tambien los animales educaban á sus hijuelos, no abandonándolos hasta que pudieran valerse por sí mismos. Consideramos el cumplimiento de este deber, indispensable para la conservación del hombre, porque si no recibiéramos la educación adecuada sería en vano que nuestros padres nos alimentasen hasta cierta edad, si hablamos luego de proveer á nuestras necesidades y careciamos de aptitudes para ello (3).

(1) Así lo determina la ley de enjuiciamiento civil (en la sección 2.ª del título II, del libro 1.º)

(2) Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia.» Así lo expresa perfectamente el párrafo primero del art. 142 del Cód. civil; bien que luego amplía el concepto á puntos que nadie más que la ley comprende como alimentos, al incluir en ellos la educación é instrucción del *alimentista* (el que tiene derecho á percibirlos) cuando es menor de edad.

En Derecho aragonés, dice Santo Tello: Bajo la palabra alimentos se comprende todo lo necesario para la vida y para la educación del alimentario, así como los gastos de entierro y sufragio por el alma (Decis. 279, núm. 5, y 277, número 7).

(3). Hemos de confesar que los padres pobres, ignorantes, desvalidos, gravados con la pesada carga de ganar el sustento trabajosamente y fuera del hogar, necesitan hallar en la sociedad la cooperación necesaria para suplir las deficiencias que, sin culpa suya y por diferentes causas, experimentan: á este fin la caridad privada allana el camino con multitud de establecimientos benéficos; las instituciones sociales debidas á iniciativa particular atenderán también, aunque menos desinteresada y eficazmentente, á esas necesidades; y por fin, el Estado deberá acudir al auxilio de los particulares considerando una función pública el atender á una clase social que no se basta á sí misma, y no es suficientemente atendida por la espontánea cooperación de los individuos y personas colectivas de carácter privado.

Si los padres tuvieran culpa de su miserable situación, no en obsequio de los padres que no lo merecían, pero sí en el de los hijos, regirá el mismo deber de cooperación; teniendo en cuenta que si la culpa referida pudiera ceder en perjuicio de los hijos, se cercenarían los derechos de la patria potestad en la precisa medida para evitar un daño á estos seres inocentes.

La educación (1) refiérese á la voluntad, á la inteligencia y al organismo físico debiendo los padres: *formar* en sus hijos un carácter moral fuerte; *proporcionarles* instrucción adecuada á los medios de la familia y á las aptitudes de los hijos, y peocurarles, con mucha preferencia sobre *la cultura intelectual precoz*, la salud y la robustez necesarias para que puedan cumplir su misión en la sociedad (2).

Respecto á la profesión que hayan de aprender los hijos, no debe prescindirse de sus inclinaciones sino encauzarlas; y una vez aprendida la que de común acuerdo se eligió, la intervención del padre, en cuanto *al ejercicio*, debe ser indirecta, y no dejarla sentir más que en caso necesario de

Las familias pudientes descargan cierta pesada parte del cuidado y educación de sus hijos sobre servidores ú otras personas, bajo el mismo techo del hogar doméstico, y á veces no sólo hacen que concurran á determinados centros de instrucción y educación, sino que se desentienden por completo de atender á los hijos, calculando que, mediante ciertos desembolsos, dichos centros *se encargarán de todo*: reduciéndose (en opinión equivocada de muchos) los deberes del padre á pagar puntualmente la pensión: destruyéndose así los vínculos familiares, no por la defectuosa educación de los Colegios, que puede ser cumplan perfectamente su misión, sino por culpable abandono de los padres, los cuales *sólo deben encomendar á otros el cumplimiento de los deberes que para con sus hijos tienen, cuando no pueden cumplirlos por sí, ó en cuanto pueden otras personas representarles ó ayudarles con manifiesta ventaja de los hijos*.

(1) Entendemos por educación *de una facultad*, la integración de la misma en orden á su perfeccionamiento; y educación *del sujeto*, el perfeccionamiento de sus facultades en orden á la consecución de un fin personal del mismo: del fin toma su denominación cada especie de educación, y se denomina científica, política, moral, religiosa, artística, etc.

La frase de que tal cualidad no es natural en determinada persona, sino efecto de la educación, nos indica que la naturaleza puede completarse y perfeccionarse mediante una dirección adecuada: por el contrario la mala educación puede hacer perder cualidades naturales buenas y adquirirlas malas.

(2) Dice nuestro compatriota Mariscal. «El perfecto estado fisiológico, el desideratum de la higiene, lo mismo en lo que respecta á la gallardía con que debe verificar sus fenómenos orgánicos, el cuerpo, y los actos físicos de la vida de relación, que en lo que se refiere á la marcha y desarrollo de los fenómenos intelectuales, estaría en el equilibrio estable y duradero de estas dos clases de funciones, en la buena armonía de la vida psíquica con la vida material, que es lo que los antiguos quisieron expresar con su *temperamentum temperatum* (temperamento ponderado) tipo ideal en lo fisiológico que reunía las cualidades principales de los diversos temperamentos, excluyendo sus influencias viciosas» (obra citada, pág. 32).

perjuicio manifiesto del hijo ó de postergación, por éste, de deberes jurídicos preferentes.

La elección de *estado es asunto privativo del hijo*, el cuál deberá seguir su vocación, y el padre no podrá torcerla; pero sí opondrá la oportuna resistencia, cuando medie alguna de las circunstancias últimamente mencionadas en el párrafo precedente.

De todas suertes, no debe obligarse á los padres á cumplir *de cierta manera* sus deberes más que cuando conste que no los cumplen, y habrá de permitirse á los padres libertad de elegir las personas que les merezcan confianza, para encomendarles á sus hijos; y aun en caso de no poder sufragar los gastos de tal delegación de facultades, tendrán libertad para inspeccionar si cumplen su deber estas personas; y aun cierta elección, si hubiere varias encargadas de la misma misión educadora; y, por fin, podrán no llevar, y aun retirar á sus hijos de dichos centros, siempre que no se demuestre *manifiestamente* el perjuicio del hijo.

La *defensa*, ya dijimos en su lugar, que era el derecho de conservación considerado bajo cierto aspecto: luego demostrado éste en el hijo, queda evidenciado el deber correlativo en el padre de auxiliarle en caso de agresión injusta.

La *protección* de la persona de los hijos incluye la facultad de dar su consentimiento á los hijos, para que realicen los actos que por sí solos no pueden comprender, y la de ejercitar aquellos otros que los hijos por sí mismos no pueden realizar: de aquí la necesidad del *consentimiento paterno* para contraer ciertas obligaciones (1) y la *representación legal*, que de derecho corresponde á los padres, en todos los asuntos que interesan á sus hijos no emancipados (2).

(1) El art. 204 del Reglamento para la ejecución de la ley de reclutamiento (23 de Diciembre de 1896) exige á los menores de edad que se presenten á servir como voluntarios, entre otros requisitos, *la licencia de su padre*; sin la cual no pueden contraer tan grave obligación.

(2) Art. 155 del Cód. civ. y leyes de enjuiciamiento civ. y crim.

Los hijos deben tener un *nombre propio y privativo*, cada uno de ellos; y todos los de un mismo matrimonio tienen derecho y deberán usar el *apellido* primero de su padre y el de su madre: el nombre propio denomina al *individuo;* los apellidos paterno y materno determinan la *filiación* de cada uno. Si el nombre designado por los padres ú otros personas al hijo no placiese á éste, debería serle permitido cambiarlo al llegar á la mayoría de edad; y si el apellido resultase indecoroso ó mancillado por el crimen ó los escándalos de los padres, tambien habrá de consentírsele modificarlo y aun mejor adoptar otro nuevo. En todos los casos de cambio de nombres ó de apellidos, deberá mediar el permiso de la autoridad competente; y habrá de darse al hecho la publicidad necesaria, al efecto de que todos puedan enterarse de los nuevos nombres y apellidos del sujeto: pues en otro caso, podría el uso de nombre ó apellidos diferentes inducir á error respecto de las personas, y convertirse en hecho punible (1).

Es natural en los hijos el sentimiento de *respeto:* la dependencia en que se hallan desde su edad más tierna, la protección, el auxilio que reciben constantemente y el prestigio de la superioridad de sus padres, son circunstancias que les inspiran la mayor veneración hacia los autores de sus días; los padres son para sus hijos autoridad infalible é

(1) El art. 346 del Cód. pen. castiga el delito de uso público de nombre supuesto. Téngase en cuenta, que si bien el art. 114 del Cód. civ. presenta como un derecho de los hijos el de *llevar los apellidos del padre y de la madre;* sin embargo, entiéndase que tanto es derecho como deber mientras no se autorice competentemente para usar de nombres y apellidos diferentes de los que (con arreglo á los arts. 20 y 48 de la ley del Registro civil) figuran en la inscripción de nacimiento consignada en el Registro; y en ella constan el nombre que se le ha puesto al recien nacido y los apellidos que de sus padres toma. Previendo el caso á que aludimos en el texto, prescribe la ley (del Registro civil, en su art. 64) que: «Los cambios de nombre ó apellido se autorizarán por el Ministerio de Gracia y Justicia, previa consulta del Consejo de Estado y oyendo á las personas á quienes puedan interesar, para lo cual se anunciarán en los periódicos oficiales las solicitudes que al efecto se hagan.» «Estas autorizaciones se anotarán al márgen de la partida de nacimiento del interesado, observándose lo prescrito en los artículos 45 y 47.»

irrefragable; y de aquí, que cumplan sin violencia alguna los deberes de subordinación y obediencia, tan necesarios para la vida harmónica de la familia y el cumplimiento de la misión de los padres. Aun después de quebrantados los vínculos de la potestad paterna, el deber de respetar á los padres *dura siempre*; como los deberes morales de reconocimiento por los beneficios recibidos, y los de piedad y de amor filial.

La *sumisión* á los preceptos paternos y la adaptación voluntaria y completa al orden familiar, son deberes rigurosos de los hijos: ya que la autoridad de la madre, y sobre todo del padre, se fundan en la superioridad natural física, y muy principalmente en la espiritual, en el orden doméstico y en la posesión constante é indiscutible de tal potestad (1).

Los efectos del matrimonio con relación á las personas de los hijos son jurídicos y no puramente morales, porque la familia es base de la sociedad, y el orden social no se mantiene sin una constitución familiar robusta; de suerte que la decadencia, progreso ó perfección de la familia se reflejan en la sociedad. Sin embargo, sería un error gravísimo atribuir al poder público intervención directa en la familia, y mucho menos encomendarle la educación de los hijos: porque ni los deberes de los ciudadanos para con la sociedad política requieren arrancar á los hijos del maternal regazo, ni del calor del hogar doméstico, *ni manos*

(1) La prudencia de los padres inspira *los preceptos* en motivos razonables, y procura persuadir de la conveniencia de cumplirlos y demostrar los males que subsiguen á la inobediencia: haciendo leve el yugo de la sujeción, y aun permitiendo libertad en las iniciativas de los hijos, salvo cuando sean reprobables ó no sean compatibles con el buen régimen de la familia.

A medida que se desarrolla el hijo debe disfrutar de mayor libertad de acción; pero los padres deberán vigilarlos constantemente y residenciar sus actos, encauzar su conducta, evitarles toda ocasión próxima de graves faltas, y reprimir con la necesaria severidad sus desmanes: en esto, como en todo, la libertad es para el bien, no para el mal, y tanta más libertad disfrutará el hijo cuanto sea más digno y más capaz de hacer buen uso de ella.

mercenarias pueden inspirar los nobles sentimientos que se aprenden y profesan con todo afecto en el seno de la familia; ni cumplir, medianamente siquiera, la misión, dulce para los padres é insoportable para los extraños, de alimentar, educar, protejer, defender y velar con solicitud constante por el bien de los hijos (1).

La coacción jurídica para imponer á los hijos el cumplimiento del deber de obediencia, y *la sanción* de las fal-

(1) El Código civil resume los *efectos de la patria potestad respecto á las personas de los hijos* en los términos siguientes:

Art. 155. El padre y en su defecto la madre, tienen respecto de sus hijos no emancipados.

1.° El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos é instruirlos con arreglo á su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

2.° La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente.

Art. 156. El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción ó en institutos legalmente autorizados que los recibieren».

«Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer á sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre ó madre, con el V.° B.° del Juez para que la detención se realice».

«Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores comprende á los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos ó adoptivos».

Las precedentes disposiciones ordenan la patria potestad bajo el exclusivo punto de vista del deber paterno, y autorizan á los padres el empleo de medios coercitivos bastante adecuados: de lamentar es que en España tengan tan poco incremento las escuelas y establecimientos de corrección para los hijos díscolos: pues el precepto legal sin asilos de corrección paterna es en gran parte ineficaz. La lectura de la Real orden de 12 de Marzo de 1891 causa verdadera pena, al considerar como puede aplicarse la mencionada detención en España: determina dicha Real orden que la corrección indicada en el art. 156, mientras no exista establecimiento destinado al efecto, se cumpla en alguna casa de beneficencia adecuada al objeto; donde no la haya, destínese un local para este fin en las Casas consistoriales; y en último término ó si el padre lo pide deténgase al hijo díscolo en la cárcel ó establecimiento donde se encierren jóvenes delincuentes. Si los padres son pobres los mantendrá, á los hijos detenidos, la casa de beneficencia ó el Ayuntamiento en el respectivo caso.

Hemos de criticar que nuestro Código no distinga la edad de los hijos para los efectos de la corrección: más discreto el Código civil francés (arts 376 y 377) distingue si el hijo es menor ó mayor de 16 años: en el primer caso el padre tiene facultad para hacerlo detener hasta un mes, obteniendo al efecto la oportuna orden de arresto; pero si el hijo pasa de dicha edad, la orden de arresto (hasta por 6 meses) solicitada por el padre podrá concederse ó denegarse.

tas por éstos cometidas, en cuanto no rebasan por su índole y gravedad la esfera de las relaciones familiares, corresponden ejercitarlas á los padres: los cuales podrán solicitar la cooperación de otras personas y hasta de los funcionarios públicos No tiene el padre derecho de vida y muerte sobre su hijo (1), sino facultades para corregirlo y para castigarlo moderadamente, tomando en cuenta la edad y las demás circunstancias que en el hijo concurren, para que la corrección y el castigo sean adecuados y eficaces: entiéndase que se trata de medios educativos mas bien que del ejercicio de función *punitiva* (ó sea para imponer penas).

Si la corrección y el moderado castigo del padre son ineficaces para enfrenar al hijo; si el auxilio prestado al padre, ya en el interior del domicilio ya fuera de él, por particulares y por los funcionarios públicos, en sus respectivos casos, fueran insuficientes para cohibir al hijo díscolo ¿podrá el padre arrojarlo de casa y romper con él todos los vínculos familiares? Entendemos que el padre, por sí y ante sí, no puede arrojar de casa al hijo menor de edad ni, en caso alguno, renunciar á los deberes que la paternidad le impone: para echar de casa al hijo debe necesitar permiso de la autoridad judicial competente que resuelva en vista de las manifestaciones del padre, del hijo y demás informaciones complementarias que juzgase indispensables, y por vía de sanción el juez debería declarar de qué derechos habría de privarse al hijo en castigo de sus faltas: sobre este punto guarda silencio nuestro Código civil, y á bien que no es asunto baladí ó de poco interés práctico (2).

Los hijos tienen (además del respeto y la sumisión) la *obligación jurídica* de *sostener, asistir, defender* y *prote-*

(1) Tal derecho (jus vitæ et necis) tuvo en Roma hasta tiempo de Constantino; así como el de vender sus hijos como esclavos, hasta que se *limitó* por Diocleciano y Maximiano. En nuestras leyes de Partidas hay grandes vestigios de la terrible patria potestad romana.

(2) De este punto se ocupa el art. 222 del Cód. italiano.

ger á sus padres necesitados de tales actos de cooperación, cuando no haya quien tenga obligacion más estricta y puedan auxiliar á los autores de sus dias en alguno de los modos indicados, en la medida de la necesidad de los padres y la posibilidad de parte de los hijos: p. e. el padre pierde todos sus bienes y no puede ganar lo suficiente para sostenerse, cae enfermo y precisa los cuidados de la familia, es injuriado ó agredido por un tercero, cae en locura ó prodigalidad. ¿Se negará en casos tales el hijo á dar los recursos, la asistencia y la defensa necesarios, ó á desempeñar la tutela correspondiente? Sería un acto de odiosa ingratitud negarse á cumplir los oficios que la piedad filial impone: cierto es que la ley establece la obligación de dar alimentos y la de la tutela (1), y deja á la buena voluntad los otros dos deberes (el de asistencia y el de defensa); pero creemos que son dignos de tomarse en cuenta por el legislador en esta época de egoismo en que (sobre todo en las familias pobres) no es infrecuente hacer ingresar á los padres ancianos en los establecimientos de beneficencia, pudiendo quizá cuidar de aquéllos, aunque fuese con algún sacrificio y sufrimiento de parte de los que les deben la vida y todo lo que son.

La muerte de los padres y la de los hijos da lugar á relaciones jurídicas que serán estudiadas en el *derecho sucesorio*.

III. Derechos del padre sobre los bienes de los hijos; ¿se limitan á la administración ó confieren más facultades?

Siendo el hijo incapaz (durante cierto tiempo) de administrar sus bienes, propio es del padre hacerlo por aquél. Yendo la patria potestad encaminada *principalmente* al cumplimiento del deber de los padres, no es un poder

(1) Arts. 143, 202, 220 y 227 del Cód. civ.

egoísta, ni el hijo puede considerarse como medio de adquirir bienes el padre: las adquisiciones de los hijos no hay razón para que se hagan de los padres, pues la potestad paterna no es una explotación sino un poder benéfico y tutelar.

Dos hipótesis pueden formularse acerca de la procedencia de los bienes del hijo: ó provienen del trabajo realizado por éste, ó de causas diversas que favorecen al hijo, sin requerir de su parte actos adecuados para producir, en los órdenes económico y jurídico, ese beneficio que recibe.

Para adquirir el padre legítimamente los productos del trabajo del hijo, debería probarse que las facultades y los actos de éste son para provecho ajeno y no para el bien propio, concepto absurdo; ó bien que *debe* al padre por alguna causa determinada el producto de la actividad propia, y entonces habría que *demostrar la causa suficiente*. En este segundo caso, no haría el padre, en concepto de tal, suyos los productos, sino por un título especial de derecho: como p. e. *cuando tenga derecho á exigir alimentos de su hijo* (por necesitarlos y éste poder suministrárselos), *ó en compensación de los gastos que le ocasiona el hijo* (cuando éste puede sufragarlos) *ó por acumulación de bienes para formar un sólo patrimonio familiar* (reconociendo en este caso la participación que al hijo corresponde).

Los bienes donados al hijo, heredados por éste, ó en suma obtenidos en virtud de hechos jurídicos, justificativos para adquirirlos pero insuficientes para producirlos, son exclusivamente del hijo, porque so pena de anular su personalidad y absorberla el padre (cual acontecía, bajo este aspecto, según los principios generales de la legislación romana), los principios jurídicos atribuyen la adquisición al hijo; y sería desatinado afirmar que la donación hecha al hijo sirve para que la disfrute el padre; la herencia de la madre tenga igual aplicación, y el hallazgo realizado y el premio alcanzado por el hijo sean para beneficio de quien ni fué

protegido por el donante, ni llamado á la herencia por las leyes natural y positiva, ni favorecido por la suerte ni recompensado por la justicia distributiva. Los mismos títulos de *deber jurídico especial*, indicados en el precedente párrafo, *pueden justificar la participación del padre en estos bienes del hijo*.

Las ideas que acabamos de apuntar pugnan con el sistema de los peculios, según el cual se introducen particulares restricciones al equivocado principio de que los hijos no adquieren nada para sí ni tienen nada propio, sino que adquieren para sus padres y todo cuanto pudiera corresponderles pertenece á éstos: la justicia no pudo menos de abrir brecha en tan insubsistente régimen; los mismos sentimientos paternos comenzaron á quebrantar el principio, colocando ciertos bienes bajo la administración del hijo *(peculio profecticio)*, y dando á éste ciertos derechos eventuales respecto de la adquisición de dichos bienes; más adelante se le concedió derecho de propiedad, usufructo y administración en ciertos bienes adquiridos por el hijo militar *(peculio castrense)*, funcionario público ó en el ejercicio de las llamadas profesiones literarias *(peculio cuasi castrense)*; y se otorgó la *propiedad* al hijo, en los demás bienes adquiridos por él (no comprendidos en los anteriores peculios, recibiendo la denominación de *peculio adventicio)*.

Preciso era igualar la condición de todos los hijos, cualesquiera que fuesen su profesión ú oficio; y así viene á borrarse la diferencia irritante que por tal motivo se establecía, no haciéndose más distinción que la de los hijos que no viven en compañía de sus padres (con el consentimiento de éstos) é hijos que habitan en el domicilio paterno: en el primer caso la propiedad, el usufructo y la administración se reputan del hijo; y en el segundo, se reserva tan sólo la administración á los padres. Ahora bien, si lo adquirido es con bienes de los padres, salvo pacto en contrario, es na-

tural que sea de los padres, bien que sería justo compensar de algún modo la administración y cuidado del hijo á quien se encomendaron (1).

Nótese que la reacción operada en las modernas legislaciones en favor de los hijos ha descuidado generalmente un punto del mayor interés: tratándose del jornal, el sueldo, la pensión, los honorarios y los derechos percibidos por los hijos que viven con sus padres, ¿será justo que éstos tengan no más el usufructo de una cantidad generalmente menor de la que los hijos consumen? Es decir que si el hijo gana, como acontece en muchos oficios, en el aprendizaje, veinticinco céntimos diarios y aun menos, los padres tendrán el usufructo (!) de esta suma. Más razonable el Código alemán establece la obligación del hijo de contribuir, en tanto que habita en la casa paterna, á los gastos domésticos (2) en la medida de sus fuerzas (3). Los padres prudentes toman de lo que gana el hijo la cantidad que estiman suficiente, para satisfacer la parte que le corresponde en los gastos domésticos: y si acaso hay sobrante se reserva para el hijo: salvo cuando la opulencia de los padres, la circunstancia de no haber otros hijos que puedan sentirse perjudicados si tal detracción no se hiciera, ú otras causas igualmente atendibles justificasen la excepción de lo que consideramos regla general: pues si el hijo no necesita acudir al caudal paterno para sostenerse, cesa la *necesidad que determina el nacimiento de la obligación de alimentar en las personas, íntimamente ligadas por el vínculo de la sangre, que pueden dar alimentos.*

(1) Véanse los arts. 159 á 166 del Cód. civ.

(2) Esta materia se halla desenvuelta con gran detalle en el mencionado cuerpo legal, arts. 1601 y siguientes; y la prescripción indicada en el texto se halla incluída en el art. 1617).

(3) Niegan, en principio, el usufructo á los padres la legislación inglesa y la austriaca, la francesa les priva del de los bienes adquiridos por el hijo mediante su trabajo, y el Código del Uruguay llega á quitar al padre la administración del peculio profesional ó industrial del hijo.

IV. Cuándo termina la patria potestad.

La patria potestad termina cuando los padres ó el hijo mueren y cuando el hijo llega á poderse regir por sí mismo: también concluye cuando con justa causa se priva de su potestad á los padres.

Siendo privativa de los padres la patria potestad, y no ejerciéndola más que sobre los hijos; tan pronto como aquéllos ó éstos faltan, carece la relación jurídica de uno de los términos necesarios para su existencia. Pudiera ocurrir que muertos los padres quedaran los abuelos; pero habría que distinguir diferentes hipótesis para determinar, con *más ó menos justicia y acierto*, en quien había de recaer la patria potestad; y, en todo caso, no es probable que las pesadísimas cargas, que ésta consigo lleva, pudieran gravar en toda su plenitud sobre personas ancianas.

La edad de la *emancipación* (ó sea de salir de la potestad paterna) no la fija la naturaleza en igual tiempo para todas las personas y, al efecto de evitar comprobaciones difíciles en cada caso, por no haber examen ni medida para determinar si el sujeto tiene ó no plena aptitud para intervenir directamente en los negocios jurídicos, la ley positiva, tomando en cuenta la cultura y la moralidad social, así como los datos que suministra la Antropología, fija un límite á la menor edad, no exacto y completamente oportuno en todos los casos, sino aproximativo y de carácter general; permitiendo la emancipación á menos edad de la prescrita, cuando se pruebe que el hijo está en condiciones de ser considerado como mayor de edad; y, recíprocamente, también debiera admitirse la prolongación de la patria potestad, cuando se demostrara la incapacidad del hijo para regirse por sí.

Las leyes admiten como causa de emancipación el matrimonio, y sin dejar de comprender la necesidad de cierta independencia de vida para la nueva familia, si la patria

potestad dura cuanto la incapacidad del hijo para formar por sí todo género de relaciones jurídicas ¿se aumenta la capacidad natural por el matrimonio? Luego el hijo menor de edad no debe adquirir la completa emancipación por el matrimonio: respecto de la hija menor de edad, toda vez que el marido sea mayor de edad, resulta que la potestad paterna podrá pasar, en cuanto sea posible y oportuno, á refundirse con el poder marital; y en cuanto el padre de la hija da su consentimiento al matrimonio, puede considerarse que delega sus facultades en el marido á quien se la entrega (1).

La ley puede imponer, como sanción, la suspensión y aun la perdida de la patria potestad: ya por castigar de este modo faltas graves de los padres para con sus hijos, ya para evitar el daño de éstos (2), ó por incurrir aquéllos en penas graves que impidan el cumplimiento de los deberes de la paternidad; y en caso de divorcio ó declaración de nulidad del vínculo conyugal, quedará privado de la patria potestad el cónyuge culpable.

También, si los padres, por ausencia ó incapacidad, no pueden cumplir su misión, se verán privados temporal ó perpetuamente (según la duración de dichas causas) del ejercicio de la potestad paterna (3); y si se declarare la nu-

(1) Aun en derecho positivo vemos que si bien se declara que una causa de emancipación de los hijos es el matrimonio (art. 314 del Cód. civ.) el marido menor de dieciocho años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre; y á falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas... (artículo 59). Los menores no emancipados (varones ó hembras) que se casen sin el consentimiento paterno, no recibirán la administración de sus bienes hasta que lleguen á la mayor edad (art. 50). Así vemos que, aún después de celebrado el matrimonio por los menores de edad, surte la patria potestad algunos de sus efectos: por lo cual consideramos el matrimonio como causa limitativa más bien que extinctiva de la patria potestad.

(2) Artículos 169 y 171 del Cód. civ.

(3) Artículos 43, 54 y 57 del Cód. pen.

Según nuestro Código civil la patria potestad termina, cuando el hijo llega á la mayoría de edad, es emancipado ó adoptado, contrae matrimonio, muere ó queda huérfano de padre y madre; y por último, en el caso de imponer los Tribunales á los padres la pérdida del poder sobre sus hijos (Tít. VII y XI, lib. 1.°).

lidad de un matrimonio celebrado con buena fe, los hijos varones mayores de tres años quedarán bajo la potestad del padre, y los varones menores de tres años y las hijas en poder de la madre, según establece nuestro Código muy justamente.

V. Limitaciones de la patria potestad

Puede restringirse, bajo algunos aspectos, cuando el orden jurídico exige cierta independencia en el hijo: p. e. el desempeño de empleos públicos debe traer consigo la limitación de ciertos deberes en el hijo, cuando sean incompatibles con el ejercicio del cargo y las obligaciones inherentes al mismo; y así, el hijo nombrado catedrático de Universidad á los veintiún años debería poder separarse del domicilio paterno, para ir á la población donde haya de servir su destino; y en cuanto al sueldo se reputará como emancipado, toda vez que con el consentimiento de los padres viva independiente de éstos (1); y aun vamos nosotros más allá, estimando que el hijo no tiene obligación de someterse al veto ó á la resistencia pasiva del padre, cuando se oponga, sin fundado y suficiente motivo, á que el hijo obtenga el empleo correspondiente á la profesión, arte ú oficio que ha seguido, ó á que lo ejerza según las reglas propias del cargo una vez que lo haya obtenido: más como el principio vigente y general es el de sumisión del hijo, para introducir excepciones preciso es que se demuestren éstas y se acepten y declaren válidas ó por el mismo padre ó, en caso de negarse á reconocerlas éste, por la autoridad judicial: punto acerca del cual guarda silencio nuestra ley, dando como resultado, que los hijos díscolos y licenciosos se marchan de la casa con y sin el permiso paterno, y los buenos hijos quizá pierden su porvenir por no tener medios para vencer la ofuscación de sus padres.

(1) Este último concepto lo expresa el art. 160 del Cód. civil.

La dignidad del hijo es una causa que las antiguas leyes reconocian como suficiente para emanciparlo; pero difícil será el caso en que un menor obtenga *dignidad ó cargo honorífico incompatible con la potestad paterna:* más razonable seria considerar la dignidad otorgada por actos y méritos propios, *con el valor que tuviera realmente*, como causa para anticipar la declaración de mayoria de edad; y señalar las limitaciones que la patria potestad hubiera de tener por tal motivo: p. e. mayor independencia, más facultades en cuanto á los bienes, respeto recíproco (al hijo por la dignidad y al padre por su carácter de tál) etc.

El matrimonio del hijo menor restringe las facultades del padre, por la independencia que la nueva familia requiere; pero como hemos visto en Derecho natural (y aun en gran parte según el Derecho positivo), no rompe por completo los vínculos de la potestad paterna.

La adopción del hijo por otra persona que con este carácter jurídico lo recibe en su casa, podrá según el Derecho positivo ser causa de que termine la patria potestad (1); pero en el Derecho natural la patria potestad se funda en el deber, y *éste no es renunciable:* rechazamos pues la cómoda supresión de los oficios de la paternidad y creemos obligación de justicia del *padre natural* velar por el hijo que dió en adopción; y ya que la ley no determina medios eficaces al efecto, será mejor que no use de una institución que puede llegar á ser un mal irremediable (en el orden práctico) para el hijo que Dios puso bajo su especial protección.

El *progresivo desarrollo* de las facultades del hijo debe ser correspondiente á un aumento progresivo del ejercicio de su capacidad; y así, en la infancia se hallará bajo la dirección constante de los padres, en la puericia se substituirá en muchos casos la dirección con la vigilancia, tratándose

(1) Arts. 167 y 177 del Cód. civ.

de actos cuotidianos ó sin importancia; y en la adolescencia, la dirección será progresivamente *más bien de consejo que preceptiva*, y el régimen de vigilancia se atenuará de modo que pase casi inadvertida del hijo. La represión de los extravíos y faltas del hijo podrá ser cada vez más enérgica y razonada, proporcionándose á la mayor culpabilidad que con el aumento de la edad se tiene: si bien habrá de tomarse en cuenta no herir el amor propio de los hijos con castigos que sean considerados como depresivos según la edad correspondiente, y tener muy presente que en el orden temporal las penas *privativas* son más adecuadas á la dignidad humana que las directamente *aflictivas*.

VI. La patria potestad corresponde á la madre en defecto del padre.

No por todas las legislaciones se ha admitido la patria potestad de la madre; entre nosotros ha sido obra de la ley de matrimonio civil (1), y muy discutido entre los civilistas si convenía ó no que la madre ejercitara todas las facultades que comprende la patria potestad: es indiscutible que tiene menos aptitud para los negocios que el padre, y tratándose de hijos díscolos, carece de energía y fuerza física para reducirlos, hasta por medio de la corrección, á observar buena conducta; pero no cabe duda, que el mayor cariño de la madre, hará suplir con la previsión, la economía y el sacrificio cuanto le falte de experiencia; y á su mano debe tener, ya que carece de fuerza física, la protección de la autoridad, á fin de reprimir los desórdenes de sus hijos.

(1) Ya que juzgamos, en general, muy digna de censura la ley citada, apuntamos esta reforma útil que aportó á nuestro Derecho; pero es de notar que el Derecho aragonés atribuía la autoridad paterna á la madre en defecto del padre (Fuero III de tutor); y decimos autoridad paterna, porque aquella patria potestad romana absoluta y egoísta no existió en Aragón, á lo cual se refiere la Observancia 2.ª del libro II: «Item de consuetudine regni non habemus patriam potestatem.»

CAPÍLULO 5.º

LA FAMILIA ILEGÍTIMA.

I. Uniones fuera de matrimonio: sus efectos jurídicos respecto de las personas que las contraen.

Las uniones fuera de matrimonio pueden ser debidas al *error*, al *vicio* y al *delito*.

El *error* puede inducir á contraer matrimonio creyéndolo posible, siendo así que media un impedimento dirimente, ignorado por uno ó por los dos que celebran la unión: ejemplo; creyéndose viuda por falsas noticias ó presunciones fundadas de que ha muerto su marido, contrae nuevo matrimonio una mujer cuyo marido vive. El vínculo contraído no es válido; pero habiendo mediado buena fe en los que lo celebran, los efectos de la unión deben ser soportados por ambos; y si solamente hubo buena fe en uno de ellos, sobre el otro que procedió con mala fe deben gravar todas las obligaciones y perjuicios, pues fué el único culpable (1).

Hay uniones debidas tan sólo á la inmoralidad, las cuales no deben producir derechos respecto de ninguno de los que las realizan. La justicia conmutativa prescribe igualdad entre lo que se da y lo que se recibe; pues bien, no hay equivalencia entre el pecado y el deshonor, y un precio dado. No admitimos la doctrina de Prisco, cuando sostiene que si por costumbre se da alguna merced, y por

(1) No podemos menos de elogiar las disposiciones del art. 69 de nuestro Código civil, que á la letra dice así:

El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.

Si ha intervenido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.

La buena fe se presume si no consta lo contrario.

Si hubiese intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos.

evitar mayores males á la sociedad se permiten ciertas deshonrosas profesiones, hay derecho á exigir y obligación de dar: pues aunque no se defiende la racionalidad de este derecho, estímase conveniente para la pública tranquilidad, y hasta para mantener mayor pureza en las costumbres: lo cual no es cierto, porque constituye un tráfico seguro y lucrativo de la venta del honor, crea incentivos y facilidades á la concupiscencia y causa enfermedades que, por su número y gravedad, pueden considerarse una calamidad pública.

El deshonor y el vicio no merecen nunca recompensa, y ni aun siquiera puede alegarse el derecho á la conservación que tienen las miserables criaturas que de la depravación de costumbres viven, pues la honra no se vende, y otros medios hay más honrosos de ganarse la subsistencia (1).

(1) Entre las uniones debidas al vicio podemos colocar el concubinato, que es la unión del hombre y la mujer para hacer vida marital, sin mediar entre ellos el vínculo del matrimonio. En esta unión ilícita é injusta hay que considerar ciertos efectos jurídicos que está llamada á producir.

La comunidad de vida que hacen los concubinarios determinará como *domicilio legal* el que voluntariamente ambos escogen para habitación de la familia ilegítima que forman; y siquiera vivan separados, en distinta casa cada uno, nuestro Tribunal Supremo ha declarado que la habitación de la concubina es también *morada* de su cómplice (Véase la Sent. de 25 de Junio de 1886). También la vida común dice Cimbali (pág. 137 de su obra intitulada: «La nueva fase del Derecho civil: Turín, 1889) introduce la presunción de que los hijos de la concubina son igualmente del concubinario (Ubi agitur de concubina, domi concubinarii detenta et custodita; ex ea natus presumitur filius concubinarii.—Rota Rom, Decis, 103 n. 6, part. X) y dice que la antigua jurisprudencia italiana establecía tal presunción en el concubinato *more uxorio* que comprendía la vida marital, la honestidad y regularidad de vida en la concubina (entiendo este principio en el sentido de guardar fidelidad á su cómplice), y la inmediata vigilancia del concubinario: añadiendo que sería muy conveniente que rigiera tal presunción á fin de que los concubinarios se viesen gravados con las cargas de la paternidad y se apartasen del concubinato.

La fidelidad no es obligación jurídica de los amancebados, los cuales tienen el deber moral de salir del vergonzoso estado en que se encuentran: ya contrayendo matrimonio (a), si éste fuese posible (b) y no manifiestamente opuesto á la comunidad completa de vida, por razón de las circunstancias personales de los concubinarios que los hicieran incapaces de formar una decorosa sociedad conyugal; ya rompiendo los vínculos nacidos de la sensualidad y sostenidos únicamente por la voluntad viciosa, no por el Derecho.

El auxilio mutuo se lo deben los concubinarios sólo en cuanto lo demanda la

Las uniones debidas al delito merecen el castigo social: habiendo de hacer notar, que los delitos de esta clase ofenden determinadamente á la víctima de ellos, y á ella le concede la ley el derecho exclusivo de perseguirlos: pues la publicidad y la pena pudieran tal vez agravar su situación.

No entendemos comprendido en este último grupo el delito llamado escándalo público, cuya esencia específica estriba en el desorden social; de suerte, que no se castiga la unión punible sinó la ofensa hecha á la pública honestidad.

II. Condición jurídica de los hijos ilegítimos.

Cuestión difícil é interesante es la de fijar cuáles son los hijos legítimos y cuáles no: prescindiendo de los textos legales, afirmamos que *son hijos legítimos los procreados en legítimo matrimonio.*

Las dificultades surgen (a) cuando la mujer es acusada de adulterio (b), y cuando el marido no pudo tener acceso en el momento de la concepción. El adulterio de la mujer no es causa suficiente para declarar la ilegitimidad del hijo, la esposa puede ser culpable sin que la antorcha de Himeneo se haya apagado, dice con elegancia el jurisconsulto Preameneu (1). La segunda causa limita el axioma *pater*

comunidad de vida que hacen. La autoridad marital y los derechos peculiares de cada cónyuge no los tienen los concubinarios: pues del hecho ilícito no deriva *directamente* ningún derecho en favor de los que los realizan. En la realidad podrá imponerse de una parte el precepto, de otra la sumisión, y se reconocerán facultades en uno y limitaciones en otro de los concubinarios; pero el único fundamento de tales aparentes derechos y deberes no es otro que la voluntad de los interesados, ó bien podrán formar relaciones jurídicas no derivadas del concubinato, *hecho ilegítimo*, sino de otros hechos, á los que la ley jurídica les dé valor y eficacia: p. e. la promesa de realizar un acto, el nombramiento de representante para un negocio jurídico, etc.

(1) Sin embargo, cuando el hijo presenta los caracteres de mestizo, el esposo de la madre es de la misma raza que ésta, y el adúltero es de diversa raza, bien puede resultar la prueba evidente acerca de que su padre no es el esposo de su madre: registrando una Sentencia reciente de nuestro T. S. un caso análogo, procedente de una Audiencia de nuestras Antillas.

is est quem nuptiae demonstrant (1): porque como dice el médico español D. Pedro Mata: si la mujer á los seis meses de matrimonio da á luz, el hijo se reputa legítimo; á pesar de lo cual, *si es de todo tiempo*, y el marido no ha tenido acceso con la mujer antes del matrimonio, bien puede *asegurar* que no es suyo; y sin embargo la ley se lo atribuye; lo mismo podría decirse, cuando por ausencia del marido, pudiera asegurarse por los médicos que no pudo estar con su esposa en el momento de la concepción, é igualmente resolveremos el caso de impotencia del marido en el tiempo en que hubo de concebirse el hijo (2).

Todos los hijos no procreados en matrimonio legítimo son ilegítimos: *naturales* (se denominan los nacidos de mujer que habiendo faltado con un sólo hombre hacia el tiempo de la procreación, si hubieran consentido libremente ella y su cómplice y sujetádose á las leyes rituales, en vez de realizar la unión ilegítima, hubieran podido celebrar matrimonio válido), *espúreos* (aquellos cuyo padre no es conocido), *mánceres* (los nacidos de prostituta), *adulterinos* (si el padre ó la madre estaban ligados á otra persona por el vínculo conyugal), *incestuosos* (los nacidos de unión entre parientes) y *sacrílegos* (los hijos de madre ligada por

(1) Esta regla tiene un valor casi absoluto en Derecho positivo; mas en Derecho Natural admite todas las excepciones que se hallen fundadas en la realidad.

(2) Nuestro Cód. civil dice: Art. 108. Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los 300 días siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges.

«Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo».

Como fácilmente se advierte se halla inspirada nuestra ley en el precedente romano (pater est quem justae nuptiae demonstrant). Aun corrobora tan general principio declarando que (art. 109): «El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad ó hubiese sido condenada como adúltera».

El Código alemán determina una excepción razonable al declarar que «El hijo no es legítimo, si tomando en cuenta las circunstancias del hecho es evidentemente imposible que la mujer lo haya concebido por virtud de actos de su marido» (artículo 1591). Prevé además el caso de que la mujer no espere á contraer segundo

la *profesión religiosa* ó de padre ligado por dicha *profesión* ó por el orden sacro) (1).

Una injusticia social verdaderamente odiosa ha hecho aflictiva la situación de los hijos ilegítimos, menospreciándolos cual si tuvieran culpa de la falta de sus padres, llegándose por algunas legislaciones á negarles honras y dignidades, y hasta hacerlos siervos del Señor de la tierra en que nacían. (2). Siquiera sean más equitativas las modernas legislaciones, no les atribuyen igualdad absoluta de condición que al hijo legítimo, y se discute por los tratadistas si es conveniente ó nó darles los mismos derechos.

Nuestro criterio es, que la filiación ilegítima da opción al hijo á cuantos derechos se derivan de la filiación, y á que el padre y la madre borren el defecto de origen, de

matrimonio el plazo de los diez meses, que el Código establece (art. 1313), á partir de la disolución ó anulación del matrimonio precedente y determina la siguiente prudentísima regla: «Si una mujer que ha vuelto á casarse después de la disolución del matrimonio da á luz un niño que, según los arts. 1591 á 1599, pudiera reputarse lo mismo hijo del primer marido que del segundo; este niño se reputa, del primer marido si ha nacido antes de cumplirse los 270 días después de la disolución del primer matrimonio, y en otro caso se considerará hijo del segundo marido».

(1) Los conceptos mencionados no son los que rigurosamente consignan las leyes: pues dice el art. 119 del Cód. civil: «Son hijos naturales los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse *sin dispensa ó con ella*.» En tan *amplio* concepto caben casi todos los ilegítimos, pues como ya sabemos: no es impedimento para el matrimonio que la mujer sea prostituta, y pueden dispensarse por la competente autoridad todos los impedimentos que no sean dirimentes por Derecho natural. Es además incompatible con la consideración de naturales á los hijos nacidos de la violación ó el rapto, toda vez que la fuerza y el miedo se oponían á la validez del matrimonio en el momento de la concepción.

(2) En Francia, antes de San Luis, eran reputados siervos del señor en cuyos dominios venían al mundo. *El bastardo no podía testar*, según muchas costumbres jurídicas del citado país. El derecho germánico de las Capitulares, no consideraba á los hijos ilegítimos como miembros de la familia, y no se les concedía en general, los derechos sucesorios; y á los datos precedentes añade Belime que merecen ser censuradas las legislaciones que declaraban á los bastardos incapaces de todas las funciones y de todos los honores (obra citada, tomo II, páginas 150 y 151). En Aragón: «Los hijos naturales cuyo padre es cierto según el orden de la naturaleza, son reputados como de la familia de éste, por lo cual pueden usar sus armas y blasones (Gutiérrez, ob. cit, tom. VI, pág. 126).

suerte que nadie pueda echárselo en cara, salvando siempre los derechos adquiridos (1).

La sociedad formada por padres é hijos no hay motivo *general* para que no exista en caso de filiación ilegítima, toda vez que se constituye en beneficio de los hijos; pero consideraciones de pública honestidad pueden oponerse á que se forme, ostensiblemente, tal sociedad, y aun entonces las obligaciones de los padres no cesarán sino que habrán de cumplirlas, por medio de otras personas y en cuanto no se ofendan derechos preferentes de la familia legítima. Las leyes encomiendan la patria potestad sobre los hijos naturales al padre ó á la madre que los hubiesen reconocido (2); quizá pueda imputarse á egoismo de los hombres el echar las cargas y los deberes nacidos de la filiación ilegítima, *principalmente*, sobre la mujer; ya que si nuestro Código es muy

(1) Advierte Cimbali, que el Derecho Romano no sólo negó todo vínculo de parentesco ó sucesión á los hijos adulterinos é incestuosos, sino que hasta se les negaron los simples alimentos: debiéndose á la obra benéfica de la Iglesia que adquirieran derecho á ser alimentados, por sus padres, esas víctimas de la culpa ajena (ob. cit. pág. 145).

Hoy es común el precepto de que los padres deben alimentos á todos sus hijos ilegítimos (véanse los art. 134, 139 y 143 del Cód. civ.).

Es curiosísimo en éste como en otros particulares el Código alemán: 1717. Se debe considerar como padre de un hijo natural (la palabra hijo natural se toma en la acepción de hijo ilegítimo) en el sentido de los arts. 1708 á 1716, al que ha cohabitado con la madre durante el período de la concepción, á menos que otro haya también cohabitado con la madre, durante el mismo período. No se debe tomar en cuenta esta cohabitación si según las circunstancias, es imposible manifiestamente que la madre haya concebido el hijo por consecuencia de esta cohabitación». 1715. El padre debe pagar á la madre los gastos del parto y los del sostenimiento durante las seis primeras semanas del parto, y si el embarazo y el parto han dado lugar á gastos más considerables, también estos gastos. La madre puede reclamar el total de gastos sin justificar la cifra de los que realmente se hayan hecho. 1708. «El padre de un hijo natural debe asegurar al hijo, hasta la edad de los 16 años cumplidos, el sostenimiento conforme á la situación social de la madre. Comprendiéndose en éste todas las necesidades de la vida, así como los gastos de educación y de instrucción profesional del hijo». En esta suponemos se tratará de alguna carrera corta ó profesión fácil de aprender hasta cumplir los 18 años.

(2) Cód. civ. art. 154. En Italia el padre que ha reconocido á su hijo natural tiene la tutela legal de éste durante la menor edad (art. 184), y como dice Paoli (citado por Aguanno) forma la ley una institución intermedia entre la patria potestad y la tutela.

omiso en esta parte, en la realidad, siendo la madre legalmente conocida, en la mayor parte de los casos, y el padre sólo en los en que procede el reconocimiento y éste tiene lugar, la madre es por lo común la que sufre los efectos de su caída, siendo así que el hombre es casi siempre el más culpable(1).

En vez de hacer recaer infamia, inferioridad, desamparo y aislamiento sobre los hijos ilegítimos, debiera castigarse á los padres interin no los legitimen (ó sea los eleven á la condición de hijos legítimos); imponiéndoles (a) todos los deberes de la patria potestad (b), el mínimum posible de los derechos derivados de ella, y (c) sometiéndolos á especial vigilancia en el cumplimiento de su misión (2).

III. Investigaciones de paternidad. Reconocimiento de hijos. Legitimación.

Se ha discutido si los hijos ilegítimos tienen derecho á investigar quién es su padre; y cómo los legisladores *son hombres*, han visto muy natural que se averigüe quién fué la madre; pero han considerado escandaloso y vejatorio investigar quién es el padre (3). Koenisgwarter funda su pa-

(1) El Código alemán determina que «El hijo natural, en sus relaciones con la madre y con los padres de su madre tiene la condición jurídica de hijo legítimo» (art. 1.705); y «La potestad paterna no pertenece á la madre sobre el hijo natural.» A continuación declara que la madre tiene el deber de cuidar de la persona de su hijo pero no el de representarlo.

(2) Véanse los artículos 1.707 y 1773 etc. del Cód. alemán, en que se atiende á este último punto de vista.

(3) El Código francés determina el siguiente principio: «Art. 340. La investigación de la paternidad está prohibida» y el 341 «La investigación de la maternidad está admitida.»

El Código español resume la doctrina en los arts. 135, 136 y 140: «135. El padre está obligado á reconocer al hijo natural en los casos siguientes.—1.° Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad. —2.° Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado (ó sea contra quien se dirige la reclamación), justificada por actos directos del mismo padre ó de su familia.»—En los casos de violación, estupro ó rapto se estará á lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole.»

Cuando el hijo ilegítimo lo es por delito contra la honestidad, de que fué víctima la madre, el Código penal (art. 464) obliga al padre á reconocerlo.

recer, contrario á las investigaciones de paternidad, en que hay que probar dos hechos: 1.° el comercio carnal del padre con la madre: 2.° que de ese comercio ha resultado el nacimiento del hijo; lo primero es posible probarlo, lo segundo depende exclusivamente de las declaraciones de la madre, cuya imparcialidad es dudosa. No admitimos la validez de los anteriores argumentos, pues probado el primer extremo, siempre que la conducta de la madre no haya sido reprensible, deberá estimarse probado el segundo; podría decirse que Koenigswarter probaba demasiado y no probaba nada, pues si los dos extremos hubieran de probarse, siempre sería imposible la declaración de legitimidad á favor de ningún hijo. Otro argumento hay que se opone á las averiguaciones sobre la paternidad; y es, que sabiendo las mujeres que si tienen hijos fuera de matrimonio todas las cargas gravarán sobre ellas, enmendarán sus costumbres siendo más prudentes y más castas: *fué tan saludable* el efecto producido por la prohibición de las investigaciones de paternidad en Francia, que *si antes había un hijo ilegítimo por cada cuarenta y siete nacimientos, después hubo por cada doce;* por lo tanto las mujeres no aprendieron buenas costumbres con la ley (1).

Resumiendo diremos, que deben autorizarse la investigación de la maternidad y paternidad; pero para evitar las persecuciones que pudieran sufrir personas honradas, de

«Art. 136. La madre estará obligada á reconocer al hijo natural.—1.° Cuando el hijo se halle respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior.—2.° Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo».

Respecto de los demás hijos ilegítimos, según el Código, sólo tendrán derecho á exigir, de sus padres, alimentos; pudiendo reclamar éstos (art. 140): 1.° Si la paternidad ó maternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal ó civil.—2.° Si la paternidad ó maternidad resulta de un documento indubitado del padre ó de la madre, en que expresamente reconozca la filiación.—3.° Respecto de la madre siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.»

(1) En 1895 nacieron en Francia 73.278 hijos ilegítimos y legítimos 760.895. —(Block).

parte de aquellos que no lo fueran tanto, toda investigación debería ser precedida de un antejuicio que declarase la probabilidad y seriedad de las reclamaciones (1).

Una vez obtenido el conocimiento de quiénes son los padres, puede obligárseles al cumplimiento de todos los deberes derivados de la paternidad y maternidad, y á dar su nombre á los hijos á quiénes dieron el ser, atribuyéndoles iguales derechos que si fueran legítimos; mas en el caso de hallarse uno de los padres unido en matrimonio han de respetarse los derechos adquiridos de la familia legítima, concediendo á los hijos ilegítimos aquello que es indispensable siempre; y de lo no indispensable, lo que no perjudica de una manera considerable al derecho adquirido por otras personas.

La *legitimación* es el acto por el que los hijos naturales son equiparados total ó parcialmente á los legítimos. Es tal la fuerza del matrimonio, que hace legítimos los hijos concebidos con anterioridad á él, cuando sus padres celebran la unión conyugal: porque en un estado perfecto, vienen á borrar las faltas cometidas anteriormente, y á atribuir á los hijos el carácter de legitimidad que les dá el sagrado vincu-

(1) Cimbali (ob. cit. pág. 104 y sigs.) se ocupa con mucha prolijidad y competencia de las cuestiones que las investigaciones de la paternidad suscitan, y haciendo la crítica del Código italiano, el proyecto Pisanelli y la defensa del mismo hecha por Vigliani en este punto concreto, hace notar, que se prohiben las investigaciones de la paternidad en Francia, Holanda, Bélgica, Polonia, Ginebra, Neufchatel, Valais, Tessin, Islas Jónicas, Rusia, Servia, Rumania, Bolivia los grandes ducados de Hesse-Darmstadt y Sajonia-Weimar y en Italia: está, por el contrario, admitida en todos los restantes cantones suizos, excepción hecha de los cuatro citados, en Austria, Prusia, Baviera, España, Portugal, Inglaterra, Noruega y Estados Unidos del Norte de América. De modo que prevalecen los Estados que la admiten sobre los que la niegan, así por el número como por el grado de civilización que alcanzan. Restringiendo sus datos á Italia, nota, que antes de la unidad italiana, era vedada en los estados de Parma y Módena y en el reino de las Dos Sicilias: en cambio se permitía en el Lombardo Veneto, Toscana, Estados Sardos y Estados Pontificios.

(1) La legitimación por subsiguiente matrimonio fué introducida por Constantino y convertida en institución permanente por Justiniano. El Derecho canónico y nuestro Derecho civil la admiten.

lo que los autores de su existencia forman entre sí (1).

Aparte de la legitimación por subsiguiente matrimonio reconocen las legislaciones otra clase, denominada legitimación por rescripto del príncipe, acerca de cuyo punto proponemos el siguiente dilema: ó la legitimación es una gracia ó es un derecho; si lo primero, según gráfica expresión de un escritor francés, concedemos al Estado la facultad de lavar las genealogías; si lo segundo, no requieren los interesados concesión del soberano, basta que su derecho sea declarado por la autoridad judicial.

La conocida en derecho Romano con el nombre de legitimación por *oblación á la curia*, fué introducida por causas puramente históricas; que si bien explican el motivo de su establecimiento, de ningún modo fundamentan una institución tan arbitraria.

Dijimos que tiene derecho el hijo ilegítimo á que cumplan con él sus padres los deberes que de la filiación se derivan (sustentamiento, educación y defensa), y que además tienen derecho á llevar el nombre de sus padres; pues á estas facultades habremos de agregar la de ser legitimados. Quizá se halle extraña nuestra afirmación; pero téngase en cuenta que restringimos dicha facultad con las siguientes limitaciones: Que no se cause escándalo y que no sea en perjuicio de otras personas; pudiendo el hijo exigir de sus padres que lo legitimen, cuando no se traspasen los indicados límites; y por el contrario oponerse á la legitimación intentada por sus padres si estimara no convenirle p. e. á causa del abandono en que lo han tenido sus padres, hasta que habiendo llegado á conquistarse una posición social pretenden explotarlo (1).

(1) Nuestro Código no toma en cuenta motivos de esta índole, ni habla (al menos explícitamente) de la oposición del hijo: el art. 1.726 del Cód. alemán exige el consentimiento del hijo mayor de 21 años,... para la declaración de legitimación (modo análogo á nuestra legitimación por Concesión Real).

IV. La ley no debe imponer el matrimonio ni directa ni indirectamente.

Es cierto que los matrimonios son indispensables para la legítima propagación de la especie humana, y que siendo la unión conyugal medio eficacísimo para separar al hombre del extraviado camino de la concupiscencia, podemos calificar las nupcias de *necesarias* para la conservación de la humanidad, y de medio *casi indispensable* y *muy útil* para impedir la abyección moral de los individuos. Los célibes que perseveran en ese estado por evitar las cargas del matrimonio y no por virtud, espíritu de abnegación ó causas independientes de su voluntad, suelen producir escándalos en la sociedad y ser ejemplos vivos de egoísmo y espíritu antisocial. Sin embargo como las causas que inspiran la conducta humana permanecen recónditas en el seno de la conciencia, las más de las veces, y debe respetarse la libertad de la persona para elegir estado y determinar la persona con quien ha de contraer matrimonio, toda ingerencia de la ley positiva la creemos opuesta al derecho de los individuos (1): aparte de que hay personas inhábiles para el matrimonio y otras muy poco aptas por sus cualidades, género de vida, enfermedades, posición social, etc. (2).

(1) Santo Tomás proclamaba muy alto que los hombres, como iguales que son por naturaleza, y en este concepto independientes entre sí, en cuanto toca á sus deberes de orden natural, sólo de Dios podían recibir leyes en materia de matrimonio: así expone su doctrina Taparelli (pág. 281 del t. II de la citada obra); pero entendemos que el texto que cita es más enérgico. «Secundum ea quae ad naturam corporis pertinent, homo homini obedire non tenetur, sed solum Deo: quia omnes homines natura sunt pares: puta in his quae pertinent ad corporis sustentationem *et prolis generationem*.»

(2) Haciéndose cargo Marescal de las penalidades y sufrimientos que el matrimonio lleva consigo dice: «Luego, los hombres de genio no están templados, física ni moralmente, para tantos sufrimientos y tribulaciones tantas; su delicada naturaleza se resiente en seguida, y la más pequeña contrariedad es bastante, muchas veces, para hacer claudicar su salud y ponerles fuera de combate... Por una verdadera anomalía los hombres de letras se afectan más de las cosas pequeñas que de las grandes; las pequeñas, por su misma insignificancia, les sorprenden, no los encuentran prevenidos, y su sistema nervioso, sin freno alguno que le con-

Además, el matrimonio no es obligatorio para todos los hombres, sino en el foro de la conciencia, para los que comprendan realizarán mejor su fin en ese estado. No es de temer que disminuya el número de matrimonios, si el Estado *facilita* en todo lo posible la celebración de los que se intenten contraer por los interesados, si promueve la moralidad y reprime el vicio, en cuanto pueda y deba reprimirlo, y si dispensa á las familias pobres y honradas la protección necesaria, para que puedan subvenir con su trabajo y el complemento necesario de la cooperación social á las necesidades domésticas: de lo contrario los solteros ricos hallarán en la sociedad pábulo para sus vicios y no se inclinarán al matrimonio, rehuyendo toda sujeción; y los pobres no se atreverán á emprender un género de vida que la pobreza, el hambre, las discordias, y el sufrimiento de los séres más queridos han de pintarle con muy negros colores.

Mucho menos deberá el Estado retraer del matrimonio pues, aparte de la falsedad de la teoría de Malthus, ninguna duda cabe que la población, cuanto más numerosa, determina mayor riqueza y poderío en la sociedad; y no hay que temer de que aumente el número de habitantes de la tierra de suerte que no hallen el necesario sustento; porque ni ha llegado el caso de temer semejante situación, ni podemos calcular los inmensos recursos que la productividad de la tierra y el ingenio humano pueden arbitrar (1).

tenga, es insubordina y se desboca..... Por todas esas razones que he aducido la producción intelectual de los casados tiene que ser en igualdad de circunstancias, inferior á la de los solteros: inferior en cantidad y en calidad.

Aplicando estas ideas al orden elevado de la vida espiritual no podemos menos de recordar aquellas hermosas palabras de Santo Tomás, según el que «La perfección de la sociedad humana requiere que algunos se consagren á la vida contemplativa, la cual se impide por el matrimonio en gran manera (Cum ergo ad perfectionem humanae multitudinis sit necessarium aliquos contemplativae vitae inservire, quae maxime per matrimonium impeditur. (Sum. Theol. Sup. c. XII, art. 2.°) Véase sobre este punto el magnífico capítulo que acerca del celibato inserta Rothe en el tomo II, páginas 610-627 de su citada obra.

(1) Dice Malthus en su obra intitulada «Ensayo sobre el principio de la población» (publicada en 1798) que «Podemos tener como seguro que cuando la

TITULO V

Instituciones similares y complementarias de la familia natural.

I. La adopción: su fundamento y sus efectos jurídicos.

La adopción imita la naturaleza, habiendo sido establecida por casi todas las legislaciones; pues la encontramos en la China, en la India, en Cartago, en Grecia, entre los Francos y en las leyes de otros muchos pueblos; sabido es cuánta importancia tuvo en Roma; y no se achaque á las costumbres religiosas y jurídicas de los Romanos, sino á la

población no se halla detenida por ningún obstáculo, se duplica cada 25 años, y crece de período en período según una progresión geométrica».

«Los medios de subsistencia, en las circunstancias más favorables á la industria, no pueden jamás aumentar más rápidamente que según una progresión aritmética.»

«Supongamos que la población de la tierra se eleva á 1.000 millones de habitantes, la raza humana crecerá como los números 1, 2, 4, 8, 16, 32, 64, 128, 256: mientras que las subsistencias crecerían así, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9. Al cabo de dos siglos la población sería á los medios de subsistencia como 256 es á 9; al cabo de tres siglos como 4.096 es á 13.....»

El tiempo se ha encargado de desmentir á Malthus: porque, según su cálculo, si en 1798 había en la tierra 1.000 millones de personas, en 1898 debía haber 16.000 millones, lo cual es un disparate: es verdad que siempre le quedaría el recurso, á Malthus, de decir que habrá algún obstáculo que impida el aumento de población; pero, según la regla de Derecho, *la excepción hay que probarla*. El crecimiento de la riqueza es un hecho á la vista de todos, y no precisa prueba: lo que sí hay es mucha desproporción y gran distancia entre las clases ricas y pobres.

«Todo hombre (añade Malthus) tiene el deber de no pensar en casarse más que cuando cuente con recursos para mantener la familia..... y puede prescribirse esta máxima como deber positivo.... esforzándose los soberanos en disminuir el número de nacimientos en el pueblo...»

Es indudablemente un acto de prudencia ir al matrimonio con los *recursos necesarios* para sostener las cargas de la familia: pero según la interpretación que se dé á los términos, podrían referirse á la acumulación de capitales que sólo pueden realizar las personas ricas, ó bien á la posibilidad de sostenerse con más ó menos holgura y seguridad, y aquí entran todos ó casi todos: Como consejo puede pasar; pero como precepto no; pues más vale un matrimonio pobre que una familia ilegítima.—Rothe (ob. citada, tomo II, págs. 624-639) expone fielmente la teoría de Malthus y la refuta.

tendencia natural, que el hombre tiene, á demostrar su paternal afecto y desinteresada protección á los séres débiles por razón de la edad ó de otras circunstancias. Hallándose tan generosos impulsos naturalmente arraigados en el corazón del hombre, no podría negar la sociedad una plaza en sus leyes á tan benéfica institución, y ha reglamentado el ejercicio de los derechos que en ella se contienen, para que no se convierta en explotación y abuso.

Es la adopción un acto por el cual recibimos como hijos á los que no lo son por naturaleza: prescindiendo de que sea otro el concepto Romano, y de las diferencias entre adopción y arrogación (1), no podemos hacer caso omiso de la distinción entre adopción plena y menos plena: juzgamos que quien tiene padres no puede romper los lazos que á ellos le unen para ir á otra familia, pues la naturaleza estableció relaciones jurídicas inalienables entre padres é hijos; pero si la utilidad del hijo reclamase la adopción, se trasmitirán al adoptante aquellos derechos indispensables para hacer efectiva la protección: ahora bien, tratándose de personas incapaces de regirse por sí y huérfanos de la patria potestad, no hallamos inconveniente de atribuir al adoptante los derechos que al padre corresponderían; sujetándole sin embargo á una inspección y responsabilidad que no se exigen al padre, porque se presume ha de cumplir su misión perfectamente (2).

(1) Denominábase arrogación (en Derecho Romano y según nuestro derecho de Partidas) la adopción que recaía sobre persona independiente (sui juris), y adopción propiamente dicha cuando un hijo dependiente de la potestad paterna pasaba á estar bajo la potestad de otro.

(2) Por la adopción *plena* pasaba el hijo á la potestad y familia del padre adoptivo; por la *menos plena* continuaba el hijo bajo la potestad y en la familia de su padre natural, y esta misma distinción del Derecho Romano se conservó en las Partidas (tít. XVI de la Part. IV); bien que, con arreglo al Derecho justinianeo, determinaban que procedía la plena cuando el adoptante fuese ascendiente del hijo; y en otro caso la menos plena. Nuestro Cód. civil ni distingue la arrogación de la adopción ni divide ésta en plena y menos plena (arts. 173-180); en todo caso (el art. 154), establece la patria potestad sobre todo adoptado que sea menor de edad.

II. La tutela: sus distintas clases.

La tutela es una institución similar de la patria potestad, que proteje á los que no se hallan sujetos á ésta y son incapaces para ejercitar sus derechos, trasmitiendo á una persona que tiene plena capacidad jurídica, aquellos derechos que al padre corresponden, en cuanto es posible y oportuno (1). Como se vé, no hacemos distinción entre tutela y curaduría: la tutela consiste en la protección dispensada al huérfano: las instituciones que se proponen gestionar los intereses del que no puede hacerlo por sí, no deben recibir el nombre de tutela, sino el de administración; así, el pródigo, el sujeto á interdición civil, el ausente cuyo paradero se ignora, deben tener administradores de sus bienes; pero con impropiedad se les denomirá tutores, pues no les dispensan cuidados que á la persona se refieran (2).

(1) La palabra tutela viene de tutor tutaris; defensa, protección, amparo (Moranta y de Miguel).

Divídese la tutela en testamentaria (pues debe respetarse la última voluntad de los padres y, aunque en más restringida esfera, la de los favorecedores del incapacitado para ejercer su capacidad jurídica), legítima (ó sea deferida por la ley á personas que tienen obligación de protejer al que no hallándose sujeto á la patria potestad no puede por sí ejercer su derecho) y dativa (cuando la Autoridad determina concretamente el tutor). Estas tres clases de tutela ya las indicó Platón (Diál. XI, de las Leyes).

Nuestro Código coloca al tutor bajo la autoridad del consejo de familia y la vigilancia é intervención del protutor (tít. IX del lib. I. del Cód. civil).

(2) El Derecho Romano distinguía la *tutela* de la *curaduría* según que el protejido fuese ó no impúbero; nuestro Código se abstiene hasta de nombrar esta segunda institución (salvo en las disposiciones transitorias); pero en caso de que en algún asunto el padre ó la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará á estos un *defensor* que los represente en juicio y fuera de él (art. 165 del Cód. civil); cuya institución recuerda la curaduría particular (al litem etc.) inspirada en el precedente romano.

Dióse la curaduría en Roma para muy diversos asuntos: pudiéramos decir que era una institución protectora complementaria de la tutela y se aplicó para las diversas necesidades sentidas en materia de asistencia tutelar que no podían ser atendidas por la tutela: p. e. el curador del pupilo que había de celebrar algún acto jurídico con el tutor, ó estaba en pleito con éste, etc.); el *curator ventris et bonorum*, si la viuda quedaba en cinta, para administrar alimentos á la mujer y administrar los bienes que en su día serían del hijo póstumo, etc., etc.

III. Autoridad del tutor.

Hemos dicho, en la definición, que al tutor corresponden los derechos del padre, en cuanto es posible y oportuno transmitirlos; por lo que no se diferencia sustancialmente la autoridad del tutor de la paterna, sino en la extensión de las atribuciones y en los deberes; así, el tutor no deberá mantener á su costa al pupilo, ni educarlo á sus expensas, ni defenderlo con perjuicio suyo manifiesto: y en cambio, el respeto del pupilo será más bien acto de exterior urbanidad, la obediencia más razonada, la sujeción menor; y las atribuciones arbitrarias que al padre corresponden para castigar al hijo, mucho más limitadas.

IV Administración del patrimonio del pupilo: garantías exigidas; retribución del tutor.

La tutela comprende atribuciones relativas á la persona del incapacitado y sus bienes: es imitación de la patria potestad con mayor limitación de facultades, pudiendo formular como síntesis de los derechos del tutor; que puede hacer todo lo favorable al incapacitado, y todo lo que sea de uso frecuente y poca importancia: respecto de aquellas cosas que pueden traer inconvenientes de alguna entidad; si se trata de asuntos cotidianos, tiene iniciativa; pero su acción debe someterse á vigilancia, garantías y dación de cuentas; en los asuntos imprevistos y graves, deben intervenir personas interesadas por el bien del inca-

El Código alemán admite la curaduría como institución complementaria de la patria potestad y de la tutela (art. 1909), y para el mayor de edad que no tiene tutor, cuando no puede cuidar de sus asuntos por causa de enfermedades físicas, singularmente por causa de sordera, ceguera ó mudez (art. 1910): así como la establece en otros muchos casos (arts. 1911 y siguientes).

pacitado, y aun mediar autorización judicial, otorgada con las restricciones aconsejadas por la prudencia.

No debe el legislador omitir precauciones para indagar si el tutor cumple bien ó abusa de su cargo, á cuyo efecto, nuestro Código civil establece un protutor y organiza el consejo de familia; si hay bienes, exígese al tutor forme inventario de ellos; preste fianza proporcionada á la cuantía de los bienes susceptibles de ser sustraidos, á no ser que medien justas causas que le eximan del cumplimiento de este deber; y finalmente, le impone la obligación de rendir cuentas, ya periódicamente ya, de todos modos, al terminar su gestión (1).

En compensación de las molestias y cuidados que el tutor tiene con motivo del cargo, debe dársele una pensión proporcionada al caudal del pupilo (2).

V. Cuándo termina la tutela y modificaciones que puede ó debe tener.

La tutela no termina más que por la muerte del pupilo y por la cesación de su incapacidad. Se modifica por cambio de persona ó disminución de facultades en el tutor. Acontece primero, cuando el tutor muere ó se le priva de la tutela por sospechoso, ó cesa en ella por hacerse incompatible su interés con el del pupilo, ó tiene alguna excusa legítima para eximirse de la tutela; asimismo, cuando el tutor es incapaz, como no puede dar protección, que él mismo necesita, desde el momento en que tiene la incapacidad debe cesar en su cargo. El desarrollo progresivo del pupilo debe dar lugar á una disminución gradual de la autoridad del tutor, y á un aumento proporcionado de la capacidad jurídica para el ejercicio de sus derechos en el pupilo.

(1) Arts. 279 y 281 del Cód. civ.

(2) Ya el Fuero Juzgo ley 3, tít. III del Lib. IV estableció la retribución del tutor fijándola en la décima parte del producto de los bienes del menor.

VI. El Consejo de familia.

Denominase Consejo de familia la reunión de personas designadas por el padre ó la madre, de parientes ó, en su defecto, de personas interesadas (1) en favor del incapacitado para ejercer su capacidad jurídica, con el fin de asegurar el buen desempeño de la institución tutelar y complementar las facultades encomendadas al tutor.

La institución de que vamos á tratar no es completamente nueva en la vida jurídica de nuestra patria, pero el Código civil, le ha dado nueva sanción y completo desenvolvimiento. No hemos de hacer un comentario de la ley, cometido propio de una obra de Derecho Positivo, únicamente propondremos las cuestiones más fundamentales que sobre tan debatido asunto pueden presentarse.

¿Debe tener el Consejo de familia el carácter de gobierno familiar, ó tan sólo atribuírsele ciertas facultades relacionadas con la protección de los individuos de ella, que hallándose desamparados de la patria potestad pudieran sufrir perjuicios, de no favorecerles las personas que por vínculos y afectos de familia tienen deber é interés en mirar por ellos?

El primer concepto no lo estimamos aceptable en un Estado bien constituido. ¿Con qué autoridad podrá contrastarse, en el orden privado, la potestad paterna? Si el Consejo de familia estuviese facultado para corregir los actos del padre, reprimir sus pretendidos excesos y amparar

(1) Además de los parientes varones admite nuestro Código (art. 294) para completar el número de cinco (cifra mínima de los que han de componer el Consejo), personas honradas; prefiriendo á los amigos de los padres del menor ó incapacitado. El art. 302 establece las mismas reglas para los hijos naturales; pero respecto de los demás hijos ilegítimos no toma para nada en cuenta el parentesco y forma el Consejo con el Fiscal municipal y cuatro vecinos honrados.

al hijo que protestara del poder paterno, ¿no quedaría desprestigiado y sin fuerza el jefe natural de la familia? Si las atribuciones del Consejo se refieren á los derechos y deberes de los cónyuges, no comprendemos otra facultad en los parientes, que la de procurar, amigablemente ó por sus gestiones ante las autoridades, llevar la paz al hogar doméstico, y defender á los suyos de los perjuicios que recibir pudieran. Téngase presente, que median frecuentísimamente diferencias y excisiones, entre los individuos de la familia que no viven bajo el mismo techo, avivadas por la oposición de intereses; y mal podrían imponer el orden los que deberían préviamente armonizarse.

En virtud de las ligeras indicaciones que anteceden, nos pronunciamos en contra del gobierno de la familia por un Consejo de familia superior al padre y autónomo dentro del Estado.

La segunda tésis, no tan sólo es posible sino que la estimamos, salvo las imperfecciones de puro detalle de la fórmula propuesta, razonable y convenientísima; porque el deber de cooperar al bien de nuestros semejantes, hállase determinado por las circunstancias en que nos encontramos respecto de los mismos; y el afecto é intimidad de trato, el conocimiento de sus necesidades y la aptitud de satisfacerlas, además de otros motivos particulares á cada caso, colocan á los individuos de la familia en situación especialísima y a propósito para dispensar la oportuna protección á sus parientes necesitados de ella (1).

La determinación concreta del fin, organización y atribuciones del Consejo de familia, rebasa los límites de nues-

(1) Distamos mucho de la opinión de los Sres. Figuerola y Linares Rivas, los cuales, en la ponencia presentada al Congreso Jurídico Español (celebrado en 1886), creyendo que la legislación vigente, al promulgarse el Código, responde y cumple mejor que el Consejo de familia á cuantos objetos éste se dirige, y no hallándolo con virtud bastante para garantizar la independencia de la familia, opinaban que no debía establecerse dicha institución en nuestro Derecho.

tra obra; sin embargo, no dejaremos de apuntar que nuestro Código va más allá de lo justo, reduciendo la personalidad del tutor, á la más mínima expresión y dando al Consejo facultades que debieran ser privativas del poder judicial ó no tenerlas nadie (1).

(1) Necesita el tutor autorización del Consejo de familia para corregir y castigar moderadamente al menor..... para dar y tomar dinero á préstamo..... aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, etc., etc. (art. 169 del Código).

El Código alemán establece el *Tribunal de tutela*, con facultades más amplias que nuestro Consejo de familia; reglamenta el concurso que presta á este Tribunal el Consejo comunal de huérfanos; y el mencionado Tribunal puede constituir en ciertos casos un Consejo de familia al pupilo (arts. 1837 y siguientes).

TITULO VI

La propiedad.

CAPÍTULO 1.°

CONCEPTO, FUNDAMENTO Y LÍMITES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

— I. Concepto de la propiedad (1)

En lenguaje jurídico la palabra propiedad tiene dos acepciones, ó es el objeto nuestro, ó el derecho que sobre él tenemos: así, de una finca buena se dice, que es hermosa propiedad; y nosotros decimos de nuestras cosas, que tenemos propiedad sobre ellas, y nos denominamos propietarios.

La propiedad, considerada en la segunda acepción, tiene por término material las cosas. En Derecho, la palabra cosa equivale a la de medio útil que puede servir de *objeto* en la relación jurídica: cuando las cosas forman parte de nuestro patrimonio se llaman bienes.

Por el fin á que se hallan destinadas las cosas, pueden ser *religiosas* ó *temporales*, según que se apliquen al servicio divino ó á las atencionos de la presente vida.

La división de las cosas en *corporales* (*quae tangi possunt*) é *incorporales* (*quae tangi non possunt*) nos pareceria

(1) La familia requiere, según dice con profundo sentido Taparelli, la propiedad estable: por esto después de tratar de la familia y de las instituciones tutelares que la complementan pasamos á estudiar *una institución* tan necesaria para la vida del individuo y de la familia, y presupuesto necesario de la mayoría de las *obligaciones relativas á intereses é instituciones sucesorias*, las cuales, según orden lógico, habrán de seguir á la que constituye el actual objeto de nuestro estudio,

más propia si tan sólo se refiriese á la distinción que hay entre la materia y la fuerza, los objetos y los actos; pero decir que las incorporales consisten en el derecho, es reducir al carácter de cosa la relación jurídica total en que las cosas intervienen como uno de los elementos: pues los que forman toda relación jurídica son dos sujetos, unidos por un hecho realizado en la esfera del Derecho, y una cosa que sirva de materia en que la facultad y el deber recaigan.

Las cosas corporales podemos dividirlas en *comunes, sociales é individuales*, según puedan ser aprovechadas por todos los hombres sin exclusión de ninguno, tengan aplicación exclusiva á los fines, ya colectivos de la sociedad bien particulares de los asociados, ó puedan pertenecer y ser aprovechadas exclusivamente por los individuos, ejemplos: el aire, las fortificaciones y los pastos comunes, el vestido: todos podemos respirar sin agotar la atmósfera, las fortificaciones sirven para defender la integridad nacional, los pastos comunes de los pueblos para que los vecinos puedan mantener los animales de su propiedad, y el vestido puede pertenecer y aprovechar tan sólo á aquel para quien se hizo.

Las incorporales, si con ellas queremos significar los actos, siendo la acción proporcionada al sér, podremos considerar como materia de nuestro derecho las fuerzas mecánicas, vegetativas, sensitivas y racionales: habiendo de distinguir entre las últimas los actos particulares, que pueden ponerse á disposición de otro, de la total actividad que debe subordinarse al bien propio; y también considerar no tan sólo las fuerzas aisladas del individuo sino las que resultan de las colectividades que forman: así consideramos los saltos de agua, la producción de los frutos, la fuerza locomotiva de los animales, los actos prometidos por el hombre, la fuerza pública puesta al servicio de nuestro derecho, como correspondientes á los diversos conceptos anteriormente consignados.

Las cosas corporales pueden ser *inmuebles, movibles* y *semovientes*: según que no puedan transportarse á otro sitio, la traslación á distinto lugar sea posible mediante impulso de otro sér ó, finalmente, puedan moverse á sí mismas: ejemplos, un túnel, un coche y un caballo.

Llámanse cosas *fungibles*, las que no pueden usarse con arreglo á su naturaleza sin consumirlas; y *no fungibles*, las que pueden usarse convenientemente sin consumirse; v. g. un pan, y una mesa (1).

Según se pueden ó no dividir se llaman *divisibles* ó *indivisibles*: v. g. una pieza de tela, y un animal vivo.

Gran dificultad hay en distinguir las cosas en *principales* y *accesorias*: no se trata de la esencia y los accidentes de una cosa, la discusión es menos metafísica, pero más complicada: pues versa acerca del fin, la situación, la importancia, el volumen, el valor; para considerar unidas á otra cosa, como accesorio á principal, lo que al fin de ésta se subordina, está unido á ella ó colocado en ella permanentemente, tiene menos importancia ó tamaño, vale menos..... y en suma se alegan motivos tan heterogéneos, que al concurrir varios en un mismos caso pueden hacer vacilar las opiniones (2).

Simples, ó compuestas: son las cosas cuando se considera una individualidad, ó la combinación de varias individualidades: v. g. una oveja, ó un rebaño.

Cosas *genéricas* son las que, por corresponder á una clase en que hay varias, admiten la determinación concreta de cualquiera de las que la clase comprende; y *específicas* las que por haber sido ya determinadas no pueden representarse por otras semejantes: v. g. un caballo, y tal caballo (3).

(1) Es, con arreglo al art. 337 de nuestro Cód., una división de las cosas muebles: sin embargo el concepto fundamental de no consumirse con el uso mas puede referirse á las cosas inmuebles: p. e. á un campo, una casa, etc.

(2) Véanse las disposiciones de los arts. 376 y 377 del Cód. civil y lo que en su lugar propio decimos de la *Accesión*.

(3) Los romanos dividieron las cosas en fungibles y no fungibles según que

Giudice define la propiedad como la general potestad de los hombres sobre las cosas, correspondiendo así su idea al concepto romano de la plena *potestas in re*.

Procurando comprender todas las facultades que el dominio entraña, diremos que consiste en *poseer una cosa, utilizarla en la forma que creamos más oportuno y aprovecharnos de sus producciones, caso de ser fructífera, con independencia y exclusión de los demás; pudiendo renunciar á ella, transmitirla á quien nos parezca, modificarla y consumirla cuando lo estimemos conveniente.*

II. Fundamento del derecho de propiedad.

Al tratar de los derechos innatos hablamos del derecho á la propiedad; lo justificamos por la utilidad de las cosas para el fin del hombre, y por la soberanía que éste ejerce sobre los séres inferiores, pero dicha facultad de nada serviría sino se actuara; y así, del derecho á la propiedad nace como legítima y necesaria consecuencia el derecho de propiedad.

Las cosas nos sirven de instrumentos para conseguir el fin, como hacen notar Trendelenburg; y, en calidad de medios necesarios ó útiles, podemos disponer de ellas y los demás hombres deben respetarnos este derecho.

La familia, sociedad permanente, necesita un medio seguro de subsistencia; los bienes comunales son generalmente mal cuidados, á causa de que nadie tiene en su gestión el estímulo del interés propio; la propiedad individual es un acicate poderoso para despertar la actividad del hombre que, cuando ve ampliamente compensados sus afanes, trabaja; y si la sociedad le garantiza la pacífica posesión de sus bienes no los destruye en goces pasajeros y fugaces, sino que economiza y viene á constituir un capital, fuente

un objeto se consideraba, más bien según su *género* ó según su cantidad que según su *especie* y no fungible cuando se le consideraba en este último aspecto Mackeldey).

de riqueza; finalmente, como nota muy bien Santo Tomás, la propiedad individual determina lo que á cada uno corresponde, evita la confusión y el desorden y favorece la paz social.

La propiedad individual es *útil* no sólo al que la tiene sino á su familia, á la sociedad, en general, y al Estado.

Solamente la envidia, el orgullo y otras insanas pasiones pueden hacer antipática la fortuna en los negocios y la riqueza en los parientes próximos: (a) porque siempre que hay la debida cordialidad de relaciones tenemos alguna participación directa ó indirecta, real ó futura y probable en los bienes de nuestros allegados: (b) teniendo en cuenta que los bienes de cada uno satisfacen las obligaciones familiares que se hallan á su cargo; y (c), como el fin último de la apropiación no es otro que el de adaptar las cosas á las necesidades que están llamadas á satisfacer, es siempre, por naturaleza, individual, en el orden del Derecho Privado.

La riqueza de los individuos contribuye al bienestar social: es favorable á los que nada tienen por esperar fundadamente, del rico, la protección y el pago correspondientes á los servicios que le presten.

Habiendo de distinguirse la propiedad del Estado, denominada con mayor ó menor inexactitud *dominio eminente*, de la propiedad particular: constituyendo la fortuna pública, principalmente, los sacrificios con que los asociados levantan las cargas públicas, si estos son ricos podrán contribuir al bien social, si son pobres no pueden dar cosa alguna.

III. La ocupación, el trabajo, la convención, la ley y la prescripción no justifican el derecho de propiedad.

Admitiendo muchos autores como legítima la propiedad particular, le asignan como fundamentos los que no son más que *medios de apropiación*; indicación ge-

neral suficiente, por sí misma, para echar por tierra sus sistemas.

La *ocupación*, ó sea, la aprehensión de *una cosa mueble* ó el acto de someter *una cosa inmueble* á nuestro poder con ánimo de hacerlas nuestras, es un *mero hecho* que no lleva en sí mismo justificación suficiente: preciso es que haya *derecho á ocupar* una cosa, para que ampare el Derecho la ocupación realizada.

Fundándose en la doctrina romana de que, conforme á la razón natural se concede la cosa que á nadie pertenece al que la ocupa (1), sostuvieron algunos autores que la ocupación era el fundamento del derecho de propiedad (2): más como dice oportunamente Belime (3) confunden el origen de la propiedad con su fundamento jurídico; es posible que la propiedad comenzase por la ocupación; pero ésta es un hecho que por sí no justifica la inviolabilidad del dominio: además ¿qué límites ha de tener? ¿Bastará que un náufrago arribe á una isla ó á un continente para que pueda decir que es suyo, y prohibir la entrada á todo el que posteriormente llegue? (4)

(1) «Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti concediturs dice el Digesto (ley III, tít. I, lib. XLI).

(2) Blackstone y otros jurisconsultos profesaron tales ideas; y por más de que cuentan algunos autores á Grocio y Pufendorf como comprendidos entre los que sostenían tal doctrina, no más en parte puede juzgarse que la admitieron.

(3) Ob. cit. tomo II, pág. 178.

(4) Ahrens, dice: Sólo la ocupación, no seguida de la apropiación por el trabajo ó la industria, rara vez ha sido reconocida como título de propiedad. Y como la tierra está destinada, no sólo á ser ocupada, sino trabajada ó transformada por la industria, los pueblos más adelantados tuvieron razón para no reconocer en las hordas salvajes que pueblan un territorio, un derecho absoluto de propiedad, á causa de una ocupación vagabunda que no echó ninguna raíz en el suelo. Indudablemente, los pueblos civilizados tienen el deber de iniciar á los salvajes en la cultura en vez de exterminarles. Pero el principio general exige que la tierra sea del que sabe cultivarla: esta es la prescripción de la razón y la voluntad de Dios» (ob. cit. pág. 365).

Muy equivocado está el profesor Ahrens, al suponer que la combinación de *dos simples modos de adquirir* puede formar título de propiedad; pero mucho más yerra, cuando atribuye á los pueblos *civilizados* derechos sobre el territorio de los pueblos *salvajes*: con lo cual extremando algo los conceptos veríamos reconocido el derecho de conquista realizada por los pueblos *más adelantados* sobre los que no lo sean tanto, sobre todo si se admitiera la última parte del párrafo citado

El trabajo. Principalmente los economistas dan al trabajo la consideración de fundamento del derecho de propiedad: pero adviértase que como nosotros al producir una cosa cualquiera no la sacamos de nuestra propia substancia y necesitamos materia sobre la cual se ejerza nuestra actividad, si únicamente los efectos propios de una causa se le deben atribuir, solamente nos pertenece nuestro trabajo: por lo cual, la materia no es nuestra, y el trabajo no es suficiente para atribuirnos su propiedad. Además de no ser criterio cierto, daría lugar á multitud de cuestiones; por ejemplo: uno plantó un árbol, otro lo regó, un tercero lo podó, otro lo ingertó y así sucesivamente varios alegan, respecto del mismo, el *título* del trabajo. ¿Sería fácil la solución en todos los casos? ¿Qué trabajo bastaría para hacer nuestro un fundo? No admitimos que sea bastante ni haber cercado un terreno, ni haberlo hecho productivo: pues al fin, únicamente se demuestra que con nuestro trabajo ha aumentado el valor de la tierra, *pero ésta* no la hemos producido (1).

De otra parte, el que no puede trabajar ó aquel cuyo trabajo no produjese lo que necesitaba para subsistir, habrían de perecer ó pasar una vida de constantes privaciones y miseria, si no más el trabajo fuese el título ó el modo exclusivos de adquirir la propiedad; y en tal caso hallarianse los niños, los ancianos, los enfermos, los débiles, los torpes y, en suma, todos los que no se hallaran en la plenitud de sus fuerzas y con la destreza ó aptitud requeridas para realizar un trabajo eficaz.

La convención tampoco es medio de fundamentar el

en que se *exige que la tierra sea del que sabe cultivarla*. En esta como en muchísimas otras materias se advierte gran superficialidad y falta de exactitud en las doctrinas del citado escritor.

(1) La idea de que el trabajo justifica la propiedad (dice Filomusi en su obra citada, pág. 88) aparece primeramente en Locke (El gobierno civil, c. IV, Ginebra, 1724), según el cual, comienza ésta á introducirse con el trabajo y se fija establemente por medio de concordias y pactos.

dominio, pues únicamente podemos transmitir á otro lo que nos pertenece, luego hay una petición de principio, porque siempre habríamos de probar que los contratantes tenían derecho á las cosas que recíprocamente se ceden. Además, el reparto de las tierras por convenio no ha existido, como hecho general, nunca; y los que no hemos consentido en el contrato de cesión de bienes á los propietarios no estamos obligados á guardar el compromiso (1).

La *ley* no puede ser base de la propiedad, porque la ley humana es producto de la voluntad del legislador; y si las reglas del dominio y su fundamento no se hallaran en el Derecho natural, el legislador podría no reconocer la propiedad particular ú organizarla caprichosamente. (2)

(1) Inspirándose Pufendorf en la teoría de Grucio formuló, como doctrina fundamental, que los hombres formaron primitivamente una convención por virtud de la cual se obligaron á respetar el derecho que cada uno pudiese adquirir sobre las cosas ocupándolas, y esto en interés de la paz general, á fin de que todos pudieran estar ciertos de disfrutar del producto de su trabajo. (Véase la obra citada de Belime, tomo II, pág. 180).

Juan Jacobo Rousseau fiel á su sistema del pacto social dice que: «Cada miembro de la comunidad se dá á ella en el momento en que ésta se forma, tal como él se encuentra en el instante citado, él y todas sus fuerzas, de la que sus bienes forman parte. Por virtud de este acto, la posesión cambia de naturaleza al cambiar de manos y viene á ser propiedad en las del soberano..... Lo que hay de singular en esta enajenación es que lejos de despojar la comunidad á los particulares de sus bienes, al aceptar éstos, no hace más que asegurarles la legítima posesión, cambiar la usurpación en verdadero derecho, y el disfrute en propiedad.»

Esta fantasía del filósofo ginebrino ni explica el fundamento del derecho de propiedad ni merece detenido examen, por tratarse de un hecho del que no presenta ni un sólo ejemplo (en el Cap. IX, del lib. I, del Contrato social).

Kant y Fichte siguen la teoría de la convención pero admiten simultáneamente otros principios, por lo que carecen de homogeneidad sus teorías: según el primero, en el estado antesocial la propiedad de los individuos era una posesión físico que se transformó en propiedad jurídica mediante el acuerdo de todos, en una pública legislación: de suerte que como juiciosamente observa Filomusi reune en una sola idea las teorías de la *convención* y de la *ley*. Fichte funda la propiedad en el contrato de *propiedad* (que determina lo que es propio y exclusivo de cada uno), en el de *defensa mutua* (en que se comprometen á auxiliarse unos á otros en la defensa de sus intereses) y en el de *unión* (que asegura los anteriores contratos de otra parte; y así como Kant, comprende el derecho personal á adquirir la propiedad. Consúltese la clarísima exposición de la teoría de Fichte en la citada obra de Filomusi, págs. 89 á 91.

(2) La refutación del Legalismo, incluida en las páginas 223 á 225 del t. I, nos releva de insistir sobre los fundamentos de tal sistema: en la presente ma-

La *prescripción* no justifica por sí sola el derecho de propiedad, pues el transcurso del tiempo no puede borrar, en buenos principios, la injusticia del título: la perseverancia en la usurpación de bienes ajenos, no debe ser premiada por la ley con la tranquilidad del poseedor injusto; sino antes bien castigada con tanto rigor como haya sido la obstinación injusta, y si acaso las leyes positivas admiten la prescripción, es por suponer que ha sido legítimamente adquirida una cosa que se ha venido poseyendo tranquilamente por espacio de muchos años, manteniendo la paz pública que se vería turbada á cada paso, si el propietario hubiera de probar la validez de todos los títulos translativos de dominio de que haya sido objeto una propiedad desde su origen. Luego la prescripción es un simple *modo* de

tería juzgamos la exposición más clara la que hace Bentham de la teoría *de la ley*: «Para sentir mejor los beneficios de la ley tratemos de formarnos una idea clara de la propiedad. Veremos que no hay en modo alguno propiedad natural, sino que es únicamente obra de las leyes.»

«La idea de la propiedad consiste en una esperanza que tenemos, en la persuasión de poder alcanzar tal ó cual ventaja de la cosa según la naturaleza del caso. Mas esta esperanza, esta persuasión no pueden ser obra más que de la ley. No puedo contar con el disfrute de lo que yo considero como mío más que por virtud de la promesa de la ley que me lo garantiza. La ley es la única que me permite olvidar mi debilidad natural. Solamente amparado en la ley puedo cercar un terreno y entregarme á su cultivo, con la lejana esperanza de recoger los frutos.

Háme cargo de la objeción acerca del fundamento de la ley protectora de la propiedad y creyendo contestarla únicamente demuestra que la ley es una garantía constante de la propiedad, lo cual es cierto, pero no prueba que sea ésta la obra de la ley. Formulando Bentham generalizaciones que resumen su doctrina, sostiene que: «La propiedad y la ley han nacido juntas y morirán juntas. Antes de las leyes, nada de propiedad. Quitad las leyes y toda propiedad cesa.» Confundir el fundamento de un derecho con las garantías de su eficacia no hace mucho honor á la penetración del filósofo utilitario; porque, aplicando el razonamiento, el deudor tramposo y que dispendia los bienes con que había de responder á la deuda contraída anulará el derecho de crédito que contra él tenemos.

Herbert Spencer, considera que: Los derechos al uso de los agentes naturales... han obtenido gradualmente la sanción legislativa á medida que las sociedades se han elevado á un tipo superior» (pág. 130 de la Justicia, edición española) y del derecho de propiedad depende del derecho de usar la tierra (pág. 132).

Encontramos en el fondo de la teoría de Spencer, á pesar de las nebulosidades con que dificulta llegar al conocimiento de sus principios, una mezcla de los de natural equidad, evolución hacia un estado social más perfecto, y cierta parte de la doctrina de Bentham.

adquirir por posesión continuada, y presupone el derecho de propiedad al cual, según veremos, sirve de muy eficaz garantía (1).

IV. Exposición sumaria de las limitaciones y desmembraciones que pueden sufrir los derechos del dueño.

I. Es el dominio un conjunto de facultades, de las cuales pueden corresponder *algunas* á diferentes personas del propietario, ó bien éste puede hallar restringida su libertad de acción, en obsequio de otros hombres ó de la sociedad. La posesión de la cosa que nos pertenece puede pasar á otra persona en el derecho de superficie, en la enfitéusis y en el censo reservativo; el aprovechamiento de las ventajas que nuestra propiedad ofrezca puede corresponder por un término más ó menos largo á la persona á quien hayamos transmitido el uso ó permitido aprovecharse de ella en más ó menos parte, los frutos de nuestros bienes pueden corresponder con limitación de tiempo al usufructuario, es posible que si una cosa nuestra se halla gravada con prenda ó hipoteca, no podamos enajenarla cual si fuera libre de todo gravamen; y finalmente la transmisión á título gratuito, el abandono ó la destrucción de nuestra propiedad podrán ser impedidos por las personas llamadas á nuestra sucesión. Citamos los anteriores casos por vía de

(1) Decía Bourdaloue «Apelo á vuestra experiencia. Recorred las casas y las familias distinguidas, por la riqueza y por la abundancia de bienes..... si os remontais hasta la fuente de esta opulencia, apenas encontraréis alguna en que no se descubra desde el origen y en el principio, cosas que hacen temblar..... Ya sé los errores con que los ricos se dejan alucinar, falsamente convencidos de que, de cualquier manera que hayan sido adquiridos los bienes que poseen, no es á ellos á quienes se ha de instruir el proceso á la memoria de sus padres; porque exigir semejante discusión es trastornar el orden de la sociedad; pues los pecados, caso de haberlos en ello, son personales, y la buena fe da lugar á una *prescripción*, en su favor, sobre la cual ellos tienen derecho de reposar. Errores insostenibles en las máximas de la verdadera religión.» Añadamos (dice Beaussire, página 279 de su citada obra) y en las del Derecho natural. Las faltas son personales, pero se participa personalmente en un crimen del cual uno se aprovecha á sabiendas.

ejemplo, pues las limitaciones que puede sufrir el dominio son innumerables.

V. Examen de los derechos reales, más importantes, limitativos del dominio y en especial de las servidumbres.

Un solar puede ser ocupado por una construcción, una tierra plantada de árboles ó sembrada con semillas; y en el caso de ser los materiales, los árboles y las semillas de distinta persona que el propietario, habiendo éste consentido en la ocupación del solar ó de la tierra, corresponde al constructor, plantador ó sembrador el derecho á lo construido, plantado ó sembrado en las condiciones estipuladas con el señor del terreno ó bien durante el tiempo que permanezcan en pie las construcciones ó vivan las plantas: llámase *superficie* este derecho por referirse á lo que sobre la tierra se construye ó planta (1).

Censo es el derecho á percibir una parte de las producciones de un inmueble, quedando afecta á su pago la cosa sobre que se constituye.

Prenda es el derecho de retener el acreedor en su poder una cosa, *mueble* ó *inmueble* (2), correspondiente al deudor, como garantía del crédito; atribuyendo al primero la facultad de hacerse pago con el valor de ella, si el deudor no cumple oportunamente su obligación.

Hipoteca es el derecho que el acreedor tiene sobre bienes inmuebles del deudor, sin retenerlos en su poder, para hacerse pago con ellos (3) en caso de no satisfacer éste la

(1) La etimología de *superficie* es: *super* (sobre) *facies* (cara); así todo lo que aparece sobre la faz de la tierra debe recibir esta denominación.

(2) Nuestro Código no admite la prenda sobre bienes inmuebles (según parece desprenderse del art. 1863, sin embargo admite la anticresis el 1881), y no obstante, en el orden doctrinal la diferencia mayor entre éste y otros derechos reales no existe por causa de la cualidad de mueble ó inmueble que la cosa tiene, sino por las facultades distintas que al acreedor se conceden.

(3) El art. 1874 del Cód. sólo admite que puedan ser hipotecados los bienes inmuebles, y los derechos reales enajenables impuestos sobre bienes inmuebles; pero como éstos según el núm. 10 del art. 334 son bienes inmuebles consideramos no es preciso especificarlos en la definición.

deuda, según la obligación contraída. Las ideas anteriores pueden parecer demasiado vagas; pero en realidad hemos de distinguir la hipoteca general, que abarca todos los bienes del deudor, de la especial que, refiriéndose tan sólo á cosas determinadas, deja libre el resto del patrimonio. Es tan importante este derecho, que constituye una parte de las más complejas del Derecho civil moderno, pues como dice Savigny, *se ha de contar entre los medios más eficaces de asegurar el cumplimiento de las obligaciones*, la hipoteca.

Al efecto de consignar este derecho, se establecieron los Registros de la propiedad, en que también se insertan los demás derechos reales y transmisiones de dominio, así como también cuanto pueda afectar á la propiedad, á fin de que todos puedan enterarse de las condiciones y gravámenes de las fincas: prescindimos de detalles, é igualmente, de la cuestión importantísima de si conviene más el sistema de la *transcripción* de los títulos que al Registro se presentan, ó si es preferible la *inscripción* tan sólo de aquellos puntos esenciales que den á conocer suficientemente los derechos.

Servidumbre es un derecho real establecido en cosa ajena, por virtud del que podemos aprovecharnos de alguna de sus ventajas ó impedir los inconvenientes que de ella pudieran provenir. Suelen clasificarse en rústicas y urbanas; clasificación confusa y nada científica; difícil es determinar cuál sea la naturaleza de unas y otras; el criterio del jurisconsulto Paulo no es universalmente aplicable, pues hay servidumbres rústicas, como el acueducto y el paso, que requieren muchas veces la construcción, y por consiguiente habrían de calificarse de urbanas. La naturaleza del predio dominante (ó sea aquél en cuyo beneficio se estableció la servidumbre) no fija si ha de ser urbana ó rústica: pues la de no edificar á más altura que lo ya edificado puede ser constituída en favor de un predio rústico; y la de paso, en favor de un edificio: la condición del predio sir-

viente tampoco determina la cualidad de la servidumbre, pues el paso puede ser establecido sobre una casa: el criterio de nuestras leyes de Partidas no es completo, porque únicamente se podrá aplicar al caso en que las dos fincas sean de igual naturaleza, y el fin á que la servidumbre se destina puede hacer que una misma pueda revestir el carácter de rústica y urbana, según las aplicaciones diversas; así el acueducto, si el agua se destina al riego será rústica, y si al aprovechamiento de fábricas ó al abastecimiento de poblaciones, será urbana (1).

La distinción de servidumbres en *reales* y *personales* no tiene otra importancia que la determinación de poseedor y á veces la distinta duración del gravamen. Hay además servidumbres *continuas* y *discontinuas*, según que el aprovechamiento de ellas sea perenne ó tan sólo en ciertas ocasiones. Si se manifiestan ostensiblemente por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas, reciben la denominación de *aparentes*, y si no se muestran al exterior con ningún signo se llaman *no aparentes* (2).

También se clasifican en *voluntarias* y *legales*, según que se constituyan por actos voluntarios (unilaterales ó bilaterales) de los individuos, ó por ministerio de la ley.

Llevando consigo las servidumbres una ventaja en favor de quien las adquiere y, respectivamente, una limita-

(1) Accarias, comentando la clasificación de servidumbres rústicas y urbanas, comprende su inexactitud por más de que la conceda cierto valor: desenvuelto el texto de Paulo: «*Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt*» estima criterio mucho más aplicable admitir que las servidumbres rurales se caracterizan por la discontinuidad, las urbanas por la continuidad; las unas, pues, consistirán en hacer, y no se ejercitan más que poniendo en juego la actividad del hombre; las otras, en tener ó prohibir, y se ejercitan sin actuar nuestra actividad.

(2) Denominase servidumbres *continuas* aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre; *discontinuas* en otro caso; *positivas* que obligan, al dueño de la finca sujeta (predio sirviente) á ellas, á hacer ó dejar hacer, *negativas* las que tan sólo le limitan sus facultades. Véanse los art. 532 y 533 del Cód. civ.

ción de facultades en el dueño del predio sirviente, cualquiera de los dos puntos de vista puede servir de base para una clasificación racional. *Las ventajas adquiridas pueden consistir: en utilizar la cosa, percibir alguno de sus productos ó evitar alguna desventaja que pudiera provenir del predio sirviente;* y denominándolas servidumbres de *uso, fructuarias* ó simplemente *limitativas*, atendiendo á su especial objeto, creemos clasificarlas convenientemente.

Dícese que la naturaleza de las servidumbres no consiente prestación positiva de parte del dueño del predio sirviente; sin embargo, como á él le corresponde hacer posible el aprovechamiento de la servidumbre, todas las cargas anejas á este fin le son impuestas, y si la servidumbre procede de un contrato, cuantas condiciones y gravámenes se hayan impuesto habrán de cumplirse.

La servidumbre no es por naturaleza indivisible ni perpetua; y á cualquiera se le ocurre que si, por ejemplo, una heredad colindante tiene sobre el predio sirviente la servidumbre de que no levante tapias, y el predio dominante se divide en varias partes y pasa al dominio de diversos dueños, cada una de las porciones tendrá el derecho á la parte colindante que le toque. En los contratos podrá establecerse la servidumbre por el tiempo que se considere oportuno (1).

(1) Las servidumbres, dice nuestro Código, son inseparables de la finca á que pertenecen y, añade que, son indivisibles: sin embargo, tanto la una como la otra cualidad pueden apreciarse en la medida de la posibilidad; y no adivinamos la imposibilidad de que pueda enajenarse la servidumbre de acueducto, si el riego puede utilizar á otra finca distinta de la nuestra, sin agravar lo más mínimo la condición del predio sirviente; tampoco es comprensible la manera de usar cada poseedero (en caso de dividirse el predio dominante en varias partes) por entero de la servidumbre, según asegura el citado Código, cuando se divida una finca en varias posciones y á cada una le sea posible ejercitar la servidumbre *tan sólo en la parte contigua* al predio sirviente.

En cuanto á la *perpetuidad* de las servidumbres debía tan sólo entenderse en un sentido limitado en el derecho Romano, en el cual, era un requisito la causa perpétua; pues, como indica juiciosamente Azcarias, hay aprovechamientos que pueden agotarse, como sucede con las canteras y la arena que por virtud de la servidumbre pudieran extraerse.

VI. Objeciones opuestas al derecho de propiedad individual

La propiedad es un robo, y el propietario es un ladrón (según las doctrinas de Brissot y Proudhon). La primera observación que se ofrece, es preguntar á quien se lo ha robado el propietario: si era de otro, no es propietario es usurpador, si no era de nadie, ninguno puede darse por ofendido ni perjudicado, y si era de todos, como á nadie aprovechaba mientras no se lo apropiara, el propietario ha hecho un acto lícito; y, por lo menos, tiene respecto de los demás la preferencia de que no tan sólo ha de reconocérsele el derecho general y abstracto, sino además el nacido del acto de la apropiación.

Produce la desigualdad. La desigualdad y la pobreza no son consecuencia del derecho de propiedad sino de multitud de circunstancias, que determinan en el orden real distintas cantidades de bienes á favor de cada uno y mayor ó menor número de necesidades; dando lugar á que, por ejemplo, el hombre laborioso, inteligente y económico tenga más que el perezoso, torpe, y derrochador: que sea rico aquel á quien favorecen, la fortuna, la benevolencia de los demás, sus aptitudes para el trabajo y escasas necesidades; y pobre, necesitado é infeliz, el que tiene desgracia en sus asuntos, no es favorecido por nadie, su trabajo es tenido en poca estima y está cargado de familia ó lleno de vicios y necesidades: de donde se desprende, que la desigualdad no procede de la organización viciosa que la propiedad tiene, sino del orden real de las cosas.

Causa la miseria. La miseria generalmente es producto de los vicios y de la imprevisión; y á todo el mundo se le alcanza que no es buen medio de combatirla hacer pobres á todos, sino estimular la caridad de los ricos; é inducir á los pobres, al reconocimiento y amor hacia sus bienhechores,

y fomentar la fraternidad humana. Con razón dice Prisco que los sistemas comunistas han traído el comunismo de la miseria.

Son debidos á la propiedad los odios, las luchas y los delitos que entre los hombres tienen lugar. Los odios, luchas y delitos tienen á la propiedad no como causa eficiente, sino simplemente como un motivo de tantos que determinan á realizar el mal á los hombres de perversa condición. La propiedad es materia y estímulo de muchos delitos, como lo es todo bien particular; y si la razón valiera, habríamos de suprimir todos los bienes, pues en determinadas circunstancias nos impulsan al pecado y al delito. Para reprimir los odios, luchas y delitos, no es medio eficaz suprimir la propiedad, sino rectificar la conducta.

La propiedad debe otorgarse al que más la merezca. Principio que debe sustituirse por el de reconocerla *al que alegue títulos respecto de ella.* Es un criterio imposible el de atribuir la propiedad únicamente á quien sea digno de ella; es verdad que muchas veces personas de pocos méritos poseen grandes fortunas; pero no les podemos negar la legitimidad de su derecho, interin no probemos que han adquirido su patrimonio por medios ilícitos (1).

(1) Por vía de complemento á las diferentes objeciones propuestas, daremos idea de las que Courcelle Seneuil condensa en su Preparación al estudio del Derecho.

«Proudhon y sus discípulos dicen gravemente: Todos los capitales, todas las mercaderías son producto del trabajo, y el obrero que ha suministrado el trabajo, y por consiguiente la totalidad de los productos, no recibe más que una parte del precio de la mercancía que es obra suya; luego es despojado y robado en la parte del precio que no se le entrega.»

Contestaremos diciendo que así como en Química se forman las sales por la unión de las bases y los ácidos, del mismo modo los productos se forman por la unión del capital y el trabajo: impropio sería decir que el ácido por sí solo produce una sal, como es inexacto decir que al trabajo se deben exclusivamente los productos.

Karl Marx, asegura que el empresario recibe más de los anticipos hechos; pero (como demuestra el referido economista francés) algo merecen los desvelos, el trabajo y los riesgos que tiene á su cargo. También supone árbitro al capitalista de fijar los salarios; y sin embargo, lo cierto es que muchas veces los obreros le imponen condiciones, y en todo caso se regulan según las leyes de la oferta y la

La propiedad no debe extenderse más allá de las necesidades del propietario.—Las necesidades no son la medida de la propiedad: 1.° Porque son variables según las circunstancias individuales, de modo que no puede haber un criterio fijo y uniforme; y 2.° porque hay cosas, *en la naturaleza*, útiles y de adorno; y con el criterio marcado quitamos todo estímulo á la cultura, privándonos de aquellos objetos y comodidades que no se hallan en la choza del salvaje.

CAPÍTULO 3.°

REFUTACIÓN DE LAS TEORÍAS QUE IMPUGNAN LA PROPIEDAD INDIVIDUAL.

I. Noción del comunismo y del socialismo: relación que guardan entre sí estos sistemas.

Los comunistas pretenden abolir la propiedad particular, atribuyendo á todos igual derecho á todas las cosas; los socialistas se proponen organizar la propiedad con arreglo á determinadas bases que produzcan, como natural

demanda: aunque todo fuera, la intervención del Estado habría de referirse á la corrección de *abusos manifiestos*.

«La tierra es de todos y ha sido una usurpación ocuparla.» La ocupación es un hecho lícito y sujeta la cosa ocupada al dominio del ocupante: todos tienen derecho á tomar lo que no es de nadie; pero á este poder abstracto se une, respecto del ocupante, la determinación concreta mediante sus actos de ocupación.

Los socialistas prácticos confían á la potestad del Estado la rectificación de las injusticias sociales. Ninguna dificultad hallaríamos en aceptar el lema, si nos demostraran las injusticias: ahora bien, si por injusticias han de entenderse las desigualdades, como son naturales son justas, y mientras no se demuestre que un propietario no tiene derecho á sus bienes debe presumirse que le pertenecen por título justo, toda vez que siempre se presume justo y bueno al hombre mientras no se pruebe lo contrario.

Añadiremos como última objeción la que propone y refuta victoriosamente Wenceslao Belime: Las necesidades del cuerpo son la medida de las riquezas como el pie es la medida del calzado decía Epicteto: sostiene Ahrens que la ley podría impedir que un hombre poseyese una cantidad de bienes realmente excesiva. Yo no creo (añade Belime) en este pretendido límite: ¿Quién lo fijaría? Luego, no es todo. ¿Por qué me sería prohibido en Derecho Natural tratar de mi bienestar y gustar de lo superfluo?

resultado, una participación más justa y proporcionada de todos los ciudadanos en la riqueza.

El comunismo puede valerse, como medios, de la anarquía y del socialismo: la primera ha de establecer el predominio de las clases más numerosas, pues suprimido el poder público, quitando á las clases acomodadas todo apoyo del Estado, el proletariado tiene segura la presa. Pueden también los comunistas considerar difícil luchar contra el poder, estimar procedimiento más sencillo ampararse en su protección, y que el poder imponga á los propietarios sacrificios de muy diversa índole; pero, en definitiva, encaminados á despojarles de lo suyo y atribuírselo á quien lo necesita.

Todos los anteriores sistemas pretenden la usurpación, ó son medios para realizarla; y al efecto de dar un tinte de justicia á tan desordenada aspiración, impugnan la legitimidad de los derechos del dueño, ó no reconocen algunos ó todos los modos de adquirir (1).

(1) Platón que había reconocido la santidad de los matrimonios, estimando sin embargo que los más santos son los más ventajosos al Estado, por consecuencia creía preciso establecer la comunidad de mujeres y de hijos para que se desenvolviera el espíritu de benevolencia respecto de todos, no es de extrañar que sacrificase cuanto al hombre posee ante el bien del Estado, destruyendo la propiedad privada. Jenofonte y Plutarco defendieron ideas comunistas semejantes á las de Platón; pero los filósofos prácticos mas sólidos, los jurisconsultos y las leyes de casi todos los pueblos admitieron la propiedad particular.

No es decir que la propiedad territorial haya sido conocida por todas las razas: pues hay algunas cuyo género de vida es causa de que no estimen más que la propiedad en cuanto la necesitan: así los tártaros y los antiguos germanos difícilmente comprenderían otra propiedad que la de los bienes muebles.

En Grecia y en Roma los límites de la casa y sus dependencias fueron consagrados por la religión: llegando, en el Pueblo Rey, á tal grado el respeto al dominio, que la ley prescribía un espacio de dos pies y medio para separar una casa de otra. Verdad es que Momsem defiende que la comunidad primitiva en el cultivo fué sustituída posteriormente por la división de la tierra, y que las riquezas se denominaban con palabras representativas de la propiedad mueble (*pecunia, peculium*) siendo adquiridas mediante un acto que requería la aprehensión material del objeto (*mancipatio*); pero como dice muy bien Fustel de Coulanges: Algunos historiadores han emitido la opinión de que en Roma la propiedad había sido pública hasta tiempo de Numa, cuyo error proviene de una falta de interpretación de tres textos de Plutarco, Cicerón y Dionisio; los cuales, en efecto, dicen que Numa distribuyó ciertas tierras á los ciudadanos; pero indican clarísi-

Al hablar de *Socialismo*, nos referimos á las doctrinas opuestas al reconocimiento y respeto del derecho de propiedad individual, subordinándola en absoluto á la voluntad social; mas no á las que simplemente se oponen al *laissez faire* de la escuela manchesteriana, y conceden á la autoridad cierta bienhechora y justificada intervención en

mamente que se trataba del reparto de los terrenos conquistados por su predecesor. En cuanto al *ager romanus*, es decir, al territorio que rodeaba la Ciudad Eterna á cinco millas de distancia, era propiedad privada desde el origen de la ciudad, como acreditan Dionisio, Varron y Nonius Marcellus.

El Cristianismo no vino á destruir la propiedad, pues como dice Clemente Alejandrino debe cada uno conservar sus bienes moderadamente, evitando la adversidad y socorriendo al prójimo necesitado: mas como la propiedad es un medio y muchas veces un atractivo que nos hace olvidar la vida del alma, es muy difícil que un rico se salve, y un acto de perfección dar los bienes á los pobres por amor de Dios para consagrarse á su servicio. El egoísmo de los ricos, su disipación y la tiranía para con los pobres hacen exclamar al gran padre de la Iglesia San Agustín: Quítese el derecho imperial y ¿quién osará decir, esta casa, este campo son míos? La usurpación amparada por la fuerza y coronada por el éxito eran, frecuentemente, los títulos que podían alegar los poderosos en tiempos tan corrompidos, así es que nada tiene de extraño que doctores eximios clamasen no contra el derecho de propiedad, que reconocían, sino contra el abuso y la injusticia. N. S. Jesucristo la reconoce, San Pedro explícitamente la acepta en el célebre proceso de Ananías y Safira: si muchos cristianos renuncian á sus bienes lo hacen voluntariamente y nadie les impone tamaño sacrificio. Los herejes defensores del comunismo, siempre han sido combatidos por la Iglesia: de modo, que sería calumnioso, y á todas luces falso, querer deducir tan perniciosos sistemas, de las leyes cristianas y la doctrina de la Iglesia.

Omitiendo tratar de la organización de la propiedad en la edad media, debida principalmente á los acontecimientos históricos, vengamos á la época moderna en que tantas teorías se han divulgado, con la pretensión de regular la sociedad conforme á las ideas más ó menos extravagantes de sus autores.

Thomas Moore, Campanella, Morelly, con sus respectivas obras, denominadas: *De nova insula Utopia*, *Civitas Solis* y *Code de la Nature*, resucitando las doctrinas platónicas, trataban de constituir la sociedad destruyendo la propiedad privada.

Rousseau influido por las anteriores teorías formula ideas tan radicales como absurdas al decir: «El primero que habiendo cercado un terreno tuvo la ocurrencia de decir esto es mío, fué el verdadero fundador de la sociedad civil. Cuántos crímenes, guerras, homicidios, miserias y errores hubiera excusado al género humano el que destruyendo la cerca hubiera gritado: ¡Guardaos muy bien de escuchar al impostor, sois perdidos si olvidais que los frutos son de todos y la propiedad de nadie!» Ni originalidad tienen sus palabras: pues no son más que transformación de la siguiente frase de Pascal (1623-1662), que él mismo cita: «Este perro es mío, dicen los niños, esta es mi sitio: he aquí el principio de la usurpación de toda la tierra.» Lo primero que se ocurre contestar es, que si hasta los niños sin darse cuenta, verifican actos de apropiación, y los hombres se sienten movidos al respeto de la propiedad ajena, cuando quiera que se les pre-

el régimen de las riquezas: en cambio comprendemos, como una de sus formas, el colectivismo que pretende convertir la propiedad individual en propiedad social; extendiendo tal conversión á más ó menos clases de cosas, según las par-

sente bien determinada ¿podremos negar que el derecho de la propiedad sea conforme á la naturaleza humana?

Brissot en sus *Recherches philosophiques sur le droit de propriété* (1780) asegura que: La medida de nuestras necesidades debe ser la de nuestra fortuna; y si cuarenta escudos son suficientes para conservar nuestra existencia, tener 200.000 es un robo evidente, una injusticia. Nuestras instituciones sociales castigan el robo, acción virtuosa ordenada por la naturaleza misma. Ciudadanos depravados, ¿decís que habéis comprado y pagado vuestras propiedades? ¡Desdichados! ¿Quién tenía derecho á vendéroslas? No son vuestras ni de vuestros vendedores.»

Tan perturbadores principios no habían sido llevados á la práctica por la sociedad; pero el tristemente célebre Babeuf fraguó, en 1796, una conspiración para establecer la república de los iguales sobre la base de la comunidad de bienes: descubiertos á tiempo los conjurados, pagó Babeuf con su cabeza la temeridad que intentaba.

Los nombres de Saint Simón, Fourier y Roberto Owen se hallan asociados á ensayos de carácter voluntario para organizar la sociedad y la propiedad de diversa manera: bien pronto las desavenencias, el desorden y la bancarrota fueron los resultados conseguidos por tan arbitrarios sistemas.

Luis Blanc en 1848 intentó, como individuo del gobierno provisional nombrado á raíz de la revolución, plantear sus teorías del *derecho al trabajo*; pero, asustado de las consecuencias que comenzaron á notarse, volvió sobre sus pasos favoreciendo la causa del orden.

La Commune que dominó en París desde la insurrección de 18 de Marzo de 1871 á fines de Mayo, cuya bandera parecía ser la emancipación de la propiedad y del trabajo, empleó la violencia para plantear su lema, cometiendo los más horrorosos y salvajes desórdenes.

No faltan escritores de mérito afiliados á las doctrinas contrarias á la propiedad (comunismo, socialismo y nihilismo). Proudhon impugna la propiedad y defiende únicamente la posesión, procurando así desterrar la renta y el préstamo, que él considera como las principales cargas que abruman al trabajador. Es curiosísimo que habiendo dicho: *la propriété c' est le vol*, se jactaba de tan absurdo concepto diciendo «esta definición es mía y no la cedería por todos los millones de Rothschild;» haciendo notar oportunamente Frank que, contestando á Daniel Stern y Luis Blanc que le acusaban de haberla robado á Brissot, escribió: «El propietario, precisamente porque es ladrón, no se deja despojar. Se lo impide su instinto de rapiña. Y por lo que á mí toca, no he de desasirme tampoco.»

Karl Marx, Lasalle y otros muchos profesan el socialismo, llegando Scheel á negar que la intervención del Estado tenga límites en el orden económico; y Wagner á proponer «el impuesto progresivo, como medio de corregir la mala distribución de la riqueza.»

No pueden confundirse con el socialismo colectivista, las teorías de los llamados socialistas cristianos, pues indudablemente la caridad es el medio de llenar el abismo que media entre los pobres y los ricos, cuyo antagonismo declaran Marx y Engels inconciliable; «medio» indudablemente fuera de las eficacias de la Religión Cristiana.

ticulares doctrinas que dentro del colectivismo se profesan. Malon calificaba este sistema de transacción justa entre el antiguo comunismo utópico y el individualismo reinante. El colectivismo, añade, es la inalienabilidad de las fuerzas productivas, puestas bajo la tutela del Estado, que las confía, temporalmente y mediante renta, á grupos profesionales (1).

No es el colectivismo idea nueva; pero ha obtenido en nuestros dias gran boga, sobre todo desde la publicación (en 1879, en Nueva York) del libro de Enrique George intitulado «Progreso y pobreza»: admite la propiedad privada en cuanto esté fundada en el trabajo del poseedor; pero excluye de tal principio la propiedad territorial, pues la apropiación del suelo es la única causa de la miseria, y siendo el mal único el remedio es sencillo: suprimir la propiedad del suelo, sin pagar indemnización alguna al propietario; y el medio para llegar á este resultado debe ser tomarle, mediante un impuesto, el producto total de la tierra, menos la parte que necesite para atender á la subsistencia propia y de los suyos: con lo que podrán suprimirse los demás impuestos, y sobre todo los que elevan el precio de los artículos necesarios para la vida.

Alfredo Russel Wallace, plantea (en su obra «Land nationalization» publicada en Inglaterra por primera vez en 1882) el sistema de la *nacionalización de la tierra*, adquiriéndola el Estado, mediante indemnización á los actuales propietarios, á los cuales concede una renta vitalicia, garantizando á los cultivadores la libre propiedad de los productos de su trabajo; pero pagando al Estado por el valor que tenga la tierra en razón á la fertilidad del suelo, vías de comunicación y otras causas no dependientes del trabajo».

(1) Amadeo Saint Ferreol («El *proletariado*, ó sea la tierra al labrador, la mina, la vidriería, el establecimiento industrial, la fábrica á las asociaciones obreras que los exploten») inserta la fórmula últimamente indicada.

Las precedentes doctrinas se hallan inspiradas en el equivocado concepto que dió Ricardo, de la renta (la porción del producto de la tierra que se paga al propietario, por tener el derecho de explotar las facultades productivas é imperecederas del suelo): limitan sus reformas á una parte, y no la más considerable (1), de la propiedad; y no toman en cuenta que la propiedad en su forma actual y representa, yá el ahorro productivo, yá la naturaleza transformada útilmente por la inteligencia y el trabajo del hombre (2); y aunque no negamos los abusos del capital, la usurpación de muchas propiedades amparada en la legalidad, la gran miseria que sirve de baldón á la cultura moderna; no es medio adecuado, para corregir los males presentes, arrollar á los propietarios, ahogar la libertad individual y matar las iniciativas individuales en los estrechos moldes de prejuicios socialistas, constantemente desechados en la ciencia y desacreditados en la práctica.

Los anarquistas, al decir de Bakounine, rechazan toda legislación, toda autoridad y toda influencia privilegiada, provista de patente, oficial y legal, aunque proceda del su-

(1) Según el Vizconde G. d' Avenel las rentas privadas de la población francesa suman unos 25.000 millones de francos en la forma siguiente:

	Millones.
Propiedad inmueble sin edificar.	2.400
Idem id. edificada.	2.600
Valores mobiliarios.	4.000
Salarios obreros.	10.500
Beneficios individuales del comercio y de la industria no comprendidos en los valores mobiliarios. . . .	3.500
Profesiones liberales y sueldos de funcionarios públicos y privados.	2.000
Total.	25.000

Véase la precedente estadística en la obra de D. Eduardo Sanz Escartín, denominada «El individuo y la reforma social», pág. 208 (Madrid, 1896): obra que se halla informada en un criterio bastante aceptable, bien que no estamos de acuerdo con algunos puntos de vista del autor.

(2) Véase acerca del colectivismo la curiosa obra de Alberto Metin, denominada «El socialismo en Inglaterra» (París, 1897), de la cual tomamos algunos datos relativos á George y Wallace.

fragio universal, convencidos de que no podrá volverse nunca más que en provecho de una minoría dominante y explotadora, contra los intereses de la inmensa mayoría esclavizada: distínguense los individualistas pacíficos, los individualistas violentos (1) y los comunistas anarquistas (2). Fácilmente puede notarse la estrecha relación que liga (3) las doctrinas anarquistas con las que acabamos de criticar; y aun merecen mayores reproches por las exageraciones que incluyen (4).

El colectivismo y el anarquismo son dos utopías peligrosas porque se oponen á la libertad el primero, al orden social el segundo; es cierto que *el uno* responde á la nece-

(1) Véase la obra citada de Alberto Metin. Uno de los manifiestos publicado en 1894 por los anarquistas de esta clase denominado ¡Viva el robo! desenvolvía la tesis de que: pues la propiedad se ha formado por el latrocinio debe emplearse el mismo medio para destruirla. Algún tiempo después de la publicación del citado manifiesto, uno de los individualistas de Londres recogido por un camarada, aprovechóse del sueño de su amigo para quitarle su dinero, sus herramientas y su ropa. El asunto fué objeto de varias discusiones en los Clubs anarquistas de Londres, y siempre los individualistas dieron la razón al ladrón. «Puesto que la propiedad es un mal, decían ellos, es preciso combatirla en todas partes; es preciso tomarla donde se pueda, al pobre y al rico, al amigo y al desconocido» (obra citada, último capítulo).

(2) Que según Metin son los que piden la substitución de la propiedad común á la propiedad individual, poniéndola á disposición de grupos autónomos independientes los unos de los otros, y compuestos de compañeros iguales; siendo opuestos á toda intervención del Estado.

(3) Juan Preval en su obra intitulada «Anarquía y nihilismo» plantea la siguiente proposición: «Así como en el terreno de la política, el nihilismo ha sido la vanguardia del antiguo partido liberal ruso; del mismo modo, en el terreno de las grandes reformas sociales que han de realizarse muy pronto, pacífica ó violentamente, los anarquistas son las tropas de caballería del ejército del socialismo.» Vanguardia del socialismo denominó á los anarquistas un orador socialista (en 1.° de Mayo de 1892 en París, en el salón Favie).

(4) Realmente no merecen refutación sería las doctrinas nihilistas profesadas por Alejandro Herzen (cuyo lema es ¡Viva el caos y la destrucción, haced paso al porvenir!) Miguel Bakunin (que propone la repartición de los bienes del Estado y los particulares, y que al derecho de propiedad suceda el simple hecho de la detentación, falto de toda garantía una vez suprimido el Estado.) Ivan Tscherytschewsky (que, comprendiendo que no debemos carecer de lo necesario, propone como medios la emancipación, la libertad más absoluta) y otros muchos; porque sus objeciones quedan contestadas en el texto, y sus doctrinas chocan con los más elementales principios de la ciencia.

sidad de reparar las injusticias admitidas y triunfantes en la sociedad, y *el otro* á la de libertar al hombre del duro yugo del Estado moderno: más los sistemas propuestos para la reforma social niegan derechos adquiridos muy respetables, trastornan la organización actual; y son opuestos al progreso y á los principios jurídicos y económicos: ya que el colectivismo expropia de sus bienes á los que al amparo de la ley los adquirieron, los distribuye para su aprovechamiento y disfrute de una manera reglamentaria y por lo tanto inadaptable á las circunstancias de la realidad, mata el interés privado y los estímulos para el trabajo, la cultura y la prosperidad que el propio lucro fomenta; niega, en parte, el derecho de apropiación, y es opuesto á la libertad de dominio y del trabajo; y, en cuanto al anarquismo, trata de borrar las instituciones jurídicas y económicas contra las que dirige sus ataques, sólo porque tienen vicios y defectos, los cuales son inherentes á la falibilidad humana ó á los abusos de los hombres, accidentes de las instituciones jurídicas y económicas que son los que debieran procurar que desaparecieran, sino total á lo menos parcialmente.

II. Detestables resultados obtenidos cuando se han llevado á la práctica.

Todo lo que es contra naturaleza debe resultar desastroso en la práctica. Varios ensayos se han hecho de las doctrinas comunistas y socialistas y ha tenido que intervenir la autoridad para disolver las asociaciones: pues en ellas tenían su asiento muchos vicios y crímenes que amenazaban desmoralizar ó introducir el desorden social. La Iglesia ha combatido las numerosas herejías que intentaban establecer el comunismo: desde el siglo I, con los Nicolaitas, hasta el siglo XVI, con los Anabaptistas; y, posteriormente, ha condenado repetidas veces doctrinas tan perjudiciales á la sociedad. La republicana Francia hizo abor-

tar la conjuración de Babeuf que se proponía establecer la igualdad; y en todas partes el sentimiento de orden, el natural instinto de apropiación, las ideas de justicia y la experiencia han condenado las teorías contrarias al derecho de propiedad (1).

(1) Si quisiéramos la prueba del absurdo de estas teorías, no tendríamos que hacer otra cosa que mostrar los resultados obtenidos, en la práctica, por los sistemas comunistas y socialistas: no podrá citarse uno sólo que haya podido alcanzar vida permanente y éxito cumplido. Unicamente la renuncia hecha por vocación religiosa es la que ha producido efectos seguros y dichosos para el individuo, la comunidad y la sociedad en general; pero fijándonos en los sueños desatinados de los ilusos, veremos una comprobación de las ideas expuestas en Moral, de que sólo puede sacrificarse un fin ante otro de naturaleza superior, y que el sacrificio por el bien ajeno es inconcebible si no es por amor de Dios.

En la imposibilidad de citar cuantos casos de delirio comunista y socialista se han llevado á la práctica: citaremos el muy notable de la fundación, por Roberto Owen, de la Colonia de New-Harmony, en que á poco de ser establecida se manifestaron en ella todos los vicios sociales, convirtiéndose los trabajadores en víctimas de los holgazanes y aprovechándose los ignorantes del trabajo de los inteligentes (César Cantú); y los ensayos hechos por Bazard y Enfantin y Arturo Young (Belime) para plantear el saint-simonismo y el fourierismo, siendo sus establecimientos discutidos en medio del mayor descrédito.

En cuanto al colectivismo podemos citar dos ensayos muy notables. En el siglo XI, Wan-Ngan-Che, habiendo llegado á obtener la confianza del emperador de la China, Chen-Tsoung, destruyó todas las instituciones antiguas para substituirlas con otras nuevas: hé aquí cómo reseña su sistema Saint-Ferreol. «El primero y más esencial de los deberes del gobierno es amar al pueblo, procurándole las ventajas propias de la vida que son la abundancia y la alegría. Para cumplir este objeto, bastaría inspirar á todo el mundo las reglas invariables de la rectitud; pero como no sería posible obtener la observancia exacta de estas reglas, el Estado debe, mediante leyes inflexibles y sabias, fijar la manera de observarlas según estas leyes; y á fin de impedir la opresión de los pobres por los ricos, el Estado tendrá la disposición de todos los recursos del imperio, viniendo á ser comerciante, industrial y agricultor. Habrá, en todo el imperio, tribunales encargados de señalar diariamente el precio de los artículos de consumo y de las demás mercaderías... El Estado deberá llegar á ser el único propietario del suelo, y habrá en todos los distritos tribunales de agricultura, encargados de hacer anualmente el reparto de tierra entre los cultivadores, distribuyéndoles los granos necesarios para la sementera, con la condición de que devuelvan este anticipo... y determinando á qué clase de producción agrícola se ha de consagrar cada suerte de tierras».

Con este plan se prometía el Ministro chino acabar con los usureros y acaparadores, abaratar las subsistencias, promover las obras públicas, suprimir las grandes fortunas y llegar á una nivelación general. Comenzó la reforma en 1170, y duró hasta 1186 en que se volvió al antiguo régimen, sin oposición de los mismos á cuyo favor iban encaminadas las reformas y que no alcanzaron las ventajas ofrecidas á cambio de tan grandes limitaciones de la libertad (obra citada, páginas 27 á 31).

El general Bugeaud, gobernador de la Argelia, fundó en 1842 tres colonias

III. Explicación de la influencia de estas doctrinas y otras análogas entre las clases oprimidas y desheredadas.

Al ver las clases oprimidas y desheredadas que hay grandes propietarios que viven en la opulencia, que hay muchísimos que no trabajan y se alimentan de lo que ellas producen, y en cambio el trabajador se halla reducido á remuneración insuficiente para cubrir sus atenciones y las

militares bajo el siguiente régimen: «Los colonos trabajaban en común, y el producto de su trabajo debía formar un fondo colectivo, destinado al cabo de tres años á subvenir á los gastos de matrimonio de los colonos, y á proveer con igualdad á todos del mobiliario de la casa y los aperos de labranza. Cada colono recibió además un trozo de terreno en el que podía trabajar por su cuenta un día por semana. Al cabo de un año, las tres colonias se hallaban casi arruinadas. El general Bugeaud quiso saber las causas de esta situación.—Es que no trabajamos—contestaron los colonos.—Y ¿por qué no trabajan? preguntó el general.—Porque contamos los unos sobre el trabajo, de los otros, no queremos trabajar más que los demás, y así nos ponemos al nivel de los perezosos....

El general, deferiendo á las súplicas reiteradas de los colonos, suprimió el régimen colectivo é hizo distribuir entre todos el fondo común. Inmediatamente se vió nacer la emulación, y en 1845 las tres aldeas eran las más prósperas del Sahel. Eso sí, había gran desigualdad: mientras unos poseían por valor de 5 y 6.000 francos de ganado, otros apenas sacaban lo preciso para vivir». (*Los socialistas y el trabajo en común*, por el general Bugeaud: reseña hecha por Sanz Escartín en las págs. 123 y 124 de la ob. citada).

Creeríamos dejar incompleta esta nota si no hiciésemos una ligera indicación de la eruditísima obra que acaba de publicar D. Joaquín Costa, denominada «Colectivismo agrario en España» (Partes 1.ª y 2.ª, Doctrinas y hechos). Considera el colectivismo agrario como una atenuación del colectivismo integral, pues mantiene la propiedad privada, tanto respecto de los productos del trabajo como de los instrumentos de producción, con la única excepción, respecto á éstos, del suelo; señala el argumento en que se fundan estos colectivistas, de que: la propiedad individual no puede recaer más que sobre el producto de ella, la tierra es obra exclusiva de la naturaleza y no es producto del trabajo individual, luego no es susceptible de apropiación individual.

Razonamiento cuya fuerza es más bien aparente que real, y adolece del defecto de que prueba demasiado y por consiguiente no prueba nada.

La tierra puede ser apropiada por el hombre, pues tiene señorío sobre ella, y los hechos jurídicos determinarán *preferencia* en la posesión y disfrute de cierta porción de tierra en favor de ciertos y determinados sujetos: de suerte que el derecho á adquirir la propiedad es innato en el hombre; y el derecho sobre determinada propiedad, con exclusión de los demás hombres, efecto es de los hechos jurídicos que determinan, en la vida, el *orden de preferencia* en que el derecho consiste. La cuestión habrá de versar acerca de la eficacia de los hechos jurídicos, en general y en particular, y sobre la extensión y duración del derecho de propiedad individual; pero en principio no puede desconocerse en ninguno de sus aspectos.

Decimos que el argumento de los colectivistas no prueba nada, por probar de-

de su familia, bástales dudar de la legitimidad del dominio de los ricos para considerarlo como patrimonio suyo; pues sin ellas nada produce; y por otra parte, sintiendo la fuerza de su derecho á la conservación, se creen autorizadas á tomar por su mano lo que creen les corresponde y no les dan:

masiado, á causa de que el trabajo agrícola no produce los frutos de la tierra sino que aprovecha las fuerzas productivas de la naturaleza, mediante acertado cultivo.

En la primera parte de su trabajo hace el Sr. Costa una completa exposición de los trabajos científicos, relacionados con las ideas del colectivismo, debidos á escritores nacionales desde Fr. Alonso Castrillo (1521) al comentados de Betham D. Ramón Salas (1821) y D. Alvaro Flórez de Estrada (1839), resumiendo las doctrinas, con tanta erudicion expuestas, y agrupando en cuatro fórmulas las diversas opiniones sostenidas por los tratadistas mencionados (no hallándonos, en modo alguno, conformes con las críticas incluidas en las págs. 230 á 232).

En la segunda parte de la citada obra trata bajo el epígrafe de *premuras y escaseos* de las ocupaciones de terrenos hechas por iniciativa individual, para labor, pastos ó arbolado: examina los *cotos fijos* á censo público, terrenos cedidos con carácter de inalienables al cultivador que debe pagar un canon al Estado, citando muy curiosos ejemplos de cotos nacionales, provinciales y concejiles; y el no menos notable de concesión de cotos en propiedad privada, pagando la renta marcada á los propietarios particulares de quienes eran las tierras (Ley 9, tít. 22, lib. VII de la Nov. Rec.); recuerda la forma de explotación que tuvieron las tierras patrimoniales de los municipios (bienes de propios), y los diversos sistemas de aprovechamiento de las tierras comunes del vecindario (bienes comunales), señalando sus analogías con instituciones similares de otros países; estudia el origen de la comunidad agraria en España así como cuestiones de actualidad en diversas regiones de nuestra nación, el compascuo y derrota de mieses, las comunidades de aguas y ciertos casos de colectivismo pesquero.

El colectivismo entendemos que encierra una parte de verdad, en cuanto tiende á corregir los excesos del individualismo; reducido al disfrute en común ó por cierto sistema de distribución equitativa puede ser necesario y utilísimo en cuanto se trate de terrenos no apropiados legítimamente por ningún particular: sin que repugnen tampoco á la justicia algunas limitaciones de la propiedad particular, requeridas por la necesidad perentoria de algunos socios que no pueda de otro modo prácticamente ser satisfecha; pero no ha de erigirse en sistema general lo que debe ser excepcional ó transitorio, y pues la riqueza es producto de la iniciativa, del trabajo, de la perseverancia y el ahorro del individuo ya aislado, ya unido á otros que aportan sus medios, combinan sus esfuerzos y reparten á cada uno los beneficios, no neguemos á la propiedad individual un imperio que recobrará al punto si de él se la despoja, según se ha visto y verá siempre en todos los ensayos de verdadero colectivismo inspirados por el lucro: únicamente la pobreza voluntaria, por amor de Dios, podrá hacer que un régimen opuesto á las temporales aspiraciones del hombre persevere, y aun así vemos, que decaído el primitivo fervor muchas instituciones atenúan la pobreza y propenden al bienestar personal, y, aun en cierto limitado aspecto, á relajar la pobreza absoluta, meta de perfección del que abraza el estado religioso.

Véase lo que decimos en las páginas 138 y 139 de las limitaciones á la libertad de dominio; y háganse aplicaciones, sobre todo de la 4.ª.

estas doctrinas y estos sentimientos sólo precisan una organización para ser llevados á la práctica; y esta organización imperfecta é incipiente aún, la encuentran en la Internacional (1), en las federaciones nacionales (2) y en otras agrupaciones de trabajadores (3), para sostener la defensa y hacer las reivindicaciones que consideran justas en favor de la clase obrera, en *la Asociación internacional de obreros socialistas y revolucionarios* (4) y en otros centros é instituciones: haciendo una activa propaganda por medio de Conferencias, periódicos, folletos y libros, y organizando congresos nacionales é internacionales (5), anunciándose uno de estos para celebrarlo en Paris el año 1.900.

También procuran los socialistas y colectivistas alcanzar influencia directa en las esferas del poder: ya obteniendo el planteamiento del sufragio universal, ya conquistan-

(1) Sociedad que principió á dar señales de vida en 1862, y quedó definitivamente constituida (según dice el P. Vicent en su obra Socialismo y anarquismo, pág. 241: Valencia, 1895) en 28 de Septiembre de 1864; y que, á pesar de sus cismas y transformaciones, podemos decir que ha sido el alma de los movimientos socialistas.

(2) Acerca del socialismo español léase el párrafo cuarto del cap. VI de la parte primera de la obra del P. Vicent ya mencionada, (edición económica).

(3) Las asociaciaciones denominadas en Inglaterra *Trade unions* dice Webb: *son agrupaciones permanentes de personas asalariadas, cuyo fin es garantizar y mejorar las condiciones de sus contratos relativos al trabajo.* Las *trade unions* (añade Metin) son como los sindicatos en Francia, compuestos exclusivamente de obreros y destinados á apoyar las reivindicaciones exclusivamente obreras (obra citada, pág. 242); y parece que la máxima del *self help* (ayúdate á tí mismo), propia del *antiguo* unionismo, va olvidándose en el *nuevo*, que desechando el egoísmo corporativo desarrollado por aquél, se inclina al socialismo colectivista, y aun pueden señalarse algunas tendencias á la asociación internacional. (Véase la obra citada de Alberto Metin.)

(4) Cuya organización dice el P. Vicent (pág. 280) es muy sencilla. Un comité central en Londres, subcomités en Paris, Ginebra y Nueva York, y secciones en todas partes. El nombre mencionado en el texto, se dió al partido anarquista en el Congreso celebrado en Londres del 14 al 19 de Julio de 1881.

(5) Se han celebrado varios congresos en España (véase la reseña de los de Zaragoza, Barcelona, Valencia y Madrid en la citada obra del P. Vicent, páginas 267-269); y han tenido lugar, con carácter de internacional, en Gante (1877), Paris (1889), Bruselas (1891), Zurich (1893) y en Londres en 1896 en cuyo congreso se rechazó una proposición en favor de los comités de conciliación formados de patronos y de obreros, sobreentendiendo que la conciliación es asunto propio del Estado (según indica Metin, pag. 283).

do el mayor número posible de plazas en los Parlamentos de los Estados (1). La gran apatía que, respecto de los asuntos políticos, tienen las personas timoratas y bien acomodadas puede facilitar el triunfo de tan perturbadoras fracciones; y decimos fracciones, porque, hablando en general, hay muchísimas más personas interesadas en que se mantenga el orden social que en su perturbación (2).

La fiesta del trabajo (3), las huelgas (4) y los atentados anarquistas (5), que llevan el temor al ánimo de las personas pacíficas, con débiles ensayos de mayores perturbaciones.

Las clases pudientes, llevadas del temor, ampáranse en la fuerza pública y buscan, no precisamente quitar la causa del mal, sino ahogar las manifestaciones que les molestan é intimidan: difícil es de prever el resultado; pero puede asegurarse que estamos llamados á presenciar graves trastornos: pues la religión ha huido de muchas almas, la sociedad no está organizada sobre bases sólidas ni los gobier-

(1) Los socialistas cuentan 184 diputados en 7 de los parlamentos de Europa, número que debe reducirse á 172: en Austria 14 representantes en el Reichsrath; en Italia han hecho penetrar 17 diputados en la Cámara; en Francia la Cámara de diputados cuenta 60 socialistas; en el Reichstag alemán 44 miembros son socialistas; en Bélgica la Cámara de representantes cuenta 29 de ese partido; Suecia tiene un representante; Inglaterra 7. Véase la obra de Ico Guyot intitulada «La comedia socialista», págs. 44 y 45: París, 1897.

(2) En Francia, p. e., según la estadística que presenta Guyot, hay 7,232.000 patronos y 6.995.000 obreros (págs. 50 á 52 de la ob. cit.); contándose 8,500.000 propietarios (pág. 468 de la ob. cit.) Uno de los países en que la propiedad está menos repartida es Inglaterra, en donde el nuevo catastro inglés publicado en 1875 enumeraba 1,173.794 propietarios de tierras (Metin, ob. citada, págs. 129 y siguientes); es cierto que la inmensa mayoría son pequeños propietarios que no poseen lo necesario para sufragar sus gastos, pero no por eso están menos interesados en conservar lo que tienen.

(3) El Congreso socialista internacional de 1889 celebrado en París, adoptó la fecha del 1.° de Mayo para la manifestación internacional de los trabajadores. (Guyot, pág. 80 de la ob. cit.)

(4) El Congreso de Tours de 1892 decidió proceder á una organización especial del partido obrero francés, con el fin de presentar al Congreso de Zurich un proyecto completo de huelga universal (Guyot, pág. 82, de la ob. cit.).

(5) Durante 10 años (dice el P. Vicent en las págs. 289 y 290 de su citada obra) se han cometido 1123 atentados con la dinamita en Europa, y 502 en América.

nos, por punto general, reflejan la opinión pública ni atienden predilectamente á las necesidades del país, procurando más bien mantenerse y hacer política personificada en determinados hombres (1).

IV. Limitaciones impuestas al derecho de propiedad individual por el Derecho y la Caridad.

No es el derecho de propiedad una facultad omnímoda que autorice el abuso, no tiene el dueño el mal llamado *jus abutendi*, sino el derecho de usar ordenadamente de sus propios bienes: si acaso los derrocha podrá ser declarado pródigo, privándosele de la libre disposición de su patrimonio y si con motivo del abuso se ofende al prójimo en su persona ó en su propiedad, se castigará la lesión personal ó el daño material como acción punible: mas, aparte de tales medidas represivas de la libertad personal del propietario, pueden señalarse como límites á su derecho de

(1) No queremos, dice con razón el Sr. Azcárate, que muera la Asociación internacional de trabajadores, sino que viva y se reforme deponiendo su fácil asenso á las utopías, renunciando al estrecho interés de clase, rechazando ciertos procedimientos que la conciencia moral no consiente, y sustituyendo el espíritu revolucionario por la fe en la propaganda pacífica. Desgraciadamente este deseo no lleva trazas de realizarse, porque si de un lado los políticos del continente siguen, por lo general, una conducta opuesta á la observada en este punto por los de la Gran Bretaña, de otro, los obreros más tocados de aquellos vicios y perjuicios miran hasta con desdén á aquellos de sus compañeros que para resolver estos graves problemas utilizan la asociación, la cooperación, la lucha pacífica y tranquila, sentimiento que expresaba crudo y brutalmente un trabajador de París en 1868 diciendo: «El obrero que ahorra hace traición á sus hermanos».

Nuestro Balmes hace ver cuán sabia era la organización de los gremios, en los que tanta parte tomaba el sentimiento religioso; y Diodato Lioy, al establecer las relaciones entre la industria y la religión, la ciencia y el arte recuerda las asociaciones de la edad media colocadas bajo el patrocinio de algún Santo; y observando que hoy las grandes manufacturas sustituyen á la industria doméstica, comprende que cada vez es más necesaria la influencia religiosa. ¿Quién sabe si veremos resucitar las corporaciones religiosas bajo una forma industrial? (exclama). Aunque nosotros no aceptemos que las congregaciones religiosas tengan por objeto realizar un fin de carácter industrial, comprendemos la ventaja de que las asociaciones industriales guardeo la debida subordinación al fin religioso, penetrando en todas las esferas de la humana actividad la ley de Dios, sin la cual no podemos hallar la tranquilidad del orden.

propiedad, tomando en cuenta los que señalamos (1) al ejercicio del derecho de la propiedad, los siguientes:

1.° *Respecto á las cosas* sobre que recae el derecho: pueden considerarse como desligadas de su dueño y susceptibles de apropiación por un tercero, cuando sean abandonadas por el propietario; y no se tomará en cuenta el mal aprovechamiento de los bienes, para reducir los tributos y cargas que se les imponen al igual del caso en que fuesen objeto de un ordenado cultivo ó aprovechamiento.

2.° Los nacidos de la *aptitud del sujeto* para someter á su poder efectivo más ó menos cantidad de bienes, teniendo en cuenta que podemos adquirir yá por nosotros mismos, yá mediante nuestros representantes legítimos (2).

3.° Los que nacen del *fin del sujeto*: siendo indudable que en la colisión de derechos, el fin social debe prevalecer sobre el individual, y el fin necesario de un individuo, sobre el fin meramente útil de otro: más no puede abandonarse la apreciación de este punto al criterio individual, y el Estado respetará en todo caso el dominio particular, obligando, tan sólo en casos excepcionales, á ceder la propiedad, abonando al dueño la equivalente indemnización: no pudiendo erigirse en criterio jurídico, de aplicación personal y arbitraria, la facultad de tomar lo necesario donde quiera que lo hallemos y cualquiera que sea su poseedor, por más de que podrá, en caso de ser medio indispensable para fin necesario y siendo preferente el derecho que se ejerci-

(1) En las págs. 138 y 139.

(2) Nada se opone á que otra persona posea en nombre nuestro, toda vez que tiene facultad de poseer para sí y de transmitirnos sus adquisiciones. Bajo distinto punto de vista, considerado el hombre en ciertos casos como sometido á otro, nada tiene de lógico que si sus actos se subordinan á otro ser, los de apropiación que verifique se refieran al bien del superior: de igual que según el derecho romano los esclavos y los hijos de familia podieran adquirir la posesión para su dueño y padre respectivamente. No admitimos en Derecho natural que ninguna persona sea simple medio: pero es lógica la aplicación que los romanos hacían, aunque el principio fuera falso.

ta, declararse la irresponsabilidad criminal por los Tribunales de justicia: bien que nuestro Código penal no admite semejante circunstancia eximente de responsabilidad criminal, y castiga duramente la sustracción de sustancias alimenticias aunque sea para satisfacer una necesidad apremiante (1).

4.° Del derecho de nuestros semejantes nacen las restricciones impuestas: I. Cuando *se impida el beneficio ajeno* sin ventaja del propietario: v. gr. alterar las condiciones del agua, aquél en cuyo predio nace, con perjuicio de los dueños de los predios inferiores (á donde va después el agua); y la ley de 10 de Enero de 1879 establece la facultad de poder cazar sin permiso del dueño, en los terrenos abiertos, cuando están levantadas las cosechas. II. Cuando *perjudique derechos de otros*: v. gr. la ley impide la dilapidación de los bienes que son el patrimonio y aseguran el porvenir de la familia; y las enajenaciones á título gratuito, en perjuicio de acreedores, la ley las declara nulas. III. En concepto de *satisfacción* de derechos que contra el propietario tengan un particular ó el Estado mismo privándonos de la porción de bienes suficiente.

5.° *En interés social* puede imponerse al propietario: 1.° ya la obligación de hacer lo que exija el bien común; v. gr. dar á su casa condiciones de salubridad, seguridad y ornato; 2.° ó la privación de su propiedad, remunerándole el servicio que á la Sociedad presta, mediante una indemnización proporcionada á los perjuicios que el propietario sufre; 3.° bien la obligación de pagar tributos, como contribución necesaria al bien común y proporcionada á sus haberes.

Además la sociedad, para los fines colectivos, se reserva ciertos bienes, prohibe la apropiación de otros y establece

(1) Véanse los arts. 531 y 532 del Cód. pen.

ciertas reglas para la adquisición y ejercicio del derecho de propiedad privada (1).

Se ha creido que siendo la propiedad el ejercicio de nuestra libertad, el juego natural de los encontrados intereses daría como resultado la paz social y la prosperidad pública; pero, en la realidad, los excesos de la libertad se corrigen por la represión, el egoísta individualismo es antisocial por esencia, la competencia entre los capitalistas da lugar á la ruina del más débil, los poderosos capitales destinados á la producción convierten al operario de las grandes fábricas y explotaciones en unidades de fuerza, cada máquina nueva trae consigo la simplificación y facilidad de las labores, condenando á la ociosidad y por tanto al hambre y á la muerte á numerosos obreros, que para evitar la miseria se tendrán por muy felices si abandonando la madre patria pueden hallar sustento en apartadas regiones: quizá en estas sufran dura esclavitud; pero entre la mendicidad, el deshonor, el crimen, y la vida honrada del trabajo, prefieren esta última. Hoy las crisis industriales se soportan muy bien por los capitalistas, que se mantienen con sus riquezas y son amparados por la fuerza pública, pero el día en que la avalancha del hambriento pueblo haga presa en los bienes de los poderosos, desaparecerán la justicia y el orden para ser sustituidos por la violencia y la anarquía.

A tan triste estado pueden conducirnos los acontecimientos, si los hombres no ponen sus miras en otro fin que

(1) El Cód. alemán ofrece puntos de vista muy dignos de tomarse en cuenta: si bien establece como principio general que: «El propietario de una cosa, salvo las prescripciones legales y el derecho de terceras personas, puede disponer de ella á su voluntad y excluir á todos los demás de ejercitar ningún acto sobre dicha cosa» (art. 903), á continuación dice que: «El propietario de una cosa no tiene derecho de prohibir á otro un acto sobre esta, si este acto es necesario para rechazar un peligro inminente, y si este riesgo es mucho más grande que el mal resultante de este acto para el propietario. Este puede reclamar la reparación del daño que se le ha causado» (art. 904).

en la felicidad temporal, si no se arraigan las creencias religiosas y el sentimiento del deber en las conciencias de todos, y si las clases desvalidas no sienten los saludables efectos de la riqueza de las clases elevadas por la benevolencia y la caridad.

Se han propuesto diferentes medios y, aparte de las ideas y objeciones ya refutadas de los socialistas y comunistas, podremos desechar las teorías intimamente relacionadas con aquellas denominadas, sistema de la nacionalización de la tierra, teoría del Estado industrial y la monopolización del capital por el Estado. La primera y la tercera no pueden admitirse, como ya hemos visto, y llevan consigo el despojo de los actuales propietarios, la segunda solamente de un modo transitorio y nunca con el carácter de monopolio: así, no encontraríamos injusto que el Estado hiciera las obras públicas por administración, en lugar de adjudicarlas por contrata, evitando la inicua explotación del pobre á quien dándole un jornal de cuatro ó cinco reales se le hace trabajar, quizá más allá de los límites del día, por una retribución tan mezquina é insuficiente.

Una cuestión hemos de tratar antes de terminar nuestro asunto. ¿Tiene el hombre derecho á la vida, exigible de los demás y del Estado, no sólo al efecto de que le respeten lo suyo, sino pretendiendo que le suministren los medios de subsistencia, en caso de extrema necesidad? Sí, siempre que no lesione igual derecho en el prójimo, y sea el único medio que á su alcance tiene para satisfacer sus necesidades, habiendo de pagar su equivalente en cosas ó en servicios.

Caso de ser inválido para el trabajo y carecer de todo medio de retribución, en el orden puramente humano, no se vé la razón de su derecho; pero atender á su necesidad será un acto obligatorio en el terreno de la moral, que por varias razones podrá la sociedad elevarlo á la categoría de deber jurídico.

Para concluir, diremos que la *caridad* no solamente es una virtud de carácter ético, sino que es tan indispensable al orden de las sociedades, que bien pudiéramos asegurar representa en ellas un papel análogo al que en las máquinas de vapor la válvula de seguridad: pues sin ella estallarían todos los odios, las envidias y los rencores, y reinaría el desorden y la lucha (1); siendo por lo tanto la fraternidad cristiana el medio más adecuado de resolver la cuestión social, cuya esencia no es la *distinción de clases*, sino la *profunda separación y alejamiento entre las distintas clases sociales* (2).

V. Reseña histórica del derecho de propiedad.

La propiedad, dice Hegel, es la esfera externa en que nuestra libertad se ejercita: el derecho de propiedad significa el respeto á la personalidad humana; así pues, ha seguido los mismos pasos, á través de los tiempos, que la libertad y la personalidad. Allí donde el Estado lo es todo y nada el individuo, la propiedad ha sido social; allí donde se ha respetado la personalidad humana, ha sido principalmente individual. Discútese mucho entre los autores acerca de si la propiedad fué en los primeros tiempos de común aprovechamiento por todos, ó del privativo dominio de los particulares. No disponiendo de espacio suficiente para probar con datos históricos, sentamos las siguientes afirmaciones.

La propiedad individual ha existido desde el principio del mundo: la formación de las sociedades públicas trajo consigo la limitación del derecho de los asociados; esta limitación llegó á ser de tal índole, que se estimó al Estado

(1) El socialismo debe su existencia á un problema, humanamente insoluble. Se trata de averiguar cuál es el medio de regularizar en la sociedad la distribución más equitativa de la riqueza. Este es el problema que no ha resuelto ningún sistema de «Economía política» ha dicho con gran exactitud el eminente Donoso Cortés. El P. Vicent expone ampliamente los dos medios eficacísimos que para la solución del conflicto social presenta la Iglesia: doctrinas é instituciones.

(2) El R. P. G. de Pascal emite una afirmación algo análoga.

como el verdadero y supremo propietario; pero considerádose más adelante los individuos con derechos naturales propios, y no confundiéndose estos con las concesiones arbitrarias del superior, se ha venido á reconocer el derecho de propiedad, no como emanación ó atribución hecha por el poder público, sino como derecho íntimamente enlazado con la personalidad humana.

No se diga que en un principio sólo se conoció la propiedad mueble, pues que depende la forma de la propiedad, de las necesidades que ha de satisfacer; el hombre que lleva una vida nómada y errante para nada necesita la propiedad estable, le basta el producto de la caza, de la pesca ó los frutos que la naturaleza espontáneamente le ofrece. La vida pastoril ya requiere mayor fijeza en el aprovechamiento de la tierra; y así, ocupan los pastores con sus ganados, si no constantemente, largas temporadas, determinada extensión de terrenos de pastos; también es natural la construcción de tiendas y abrigos para personas y reses. La vida agrícola ya lleva consigo la propiedad estable, pues el agricultor fija los límites de su propiedad y la reduce á cultivo. De los tres momentos históricos, anteriormente indicados, resulta: que si la propiedad inmueble no aparece en el primero ni en el segundo período, es por no necesitarla el hombre; ya en el segundo período empieza á mostrarse, con la ocupación permanente y las construcciones más ó menos sólidas que tienen lugar; pero en el tercero la propiedad territorial es un hecho constante y universal.

Las costumbres de las tribus árabes de poseer en común, las de los germanos que periódicamente se repartían el aprovechamiento de las tierras, la propiedad familiar ó gentilicia que bajo distintas formas aparece en Irlanda, en Rusia y en la India, las instituciones antiquísimas de Esparta, Atenas y China que revelan existió el comunismo en remotos tiempos; la consideración de que la tierra es del Señor, que existía entre los Israelitas; la idea de que la

tierra es de Dios y en su representación el soberano ejerce el dominio supremo según creen los habitantes de la isla de Java, no destruyen en lo más mínimo nuestra afirmación de que la propiedad individual ha existido siempre: porque el comunismo impuesto por el Estado no significa otra cosa que la modificación y la reglamentación de los derechos individuales en la sociedad; y la propiedad familiar, no individual, representa la limitación de la libertad por el deber de solidaridad. Que la tierra es de Dios no cabe duda, como lo es todo, pero en el orden temporal nos aprovechamos de ella los hombres (1).

(1) En la Historia de la propiedad escrita por el Sr. Azcárate vienen á distinguirse 3 períodos: Prehistórico, Tradicional é Histórico. No parece muy adecuada esta división: pues del período prehistórico, cuanto se diga es sin fundamento seguro; y la tradición, cuando merece crédito, es una fuente de la historia. Creemos dificilísimo señalar una división sintética de la historia del derecho de propiedad, la indicada tan sólo se refiere á las fuentes históricas y no puede generalizarse tampoco; pues mientras del *pueblo escogido* tiene historia cierta desde su origen, la de los otros pueblos está en sus primeras edades llena de fábulas; además, cuando los atenienses habían llegado en tiempo de Pericles al apogeo de la cultura y los romanos á la inmensa majestad en tiempo de Augusto ¿era el mismo estado de progreso el de los bárbaros que poblaban los bosques de la Germania?

Al hablar de la propiedad diferían mucho las instituciones contemporáneas de los diversos pueblos, como hoy mismo es diferente el régimen de esta institución entre naciones tan próximas como Inglaterra y Francia.

Creemos más útil seguir á cada sociedad en toda su evolución histórica y comprenderemos: 1.° que considerando las cosas materiales un medio para la vida, deberán responder á las exigencias de ésta; 2.° estimando el derecho de propiedad una consecuencia del derecho á la conservación, en una ó en otra forma, siempre se ha reconocido; 3.° siendo al propio tiempo, una aplicación del derecho á la libertad, según la mayor ó menor libertad é independencia conferidas al hombre, será más ó menos limitada la propiedad individual; 4.° la determinación concreta del fin del hombre debe influir en el destino que se dé á los bienes y 5.° el incremento de la riqueza dará lugar á mayor número de relaciones y por tanto de preceptos que realicen la harmonía jurídica.

Como se vé, hay muchas circunstancias que pueden modificar la manera de ser de este derecho: una cosa incontestable es, que siempre ha existido, siquiera sólo diga relación á la parte correspondiente que á cada uno se le asigne en la participación de los bienes sociales; y nada tiene de extraño que, si la familia ó la sociedad pública absorben al individuo, se subordine el derecho de éste, como se refieren al todo cada uno de los elementos que lo forman; y tampoco que, si se desprecia la presente vida y se quieren hacer méritos para con Dios, renunciemos á lo superfluo y demos cuanto nos sobre á los pobres, pues siguiendo ley de perfección es suyo.

La importancia adquirida por algunas formas especiales del derecho de propiedad, y el desenvolvimiento de las sociedades privadas y públicas han traído consigo la reglamentación jurídica de nuevas clases de propiedad (literaria, industrial, etc.), el respeto de las que ya se hallaban reguladas por la ley, y una subordinación á los fines colectivos más en armonía con la constitución de las sociedades modernas.

CAPÍTULO 3.º

EXAMEN DE ALGUNAS CLASES DE PROPIEDAD DE CARÁCTER ESPECIAL

I. Propiedad industrial: examen de las cuestiones relacionadas con cada una de las industrias, respecto de la participación que corresponde en el producto al capital y al trabajo.

En la industria entran dos elementos, el capital y el trabajo; entendiendo por capital la materia sobre que nuestra actividad se ejercita, los instrumentos del trabajo y la moneda (Filomusi Guelfi); y por trabajo, la aplicación de todas las facultades del hombre, para vencer todas las resistencias y obstáculos que á la consecución del fin propuesto se oponen (1).

(1) Grandes discusiones mantienen los economistas para determinar el verdadero concepto del capital. Funck Brentano dice que: «Toda suma de numerario retirada... de la circulación para destinarla á cualquiera producción, es un capital» idea bastante limitada, pues: Toda riqueza destinada directa ó indirectamente á la producción se llama capital. Excluir, como hace Cossa, del capital las riquezas naturales, podrá obedecer á un sistema muy preciso de clasificación y de método; pero equivale á no contar como capital lo que todo el mundo estima que lo es: nadie duda que una dehesa, una mina, un solar son y representan capitales muchas veces de gran consideración; y sin embargo, no podrían calificarse de instrumentos artificiales de la producción. No estamos conformes con los autores del Diccionario Enciclopédico, en que gane mucho el obrero, de que no se le considere como primera materia sino como capital; pues el capital es cosa y el obrero es hombre, y jamás podremos concebir la capitalización de la personalidad humana, que no puede ser nunca objeto de comercio ni estimada como simple medio de producir.

Estos dos elementos de la producción suelen no hallarse bajo el arbitrio de una sola persona; antes bien, el desenvolvimiento y progreso social exige con frecuencia la acumulación del trabajo de muchos y el capital de uno ó de varios, para poder plantear la explotación de una industria en buenas condiciones: las relaciones jurídicas que con este motivo se establecen, entre el capitalista y el trabajador, exigen la fijación de principios acerca de la retribución del trabajo y los beneficios que mediante el capital debe reportar su dueño: en suma ¿qué parte corresponde en la producción á cada uno de los elementos que en ella intervienen? ¿Se determina el salario por la oferta y la demanda? Esto equivaldría á erigir el hecho real en principio científico, y á justificar los más abominables abusos cometidos contra las clases trabajadoras, cuyas necesidades y miseria tanto se explotan. Lo más racional sería dar al operario una parte proporcionada al valor que su trabajo tiene como elemento de producción; pero siendo sumamente difícil la determinación exacta, señalaremos los siguientes principios.

Los productos de la industria fabril una vez deducido el valor de los materiales consumidos y transformados, los menoscabos del capital invertido y los intereses proporcionados que éste debe producir, corresponden á la mano de obra.

Dos cuestiones difíciles se presentan: ¿Qué interés debe considerarse proporcionado? ¿Cómo se determina el estipendio á que tiene derecho el trabajador?

La primera la reservamos para cuando tratemos del interés del dinero. En cuanto á la retribución que cada uno de los operarios merezca debe ser proporcionada á la cantidad de trabajo con que cada uno intervenga en la producción, dentro del mismo orden de ocupaciones; y tratándose de distinta clase de trabajo, 1.° la dificultad que respectivamente ofrezcan y 2.° los riesgos y perjuicios que

ocasionen, determinan la proporción en que han de retribuirse.

I. La dificultad puede proceder: 1.° de la duración del aprendizaje; 2.° de exigir condiciones que la generalidad no reunen, v. g. gran fuerza ó agilidad, imaginación, conocimientos técnicos, etc.

II. Los riesgos y perjuicios: 1.° Por la naturaleza de las operaciones que hayan de verificar: v. g. cuando se sufren por tal motivo temperaturas extremas, humedad, absorción de gases ó substancias nocivas, ejercicio de la vista en trabajos minuciosos que la estropeen, etc. 2.° Por descuidos posibles, agresiones, casos fortuitos á que se halla expuesto el trabajador: v. g. las heridas que pueden sufrir algunos obreros de las fábricas á la menor distracción; caso tan posible, que exige la instalación de hospitales en las de mayor importancia; los ataques contra los que tienen á su cargo objetos de valor; y, finalmente, los accidentes imprevistos como hundimientos, explosiones, etc.

En todo caso no hay que confundir la justicia con la beneficencia; y por lo tanto, la retribución del trabajo ha de estar en proporción al mérito, apreciado al tenor de las circunstancias marcadas.

Un sistema aceptable en la práctica es el de interesar á los operarios en la producción, dándoles una parte de los beneficios que la industria produce: sistema seguido en la fábrica de Krupp.

En la industria llamada extractiva, que tiene por objeto arrancar del seno de la tierra materias útiles al hombre, si el lugar de donde se toman es de propiedad particular, debe pagarse al trabajador según los criterios marcados para su retribución, y al dueño del terreno de donde se extraen corresponde la propiedad de los objetos extraídos.

En la industria agrícola, como el trabajador no hace más que dirigir las fuerzas productivas de la naturaleza,

las cuales son de la propiedad del dueño, el producto corresponde á ambos, sin que pueda fijarse otra regla que la siguiente: la parte que al trabajador corresponde está en razón directa del trabajo empleado, y la del propietario en proporción á la fuerza productiva de su propiedad.

Al estudiar el contrato de trabajo desenvolveremos los principios fundamentales acerca del salario: en circunstancias excepcionales, todos los casos posibles pueden resolverse en harmonía con los principios que resuelven las aparentes colisiones de derecho.

En la propiedad comercial hemos de considerar la licitud de las ganancias del comerciante, que al poner su capital y su trabajo, merece obtener ventajas proporcionadas al gran servicio que á la sociedad presta. Mirado el comercio con gran desdén por los antiguos, han venido los comerciantes á constituir una clase poderosa de la sociedad, interesada en que reine el orden, las industrias se desenvuelvan y aumente la cultura del pueblo.

El crédito que se adquiere por el ejercicio honrado de una industria puede ser objeto de cierta forma de propiedad, en cuanto deben respetarse las *marcas* usadas por cada industrial, que acrediten la procedencia de los artículos que produce ó expende; y puede traspasar á otro el establecimiento, haciéndole sucesor suyo en los negocios de la *casa*.

II. Privilegios industriales: su justificación y límites que deben tener.

El monopolio sancionado por la autoridad, únicamente conduce al enriquecimiento del que monopoliza la industria, expone á numerosos fraudes y abusos, y perjudica á la generalidad; tanto por impedir el trabajo en una rama de la actividad humana, como por la mala calidad, defectos y precios exagerados á que conduce necesariamente la falta de competencia. De donde resulta, que *la libertad de in-*

dustria y el libre cambio son más conformes á la razón que el monopolio: sin embargo, preciso es que la autoridad dicte medidas transitorias ó excepcionales, tomando en cuenta la vida de la industria nacional; y por el principio de reciprocidad, seguir con las demás naciones igual línea de conducta que ellas observen: pero nunca podrá plantearse, como sistema, proteger con privilegios exclusivos ó prohibitivos, subvenciones ni otros medios equivalentes á la industria que no tiene condiciones de vida y puede suplirse su falta con los productos extranjeros sin perjuicio de la independencia nacional; pues la protección de una industria, en cualquiera de los casos propuestos es: 1.° con perjuicio de los consumidores; 2.° frecuentemente de las industrias florecientes; y 3.° por regla general, á costa del erario público, á causa de lo que da ó deja de percibir.

La competencia entre los que se dedican al ejercicio de una industria, produce grandes bienes (Madrazo), y únicamente debe reconocer por límites jurídicos el respeto á los derechos de la sociedad y del prójimo.

Consecuencia del derecho de propiedad en la industria son los privilegios de invención, concedidos por el Estado á los que introducen alguna novedad en la industria, para ser ellos los únicos productores del objeto ó mejora debidos á su iniciativa. Son razonables y justos, como recompensa; pero ya que los concede el Estado debe tener facultad de dictar reglas, para evitar los abusos que pudiera cometer el favorecido en perjuicio de la sociedad.

No hay motivo para negar en absoluto la propiedad perpetua, sin temor á que sea una traba para el progreso: pues la experiencia acredita, que las invenciones son estímulo para los hombres, que apenas aparece una novedad industrial, la estudian, modifican y mejoran.

El caso de expropiación forzosa debe reservarse para inventos extraordinarios, y de utilidad especial del Estado ó muy general de los particulares.

Los sistemas seguidos en la práctica respecto de patentes de invención se reducen á:

El depósito..... { en Portugal, España, Francia, Bélgica, Austria, Italia y Rusia.

El examen previo. { en Alemania, Escandinavia y Estados Unidos.

La publicidad..... { en Inglaterra y las Colonias Inglesas (1).

No reconocen privilegios los Países Bajos, Grecia y Turquía.

Indudablemente que para ser razonable la concesión del Estado requiere previo examen, no para decidir acerca del valor que la invención tenga, sino para darle el carácter público de novedad industrial garantizada por el poder público. Verdad es que el Estado puede equivocarse, pero no ha de ser esto un hecho general, si se vale de los medios que á su disposición tiene: p. e. informe de corporaciones científicas y artísticas; y, en todo caso, haciendo la declaración, sin perjuicio de los que tuvieren y demostraren mejor derecho.

III. Propiedad artística.

Es la facultad concedida al autor de una obra susceptible de ser ejecutada, representada, exhibida ó imitada, para autorizar, su ejecución, representación, exhibición ó imitación.

Como recompensa debida al que promueve la cultura social, parece justa: sus límites pueden ser análogos á los prescritos respecto de los privilegios de invención.

Los conceptos que á continuación expresamos respecto de la propiedad literaria, son aplicables en gran parte á la artística.

(1) En 1883 se reunió un Congreso Internacional en París hallándose representados en él: Francia, Bélgica, Países Bajos, Servia, Suiza, Italia, España, Portugal, Brasil, Guatemala y la república del Salvador para proteger la propiedad industrial: Inglaterra se adhirió el 1.° de Mayo de 1884 (Carlos Calvo).

IV. Propiedad literaria: su concepto y fundamento. ¿Es verdadero derecho de propiedad?

Dejando á un lado la conocida y grotesca frase de Tristam Shandy, convenimos con Franck en que: Mi pensamiento es más mi propiedad que otra cosa cualquiera: pues no necesita más que forma de expresión; pero no cabe duda, que si bien me será atribuible, me desapodero de él en el momento que lo enuncio.

La forma en que actualmente se determina la propiedad literaria, podemos concretarla en los términos siguientes:

El derecho exclusivo del autor de publicar copias de su trabajo intelectual y de enajenarlas.

Vamos á refutar las principales objeciones que contra el derecho de propiedad literaria se presentan.

Kant decía: Un libro es un discurso al público; y cada uno de los que han oído este discurso es libre de repetirlo donde quiera (añade Belime). La naturaleza especial de la propiedad literaria suscita los siguientes argumentos:

I. «El autor no es sino el intérprete del pensamiento de su época, la idea es de su tiempo, no le pertenece á él.»

Esto es negar la personalidad, negar que los grandes genios han estado muy sobre el nivel de su época y han contradicho frecuentemente las tendencias de sus contemporáneos.

II. ¿No hay facilidad de repetir lo dicho, prestar y copiar el libro?

Indudablemente; pero el que quiera saber de una manera fidedigna lo que la obra dice, lo buscará en la manifestación auténtica, ó sea en el libro publicado por el autor, con preferencia á las relaciones más ó menos completas que le hagan. Prestar una cosa nuestra es un hecho lícito, y el autor no puede oponerse á que lo verifiquemos. Copiarlo y reimprimirlo ya es diferente, cuando se hace para

el público, no en el caso de verificarlo para el propio uso: pues en el primer caso se compite con el autor, al cual reserva la ley el derecho de publicarlo.

III. «Bajo diferente aspecto, se objeta (con Ferrara) la incompatibilidad entre los derechos del autor y del arte tipográfico».

En general puede afirmarse, que tanto el autor como el impresor se proponen vender el mayor número de ejemplares posible; y de consiguiente, el autor se halla interesado en el desarrollo de la industria tipográfica, y optará por el impresor que lo haga más esmeradamente y más barato: luego despierta la competencia.

IV. «También se dice, que deben respetarse los derechos adquiridos por el público á poseer esas ideas que al publicarse entran en su patrimonio».

Lo anterior debe entenderse sin ofensa del autor, al cual debe retribuirse el servicio que presta á la sociedad.

Finalmente, no faltan quienes consideran como inconveniente insuperable, la división de la propiedad literaria entre aquellos á que la transmite el autor y sus sucesores; pudiendo fraccionarse tanto ese derecho, que por la oposición ó inercia de algunos de los partícipes dejen de publicarse obras que interesan al público.

Verdad es que podrán presentarse casos de una subdivisión extrema, haciéndose difícil, allí donde sean muchos los copropietarios de una obra, venir á un acuerdo respecto de la impresión, publicación y condiciones en que deba hacerse; pero lo único necesario es exigir el Estado, que toda publicación presente persona autorizada con plenos poderes y reparta las ganancias entre los partícipes, si hubiere varios (en los casos excepcionales de interés general).

Definido el derecho de propiedad, veamos si los elementos que integran la descripción de ese derecho convienen con la llamada *propiedad literaria* (en Francia), *derechos del autor* (en Alemania), *derechos de copia* (en

Inglaterra) y propiedad intelectual (en España, bien que se comprendan las obras literarias, científicas y artísticas bajo esta denominación).

No hay posesión exclusiva de la idea ni de la obra, pues todos pueden adquirirlas; no se utiliza exclusivamente por el autor sino también, y en algún caso más, por los que aprovechándose de la idea ó invención la aplican quizá con mayor acierto y éxito. No puede renunciar ni transmitir una propiedad que no tiene.

El autor de una obra literaria hace un bien á la sociedad, la cual premia sus méritos atribuyéndole el derecho exclusivo de publicarla: de este modo, el favor del público es la recompensa proporcionada al bien que éste recibe.

A pesar de todo, la forma de la propiedad literaria *semeja* los elementos constitutivos del derecho de propiedad; la facultad de poseer se trueca en derecho exclusivo de reproducir la obra y hacer suyos los ejemplares que resulten, la de utilizar se realiza en la facultad exclusiva de vender los ejemplares que de la obra se hagan. Puede finalmente renunciar ó transmitir su derecho en todo ó en parte.

V. Ligera reseña histórica de la propiedad literaria

Poca ó ninguna importancia pudo tener esta propiedad mientras hubieron de hacerse á mano las copias de los libros; pero á partir de la invención de la imprenta, ya se ofreció un medio de multiplicar facilísimamente el número de copias de una obra; y si bien la previa censura limitaba la libertad de escribir, y la *tasa* y el *privilegio temporal* las utilidades del autor, no puede negarse que del gran descubrimiento de Gutenberg arranca la importancia de este derecho, consagrado con bastante amplitud en Francia (1) á fines del pasado siglo, sin restringirlo á la concesión hecha por el Estado en cada caso; y este régimen se

(1) En el decreto de 13 de Enero de 1791 y la ley de 19 de Julio de 1793.

ha ido introduciendo en todas las legislaciones modernas, siendo amparados los autores por el Código penal que castiga á los que les usurpan su propiedad; y, á fin de garantizar sus derechos en el extranjero, se han celebrado numerosos tratados y congresos internacionales (1).

VI. Limitaciones que pueden imponerse á los derechos de propiedad artística y literaria.

I. Relativas al orden moral. No premiar con ese derecho las obras inmorales, prohibiendo la publicación de ellas.

II. Referentes al orden social: 1.° Debe el autor hacer su obra accesible á todos (2); 2.° Debe el Estado recompensar al autor, cuando habiendo causado con su obra un bien público no ha obtenido suficiente recompensa (3); 3.° Puede el Estado expropiar por utilidad pública demostrada (4) y regular el precio, en casos excepcionales.

La duración de este derecho debe ser perpetua; y á esta declaración se aproximan los largos plazos concedidos por las leyes actuales (5), casi equivalentes á la perpetuidad;

(1) Del 6 al 9 de Septiembre de 1886 se reunió en Berna una Conferencia para la protección de las obras literarias y artísticas, firmando un convenio internacional estableciendo condiciones permanentes de mutualidad y solidaridad. El acta adicional y la declaración de 4 de Mayo de 1896 completan el tratado: rigen en España, Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Mónaco, Montenegro, Noruega, Suiza y Túnez.

(2) No permitir su traducción ó representación, sin justa causa, es un abuso.

(3) Si la obra produce mucho, la recompensa que el Estado conceda debe ser honorífico, cuando el mérito sea extraordinario; si no produce bastante, pecuniaria.

(4) Entre nosotros cuando deja de publicarse veinte años por su propietario, pasa al dominio público (art. 40, ley de 10 de Enero de 1879).

(5) Duración del Derecho de propiedad literaria.

En España durante la vida del autor y 80 años después de su muerte, en sus sucesores; los compradores la disfrutarán después de la muerte del autor 25 años, y los herederos forzosos de éste los 55 restantes.

En Francia corresponde al autor durante su vida, á la viuda por el mismo plazo, y á los herederos directos del autor 50 años.

En Alemania, Austria, Hungría y Portugal es de 30 años el plazo de que disfrutan ese derecho los sucesores del autor.

habida cuenta, de que las ciencias adelantan, el gusto literario cambia de tal modo que las obras muy antiguas tienen poquísimo éxito, pues las modernas se escriben teniendo presentes las antiguas y adaptándose á las condiciones de actualidad.

La propiedad literaria y artística se ataca, cuando sin permiso del autor tiene lugar alguno de los siguientes hechos:

I. Ejecución ó representación, en público, de la música ú obras dramáticas.

II. Exhibición y copia de las obras de arte.

III. Publicación de los libros.

IV. Plagio, copia, parodia, arreglos musicales y literarios y traducciones.

El interés público puede permitir alguno de estos hechos, indemnizando al autor en proporción á los perjuicios que sufra (1).

VII. Propiedad minera. ¿A quién corresponde la propiedad de las minas?

Al Estado no le pertenecen aquellas cosas que no tie-

En Italia, según la ley de 25 de Junio de 1866, durante la vida del autor y 40 años en sus herederos, después de cuyo plazo, les queda el derecho de un 6 por 100 durante cuarenta años más: por la ley de 10 de Agosto de 1875, el derecho de representación y ejecución de las obras dramáticas dura 80 años.

En Inglaterra tiene 42 años de duración según el bill de 1842.

En Rusia, 25 años después de la vida del autor continúa en sus sucesores.

En los Estados Unidos, 28 años; y si á la espiración de este plazo el autor, la viuda ó los descendientes viven aún, se prorroga por 14 años más.

(1) La venta que atribuye los beneficios de que el autor disfruta, con arreglo á la ley, á otras personas que ningún mérito tienen, no debe admitirse incondicionalmente: los autores que se vean necesitados pueden recurrir al préstamo, y como garantía ofrecer los productos de su obra.

Milton vendió *El Paraíso Perdido* en 250 francos: nuestro inmortal poeta Zorrilla enajenó por cantidad insignificante su célebre *Don Juan Tenorio*: Alarcón percibió por su hermoso *Diario de un testigo de la guerra de Africa* una paga bien corta, tomando en cuenta que proporcionó á los editores ganancias de unos dos millones de reales. Otros ejemplos podríamos citar que, con los anteriores, muestran los inconvenientes que produce la venta del derecho de propiedad literaria; si, á pesar de todo, se aceptara pareceria racional admitir que pudiera rescindirse por lesión enorme.

nen dueño, siquiera se encuentren dentro de su territorio: pues lo que no tiene dueño es *nullius* y, como tal, del primero que se apodera de ello con ánimo de hacerlo propio.

Tratándose de una mina situada en terrenos que pertenezcan al dominio privado de una persona; si ésta ejercía sobre aquella derechos de dueño, deben serle respetados; si ignorando su existencia, no ejercía derecho alguno, es del primero que la descubra, y al Estado no le corresponde otra facultad que la de dar pública autenticidad al hecho y exigir tributos sobre las producciones; el dueño del terreno podrá pedir indemnización de los perjuicios que por causa de la explotación de la misma sufra.

Quizá extrañe la solución que proponemos, dado que en el hallazgo atribuimos la propiedad al propietario: más téngase en cuenta, que el hallazgo ha sido hecho (en el caso de la enunciada solución) en la propiedad ajena, y las minas no se hallan en ésta comprendidas, sino más ó menos contiguas á ella.

Si el descubrimiento de la mina tuvo lugar dentro de terrenos de dominio público, corresponde sin disputa al inventor: pues el dominio público no comprende las facultades del dominio privado, sino la sujeción de las propiedades particulares al orden social.

VIII. Reseña histórica de la doctrina legal sobre la propiedad de las minas.

Según Miraglia, la propiedad minera debe seguir los pasos de la industria extractiva; mientras la explotacion fué puramente superficial debió prevalecer el derecho del propietario del suelo; pero haciendo excavaciones profundas, pozos y galerías de importancia, hubo de considerarse como propiedad distinta de la superficie. En Roma (añade) correspondió al dueño del terreno, después se permitió, en tiempo de Constantino, extraer mármol de fundo ajeno.

Ya entre los romanos constituyeron parte del patrimonio público numerosas minas; pero posteriormente, en la

época Feudal, correspondió al señor, y los reyes no dejaron de monopolizar una fuente de ingresos tan considerable: así, no es mucho que D. Alfonso el Sabio considere las «rentas de las salinas... ferrerías ó de los otros metales,» como cosas en las cuales han señorío los reyes y los emperadores; y que D. Juan I tuviera la *generosidad* de conceder una tercera parte del producto líquido á los mineros; reservando para el rey las otras dos terceras partes.

Finalmente, si bien hoy se consideran como formando parte del dominio del Estado, se concede la propiedad por el Gobierno, cumpliendo el que la solicita con todos los requisitos que la legislación minera establece (1).

Distinguen los tratadistas y las modernas legislaciones, el *suelo*, que comprende no solamente la superficie del terreno, sino la capa del mismo que ha profundizado el propietario con sus labores ó con los cimientos de sus edificios, y el *subsuelo*, aquello que se encuentra debajo, atribuyendo el suelo al propietario, el subsuelo al Estado: criterio nada cierto, pues resulta inaplicable cuando se hallan las substancias minerales en la superficie. Tampoco nos parece muy racional atribuir al Estado cosas que tienen la calificación de *nullius*, en el caso de no pertenecer al propietario del terreno: sin embargo, á nadie chocará, dados los precedentes históricos, que sea el sistema seguido en España, Francia, Prusia, Austria, Hungría, Suecia y otras naciones.

La intervención del Gobierno en el laboreo de las minas

(1) Todas las substancias inorgánicas, metalíferas, combustibles ó salinas, los fosfatos calizos, la baritina, espato flúor y las piedras preciosas; ya se presenten en filones, ya en capas ó en cualquier otra forma de yacimiento; con tal que exija su disfrute un ordenado laboreo, bien sea éste superficial ó subterráneo, son propiedad del Estado y nadie podrá disponer de ellas sin concesión del gobierno (artículos 1.° y 2.° de la Ley de 6 de Julio de 1859 reformados por la Ley de 4 de Marzo de 1868). Descubierto el mineral, se hará la demarcación del terreno que haya de concederse, y la *concesión* se hará por tiempo ilimitado, con tal de que el minero cumpla las prescripciones de la ley y las especiales que tuviera el título de propiedad expedido por el Gobernador de la provincia (artículo 39, etc., de la citada ley).

debe restringirse, adoptado el principio de la libertad industrial, á las medidas que juzgue necesario tomar para que no tengan lugar desgracias y se cumplan en lo posible las reglas de higiene, aparte del cumplimiento de las obligaciones que se impusieron en la *concesión*.

IX. Propiedad forestal.

La propiedad Forestal no difiere de la ordinaria más que por el mayor número de limitaciones introducidas en interés social.

Los montes son de utilidad no sólo privada sino pública; de ellos dice el Sr. Colmeiro (D. A. t. II. 123), que son de indispensable utilidad como pasto de los ganados, abrigo de la caza, depósito de combustibles y almácigas (1) en donde se crian las maderas de construcción naval ó civil. Favorecen también la salud pública y la agricultura, templando el aire seco y ardiente del estío, impidiendo la rápida eva-

(1) Semilleros de árboles.

No faltan disposiciones numerosas y acertadas respecto al ramo de montes; pero nuestra riqueza forestal, por efecto de causas muy prolijas de enumerar, está en gran decadencia, y si bien la ley ordena la repoblación de claros, calveros y zaas de los montes públicos exceptuados de la enajenación, y de los yermos, arenales y demás terrenos que no sirvan permanentemente para el cultivo agrario, ya por diseminación natural, ya por siembra de asiento ó plantación, según las condiciones de cada localidad, previos los estudios convenientes de los ingenieros de los distritos forestales (art. 5.° de la ley de 24 de Marzo de 1863 y 10 dede la de 11 de Julio de 1877) el aspecto general de nuestro suelo en la mayor parte de nuestras provincias es sumamente árido y desolador. El Gobierno ha comprendido la gran importancia que reviste la repoblación de los montes «no tan sólo para precaver la escasez de maderas y leñas tan necesarias á la agricultura y á la industria sino también para conservar y mejorar los montes, considerándolos como agentes de gran importancia en el régimen de las lluvias, como defensa contra los rigores del clima y como beneficiosos para las condiciones higiénicas del país. Bajo los últimos conceptos, pocas regiones hay que merezcan atención tan preferente como la en que se halla enclavada la capital de la monarquía». Hace notar el Ministro de Fomento (en el preámbulo de la R. O. de 24 de Noviembre de 1882 que venimos extractando) los cambios bruscos y extremados que sufre el clima de Madrid, no solamente por lo que se refiere á la humedad, sino también respecto á la oscilación termométrica que al año llega á alcanzar 60 grados. Confiesa que el arbolado de la provincia de Madrid ha sido, en tiempos, mucho más considerable, y lo mismo pudiéramos decir de otras muchas regiones de España.

poración de las aguas y moderando el ímpetu de los torrentes que se desprenden de las montañas en la estación de las lluvias y de las nieves, y arrastran en su curso la tierra vegetal asentada en lo alto de las colinas, y muchas veces precipitan al fondo de los valles piedras enormes, árboles corpulentos y parte de un campo ó edificio que hacen más peligrosas y terribles las inundaciones, á cuyas advertencias añade Miraglia, la de que moderan los vientos y purifican el aire (1).

De las reflexiones precedentes resulta la necesidad de que el Estado, reglamentando la propiedad forestal en cuanto afecta al bien común, vigile si se observan las disposiciones que al efecto dicte, castigue las infracciones; y en último caso, si la iniciativa particular no basta, haga las plantaciones y trabajos necesarios; si bien no habremos de conceder al Estado esta intervención en los montes más que cuando, «el interés general exija que se adopten disposiciones que con certeza le sean favora bles»; pues la explotación que de ellos haya de hacerse, en cuanto no contravenga al bien público, al propietario corresponde (2).

(1) «¡De cuán distinta manera obra la lluvia en los cubiertos montes del litoral cantábrico y en el corazón de los Pirineos, en donde sus empinadas cuestas todavía se cubren con las espléndidas galas de una vejetación sorprendente por lo hermosa, y en sus peladas estribaciones, en las Bárdenas de Navarra y en fin en casi todos los accidentes de nuestro pelado territorio! Allí detiénese el agua en las persistentes hojas de los corpulentos árboles, los lava, dejándoles sus más bellísimos matices, y de hoja en hoja deslízase la fecundante lluvia hasta posarse suavemente en el mullido césped que cubre el suelo; y por los subterráneos caminos que las potentes raíces de los seculares árboles abrieron á través de la granítica roca, filtrase para alimentar la multitud de cristalinas fuentes y arroyuelos que surgen al pié del engalanado monte. En casi toda España la lluvia cae violentamente en las peladas sierras, arrastra las tierras de sus laderas, dejando la estéril roca al descubierto, y produce esas periódicas avenidas de nuestros bravíos y torrenciales ríos que, con desgraciada frecuencia, lejos de ser mensajeros que reporten por su curso dones de bienestar, abundancia, prosperidad y alegría conviértense en lacrimosos portadores de desolación y ruina ...» («La riqueza agrícola y pecuaria en España, por D. Pío Cerrada: Monografía impresa á expensas de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: Madrid. 1806).

(2) «La tala de los montes y nuestra decadencia son hechos que se confunden en la historia de nuestras desdichas». Cerrada, obra citada pág. 74.

TITULO VII

Los modos de adquirir.

CAPÍTULO 1.°

MODOS ORIGINARIOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

I. Modos de adquirir las cosas: su clasificación. Modos de perderlas.

Los hechos jurídicos, en cuanto dan lugar á la obtención de la propiedad y demás derechos reales, se denominan modos de adquirir.

Dividense los modos de adquirir en *originarios* y *derivativos*, según se adquiere la propiedad sin recibirla de anterior propietario ó bien transmitiéndola éste: entre los primeros se encuentran la ocupación, la invención, la accesión, la especificación y la prescripción; entre los segundos, el contrato, el cuasi contrato, la herencia, la ley y la adjudicación (1).

La propiedad que uno adquiere la pierde su anterior dueño, de manera que los mismos medios que para adqui-

(1) Los modos de adquirir la propiedad eran en Roma de Derecho natural de gentes y civil, originarios y derivativos, singulares y universales. Estas dos últimas clasificaciones son perfectamente corrientes: la primera pudiera discutirse, pero en el fondo no podremos negar que la ocupación sea de Derecho natural, la sucesión testamentaria de Derecho de gentes y (en el Derecho actual) la concesión de Derecho civil (bien que bastantes legislaciones aceptan esta última).

rir la propiedad ajena existen, hacen que se pierda para el propietario que la transmite ó abandona.

Se extinguen además los derechos del dueño: 1.° por su muerte, 2.° por la destrucción de la cosa, 3.° por el deber de reparar y 4.° por el de contribuir al bien social. Al fallecer no podemos conservar un derecho que no podemos utilizar: si nuestros bienes desaparecen, el derecho que sobre ellos teniamos carece de objeto: cuanto hayamos de dar por indemnización, de nuestro patrimonio lo detraemos; y lo mismo se diga de las limitaciones, contribuciones y expropiación, forzosa que por interés general, el Estado puede imponernos; si bien deberá dar en compensación el equivalente de lo que nos reclama.

II La ocupación, sus requisitos y límites.

Ocupación es un modo de adquirir mediante la aprehensión de una cosa *nullius* con ánimo da hacerla propia.

Preciso es, para que tenga lugar, que la cosa *á nadie* pertenezca, pues en otro caso sería usurpación; es indispensable un *acto material y ostensible*; lo primero para establecer el vínculo de unión con la cosa; y lo segundo, para que los demás, sabiéndolo, respeten nuestro derecho; es necesario tener *ánimo de hacerla nuestra*, pues el acto externo nada significa, si no es representación de la voluntad.

Los límites de la ocupación están en la posibilidad de mantener bajo nuestro dominio la cantidad proporcionada á nuestras fuerzas, y de aprovecharnos y servirnos de ella en la forma conveniente (1); aparte de la coordinación de nuestros derechos con los de los demás hombres y la necesaria subordinación al bien colectivo de la sociedad: *límites correspondientes á todos modos de adquirir*.

(1) Como ya hemos visto anteriormente, otras personas pueden ocupar en nombre nuestro, y extender así el alcance de nuestra facultad personal de apropiación.

III Que se entiende por invención, y á quién pertenece la propiedad del objeto hallado.

En Derecho positivo se entiende por *invención* el encuentro de una cosa mueble, bien haya pertenecido á otro, bien á nadie haya correspondido, reconociendo aquel hecho, en ciertos casos como un modo de adquirir. En realidad no creemos que difiera de la ocupación: pues, incluye la aprehensión ó coloca al inventor en condiciones de ocupar antes el objeto hallado; y sin embargo, ha merecido de la ley reglamentación especial, cuando se trata de objetos preciosos que casualmente y sin trabajo alguno se hallan. Los más encontrados principios se admiten sobre la materia: unos quieren que el objeto hallado sea para el que lo encontró; según distinto criterio debe pertenecer al dueño del terreno, sosteniéndose por algunos que debe ser del soberano; y, finalmente, hay sistemas en que se atribuye al inventor y al propietario, al inventor y al soberano, al inventor, al propietario y al soberano (1).

No vemos razón suficiente para conceder participación al soberano; y, únicamente, puede admitirse un *impuesto* sobre las adquisiciones que por ese medio se verifiquen.

Excluir al propietario del terreno parécenos descono-

(1) Considerando que la invención de un tesoro es un don de la fortuna ó un beneficio de Dios, supone Accarias que primitivamente debió en Roma concederse al inventor la propiedad del objeto hallado; en Inglaterra (dice (Bellime) que pertenece al Soberano, en España (art. 351 del c. c.) es principio general que el tesoro oculto pertenece al propietario del terreno. Según el Código francés (artículo 716) el tesoro hallado en propiedad ajena pertenece por mitad al que lo ha descubierto y al propietario del predio. Marco Aurelio determinó que de los tesoros hallados en lugar sagrado ó religioso pudiera el fisco reclamar la mitad; y finalmente, se divide entre el Soberano, el propietario y el inventor en Austria (art. 399).

Entendemos por tesoro un objeto ó conjunto de objetos de gran valor, y para el efecto de reputar su hallazgo modo de adquirir se requiere una circunstancia especial de carácter negativo que no se pueda averiguar quien es su dueño. Los romanos lo definieron: Thesaurum in hoc argumento mores appellant pecuniam quae olim conditum nunc cum reperitur, a quo condita aut cujus sit, ignoratur (Ley 31, tit. I, lib. XLI del Digesto... citada por Romero Girón y García Moreno).

cer: 1.° la fuerza de su derecho y 2.° la posibilidad de que hallase él lo que encontró el inventor.

No dar nada al inventor, equivale á negar que á él se debe el descubrimiento del objeto hallado, y por tanto merece recompensa en relación al bien que proporciona.

En virtud de las indicaciones precedentes nos parece muy aceptable el siguiente criterio:

La propiedad del tesoro hallado corresponde al dueño de la finca;

El Estado puede cobrar un impuesto equivalente al que perciba por transmisión de bienes por causa de muerte entre extraños.

Al inventor debe dársele:

I. Remuneración de los trabajos indispensables y plenamente justificados para la ocupación del objeto.

II. Una porción de lo que al dueño le corresponda, que puede aproximadamente fijarse en la 4.ª parte; ya que dicha porción se halla establecida en varias instituciones jurídicas, y existen razones de analogía con la presente.

Soluciones análogas corresponden respecto de todo objeto hallado cuyo dueño no pudiera averiguarse; sin que veamos necesidad de reglas especiales y distintas, tales como las que prescribe nuestro Código civil (arts. 615 á 617).

IV. Accesión: conceptos de cosa principal y accesoria: dificultades que para su determinación concreta existen y criterio de justicia para determinar á quién pertenece un objeto en que se han venido á fundir cosas que corresponden á diferentes dueños.

Los productos de cualquier clase provenientes de cosas nuestras, son igualmente de nuestra propiedad: toda vez que los efectos deben atribuirse á la causa que los produce.

Aquello que á nuestra propiedad se une modificándola ó simplemente agregándose á ella, se hace nuestro si anteriormente á nadie pertenecía: sobre lo cual no hay cuestión. Tampoco existe duda en el caso de que el dueño no

es ni puede ser determinado. La dificultad surge cuando dos ó más cosas que tienen dueño conocido se agregan ó se funden. ¿A quién corresponderá el objeto que resulta? ¿Habrán de separarse las cosas que lo forman? ¿Y si la separación ocasiona perjuicios? ¿Y en el caso de que sean inseparables?

Gran dificultad existe para definir qué cosa debe considerarse como principal, al efecto de aplicar el conocido axioma: *lo accesorio sigue á lo principal*. El peso, el volumen, el valor y cualesquiera otros criterios que puedan alegarse no satisfacen plenamente: por ejemplo, ni el peso ni el volumen pueden aplicarse á las obras de arte verificadas con algunos materiales ajenos, y ni esos criterios ni el valor justifican que á un individuo se le desposea del objeto que le corresponde. D. Julián Pastor propone un principio de equidad que mitiga los inconvenientes de las anteriores resoluciones, dice: debe adjudicarse el objeto al que de no obtenerlo se causara mayor perjuicio; pero nosotros no vemos necesidad de recurrir á distintos principios de los de justicia, para resolver las diferentes cuestiones. Vamos á sentar criterios fundamentales que puedan aplicarse á las numerosas hipótesis posibles.

Un hecho independiente de la voluntad de los dueños ha ocasionado la unión ó composición de que se trata: entonces, los dueños decidirán de común acuerdo; si se han de separar los objetos restituyéndose cada uno á su respectivo dueño, ó han de repartirse el compuesto que resulta, en proporción á lo que la propiedad de cada uno valía, ó si uno se ha de quedar con el compuesto é indemnizar al otro. Si no hay acuerdo entre los propietarios, la Ley debe dar las siguientes soluciones: 1.° Si son separables los objetos y de su separación no se siguen perjuicios ni gastos apreciables para verificarla, debe prescribir la separación como regla: 2.° Si se siguen perjuicios ó exige la separación gastos de importancia, divídase la cosa en

proporción al valor que cada elemento tenía, entre los propietarios de los objetos que la componen: 3.ª Si la cosa es indivisible materialmente, lo más lógico es que se establezca un *condominio*, teniendo cada uno una parte proporcional al elemento de que era dueño.

Si la agregación ó modificación se ha verificado por uno de los propietarios, hay que distinguir la cuestión de propiedad (que se resuelve por los anteriores criterios) y la responsabilidad que por el acto tenga el que lo verificó.

Por donde se ve que la accesión, únicamente tratándose de cosas que no tienen dueño conocido, es modo de adquirir; pues si tienen propietario, no las pierde éste, sino que conserva la facultad sobre la misma cosa ó la parte del compuesto proporcional á ella.

V. Examen crítico de los modos de adquirir denominados específicamente fuerza manifiesta del río, mutación de cauce y formación de isla.

Expuestos los principios que deben regir en los distintos casos de accesión (aluvión, fuerza manifiesta del río, accesión natural, industrial y mixta, confusión y conmixtión), solamente nos resta criticar las soluciones que se dan con motivo de la fuerza manifiesta del río, formación de isla y mutación de cauce.

Cuando la corriente de un río, arroyo ó torrente segrega de una heredad de su ribera una porción conocida de terreno y la transporta á otra heredad, el dueño de la finca á que pertenecía la parte segregada, conserva la propiedad de ésta (art. 368 cód. civ.). No podemos menos de adherirnos á la regla formulada en el anterior precepto legislativo; pero estimamos debe completarse, resolviendo el caso, de que arraigasen los árboles en la heredad á que se unen, por los principios generales anteriormente propuestos, siquiera la solución propuesta por la ley de Partida (ley 26, t. 28, P. III) y el Derecho Romano (Inst. §. 21, t. 1.º, lib II) sea, la de adquirir el dueño del predio inferior donde han arrai-

gado, la propiedad de ellos, y aun la del terreno unido según el Digesto (D. XLI, 1, 7, §. 2) (1).

Cambia el río de cauce. ¿A quién corresponde la propiedad del terreno por el cual antes pasaba? El Código civil la concede á los dueños de los predios ribereños en toda la longitud respectiva á cada uno, y corriendo una línea divisoria por mitad del cauce, si este separaba fincas de diversos dueños (art. 370). No por ser la doctrina clásica (art. 41 de la ley de aguas de 13 de Junio de 1879: ley 51, t. 28, P. III: ley XIV, t. IV, lib. III del Fuero Real: §. 23, t. 1.° lib. II de la Instituta: D. XLI, 1, 7, §. 5) dejamos de impugnarla, profesando la opinión de que el cauce, como el río, era de dominio público y por tanto el Estado sigue siendo dueño del cauce; pero como ya no tiene aplicación á un fin social, puede adjudicarlo á los particulares, bien con obligación de pagar un canon ó por su justo precio en venta, con cuyas cantidades podría indemnizar, á los propietarios de las tierras invadidas, de los daños y perjuicios que por esta causa hubieran experimentado.

Si aparece una isla, sea por acumulación de materiales, ó por quedar en seco un punto determinado del terreno que antes ocupaba el agua, damos igual solución, salvo el caso de que la isla sea formada por alguna propiedad particular. Si por efecto del nacimiento de la isla invadieran las aguas terrenos del dominio privado, con el valor de la isla podría el Estado compensar la pérdida experimentada (2).

(1) El caso propuesto en el art. 369 del Código no es propiamente de acresión; basta leerlo para convencerse de que es una *prescripción brevísima*, más ó menos justificada: «Los árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas, pertenecen al propietario del terreno á donde vayan á parar, si no los reclaman dentro de un mes los antiguos dueños.....»

(2) Las indicaciones precedentes se hallan de acuerdo con el Cód. civil (artículo 371), que atribuye al Estado las islas que se formen en los mares adyacentes á las costas de España y en los ríos navegables y flotables: si bien más adelante (art. 373) consagra la doctrina tradicional, otorgando á los dueños de las márgenes, las islas que se vayan formando en los ríos por sucesiva acumulación de arrastres.

VI. Especificación: sus efectos jurídicos.

Así como la accesión es un modo de adquirir las cosas que no pertenecen á otro y se agregan á nuestra propiedad, la especificación es otra manera de obtener lo que no teniendo dueño conocido se transforma mediante nuestra labor en un objeto diferente: p. e. de un bloque de piedra hago una estatua.

No son las mayores controversias acerca de ese medio de adquirir, aplicado á las cosas *nullius:* las dudas surgen cuando se trata de aplicar á las cosas que pertenecen á persona determinada. El que de buena fe empleó materia ajena, en todo ó en parte, para formar una obra *de nueva especie*, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta. Si ésta es más preciosa que la obra en que se empleó, ó superior en valor, el dueño de ella podrá á su elección quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, ó pedir indemnización de la materia. Si en la formación de la nueva especie intervino la mala fe, el dueño de la materia tiene el derecho de quedarse con la obra sin pagar nada á su autor, ó de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se hayan seguido (art. 383 del código): doctrina contraria establece el código francés (art. 570) otorgando la propiedad del objeto nuevo al dueño de los materiales; exceptuando el caso de valer mucho más la mano de obra (art. 571). Tema fué muy discutido por Sabinianos y Proculeyanos; defendían los primeros el derecho preferente del dueño de la materia y los segundos el del artífice, adoptando Justiniano una solución intermedia que por brevedad no reseñamos, pero cuyas aplicaciones no tienen gran fuerza de lógica.

Nosotros, conforme á los principios expuestos, no admitimos la especificación como medio de adquirir cosas pertenecientes á otra persona, aplicando en este punto soluciones análogas á las que respecto de la accesión hemos propuesto.

VII. Posesión, su naturaleza y efectos jurídicos.

La palabra posesión significa el contacto material con la cosa objeto de ella (1). Denominábase la posesión por los antiguos *dominii imago*, y no cabe duda que al dominio se asemeja, á lo menos en su apariencia exterior; en ella, vemos el ejercicio del señorío sobre una cosa con intención de tenerla como propia (2), pero al mismo tiempo debemos separar ambas instituciones: *Separata esse debet possessio á proprietate: Proprietas et possessio misceri non debent* (Venuleyo).

Sin embargo de no ser un derecho tan importante como el de propiedad, confiere al que lo tiene ciertas facultades y ventajas, y si bien cede á un derecho preferente, la preferencia habrá de probarla quien reclame contra él: lo cual constituye la ventaja del poseedor (*commodum possessoris*), y el gravamen del que le demanda (*onus petitoris*).

La simple detentación (ponimiento de pies, según nuestras leyes de Partida) no basta para hacer jurídica la posesión; exígense los siguientes requisitos:

I. Poder de hecho sobre cosa real, (*corporalis possessio, corpore rem attingere, corpore in fundo esse*).

II. Animo de tener y disponer de una cosa en provecho propio (*animus possidendi, animus domini, animus rem sibi habendi*).

La diferencia entre la posesión y la cuasi posesión se explica de una manera, más que racional, histórica; los romanos exigían la aprehensión corporal, y como ésta no podía tener lugar en las servidumbres, de aquí que habiéndose de respetar el ejercicio de este derecho, se concediera la cuasi posesión (Accarias t. 1.499).

Siendo la posesión una relación inmediata entre la cosa y el poseedor, no puede extenderse á todos los derechos, sino

(1) La etimología de la palabra posesión se fija en las latinas *posse ó sedes*.
(2) Mühlenbruch dice: *Possessio est usus rei cum affectu sibi eam habendi.*

á aquellos que presuponen un ejercicio contínuo y aparente (Miraglia).

Dividen los tratadistas la posesión, en posesión de buena ó de mala fe; atendiendo á la persuasión en que se halla el poseedor, respecto de la licitud ó ilicitud de su posesión; advirtiendo que no basta que él crea legítimos sus actos, sino que en caso de error, éste sea de hecho é inculpable (1).

Los efectos jurídicos de una y otra son distintos; pero como siempre el derecho de posesión se desvanece ante el de propiedad, bien podemos aplicar á este punto de vista, la frase de Paulo, inspirada en los escritos de Labeon: *in summa possessionis, non multum interest juste quis an injuste possideat* (D. XII. 23. § 5).

La posesión puede ser: *natural, jurídica* y *prescriptiva*; pero la primera no es más que el elemento corporal de la posesión, la segunda se ve amparada por una protección que la defiende contra los atentados de que sea objeto (2), y la tercera produce, con el transcurso del tiempo, la adquisición del derecho de propiedad, para quien la ejercita.

CAPÍTULO 2.°

(Continuación)

I. ¿Debe admitirse el derecho de posesión? ¿Debe haber posesión prescriptiva?

Ihering divide las teorías acerca de la posesión en:

(A.) Absolutas, que hallan en la posesión misma su fundamento, y

(B.) Relativas, que lo determinan éste fuera de ella.

(1) En esta división pueden refundirse las dos clasificaciones romanas de posesión justa é injusta, atendiendo al origen; y de buena ó mala fe, á la conciencia del poseedor, porque éste forma su juicio en virtud de los hechos que conoce.

(2) El Pretor Publicio introdujo en Roma una acción que lleva su nombre, en favor de los poseedores que no habieran poseído el tiempo necesario para adquirir la propiedad, á fin de reclamar la cosa contra cualquier detentador de ella. También los interdictos *de retener* la posesión, en que se nos molesta, ó *de recobrar* la cosa poseída que se nos arrebata llenan este objeto.

(A.) La posesión es un derecho que se refiere á la propia persona (Puchta y Walter): la voluntad particular tiene en sí algo de respetable y merece defensa, de aquí la posesión, que se eleva á propiedad cuando á la voluntad particular se une la general (Gans); pues el querer realizado en la posesión, si bien no funda ningún derecho, debe ser protegido en consecuencia de la universal naturaleza del querer: en el sujetar á su voluntad la cosa, está el fundamento de la posesión y de su defensa; pues por el sólo hecho de su personalidad puede dominarla (Bruns); y efectivamente, el querer, aun cuando no se justifique y sea un puro hecho, deber ser jurídicamente defendido (Randa); pues un hecho sin voluntad queda en la categoría de simple hecho; pero la voluntad, elemento general del derecho, constituye el *jus possessionis* (Molitor).

(B.) Hay ideas que persuaden la obligación de respetar los actos de dominio que los hombres verifiquen sin ofender los derechos concretos de ninguno.

Nadie debe prevalecer sobre otro sin razón preferente (Thibaut); y como todos los hombres se reputan buenos y justos mientras no se pruebe lo contrario (Ahrens), todo despojo al poseedor equivale á una violencia hecha á su persona (Savigny); por lo cual se establece una presunción de dominio en favor de quien posee (Romagnosi, Zachariæ, Mühlenbruch, Troplong y De Crescencio), con la que se evitan riñas continuas entre los ciudadanos (Cavalario) y se garantiza el orden público, que se vería turbado por los atentados contra posesión (Rudorf y Serafini). Siendo además la posesión una propiedad incipiente (Trendelenburg) y la posición, la exterioridad del dominio, debe considerarse como fortificación avanzada de éste; de manera que la protección que la Ley la dispensa es necesario complemento de la protección de la propiedad (Ihering) (1).

(1) Possessio appellata est..., a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit (Windscheid). Pueden verse ampliaciones de los datos

En el derecho de posesión se comprenden diferentes asaspectos, que, tomados parcialmente, pueden dar lugar á creer que en uno sólo de ellos se encuentra el verdadero fundamento: contiene

I. Facultades del sujeto sobre la cosa poseída.

II. Respeto de ellas por los demás hombres.

III. Protección social.

Cuanto á lo primero, basta la superioridad del hombre sobre la naturaleza, y la subordinación que los medios y séres inferiores guardan con el sér superior.

Respecto á lo segundo, el que posee, ha colocado dentro de su esfera de acción ese medio; y se le perturbaría en su derecho si otro se lo arrebatase, pues él une al derecho abstracto y general que todos tienen, la realización concreta de ese derecho.

Lo tercero reconoce cual motivos: la justicia que respeta los actos lícitos ajenos, la presunción de que es dueño de un derecho el que lo ejercita, y las conveniencias de orden social, que, en caso contrario, se vería constantemente turbado por las frecuentes contiendas á que darían lugar las usurpaciones de los criminales, la audacia de los litigantes temerarios y las titulaciones defectuosas.

Según Sthal, la posesión es un reglamento provisional de un estado provisional, cuyo reglamento definitivo es el de la propiedad.

II. Usucapión ó prescripción.

Es: La adquisición del dominio mediante la posesión continuada por el tiempo fijado en la ley (Modestino). ¿Es de Derecho natural? ¿Puede legitimarse un fraude con el transcurso de tiempo? ¿Puede el poseedor ser inquietado

bibliográficos indicados acerca de la posesión, en la Filosofía del Derecho por Miraglia, la Enciclopédica Jurídica por Filomusi y las Pandectas de Windscheid,

por causa de hechos remotos, de los que no conserve datos fijos?

Los derechos del propietario tienen su límite, el propietario que no usa de su derecho durante el plazo determinado por las leyes se presume que renuncia á él, y se le castiga, por el no uso de una facultad activa, con la pérdida de ella; por otra parte, al que posee debe la ley darle la tranquilidad y la seguridad necesarias.

El orden social exige, para evitar litigios acerca de hechos remotos en que no se podría resolver por falta de medios completos de prueba, que se atribuya la propiedad al poseedor: además de que es presumible, cuando no se ha ejercitado un derecho durante mucho tiempo, que no existe, por haberse extinguido mediante justa causa.

III. Requisitos para la prescripción.

Suelen indicarse con el siguiente verso

Res habilis-titulus-fides-possessio-tempus.

Res habilis.—¿Qué cosas no son susceptibles de apropiación por este medio? Generalmente se han eximido, aparte de las cosas que se hallan fuera del comercio de los hombres, los bienes de las personas que la ley proteje de un modo especial, las robadas y las usurpadas; pero respecto de las cosas muebles que son transportables y no susceptibles de titulación que las individualice, sería dificultar las transacciones, pues nadie se atrevería á comprar sino de persona cuyos antecedentes conociera, y aun así con peligro de que el vendedor de buena fe hubiera sido engañado, y no siendo dueño del objeto no pudiera transmitir su dominio. De aquí la razón del principio que los franceses enuncian diciendo: *en fait des meubles possession vaut titre.*

Respecto de los inmuebles; como no pueden trasladarse de un lugar á otro (por regla general, salvo algunas

construcciones modernas, como las casas metálicas transportables construídas en los Estados Unidos, los puentes de hierro, el material fijo de los ferrocarriles; los buques, los cuales son susceptibles de hipoteca marítima) ni son fácilmente transformables, puede sujetárseles á una titulación rigurosa que los describa individualmente, constando cuantos datos á ellos se refieran en catastros, planos catastrales y registros que el Estado y las corporaciones llevan; admiten ciertas restricciones, siempre que sea públicamente conocido el defecto que á las cosas afecta, impidiendo la prescripción.

Titulus.—Ha de haber un hecho jurídico, de por sí suficiente para transmitir el dominio; si el transmisor no tuviera la libre disposición del objeto que enajena, su incapacidad debería ser ignorada por el que la recibe.

El que posee como representante del dueño no puede adquirir, porque *nemo potest sibi ipse mutare causam possessionis*; en él no cabe la circunstancia del título.

Fides.—La buena fe ¿debe existir sólo al principio, ó durante todo el tiempo necesario para llegar á la prescripción? En el momento de saber un hombre justo, que detenta sin derecho lo que pertenece á otro, lo restituirá sin pérdida de momento. Ahora bien, la ley puede apreciar la buena ó mala fe en el momento de entrar á ejercitar ese derecho, y cuando de un modo evidente se comprueba la persuasión en que el poseedor está; lo primero es más fácil y demostrable, pues lo segundo rara vez podría ser criterio á causa de que todo poseedor, sea de buena ó de mala fe, trata de justificar á los demás la justicia con que obra (1).

(1) Las Decretales de Gregorio IX exigen (cap. XX, t. XXVI, lib. II) la buena fe durante todo el tiempo; la ley XII, t. XXIX, P. III la requería tan sólo en el momento de adquirir la cosa que se posee.

Nuestro Código civil exige la buena fe en su art. 1.951, y en el 435 reconoce que la posesión pierde este carácter cuando «existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente»; hállase por tanto en los límites de la posible perfección del Derecho positivo.

Possessio.—La posesión debe ser públicamente conocida y por todos respetada: pues si es oculta, nadie puede reclamar; y si no es respetada, no es un derecho incontrovertible ni siquiera aparentemente.

Tempus.—El plazo ha sido, en las legislaciones positivas, muy vario: para las cosas muebles más corto que para las inmuebles; y más prolongado, respecto de aquellos bienes que la ley considera afectos á fines dignos de protección especial (1).

A la posesión de mala fe se le asigna un plazo mayor. Respetable la posesión en quien tiene buena fe, no concibo como pueda legitimarse en el usurpador y los que de él la recibieron conociendo el vicio de origen

IV. Efectos de la posesión relativos á los frutos é indemnizaciones debidas, cuando tiene lugar la reivindicación por el legítimo propietario.

Los efectos más notables de la posesión se reducen al amparo que de la ley recibe el poseedor contra los ataques y usurpaciones que pudiera sufrir en su derecho, y la ad-

(1) La ley 21, t. XXIX, P. III, dice «como por tiempo de treinta años puede ome ganar cual cosa quier que tenga quier haya buena fe quier non», y aun cuando la ley II t. VIII lib. XI de la Nov. Rec. resuelve que el tenedor de la cosa hurtada y de la que tenga común con otro no pueda prescribirla por tiempo, en todos los casos no comprendidos en ella podría darse la regla general que las Partidas formulan, aplica la sentencia del T. S. de 25 de Enero de 1867 y el artículo 1.959 del Código sanciona, al conceder la adquisición de la propiedad de los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni buena fe, y sin distinción de presentes y ausentes, salvo en las servidumbres continuas no aparentes y en las discontinuas, sean ó no aparentes (art. 539).

En nuestro Derecho, cuando las cosas muebles son compradas en almacenes ó tiendas abiertas al público (art. 85 c. de com.) se causa en el acto la prescripción en favor del comprador, y lo mismo pasa en cuanto á los efectos públicos negociados en Bolsa, con intervención de agente colegiado, y donde no la hubiere, con intervención de notario público ó corredor de comercio. Según el art. 2.280 del Código civil francés las cosas compradas en ferias ó mercados, no pueden ser reivindicadas, á no ser que se indemnice el precio al comprador.

El tiempo ordinario para la prescripción es en nuestro Código: tres años para las cosas muebles, diez para las inmuebles entre presentes y veinte entre ausentes.

quisición de la propiedad, cuando haya llenado los requisitos que la ley establece para la prescripción. Sin embargo, dejaríamos incompleta la materia si no hiciésemos algunas indicaciones sobre quién adquiere los frutos cuando vencido el poseedor por el legítimo propietario se ve obligado á restituir la cosa poseída, si debe indemnización del menoscabo sufrido por ésta como efecto de su aprovechamiento y libre disposición, y cuáles son las impensas y mejoras de que puede pedir resarcimiento.

Frutos son, «los efectos útiles de una cosa»: estos efectos útiles pueden ser espontáneos ó debidos á la industria del hombre; son los primeros, los producidos naturalmente por las cosas sujetas á nuestra potestad; los segundos, aquellos que son debidos á nuestra propiedad convenientemente explotada: entre los primeros se encuentran la caza, la pesca, los frutos que sin cultivo producen nuestras tierras; las crías de nuestros ganados y de los animales domésticos; por el contrario, de los segundos, son las producciones naturales siempre que sean dirigidos por el hombre, y aquellas aplicaciones de las cosas que prestando utilidad á otras personas merecen recompensa, que al ser dada por ventaja que la cosa produce, puede ser considerada fruto de ella.

Los frutos pueden hallarse unidos á la cosa que los produce (frutos *pendientes*), ó *separados* de ella, tomados por el dueño *(percibidos)*, destruídos en provecho propio ó enajenados *(consumidos)*.

Los frutos que el poseedor ha tomado y consumido, cuando se creía legítimo dueño de la cosa; como el error era de hecho é inculpable, ha verificado un acto lícito, que debe ser jurídicamente protegido por razones de orden social.

Los frutos que el poseedor ha tomado creyéndose (como dueño) facultado para ello, debe, si conserva en su poder los mismos ó su equivalente, darlos al que pruebe ser propietario: dando como razón de ello, que solamente los

tomó porque se creyó dueño, esa ilusión se desvanece ante el dominio real que otra persona demuestra: luego si la razón, que para atribuirselos tenia, existe respecto del verdadero propietario, á este sólo deben pertenecerle y de consiguiente entregárselos.

Los efectos mencionados tienen lugar en la posesión justa (con título) y de buena fe (con persuasión de ser el propietario): pues quien no se halla en ese caso no disfruta de tal beneficio.

Los frutos que se hallan pendientes de cobro ó de percepción no pertenecen al poseedor: pues como están en la cosa y son efectos de ella, forman con ésta un todo que al propietario corresponde (1).

Los gastos hechos por el poseedor pueden ser.

1.° Necesarios para la obtención de productos.

2.° Necesarios para sostener en buen estado la cosa poseida.

3.° Necesarios para evitar la destrucción de la cosa poseida.

(1) *Las soluciones dadas por los Derechos Romano y Español difieren de la propuesta.*—Según la legislación romana el poseedor hace suyos los frutos percibidos mientras dura la buena fe, *fructus quos percipit, ejus esse pro cultura et cura* (hace suyos los frutos que percibe, por el cultivo y el cuidado); mas existe contradicción en el Derecho Romano sobre este punto: pues mientras Paulo dice que el poseedor de buena fe no sólo hace suyos los frutos debidos á su diligencia y trabajo, sino todos, Pomponio le niega los frutos naturales.

El Derecho Español.—Atribuye, «por la obra ó por el trabajo» (ley 39, t. 28, P. III), los frutos percibidos y gastados, al poseedor de buena fe; pero los naturales («que non viniesen por lauor de omes») habrá de devolverlos «magüer los haya despendido á buena fe»: mas como fuera difícil que entregase lo que no existe, los intérpretes aprecian debe abonar, aquello en que se hubiere lucrado por razón de ellos. Nuestro reciente Código civil (art. 451) concede al poseedor de buena fe, los frutos percibidos ya sean naturales ya industriales; y otorga derecho sobre frutos pendientes al decir: los frutos civiles (productos que no provienen de una cosa sino con ocasión de ella, como los arriendos y rentas según Viso) se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción; y (452) si al tiempo en que cesare la buena fe, se hallasen pendientes algunos frutos naturales ó industriales, tendrá el poseedor derecho á los gastos que hubiese hecho para su producción, y además, á la parte del producto líquido de la cosecha, proporcional al tiempo de su posesión.

4.° Mejorando de un modo transitorio la cosa poseida.

5.° Mejorando de un modo permanente la cosa poseida.

6.° Realizando obras de puro capricho, que, no siendo de utilidad generalmente reconocida pueden no ser aceptadas por el dueño.

Aquellas cosas que, como los cuadros y las estátuas, puede llevarse el que las puso, no pueden ser objeto de cuestión.

Las soluciones son sencillísimas.

En el caso *primero*, si los productos los hizo suyos el poseedor, no puede pedir nada por ese concepto, pues ya recibió la recompensa.

En el *segundo*, tampoco puede exigir nada, pues lo hizo en interés propio; mas sino percibió frutos ó ventajas equivalentes, bien podrá pedir lo necesario hasta reintegrarse.

En el *tercero*, tiene pleno derecho á que se abonen.

En el *cuarto* y *quinto*, deben pagarse por el propietario, en cuanto le alcancen los beneficios de ellas, en tanto son debidos á los gastos, trabajo, é iniciativa del poseedor.

En el *sexto*, las pierde el poseedor, á no ser que prefieran, éste ó el propietario, que retire el primero las mejoras y deje las cosas en el sér y estado en que se hallaban al tomar aquel posesión.

En el caso primero, el poseedor de mala fe, como no adquiere los frutos (1) no puede hallar compensación;

(1) El poseedor de mala fe debe restituir, según las leyes de Partida, todos los frutos; con más, de los que «furtan la cosa ó la roban, ó entran sin derechos» dice «estos atales si fuesen vencidos en juicio son tenudos de tornar la heredad con los frutos que ende lleuaron ó aun con los que pudiera ende lleuar el señor de la heredad» (Ley 40 t. 28 P. III); obligación que establece nuestro Código civil (art. 455) respecto de todos los poseedores de mala fe cuando las Partidas restringieron sus rigurosas disposiciones, tan sólo á ciertas clases, que taxativamente determina en la Ley citada.

Al poseedor de buena fe se le abonan.

Los gastos que hubiere hecho para la producción de los frutos pendientes (art. 452).

Los gastos necesarios se le abonan, y tiene derecho de retener la cosa hasta su pago (art. 453).

pero en cambio habrán de abonársele al precio corriente, los gastos hechos con ese objeto. Las demás soluciones le son aplicables.

En cuanto á los daños y perjuicios que hayan de abonarse: el poseedor de buena fe no debe pagar ningunos, salvo en aquello que se hubiera lucrado: pues obró como dueño. El de mala fe los que por culpa ó dolo causó; pero nadie puede responder de la culpa levísima ni del caso fortuito.

Las diferencias que la ley establece entre el poseedor de buena y de mala fe obedecen á involucrar dos cosas distintas, la responsabilidad civil de los actos, y un castigo más menos arbitrario y proporcional, en beneficio de la persona que ha sido despojada.

Los gastos útiles (mejoras) se le pagan; pudiendo optar, el que hubiese vencido en la posesión, por satisfacer el importe de los gastos ó abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa (art. 453).

Los gastos de puro lujo ó mero recreo no son abonables; pero podrá llevarse los adornos con que hubiera embellecido la cosa principal si no sufriese deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.

Al poseedor de mala fe:

Las despensas que ficiese por razón de los frutos... bien las puede descontar... (ley 42, t. 28 P. 3.ª

Los gastos necesarios se le abonan sin derecho de retención (art. 453).

Las despensas provechosas que fizo usando mala fe, si el señor que... venció en juicio non gelas quisiere pechar, puede el otro ende llenar la lauor que fizo y facer (ley 44, t. 28, P. III).

Los objetos en que los gastos de puro capricho consistan puede llevárselos, si el dueño no los quiere abonar y son separables sin deterioro de la cosa (según el mal redactado y deficiente artículo 455 del c. c. que revoca en este punto la ley 44 citada, que dice respecto de los gastos voluptuarios, que el poseedor de mala fe *pierde todo cuanto y fizo é non puede ende llenar cosa ninguna*: llámolo mal redactado, porque dice que el poseedor de mala fe «podrá llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido» yo he dorado una estatua, en ella he invertido ese gasto de capricho, luego me puedo llevar la estatua; es deficiente, porque no puede según su tenor literal llevarse las cosas útiles).

La diferencia más illógica la establece el art. 457: El poseedor de buena fe no responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se pruebe haber poseído con dolo. El poseedor de mala fe responde del deterioro ó pérdida en todo caso; y aun de los ocasionados por fuerza mayor, cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa á su poseedor legítimo.

TITULO VIII

Obligaciones convencionales

CAPÍTULO 1.°

CONCEPTO Y REQUISITOS DEL CONTRATO

1. Noción de los modos derivativos de adquirir.

Se forma el contrato en virtud del consentimiento conforme de dos ó más personas que determina una relación jurídica. Al hablar de los derechos innatos, hablamos del derecho á obligarse, y de la posibilidad de transmitir por medio de la voluntad cuantas cosas se hallan sometidas á ella.

Los autores suscitan la cuestión de si será precisa la tradición ó entrega de las cosas, además de la voluntad manifestada por medio del contrato, ó si basta el consentimiento para adquirir la propiedad de las mismas: Rotteck sustenta la opinión de ser indispensable agregar el citado requisito; pero como la unión entre la cosa y el propietario no es material sino ideal, al transmitirnos una cosa por contrato adquirimos el derecho (que como relación moral es incorporal é intangible), toda vez que el dueño nos ha subrogado en su lugar, y por consiguiente no se nos podrá llamar detentadores. Si el objeto se pierde, siendo individualmente determinado en el contrato, se pierde para el que lo adquirió por éste. La razón de ser difícil, en el caso de vender el objeto á varios, fijar cuál es el dueño, no es insoluble, siempre que se pruebe quién fué el primero que la adquirió.

No por esto deja de tener ventajas para el orden social, la tradición; lo que pretendemos demostrar es su falta absoluta de necesidad, en teoría. Por lo demás, la entrega de la cosa mueble, y ciertas formalidades para la transmisión de inmuebles, pueden ser exigidas por la sociedad imponiendo como sanción, á los que no cumplan esos requisitos, la postergación de su derecho al de los que hubieran llenado todas las prescripciones legales.

Los cuasi contratos ó hechos lícitos que dan lugar á resultados análogos á los convenios que pudieran haberse celebrado, en ocasiones tienen como efecto la adquisición de un derecho (de su exposición concreta nos ocuparemos en breve).

La herencia, ó sea la sucesión de una persona en los derechos transmisibles de otra que ha muerto, es razonable: pues á veces faltamos antes de llenar nuestros propósitos, de verificar ciertos actos obligatorios y de realizar el bien que con nuestra propiedad pudiera hacerse, y con la transmisión de la herencia se llenan esos fines.

La adjudicación es siempre la aplicación de un derecho concedido por la ley ó por la voluntad de los particulares, y puede ser pública ó privada; según se verifique por la Autoridad, sus funcionarios y agentes; ó por los particulares, en los asuntos que no requieran intervención oficial.

La ley otorga ciertos derechos y propiedades, ya con la resolución de las cuestiones que pueden proponerse acerca de la pertenencia de una cosa, entre particulares, ya en interés público, ó en provecho de un particular sin perjuicio de nadie (*concesión*).

II. Concepto de la obligación.

Habiendo hecho suficiente estudio de la personalidad humana y sus derechos; conocidos particularmente los que sobre la naturaleza física ejercita por medio de la propie-

dad, vamos á examinar en concreto aquellos que se refieren al patrimonio y los actos de los demás hombres.

La palabra obligación proviene de *ob* (por, á causa de) y *ligare* (ligar). *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.* Esta definición romana es muy corriente y aceptada; pero tan sólo puede referirse á las obligaciones patrimoniales, y aun éstas no se comprenden en ella sino mediante fórmulas rigoristas y de escasa amplitud. Respecto á la naturaleza del *vinculum* en que la obligación consiste decían los romanos que limitaba la libertad; pero que no reducía, al obligado, á esclavitud (1).

Más filosóficamente podemos definir la obligación, en Derecho privado: Un vínculo de derecho, en virtud del cual nos vemos precisados á dar alguna cosa ó realizar un hecho en provecho de otra persona (2).

II. División de las obligaciones por razón de su naturaleza y de su origen.

Dividense las obligaciones por su naturaleza en:

Patrimoniales.....	Que pueden estimarse en ciertas cantidades de dinero (*ea enim in obligatione consistere quæ pecunia lui praestarique possunt.* (Ulpiano).
y Personales.....	(3) Que no admiten equivalencia en dinero, ni otra forma de satisfacción que su cumplimiento.

(1) Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum (D. 3, XLIV 7).

(2) Conforme con la definición de Giudice.

Filomusi la define: Un vincolo giuridico, mediante il quale si è costretto alla prestazione di un obietto o di un fatto: Enc. p. 135.

(3) No aceptamos las obligaciones ético-jurídicas (según las comprenden Stiel y Ahrens) en contraposición á las patrimoniales, pues los caracteres enunciados en la fórmula ético-jurídica convienen de igual manera á las patrimoniales.

El orden propuesto es el racional; pero, ajustándonos al programa y al uso corriente, hemos tratado primero de las segundas en las precedentes instituciones.

Por su origen, pueden proceder:

I. Del acto aislado de una persona.

II. Del acto concorde de dos personas.

III. De un acto independiente de la voluntad.

A las causas indicadas pueden referirse cuantas fuentes de obligaciones enumeran el Derecho positivo y los jurisconsultos; y así, al margen designamos á la que cada una corresponde.

II. El contrato. . . .	§ 2, T. XIII. lib. III. Inst. art. 1089 Cód. civ. esp.
I. El cuasi-contrato.	
I y II. El delito.. . . .	
I y II. El cuasi-delito.. .	
I, II y III. La Ley.. . .	art. 1089 Cód. civ. esp..
I, II y III. La responsabilidad civil.	Cap. II, t. II y t. IV. del lib. 1.° del Cód. pen.

Todas las demás que se propongan se reducen á las tres enunciadas.

IV. Definición del convenio ¿Cuándo se dirá que es fuente de obligaciones? Definición del contrato.

Obligaciones convencionales son las que nacen del consentimiento.

La convención la definía Ulpiano *duorum pluriumve in idem placitum consensus*, (y añadía); la palabra convención es general, comprende cuantos contratos y transacciones pactan y consienten las partes entre sí, porque así como se dice que se convienen los que desde diversos puntos se reunen en un lugar dado y vienen á él, lo mismo debe decirse de los que de diversos movimientos del ánimo consienten en una misma cosa y se conforman en un mismo parecer. (Digesto II, 14, 1 § II y III).

Mas para que el convenio sea fuente de obligaciones, preciso es que el asunto sea jurídico y haya en los que lo celebran intención de obligarse.

No se llamará convención á la común opinión de los geómetras al dividir el círculo en 360 grados (Belime) y asignar noventa grados al ángulo recto.

La concorde voluntad de dos ó más personas con el fin de determinar en el orden concreto las relaciones jurídicas sometidas á su potestad, cuando se expresa de un modo cierto, recibe el nombre de contrato y la sanción de las leyes.

Analizando la definición propuesta encontramos la necesidad de que concurran dos ó más personas, una se llama acreedor y otra deudor, siendo la primera sujeto de derecho y la segunda de deber.

Requiérese que sea concorde la voluntad, y ya Homero llamaba á los contratos harmonías: pues sólo de la unidad de voluntades nace la obligación convencional (1).

Hay una esfera jurídica de carácter privado, y corresponde á la autoridad privada determinarla, fijando las relaciones de derecho en el orden real y concreto (2).

La avenencia de voluntades ha de mostrarse exteriormente, para que obtenga el conocimiento y la aceptación de cada uno de los contratantes; y, para conseguir la sanción social, debe ser manifestada de un modo fehaciente (3).

(1) Si no hay unidad de voluntades no hay obligación: porque siendo la materia del contrato distinta en la voluntad de cada contratante, habría tantas obligaciones cuantos fueran los objetos queridos por cada uno; pero esto no puede ser, pues una proposición no aceptada no produce relación jurídica que requiere dos sujetos: por tanto, no resulta obligación de ninguna especie ni derecho alguno.

(2) Bajo la autoridad del individuo se encuentra todo aquello que el fin social no determina y los actos permitidos expresamente.

(3) Sin palabras ó actos que nos manifiesten la voluntad de los demás hombres, no podemos conocerla, ni ellos saber nuestra adhesión á lo que desean, si no la expresamos de análoga manera; y como la actividad humana se determina por la voluntad y es guiada por la inteligencia, una cosa ignorada no puede ser motivo racional de obras ni de obligación.

La autoridad social no puede aceptar y exigir por la fuerza más que lo que conoce socialmente; y por tanto, aun cuando la obligación exista, si no se demuestra suficientemente en el orden externo mediante pruebas racionales y suficientes para convencer, no será socialmente reconocida ni alcanzará la sanción de las leyes.

V. Clasificación de los requisitos de los contratos.

Los requisitos de los convenios jurídicos ó contratos son:

Esenciales: sin los que no puede haber convenio.

Naturales: peculiares á la naturaleza especial del contrato que se verifica.

Accidentales: añadidos, en cada contrato, por causas puramente circunstanciales ó por voluntad de las partes.

Como esenciales enumeran los autores los siguientes:

Capacidad.
Consentimiento.
Objeto y
Causa.

VI. Quiénes son incapaces de contraer obligación convencional de una manera absoluta ó relativa.

Todo hombre puede adquirir derechos, mas nó, contraer obligaciones (1).

Tienen incapacidad de obligarse por convenio (2).

General..... { El infante.
El impúbero.
El menor de edad.
El que padece enajenación mental.
El pródigo.
La mujer casada.

(1) El derecho y el deber son medios para cumplir el fin; siempre nos es útil, dada nuestra natural insuficiencia, que se sumen á los medios de que disponemos los que otros pongan á nuestro alcance: mas no siempre podemos desprendernos de una cosa ó hacer algún acto en beneficio de nuestros semejantes, sino cuando se encuentre á nuestra disposición aquella, ó seamos capaces de verificar éste: ejemplos: el que no tiene puede recibir del que tiene, no viceversa; el niño puede ser defendido, y nó defender á su padre ó tutor.

(2) Los incapaces de obligarse no pueden contraer obligación en aquello á que se refiera su incapacidad; pero la promesa aceptada por una persona, aunque sea incapaz de obligarse, determina, caso de no exigir retribución por su parte, un derecho en favor de ella.

Relativa..	Los cónyuges entre sí. Los padres con los hijos. Los que se hallen en relaciones similares á las precedentes.

La incapacidad general quiere decir, no precisamente absoluta, pues algunas personas de las comprendidas en la clase pueden celebrar muchos contratos; sino que les impide contratar con cualquiera clase de personas, salvo en los casos excepcionales determinados en las leyes ó permitidos por la razón natural: supuesto que no contradicen la causa de su incapacidad.

Los ausentes, mudos, sordos y ciegos no deben ser afectados de incapacidad, sino que por el contrario, merecen especial protección de la autoridad social, cuyas restricciones se encaminan á evitarles perjuicios.

VII. El consentimiento debe ser conforme, intencional y claramente manifestado.

Conformidad de ambas partes en el consentimiento, de una proposición y de otra aceptación.

¿Hay obligación de mantener la proposición hasta el momento en que sea aceptada ó rechazada? No: la proposición puede modificarse ó retirarse con tal de que sean conocidos el disentimiento ó las modificaciones por la otra parte, antes de haber manifestado la aceptación: p. e. el que ha hecho proposiciones por el correo puede retirarlas por telégrafo ó teléfono antes de contestar el otro aceptando. Más radical es aún la doctrina que sanciona nuestro Código civil al decir: El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación... La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó á su conocimiento (art. 1262).

Si la obligación debe su origen al concurso de voluntades, hasta que la contestación no es formulada no hay tal concurso: luego no hay obligación convencional. Mas una

vez aceptada la oferta, únicamente falta notificar la conformidad; y al no haber retirado la proposición, el que la hizo, debe suponerse que la mantiene.

Intencional es el consentimiento cuando tiene por objeto determinar relaciones jurídicas, y, como tales, exigibles: cosa que no sucede en la mayor parte de los convenios; vg. citas de amigos, proyectos cuya realización se conviene de antemano, apuestas frecuentes que hacen los comerciantes relacionadas con las *mentiras oficiosas* que acostumbran algunos á cometer, para sacar partido, y hacer creer, que pierden dinero, y el comprador aprovecha una ocasión excepcional y sin ejemplo.

Claramente manifestado. Nada mejor que una pregunta proponiendo y una contestación aceptando concretamente lo que se propone; pero lo mismo se da á conocer la avenencia de los contratantes con fórmulas menos rigurosas, ó firmando un documento ó tomando el objeto y dando el precio, como sucede corrientemente, en las compras de mercancías que tienen precio conocido (1).

VIII. Motivos que vician el consentimiento: el error, la falta de libertad y la imposición externa.

Ya en la primera parte de nuestra obra nos hemos ocupado de las causas que modifican la responsabilidad humana (ps. 110 á 114); veamos ahora los efectos que producen relativamente á los contratos.

El error inculpable anula el contrato si versa sobre la esencia del objeto; si sobre un accidente y puede prescindirse de él y cumplirse en lo demás, tan sólo deja de realizarse, en cuanto á éste se refiere; si la materia es indivisible, se debe someter el que sufrió el error accidental á que la obligación se cumpla totalmente. Ejemplo: creo comprar una granja de labor y resulta una quinta de recreo

(1) La ley única del t. XVI del Ordenamiento de Alcalá dice: Que sea valedera la obligación ó el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar á otro e facer contracto con él.

(error esencial); deseo comprar una casa con jardines y adquiero una casa con corrales (error accidental sobre cosa que quizá pueda separarse de la principal sin grandes inconvenientes); quiero comprar un caballo para silla y tiro, y luego no resulta útil el adquirido más que para una de las dos aplicaciones (error acerca de cualidades inseparables del objeto).

Si la circunstancia acerca de la cual se comete error tomó el carácter de esencial en la voluntad de los contratantes, y así lo expresaron de común acuerdo, anulará el contrato; pero las soluciones dadas sirven para el caso de no disponerse otra cosa en el convenio.

Si el error de uno fué causado por dolo ó culpa del otro, las soluciones son las mismas; pero el que causó el engaño está obligado á indemnizar; y si la circunstancia sobre la cual versó el engaño fué esencial ó determinó al contratante de buena fe á celebrar el convenio, y no se expresó por astucia del engañador ó confianza del engañado en la lealtad del contratante de mala fe, debe rescindirse el contrato é indemnizar á éste los perjuicios ocasionados.

Podemos especificar los siguientes casos:

Error...
- Referente á la naturaleza del contrato que se celebra.
- Sobre la identidad de la persona con quien se contrata.
- Respecto á la identidad de la cosa sobre que versa el contrato.
- Sobre la naturaleza de la cosa sobre que versa el contrato.
- Relativo á la calidad de la cosa sobre que versa el contrato.
- Acerca de las circunstancias de la persona, cosa ó relación que se establece.
- En los motivos que han impulsado al contrato.

Belime propone que la obligación en que media error se declare nula, y que el que incurrió en él sea obligado á reparar los daños.

La *falta de libertad* en el agente puede ser efecto de la carencia de las facultades necesarias, en condiciones de funcionamiento normal.

Siendo las facultades sensitivas las que proveen al hombre de materia para que la inteligencia ejercite su labor propia, proponiendo ésta el fin y los medios á la voluntad para que los realice libremente: cuando el sujeto carece de alguno de los elementos indicados, su acción no es completa, sus actos no son tan propios y la responsabilidad decrece (1).

En cuanto á la imposición, prescindiendo de las cuestiones respecto de la obediencia ciega que á la voluntad del hipnotizador, según dicen, presta el que es víctima de la sugestión; que de probarse, haría responsable al hipnotizador é irresponsable al hipnotizado, cuando no pudo prever y evitar las consecuencias del estado en que se halla, vamos á recordar la doctrina sobre la fuerza y el miedo.

La fuerza física (violencia) no alcanza al consentimiento; pero puede arrancar manifestaciones contrarias á la voluntad del que las sufre, queridas por él, solamente, para librarse del mal que padece: v. g. la entrega que de sus ahorros hace un hombre honrado á los malhechores que asaltan su casa y le someten á horribles torturas para obligarle á ello.

El miedo nunca, como no sea en casos de un peligro muy grave é inminente (circunstancias que se apreciarán en razón inversa de la presencia de ánimo del que lo sufre),

(1) La enfermedad física tiene tal influencia en el orden psicológico, que puede llegar á hacernos ver las cosas distintas de como son, y arrastrarnos en la dirección que nos impone la tendencia morbosa. Las enfermedades mentales pervierten las funciones elevadas del espíritu y quitan, al que las padece, la libertad y la responsabilidad, en la proporción que le alejan del estado normal.

no quita la responsabilidad; pero hace nulo el contrato, porque como en el caso anterior (de violencia), no se demuestra la voluntad de aceptar la obligación sino la de libertarse del sufrimiento. El que obtuvo el consentimiento por un medio tan reprobado, no puede transmitir á otro derecho que no adquirió; pero dada la razón de orden social, la imposibilidad de saber en la mayor parte de los casos si alguno consintió por miedo, adquiriendo el derecho consignado en la obligación un tercero por título oneroso; bueno es que sufra el daño, primero el que amedrentó; si es insolvente, el que prefirió á sufrir un mal, el perjuicio posible ajeno; y en el último término el Estado, si el que ejercita el derecho lo adquirió sujetándose á todas las garantías consignadas en la ley para la adquisición de los derechos. El que fué víctima del miedo podrá exigir del Estado indemnización cuando no pueda obtenerla del que la impuso y no tuvo la posible protección oficial para librarse de la imposición (1); más en Derecho positivo queda, generalmente, sin reparar el daño ó el perjuicio, cuando el que los causó es insolvente.

IX. Requisitos del objeto sobre que versa el contrato.

El objeto acerca del cual versa el contrato debe ser real ó posible, según las leyes físicas, morales y jurídicas, y hallarse bajo la libre disposición de los contratantes: pues en caso contrario, no hay materia del contrato ni tienen facultad los que en él intervienen para determinar la relación jurídica que en otro supuesto resultaría del contrato.

X. La causa verdadera y lícita no es un requisito esencialmente distinto de los anteriores: ejemplos que así lo demuestran.

La causa verdadera y lícita según Marcadé, Belime, Pris-

(1) Según el Derecho Romano, el miedo había de ser causado por el otro contratante ó por un tercero, ser injusto, capaz de imponer á un varón fuerte y constante (Pomponio y Labeón); se tomaba en cuenta el que se padece actualmente no el que se sospecha, no teniendo el que lo sufre protección oportuna posible y ocasionándole un menoscabo indebido en los bienes.

co y otros autores no es más que el objeto, ó forma parte del consentimiento; y en efecto, á esos dos elementos se reducen cuantos pudieran proponerse. Filomusi, de acuerdo con Vinio, dice que difiere la causa del objeto de la obligación sólo en que la prestación se considera en sí misma al concebir el objeto; y en la causa, la prestación se considera en la relación.

Al propósito de probar nuestra doctrina vamos á presentar diversos casos.

1.° *La causa ó el motivo alegado no existe y á los contratantes les consta su no existencia.*

Como hay consentimiento, debe mantenerse el contrato, y no tomarse en consideración un motivo falso que ellos convinieron en exponer: de modo que prescindiendo de la causa, que se tiene por no puesta, el contrato valdrá si por lo demás se conforma al derecho.

2.° *La causa expresada es falsa y los contratantes la han tenido por verdadera* (1).

Siendo la causa siempre elemento intelectual del consentimiento y, frecuentemente, consignada en el contrato, el caso se resuelve por la doctrina del error, y también por la referente al objeto, en muchos casos.

3.° *La causa alegada es ilícita.*

No hay intención jurídica ni objeto posible (2).

Casos propuestos á la resolución del lector para reducir la causa y sus efectos al consentimiento, el objeto y la doctrina jurídica que sobre estos hemos formulado.

1.° Doy una cantidad á cierta persona, por creerla en la indigencia ó como remuneración de servicios prestados,

(1) En Roma no afectaba á la validez de la obligación, por más de que cuando la causa falsa era creerse en un deber legal exigible, podía eximirse del cumplimiento alegando excepción de dolo ó ejercitando la *condictio sine causa* ó la *condictio indebiti*.

(2) En Roma si la causa ilícita lo era respecto del adquirente podía reclamársele por la acción *ob turpem causam*, mas si era ilícita por parte del transmisor ó de ambos contratantes no había lugar á reclamación.

y ni es pobre el favorecido ni ha hecho jamás cosa alguna en mi obsequio.

2.° A. se compromete á pagar mil duros al que asesine á su enemigo B.: verificado el crimen, ¿tendrá derecho el sicario á exigir la paga ofrecida?

3.° Creo, al comprar una casa, que perteneció á un personaje ilustre, y luego averiguo que nunca fué suya ni vivió en ella.

Generalizando podemos decir que no hay más que dos requisitos esenciales de los contratos:

Consentimiento racional.

Objeto sometido á la relación que se establece (1).

CAPÍTULO 2.°

FORMA, EFECTOS Y CLASES DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES

I. ¿Prescribe el Derecho Natural formas determinadas para la celebración de los contratos?

Procurando las leyes romanas la mayor seriedad en las transacciones, prescribieron fórmulas rigurosas á que gran parte de los contratos debían someterse. Las estipulaciones requerían una pregunta categórica y una contestación congruente; y habían de emplearse palabras solemnes (2) y verificarse el contrato sin solución de continuidad (unidad de acto). La estipulación forma la base de la teoría contractual romana, siquiera hubiese otras clases de obligaciones nacidas del consentimiento.

En Derecho Natural no se exige determinada forma,

(1) Influido nuestro Código civil por las ideas modernas dice: En los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación ó promesa de una cosa ó servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio ó beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274).

(2) Requisito abolido por el Emperador León, año 469.

siendo la libertad en la contratación principio axiomático. En cuanto á los medios de prueba de los contratos, deben admitirse cuantos propongan los interesados, y apreciarlos el juez según las reglas de sana crítica.

Siendo la certidumbre de los derechos tan indispensable al orden social, el Estado debe facilitar á los contratantes medios de dar autenticidad á los contratos que celebren, depositando la fe pública en personas dignas de ejercer tan importante y elevada misión social, y dictando reglas para su ejercicio (1).

II. Medios de asegurar el cumplimiento de las convenciones.

Aparte de la defensa general de todo derecho, que es la acción, ó sea, el medio jurídico de hacer valer los derechos ante los tribunales y obtener la declaración oficial de ellos y la coacción social á fin de ampararlos ó realizarlos; para mayor eficacia de la obligación podemos servirnos de la garantía real y de la personal, ya del obligado, bien de otras personas que por él respondan.

En la garantía real comprendemos las arras (2) la prenda, la hipoteca y la cláusula penal (3). En la personal el juramento, la estimación pública y la capacidad jurídica:

(1) Decía la ley francesa de 25 de ventoso del año XI: Los notarios son los funcionarios públicos establecidos para recibir todos los actos y contratos á que las partes deban ó quieran dar el carácter de autenticidad unido á los actos de la autoridad pública y para asegurar la fecha, conservarlos en depósito y entregar las copias y testimonios oportunos. Mucho menos expresiva nuestra ley del notariado dice que: El notario es el funcionario autorizado para dar fe, conforme á las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. No tan sólo pueden autorizar documentos públicos los Notarios sino también los funcionarios públicos competentes para ello: como son los Párrocos, Secretarios, Archiveros, Agentes de Bolsa y Corredores de Comercio.

La ley procura la conservación fiel de los documentos, requiere condiciones y en muchos casos fianza para el desempeño de la fe pública, y exige muy estrecha responsabilidad á los transgresores de sus preceptos.

(2) Cantidad entregada por un contratante al otro, otorgándole el derecho de quedarse con ella si el primero no cumple la promesa hecha.

(3) En ella se impone un gravamen al que no cumple la obligación.

el primero tiene sanción religiosa, á las segundas puede referirse la sanción social.

La *real* es más positiva que la *personal* en una sociedad irreligiosa, inmoral y despreocupada: de los medios en aquella incluidos se ha de considerar entre los más enérgicos para asegurar una obligación la hipoteca, que consiste en unir artificialmente el derecho sobre una cosa (*jus in re*) á una obligación (Savigny): porque en ésta no se coloca el sujeto pasivo bajo el dominio del sujeto activo, y dependiendo de la voluntad de aquel la realización del deber contraído ¿cómo podrá dársele eficacia al contrato, contra su voluntad, pudiendo el obligado enajenar su patrimonio y negarse á ejecutar el hecho prometido? Es preciso sujetar sus bienes al pago de la cosa ofrecida, ó á la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del hecho á que se obligó; pero entregar los bienes al acreedor tiene varios inconvenientes: 1.° su cuidado y custodia exige atención y lleva consigo responsabilidades, 2.° al deudor se le priva de la posesión de una cosa que es suya y de las ventajas que con ella puede alcanzar. Por donde se demuestra la conveniencia de que los bienes inmuebles permanezcan en poder del deudor y se hallen afectos al pago de la deuda, haciendo manifiesto á todo el mundo, mediante la inscripción en los registros públicos, el gravamen que sobre aquellos pesa; realizándose así el sabio principio que nuestra Ley hipotecaria formula en los siguientes términos: Las hipotecas sujetan directa é inmediatamente los bienes sobre que se imponen al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor (art. 105 de la Ley hip., copiado por el 1876 del Cód. civ.)

III. Diligencia que debe tenerse en el cumplimiento de la obligación contraída.

Suelen los romanistas, al apreciar la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones, apreciar tres grados que califican con los nombres de culpa lata, leve y levísima: la primera es la que choca con el sentido común, p. e. dejar la puerta abierta; también tiene igual aprecio el no poner tanto cuidado como en los asuntos propios acostumbramos á usar (1): la segunda (*in abstracto*) es la omisión de la diligencia que un cuidadoso padre de familia ó administrador suelen tener: la última que no permite el menor descuido, en razón, no debe ser exigida á nadie.

Respóndese por la culpa lata, en opinión de muchos, en los contratos verificados para provecho de otro, de la leve cuando son celebrados en ventaja de ambos contratantes y de la levísima si el convenio tiene por objeto la utilidad propia únicamente.

Sin desconocer los fundados motivos que las precedentes soluciones aprecian, y comprendiendo que hay precisión de distinguir los diferentes casos para restringir ó ampliar la responsabilidad, no tenemos inconveniente en plantear la siguiente proposición:

A nadie se le debe exigir más diligencia de la que el otro contratante manifestó reconocerle: si no consta esta circunstancia, el límite ordinario debe servir, como no se pacte otra cosa.

De las causas independientes de la voluntad y que no pueden ser previstas ó evitadas, no debe responder quien ninguna parte tuvo en que se verificaran ni pudo evitar sus desastrosos efectos.

El que no cumple la obligación puede hacerlo con causa justificada y suficiente ó sin ella: en el primer caso pue-

(1) A ésta se la denomina leve *in concreto* y se confunde con la culpa lata.

de alegar, p. e. la falta de consentimiento racional y de objeto sometido á la obligación que se establece; en el segundo debe indemnizar los daños y perjuicios causados y cumplir las cláusulas penales en el contrato estipuladas.

Daño es el menoscabo que ha experimentado una persona en sus intereses; perjuicio, lo que ha dejado de ganar: El resarcimiento debe comprender uno y otro *(omne quod interest)*. Según Schmaltz los puede tasar el perjudicado, idea inadmisible: pues si bien por experiencia propia conocerá mejor que nadie su valor, carece de la imparcialidad necesaria.

Ya dimos (1) como regla, que todos somos responsables de las consecuencias originadas de nuestros actos, si las hemos previsto ó podido y debido prever.

En los actos que lesionan la actividad moral ó corporal del hombre, nota Giudice, que no es posible una forma de indemnizar que destruya el efecto de la lesión; pero no es absurdo conceder una indemnización pecuniaria que ofrece, correlativamente, un medio de otra actividad y aprovechamiento; la indemnización no es exactamente equiparable al daño, es tan sólo indirecta y aproximativa.

IV. Efectos de las convenciones respecto de terceras personas.

Los fiadores se colocan en lugar del deudor cuando no puede conseguirse de éste el cumplimiento del compromiso, en cuanto no sea posible obtener de aquél.

Es un axioma: *Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*. Ciertamente que no puede ir la convención contra derechos adquiridos por persona que en ella no interviene; pero no merecen el mismo respeto las contrariedades ó las esperanzas defraudadas de personas que no puedan alegar aún aquellos derechos: ejemplos: dejo, por

(1) Principios de Moral, págs. 112 y 113.

efecto de una donación *inter vivos*, sin la herencia que de mí esperaban, á parientes lejanos; arruino á mis acreedores porque la desgracia en mis negocios me hace insolvente; alquilo mi casa á un herrero que aturde y molesta á los vecinos más próximos.

Era principio en el Derecho Romano: *Inventæ sunt stipulationes ut unusquisque adquirat quod sua interest;* pero ninguna duda cabe que se puede favorecer á un tercero, siendo exigible la obligación del que la contrajo por el otro contratante; la cual cumplirá poniendo á la disposición del favorecido lo que prometió. Claro está que de dicha obligación podrá absolverle el que la impuso, hasta el momento en que acepte la persona en cuyo beneficio se estableció.

V. Interpretación de los contratos.

La determinación del sentido y alcance de las cláusulas de un contrato puede hacerse, bien fijando el significado literal de las palabras (interpretación gramatical), ya la intención de los contratantes, inducida ó deducida de las manifestaciones hechas.

Las dudas ó vacíos que por dichos medios no se pueden aclarar ó llenar deben ser resueltas ó suplidas por el criterio legal, uso corriente, principios de justicia y consideraciones de equidad (1).

(1) Cuando tratemos de la ley fijaremos la doctrina de la interpretación. El sistema de nuestro Código civil, relativamente á los contratos, podemos condensarlo diciendo: Establece dos clases de interpretación, gramatical y lógica, prevaleciendo esta sobre aquélla; dá como reglas: que se deben interpretar en el sentido más adecuado para que produzcan efecto, y restringir los términos del contrato á los casos y cosas sobre que los interesados quisieron contratar, deduciendo la intención de éstos, de los actos coetáneos ó posteriores que realizaron, y tomando en consideración las costumbres locales. Si no puede interpretarse el contrato, es nulo, y la oscuridad de las cláusulas no debe favorecer al que la produjo. Que las cláusulas deben interpretarse unas por otras y que las palabras equívocas deben tomarse en la acepción más adecuada á la naturaleza del contrato, no necesitaba decirlo el legislador (artículos 1.281-1.289 del Cód. civ.)

VI. Reseña de las principales teorías acerca de la fuerza obligatoria de los contratos (1).

Kant considera la fuerza obligatoria de los contratos un postulado de la razón, es decir, una cosa evidente y axiomática que no necesita ni admite demostración.

Bentham sostiene que si se deben ejecutar las convenciones, débese á que hay mayor ventaja en observarlas que en burlarse de ellas (2).

Krüg dice que el hombre tiene una esfera privativa en la cual nadie puede penetrar sin que él lo permita; y al consentir, en nada se viola su derecho, entrando en ella aquél á quien se ha concedido esa facultad.

Fries y Taparelli defienden que la veracidad es la base de los deberes convencionales (3).

Rosmini hace derivar de la transmisión hecha por el acto de la promesa aceptada, la obligación de guardar ésta.

Hegel comprende la propiedad no tan sólo en concepto de cosa sino como actuación de la voluntad: siendo dependiente de ésta, puedo enajenarla, y la identidad de las voluntades hace que podamos desposeernos de lo nuestro en favor de otro que lo adquiere: pues su adquisición es el complemento de mi renuncia.

Prisco alega el *neminem lædere* (haciendo de la dificultad supuesto: pues para que se siguiera daño á otra persona, sería preciso demostrar que el no cumplimiento de la obligación es injusto), el condominio ideal (que es una ficción) y la igualdad y dignidad del hombre, las cuales su-

(1) Al estudiar el derecho á la cooperación ya vimos el fundamento de las obligaciones en que se concreta.

(2) Cosa cuestionable, muchas veces, bajo el punto de vista utilitario.

(3) Idea incompleta toda vez que la veracidad y la exactitud en el cumplimiento son ideas diferentes.

ponen inviolable el contrato, (requisito que debía probar).

Miraglia propone, como principio racional de donde proceden las obligaciones, la natural limitación del hombre.

Costa Rossetti demuestra la posibilidad de transmitir y después la de cambiar: de suerte que, en el fondo, no diferimos de su doctrina.

VII. Modos de extinguirse las obligaciones convencionales.

La extinción de las obligaciones tiene lugar por los siguientes medios:

I. Pago.—Cumplimiento de la obligación contraída, la cual extingue *(præstatio ejus quod est in obligatione)*.

Si el acreedor no quiere recibir el pago, puede hacerse la *consignación* ó depósito del objeto debido á la disposición del acreedor.

II. Compensación.—*(Crediti et debiti inter se contributio)*. Extinción de dos créditos que recíprocamente dos personas tienen, los cuales, siendo igualmente líquidos, vencidos y exigibles, satisfacen la obligación que cada acreedor tenga como deudor en el otro crédito, en cuanto equivalgan.

III. Remisión.—Renuncia del acreedor á todo su derecho ó á una parte de él. La quita, espera, pacto de no pedir, renuncia del derecho y perdón de la deuda se hallan comprendidos en ella.

IV. Confusión.—De las dos personalidades (acredor y deudor) en una sola, p. e.: cuando el deudor llega á ser heredero del acreedor ó viceversa.

V. Novación.—*(Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio)*. Sustitución del contrato por otro nuevo, único en vigor; en la distinción hecha por los tratadistas modernos de novación acumulativa y privativa, únicamente ésta es causa de extinción.

VI. Rescisión.—Por virtud de condición rescisoria cumplida, por voluntad de uno que cumple no cumpliendo el otro, ó por mútuo acuerdo (*contrarius consensus*) de dejar sin efecto el contrato.

VII. La ley.—Puede anular ciertos contratos que fueron válidos, v. g., por medio de la restitución *in integrum*.

VII. Prescripción.—Transcurrido el tiempo que las leyes conceden para ejercitar los derechos del acreedor, si éste no ha exigido su cumplimiento, pierde su crédito.

IX. Muerte.—Del deudor ó del acreedor, cuando el crédito ó la deuda no se transmiten á otra persona.

X. Pérdida inculpable del objeto.—Siendo éste individual, no genérico; caso de ser el deudor culpable, estará obligado á indemnizar.

La declaración de nulidad, propiamente, no extingue la obligación, sino que proclama su no existencia: sin embargo, como los actos verificados pueden tener algunas consecuencias jurídicas, ha de considerarse como un punto accidental, pero indispensable, la fijación de los efectos jurídicos de los hechos verificados á consecuencia de un acto que fué nulo.

VIII. Clasificación ordenada de los mismos.

La extinción de las obligaciones tiene lugar cuando se cumplen, ó cuando se destruye el vínculo de derecho por falta de algún requisito esencial.

Se cumplen.	Dando el objeto debido.	Paga.
	Verificando el hecho prometido. . .	Ejecución.
	Dando cosas ó realizando actos equivalentes á los que se debian.. . .	Compensación (1).

(1) Puede ser medio de extinción parcial, cuando las cosas dadas y hechos realizados equivalen tan sólo á parte de la obligación, en cuyo caso la extingue en la cantidad equivalente.

Se destruye el vínculo cuando...	Muere el acreedor...	Si la prestación era personalísima, v. g. hacerle ropa, darle de comer, etc.
		Si el deudor hereda al acreedor. (Confusión).
	Muere el deudor.....	Si nadie se encarga de la sucesión.
		Si la prestación era personalísima.
		Si le hereda el acreedor. (Confusión).
	Falta la materia del contrato.....	Por la desaparición del objeto debido. (Pérdida), ó imposibilidad de la prestación.
	Deja de producir efecto el contrato..	Que la Ley anula. (Anulación).
		Prescribiendo el deudor la deuda. (Prescripción).
		Si el trato se rescinde (1). (Rescisión).
		Si se transforma la obligación en otra nueva, que sustituye á la anterior. (Novación).
		En el caso de renunciar el acreedor á su derecho. (Remisión).

IX. Orden de prelación de créditos.

La prelación de créditos debe ser regida por los principios siguientes:

(1) La rescisión puede ser pactada en el contrato ó ser solicitada por el que cumple bien la obligación si el otro contratante no cumple, ó por mutuo disenso de los interesados: también debe tener lugar cuando se convierta el vínculo jurídico en injusto ó contrario al orden social.

I. El crédito más antiguo es preferente á los posteriores, *prior tempore potior jure*. Sin embargo, en una sociedad bien ordenada, el crédito anterior no debe perjudicar á otro posterior sino cuando ha podido ser conocido por el acreedor de este último, siendo cargo del Estado prescribir la forma de dar suficiente publicidad.

II. Si á un crédito va unido un derecho real (prenda, hipoteca, anticresis...) aquél no tiene más preferencia que la correspondiente á su respectiva prioridad de tiempo; pero al acreedor le corresponde además el indicado derecho real, que, como propio suyo, nadie puede disputarle.

III. El acreedor refaccionario, si no ha procedido de acuerdo con los demás acreedores, podrá cobrarse de las obras de reparación hechas ó del importe de las mejoras verificadas: pues unas y otras á nadie pertenecían y solamente á él pueden atribuirse.

IV. Cuantos casos puedan ofrecerse como dudosos, han de resolverse por las reglas indicadas para soltar las dificultades que la colisión aparente de derechos puede suscitar.

V. Si ningún crédito de cuantos se alegan tiene preferencia sobre los demás, cobrarán los acreedores en proporción á las cantidades que respectivamente reclamen.

X. Cómo pueden clasificarse las obligaciones convencionales, por razón de los efectos que producen.

Por razón de la exigibilidad, persona obligada, cosa debida y modo de cumplirse la obligación podemos enunciar las siguientes clasificaciones:

I. Naturales y civiles. Las primeras son debidas al *vinculum æquitatis, debitum naturale;* las llama *Vind-*

scheid, parte inorgánica del derecho (1). En Derecho Natural todos los pactos en que las partes han tenido intención de obligarse son válidos; pero en Derecho Positivo tan sólo aquellos que se han celebrado con arreglo á las leyes: sin embargo, deben concederse medios de defensa (excepciones) contra la mala fe de los que pretendan explotar la nulidad del contrato en perjuicio del contratante de buena fe. Tomando en cuenta la diferencia que distingue la obligación natural de la civil podremos definir aquella con Moscato: Una obligación plenamente reconocida por el Derecho Natural, pero sólo parcialmente por el Derecho positivo que no la concede acción.

II. Son las *transmisibles* obligaciones que pueden y deben ser cumplidas por otra persona que se subroga en el lugar del deudor: *intransmisibles*, aquellas otras en las cuales no es posible dicha subrogación, por tener el carácter de personalísimas.

III. Obligaciones de *género*, si tan sólo se fija la clase á que corresponde el objeto; de *especie* si se determina concretamente la cosa debida. En el segundo caso, verificado el contrato, la cosa se pone á la disposición del acreedor y los accidentes que sufra sin culpa del deudor, al acreedor corresponden; en el primero únicamente afectan al acreedor los riesgos y accidentes experimentados por la clase á que pertenecen; y aunque perezcan varios objetos individuales, como el género no perezca persiste el derecho (2). Hay obligaciones *alternativas* (de elección entre

(1) El Derecho Romano comprendía cuatro clases de contratos reales, verbales, literales y consensuales. Entre los germanos decía Tácito *«vir bonus solo verbo obligatur.»* En el Derecho longobárdico había la acción de *nudis pactis*; y se desvaneció merced al Derecho Canónico la distinción fundamental de contratos de derecho estricto y de buena fe. Acerca de Las obligaciones naturales en el Derecho Romano y en el Derecho Moderno, véase la monografía escrita por José Moscato, Turín, 1897.

(2) Se dice que el género nunca perece: mas como en jurisprudencia la palabra género puede corresponder al concepto de especie, y aun de una especie que conste de muy pocos individuos, no cabe duda es posible que desaparezca.

objetos determinados) y *facultativas* (de elección entre objetos que no se determinan *individualmente*).

IV. *Divisibles* é *indivisibles* (según la naturaleza de su objeto). Estas últimas pueden ser perfectas ó imperfectas: las perfectas lo son por naturaleza ó porque así se ha estipulado; las imperfectas, *ob incongruitatem solutionis*, para evitar el daño que pudiera resultar de un pago dividido: p. e. si cada uno de los herederos del deudor lo fuera de una parte de la deuda proporcionada á la participación que en la herencia tiene.

V. Obligaciones prorrateables, *in solidum* y correales.

Mientras que en las primeras se distribuye la obligación en partes proporcionales entre varios deudores; en la segunda cada uno responde del total de la deuda (1); y en la tercera se presume el pacto *ad servandam et perpetuandam obligationem*, si paga uno no tiene derecho á reclamar nada de sus compañeros, si se absuelve á uno se absuelve á todos, interrumpida la prescripción por un acreedor ó por un deudor es interrumpida por y para todos.

VI. Puras (ó simples), á término (*á quo* y *ad quem*), condicionales y con cláusula penal (2).

Las condiciones revisten la refinación de:

- Afirmativas y negativas.
- Potestativas, casuales y mixtas.
- Posibles é imposibles..... { física, moral, jurídicamente.
- Suspensivas y resolutorias.
- Expresas y tácitas.

(1) *Obligatio plurium in solidum*; la cual puede ser activa y pasiva.

(2) Cuando alguno estipuló sin día ni condición se dice que se debe y viene el día en el cual se puede pedir, decía el Digesto. De modo que es obligación pura el contrato en que no se ha pactado nada que pueda dejar sin efecto ó aplazar la obligación convencional que de él resulta

La condición es (según Windscheid) el aditamento que á la declaración de la voluntad se hace, á tenor de la cual, el efecto indicado como querido debe tener lugar tan sólo con la confirmación de una cierta circunstancia; y se llama condición, tanto la disposición, cuanto la circunstancia á que se refiere. Mas no por-

XI. División general de los contratos: examen crítico de algunas que representan los autores y razón de preferir la de Belime.

Kant (seguido por Hegel) fijándose como *principium divisionis* en el contenido de los contratos, los distingue según tienen por objeto:

A. Una adquisición unilateral, ó sea, contratos á título gratuito (depósito, comodato, donación).

B. Una adquisición bilateral, ó lo que es lo mismo, contratos á título oneroso (permuta en sentido general y locación, comprendiendo locación y mandato).

C. O solamente una garantía, (prenda, caución, fianza y arras).

En la división anterior no se comprenden la sociedad y la transacción y confunde la locación con el mandato y la gestión de negocios.

Trendelenburg, en razón de la forma, los divide en verbales (ya se empleen fórmulas ó símbolos prescritos, bien palabras libremente expresadas), literales (cuando el contrato se escribe) y reales (que se perfeccionan por la entrega de la cosa ó prestación del hecho objeto del contrato). Por razón del contenido, ó proporcionan un aumento de fuerzas, ya sean unilaterales (como la donación de cosas, del uso de ellas y de los servicios) ó bilaterales (cambios, contratos aleatorios y sociedad), ó hacen cesar la incertidumbre de los derechos, cual sucede por medio de la transacción.

que digamos añadida, la condición tiene una existencia propia, sino que se trata de una voluntad condicionada, y la condición es su particular modo de ser.

Al ocuparse D. Julián Pastor de las modificaciones introducidas en los contratos divide las condiciones en imposibles (afirmativas y negativas) y posibles (suspensivas y resolutorias); el término puede ser suspensivo (*a quo*) y extintivo (*ad quem*), expreso, tácito, cierto é incierto; el *modo* impone á una de las partes cierta obligación que, como ley del contrato, debe cumplirse, y ni suspende ni resuelve el convenio, por punto general.

Ahrens los divide en ético-jurídicos y de patrimonio, estos en materiales y formales, y distingue los contratos principales de los accesorios.

Belime señala los cinco grupos siguientes, según tienen por objeto: (1.°) transmitir la propiedad (compra venta, permuta, partición, donación y préstamo de consumo); (2.°) transferir tan sólo el uso ó la posesión (como el alquiler, el comodato y el depósito); (3.°) realizar un acto (p. e. la *locatio operis* y el mandato); (4.°) las cosas y servicios contenidos en los tres grupos precedentes (p. e. sociedad, matrimonio, transacción y compromiso); (5.°) contratos de garantía (caución, prenda, hipoteca y seguros).

Aceptando como la más sencilla la clasificación de Belime, vamos á ver cuáles son los principios fundamentales en los contratos más usados, por el orden que en ella se comprenden.

TITULO IX

Examen de los contratos más frecuentes é importantes y de las cuestiones más controvertidas respecto de cada uno de ellos.

CAPÍTULO 1.°

LA PERMUTA Y LA COMPRAVENTA

I. Qué se entiende por permuta.

Permuta es el cambio de cosas que se consideran equivalentes.

Es contrato anterior al de compraventa que exige la acuñación de la moneda, ó, por lo menos, el reconocimiento de una medida de valores, y, por tanto, cierta cultura social.

La *equivalencia* debe existir, y puede apreciarse hoy con la misma facilidad que en la compraventa: pues cada una de las cosas que se permutan puede ser en cierta cantidad de dinero valorada; y no vemos inconveniente, en derecho racional, para el cambio de cosas de diversa naturaleza (aun cuando lo prohibiera la ley inglesa) ni en la permuta de bienes inmuebles (siquiera no fuese admitida por el código ruso).

II. Contrato de cambio.

El cambio, en sentido lato, significa permuta; pero el uso ha restringido su aplicación á la de monedas ó valo-

res: también se llama cambio, la diferencia que tiene que abonar alguno de los contratantes por el menor valor real que en el mercado tiene lo que por el contrato transmite al otro. Denominase cambio trayecticio al que tiene lugar cuando se da ó se promete una cantidad para recibirla en localidad distinta de la en que se hizo la entrega ó la promesa: p. e. se dice que cambiamos billetes por plata, *que los cambios están muy altos cuando el precio del papel ó del oro es muy subido*, que tomamos una letra de cambio; y, finalmente, que en la Bolsa se cotizan los cambios sobre París, Londres y otras plazas.

El contrato más importante es el de la letra de cambio.

Letra de cambio.—Representa un contrato en virtud del cual una persona llamada *librador* entrega á otra llamada *tomador* (1) un crédito que podrá hacer efectivo personalmente ó por su orden, en la misma ó en distinta localidad de aquella en que se expide.

Es contrato unilateral y no incluye deberes en el tomador, sinó condiciones para ejercitar su derecho, según dice muy acertadamente Marghieri.

III. Definición de la compraventa (2).

Compraventa es un contrato por el cual convienen dos personas en que una de ellas (comprador) adquiera una cosa, y el que la enajena (vendedor) adquiera el precio que el comprador le ofrece.

(1) Al poseedor de la letra de cambio se le denomina *tenedor* y al que pretende hacerla efectiva *portador*. La persona que ha de satisfacerla se denomina *librado* y también, aunque menos genéricamente, *pagador*: los que la transmiten por endoso llámanse *endosantes*.

(2) Nuestro Código civil dice contrato de compra y venta (arts. 1445 y siguientes).

La cosa vendida, siendo determinada, se hace del comprador al momento de haberse celebrado el contrato (1).

Si la cosa vendida, no se ha entregado y es genérica, transmite el contrato un derecho personal, pues el derecho real exige determinación del objeto, relación inmediata del hombre con él; y se convertirá en real tan luego como dicha determinación se haga.

IV. Cuestiones principales que acerca de la compraventa pueden presentarse.

1.° ¿En qué ha de consentir el precio?—2.° ¿Qué se entiende por justo precio?—3.° ¿Debe ser el precio determinado?—4.° ¿Debe preceder la entrega de la cosa á la del precio?—5.° ¿Dónde debe entregarse la cosa mueble vendida?—6.° Obligaciones del vendedor de cosa inmueble respecto del apoderamiento que de ella al comprador debe hacer.—7.° Cuestiones relacionadas con el cambio de valor de la moneda ó de las cosas, en las promesas de venta.—8.° ¿Debe alterarse el precio cuando la cosa vendida es mayor ó menor, mejor ó peor de lo que ambos contratantes reconocieron?—9.° Evicción y Saneamiento.—1.° Venta á plazos.—11.° Tanteo y retracto.

1.° **¿En qué ha de consentir el precio?**—Los sabinianos creían que cualquiera otra cosa distinta de la moneda podía funcionar como precio, pero esto es en buenos principios confundir la especie con el género; el género es el cambio y una de las especies de cambio es la compraventa; en Derecho positivo romano, el contrato de permuta era una pura promesa, hasta que una de las partes entregaba aquello á que se había obligado, mientras que el contrato de compraventa era perfecto desde el momento

(1) El Derecho romano exigía, para que el comprador adquiriese la propiedad de la cosa vendida, la tradición de ésta y la entrega del precio; pero en las ventas al fiado bastaba el primer requisito.

en que las partes consentían (1). Entre la *perfección* y la *consumación* del contrato media la diferencia que hay entre la ley y la ejecución, entre la obligación y su cumplimiento.

2.ª **¿Qué se entiende por justo precio?**—En el trueque de cosas valuables debe procurarse, 1.° que sean pefectamente conocidas las cosas y sus condiciones, por ambas partes; 2.° que si es un objeto fungible se atengan al precio corriente en el comercio, v. g., si un pan cuesta 30 céntimos no se exija otro precio; 3.° que si es un objeto individual, v. g., la casa número tantos, la finca tal, se aprecie la capitalización de la renta actual y en cierto modo la posible al tipo corriente en la localidad; y que si bien la necesidad de comprarla puede justificar exceso de precio (el cual es muy razonable porque la precisión de vender puede también hacerla desmerecer mucho), este exceso debe no ser tal, que perjudique manifiestamente á la otra parte, y puede tomarse como criterio objetivo aproximado, el menosprecio que pudiera sufrir en tiempos normales y el aumento de valor de que es susceptible, deduciendo el importe del gasto necesario para que este se obtenga; dentro de estos criterios ú otros equivalentes puede fluctuar el precio y nunca exceder de ellos.

La afección personal creemos no debe ser un criterio general, sino particular al caso en que racionalmente pueda tener lugar; y entonces, el criterio podrá ser, proporcionar otra cosa igual ó alguna ventaja equiparable al bien perdido, según juicio prudente, v. gr. de una tierra de labor dada constantemente en arriendo, de un prado cuyos pastos se arriendan, de una casa que se alquila, etc. no

(1) Nuestro Código civil exige para que sea compraventa: *precio cierto, en dinero ó signo* que lo represente (1445); (opinión ya corriente) y si el precio consiste en dar una cosa y además cierta cantidad de dinero, será *compra* (aparte del caso en que los contratantes hubieran manifestado intención de celebrar este contrato) cuando esa cantidad sea de más valor que aquella cosa; y *permuta* en el caso contrario (1446). doctrina indirectamente sentada en la sentencia del T. S. del 26 de Enero de 1883. (Alcubilla t. VII, pág. 893, 4.ª edición).

puede exigirse respecto de ellos racionalmente precio de afección; de la casa que uno habita, de la tierra que cultiva, sí.

Casos especiales. Respecto á objetos fungibles.—Si el que vende objetos fungibles no es comerciante, y no los vende en mercado ó en las condiciones comunes de venta sino—en circunstancias especiales: por ejemplo, en una población sitiada vende substancias alimenticias el que las acopió para sí, en despoblado proporciona víveres un particular, en un incendio ó catástrofe se facilitan ropas, dinero y auxilios materiales para recuperar lo perdido ó salvarse del peligro.

En estas circunstancias ¿Es árbitro, el que tiene en su mano el objeto, de imponer su voluntad, aprovechándose del peligro ajeno para exigir todo cuanto sea preferible á sucumbir á la necesidad ó al daño? El vendedor, si no le hace falta ni ejerce el comercio de esos artículos debe dar el objeto al precio corriente, el comprador debe satisfacérselo y recompensar el servicio con agradecimiento y obsequio, é indemnizarle los perjuicios que sufra (1): en otro caso tiene derecho á un lucro que sea proporcionado al trabajo y al capital empleados.

Intervención del Estado para señalar un máximum.—El Estado debe mantener el orden social, evitando toda turbación; el orden social es incompatible con la imposición tiránica de los particulares en las relaciones interesa-

(1) En Roma según la doctrina clásica, la venta por más ó menos del justo precio era inatacable. Diocleciano concedió al vendedor el derecho de rescindir el contrato á menos que el comprador le abonara el suplemento hasta el justo precio, cuando el que se pagó, fué menor de la mitad de éste.

El mismo derecho concede la ley 56 tit. V. Part. V. al vendedor; y lo extiende al comprador, cuando dió por la cosa más de la mitad del *derecho precio* (ó sea dió sobre el justo precio más de un 50 por 100).

El art. 1.674 del Cód. c. francés, concede la reclamación indicada sólo al vendedor, cuando se ha perjudicado en 7/12 del justo precio: el 1.683 se la niega al comprador.

El Artículo 1.293 del Cód. esp. sólo admite la rescisión de los contratos, por causa de lesión, en dos casos.

das; luego debe evitarlas, al efecto proponemos los siguientes medios.

1.° Anular los contratos en que haya manifiesto engaño de alguno de los contrayentes.

2.° Las compras de objetos fungibles hechas en condiciones de mercado, deben ajustarse al tipo corriente, si exceden de él, fuera de los límites máximo y mínimo, deben abonarse el exceso ó la falta.

Se entiende por límite máximo, no aquél que se le antoje á un comerciante poner á las mercancías después de compradas, sino el que se anuncia constantemente y el comprador acepta de antemano.

3.° El Estado, en los artículos de primera necesidad, puede, 1.° *Procurar que* de buen grado, y, en último término, forzosamente, *convengan los comerciantes en rebajar cuanto sea necesario* para que los pobres puedan alimentarse, indemnizándoles, caso de estimarse equitativo, las pérdidas que les resulten, en razón del coste y como aminoración de una ganancia moderada. 2.° Expender, por cuenta del Estado, los artículos de primera necesidad á precio asequible á las clases no acomodadas.

4.° En las ventas de objetos no fungibles, hemos de distinguir los siguientes casos: 1.° La adquisición es necesario facilitarla en bien de la sociedad: v. g. se considera que la difusión de la propiedad inmueble es un elemento de orden social, ó que la adquisición de una finca ó parte de ella es indispensable para construir un camino ó cualquiera otra obra de utilidad pública: demostrada la utilidad: habrá de abonarse el valor de la finca, capitalizándola al tipo máximo corriente y facilitar, en cuanto sea posible, la adquisición de las particulares ventajas que se pierden. Si el Estado no pudiese poner esas cantidades á la disposición del vendedor, no por eso perderá el derecho de adquirir su posesión, sinó que habrá de indemnizar en este perjuicio al propietario, y designar la fecha más próxima

para el pago. 2.ª Si los pobres no pudiesen adquirir, en condiciones aceptadas por los propietarios, el derecho de habitar casas, arrendar tierras, ó en casos excepcionales adquirir la propiedad, si esto fuera considerado indispensable, el Estado podría proponer contratas que respetando lo más posible los derechos del propietario, exigiéndoles solamente lo indispensable para el mantenimiento del orden social, establecieran compensación del capital que signifiquen y del perjuicio sentido; abonando el Estado lo que los pobres no pudieran satisfacer sin desatender las necesidades primeras de la vida.

Cuando se trata de la venta de cosas no fungibles y entra únicamente en juego el interés individual, siendo imposible que el legislador aprecie la utilidad, necesidad, dificultad y escasez, no puede anular el contrato: salvo en caso de engaño acerca de las cualidades de la finca, desproporción tal que implique extravío de la inteligencia, imposibilidad de cumplir la obligación, por absorber de tal suerte los productos posibles de la cosa y de la actividad del obligado que le sea imposible cumplir sus naturales atenciones: pues entonces, si excede los criterios morales señalados, puede rescindirse en la parte inmoral.

3.ª Cuestión.—¿Debe ser el precio determinado?—Una compra venta en la cual no se fija el precio ni tampoco se expresa la manera de determinarlo es inútil, á no ser que pueda entenderse que los contratantes quisieron sujetarse al precio corriente: pues el precio es uno de los elementos indispensables, el precio que no se fija no tiene concreta existencia, luego no puede servir de elemento determinado de un contrato que tiene existencia real.

¿Es válido el contrato cuando se concede al comprador, al vendedor ó á un tercero la facultad arbitraria de señalar el precio? Según el Derecho Romano era nulo, salvo el caso en que fuera el tercero determinado: pues, dividiéndose las opiniones de los jurisconsultos, Justiniano decidió que

si el tercero indicado en el contrato quiere y puede fijar el precio, será válida la venta como hecha bajo esa condición. (Accarias t. II p. 453).

Prescindiendo del rigorismo del derecho positivo creemos, que si el contrato se hizo con intención jurídica, debe valer siempre y en cuanto no se oponga á la justicia; y, así, determinándose el precio dentro de un plazo prudente y no excediendo de los límites de la equivalencia, vale el contrato.

Nótese que nuestro Cód. civ. admite la fijación mediante referencia á cosa cierta ó dejándola al arbitrio de persona determinada, si ésta lo señala (art. 1.447).

Las tres cuestiones precedentes determinan los puntos principales que los Romanos resolvían acerca del precio, que según ellos había de

Consistir *in numerata pecunia*.

Ser, *verum*

y » *certum*.

4.ª **Cuestión.—¿Debe preceder la entrega de la cosa á la del precio?**—Deben ambas ser simultáneas (art. 1.500 de nuestro C. civil en el caso de que no se haya pactado nada en contrario); pero si ha de haber alguna ligera diferencia de tiempo, parece lo natural, que preceda la entrega de la cosa á la del precio, por las siguientes razones:

1.ª La cosa es *determinada* por el contrato, mientras que las monedas ó valores en que se haya de efectuar el pago, no son individualmente señalados.

2.ª Porque mientras el objeto comprado tiene la cualidad de *fin* para el que compra, la moneda tiene la de *medio* para el vendedor; y, en efecto, nadie quiere la moneda por sí misma, sinó por lo que mediante ella puede conseguir.

No queremos decir que el vendedor no tome sus precauciones y exija garantías ó pago anticipado; pero esto no

sucederá en condiciones normales, y el común sentir de las gentes coincide con nuestra opinión: pues casi todas las compras que se verifican se pagan con algún intervalo de tiempo ó después de recibido y aceptado el objeto; y rara vez se da el precio sin antes ponerse el objeto á nuestra disposición.

5.ª **Cuestión. — ¿Dónde debe entregarse la cosa mueble vendida?**—Si nada se pactó se hará la entrega en el sitio donde se concertó el contrato, á ser posible, y sinó, en el lugar más próximo, pues, ofrecerla el vendedor donde vive, ó exigirla el comprador en su domicilio, es otorgar una ventaja no convenida y dañosa al otro contratante (1).

6.ª **Cuestión.—Obligaciones del vendedor de cosa inmueble respecto del apoderamiento que de ella al comprador hace** —Es natural que pase del uno al otro contratante el dominio que respectivamente sobre la cosa ó el precio cada uno tenía.

No es una singularidad del Derecho francés, como afirma Ahrens, sinó resolución muy razonable la de que se transmita el derecho real mediante el consentimiento; pero como en el dominio se incluye la posesión y todo el mundo conocía y respetaba la posesión del transmitente, de aquí la necesidad de que el vendedor entregue al comprador la cosa vendida, en los términos de posibilidad y con la publicidad que las circunstancias exijan. Así un objeto de poco valor, puede entregarse privadamente, si es una joya preciosa deberá ir acompañada la tradición de una factura en que consten las cualidades de aquella, si de una finca se trata, habrá de tener lugar la toma de posesión en presencia de los dependientes que la guardan y cultivan, ó de

(1) En este punto como en otros, si los contratantes nada expresan se supone que aceptan las disposiciones de la ley ó las prácticas de la localidad. La ley francesa consigna un principio bastante aceptable, poniendo á cargo del vendedor los gastos de la entrega de la cosa vendida, y á cuenta del comprador los de llevársela, salvo pacto en contrario (art. 1.608 del cód. civ.).

los arrendatarios que la tengan; y, como señal de autenticidad, autorizar el contrato un funcionario depositario de la fe pública, y dar publicidad al hecho mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad (1).

7.ª **Cuestión. Soluciones relacionadas con el cambio de valor de la moneda ó de las cosas en las promesas de venta.**—I. La cosa vendida es determinada y sufre deterioro sin culpa del vendedor, ó tiene aumento de precio, independientemente de los actos de éste. Habiéndose fijado al precio en la promesa, debe prescindirse de estos daños ó beneficios, que todos corren á cargo del comprador: pues la verdadera inteligencia de esa promesa es, el compromiso de verificar el contrato en las condiciones marcadas, reservándose hasta entonces el derecho el vendedor de servirse de aquello que prometió, y el comprador de manejar el dinero para su particular provecho.

II. La moneda varía de valor; si se consignó la clase de moneda, cúmplase rigurosamente; si nó la que equivalga, con su valor real, á la que sirviera de medida de valores en el tiempo de hacerse la promesa (2).

(1) Los gastos de entrega de la cosa vendida son por cuenta del vendedor y los de su transporte de cargo del comprador.

Respecto del pago de la escritura é inscripción, como las solemnidades si bien se verifican en provecho del comprador, no hay razón para que no lo verifique el vendedor, toda vez que no se hace con todo ello sino subrogarse aquél en su lugar respecto de la cosa vendida, lo cual es obligación suya, al pagar lo necesario no hace nada más de lo que debe. (Sin embargo la costumbre contraria es seguida en algunas localidades y el c. civil, art. 1.455 impone al vendedor los gastos del otorgamiento de la escritura, y los de 1.ª copia y los demás posteriores á la venta al comprador, salvo pacto en contrario).

(2) Recientemente se ha suscitado á los comerciantes que tenían que hacer pagos en el extranjero la cuestión de los cambios, por costar el giro de fondos *más del ciento por ciento*, siendo así que cuando hicieron los pedidos de géneros se hallaban *los francos* al 25 ó al 30 por 100. Muchos han resuelto el conflicto alcanzando de sus acreedores *moratorias* (prórrogas del plazo señalado para el pago) y satisfaciendo, en tanto, el 6 por 100. Entendemos que, en el orden del estricto Derecho natural, procedía el pago en el momento fijado, siquiera estuviesen los cambios al tipo más elevado; pero la caridad y hasta el interés bien entendido ordenaban tener alguna consideración: y tomando en cuenta la gran extensión del perjuicio, que hubiera suscitado un verdadero conflicto por las numerosas quiebras que habrían tenido lugar, de exigirse con rigor el pago, *podía hacerse elevado á precepto jurídico el principio de caridad*.

III. La cosa prometida no se individualizó; pero la clase á que corresponde ha descendido ó elevado en precio; pues el vendedor debe entregarla al precio estipulado.

IV. La cosa prometida se pierde sin culpa del vendedor; la clase á que corresponde desaparece, el comprador se arruina y no puede pagar. En el primer caso, sufre la pérdida el comprador; en el segundo, la promesa se anula por no ser posible cumplirla; en el tercero, si no es culpable de su ruina se anula, si lo és, debe indemnizar.

8.ª **Cuestión ¿Debe alterarse el precio cuando la cosa vendida es mayor ó menor, mejor ó peor de lo que ambos contratantes reconocieron?**—En cuanto á las dimensiones distingo; si se compró la finca abonando un tanto en razón de cada unidad métrica, y es de mayor ó menor cabida que la consignada en el contrato, habrá de aumentarse ó disminuirse el precio, proporcionalmente al exceso ó á la falta que resulte. Mas como el comprador contó con ciertos recursos, cuando el exceso que haya de abonar sea considerable, debe poder optar por cercenar la parte no comprendida en la venta, quedándose con lo que compró; y si esto no es posible, podrá rescindir el contrato ó bien abonar el exceso. (El Cód. civ. sanciona doctrina semejante, arts. 1469 y 1.470).

Respecto á las cualidades ó ventajas, como son innumerables las aplicaciones que tienen las cosas, y muchos también los objetos que entran con más ó menos razón de identidad en el conjunto que se vende; mientras no aparezca evidente, que no se han podido y querido incluir en el contrato, no sufre éste variación en su cumplimiento.

Inconvenientes y defectos de la cosa vendida.—El vendedor está obligado á no engañar, pero nó á pregonar las desventajas de lo que vende, pues harto se ocupará de ello el comprador.

Si se tratara de vicios ocultos de la cosa, que la hicieren inútil ó perjudicial al fin con que el comprador manifiesta

adquirirla, debe advertírselo; y, en caso contrario, al engañado corresponde el derecho de pedir, 1.° la rescisión ó la rebaja que dichos defectos justifiquen; 2.° la indemnización á que hubiere lugar. (La acción redhibitoria por vicios redhibitorios prescribe según nuestro Código á los seis meses, en general; y respecto de las compras de animales, á los cuarenta días).

9.ª **Cuestión.—Evicción y saneamiento.**—El que vende se compromete: 1.° A defender la propiedad que al comprador transmite, contra toda reclamación basada en falta de título suficiente para la adquisición del dominio (lo cual se denomina jurídicamente salir á la *evicción* ó reivindicación). 2.° En caso de ser vencido, en juicio, devolver el precio y abonar los daños y perjuicios que el comprador experimentó por su causa *(saneamiento)*.

Cuestión 10.ª—Venta á plazos.—Debe cumplirse; pero en el caso de no tener el comprador medios de seguir abonando aquello á que se comprometió, ¿pierde lo entregado? ¿Cuál es la suerte de las servidumbres y gravámenes que constituyó sobre la finca? ¿Habrá de devolver los frutos?

No pierde lo entregado aun cuando lo pactase, siendo la práctica contraria un abuso execrable causa de numerosas ruinas.

Los derechos reales constituídos por el comprador, cuando se revoca el derecho del que los estableció, como de ese derecho arrancaba su fuerza, desaparecen.

Habrá de devolver los frutos percibidos ó su equivalente, con deducción de las impensas y gastos abonables al poseedor, pues la razón que para adquirirlos tuviera estaba pendiente de la obligación de cumplir su compromiso.

El que no cumple, sin demostrar su inculpabilidad absoluta, debe imdemnizar.

Si el vendedor en caso de rescindirse la venta, no puede devolver (cómodamente) los plazos entregados debe otor-

gar al comprador aquella parte de la propiedad, ó aquellos derechos sobre la finca, que al tiempo del contrato fueran equivalentes á lo que ha entregado el comprador.

11.ª **Tanteo y retracto.**—El primero es el derecho concedido á ciertas personas de sustituir al comprador, por el mismo precio que éste da, en el acto de la compra (cuyo concepto no se halla de acuerdo con los arts. 1636 y 1637 del Cód. civil).

El retracto es el derecho que la *ley* ó el *convenio* asigna á determinadas personas, de deshacer la transmisión hecha tomando para sí la cosa enajenada. En el contrato puede establecerse, que á voluntad de uno de los contratantes, el contrato se deshaga, ó que un tercero tenga derecho á tomar la cosa vendida.

Racionalmente, no debe existir el *retracto legal* más que por causas muy justificadas y que puedan ser conocidas por el comprador (1).

Si en el tiempo durante el cual ha tenido el comprador, como propietario, la cosa vendida ha hecho éste alguna enajenación de derechos reales, desaparecerán al deshacerse la venta. *(Resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis).*

CAPÍTULO 2.º

PARTICIÓN, INDIVISIÓN, DONACIÓN, MUTUO, JUEGO Y APUESTA.

I Contratos de partición y de indivisión de bienes.

Sustituye á la parte indivisa, la parte concreta que de la división resulta; y al derecho común al todo, el derecho

(1) El Cód. civ. admite el retracto *de colaveders* (art. 1067), el de *condueños* (llamado *de comuneros* en el art. 1523), *el de* los dueños de tierras *colindantes* (art. 1523), *en la enfiteusis* (art. 1636), *en los contratos onerosos á vida muerta* (relativos á plantación de viñedos, regla 6.ª del art. 1656); é, implícitamente, respecto de los foros y otros contratos de naturaleza análoga (art. 1655.).

exclusivo á una parte. Menos dañoso que la donación, menos peligroso que la venta, requiere menor capacidad jurídica para verificarlo; no así, el pacto de adjudicar la cosa á aquel de los copropietarios que dé más, equivalente á la venta.

El contrato de indivisión (contrapuesto por su objeto al de partición de bienes) tiene inconvenientes económicos y sociales: siendo generalmente desatendidos los bienes, cuando no media gran unidad de vida entre los condueños, y es causa de numerosas discordias de no haber gran cordialidad de relaciones entre ellos.

Los acuerdos habrán de tomarse por mayoría que al propio tiempo represente la mayor parte del caudal común; y la ley deberá conceder medios para evitar la confabulación de los que forman la mayoría para explotar, en perjuicio de la minoría, los bienes comunes ó causen á ésta cualquier otra lesión de su derecho (1).

II. Donación: sus clases: sus límites.

En el contrato de donación (cuya fórmula más corriente es la limosna) sostiene Kant que puede apartarse el que la prometió, más no vemos la razón de que no le obligue una promesa aceptada.

Son de dos clases las donaciones, entre vivos y por causa de muerte: estas últimas el Estado puede declararlas revocables, por temor á las asechanzas de que pueda ser víctima el donante.

El Estado debe poner límite á las donaciones entre marido y mujer, á la renuncia de todos ó parte considerable de los bienes en favor de otra persona, y á las donaciones hechas con motivo y ocasión de las segundas nupcias, en obsequio de la nueva familia y en perjuicio de los descendientes de un anterior matrimonio.

(1) Véase el art. 398 del Cód. civ.

III. ¿Deben revocarse las donaciones por ingratitud del donatario, superveniencia de hijos ó miseria del donante?

La ingratitud, cuando da lugar á un acto punible según la ley, puede llevar como pena accesoria la pérdida, para el donatario, de cuanto percibió por la donación. La circunstancia de tener hijos el donante después de haber hecho la donación, no es causa suficiente, pues se verifica el contrato sin dicha restricción; y lo contrario daría gran incertidumbre á los derechos del donatario, turbando la pacífica propiedad que mediante un título legítimo obtuvo.

La miseria del donante podrá ser motivo para que la ley, en el caso de una donación considerable, obligue al donatario á socorrer al donante, si por acaso éste llegara á encontrarse en tan aflictiva situación; pero nunca razón suficiente para recobrar bienes que se hicieron de otro, que como dueño los tiene.

El incumplimiento de las condiciones impuestas en la donación hace que no tenga efecto; pero atendiendo á la intención generosa del donante, habrán de interpretarse en el sentido que las haga menos gravosas (v. g. entendiendo que la obligación impuesta es por la menor cantidad posible, ó que la condición es potestativa dando al donatario derecho de elección) (1).

IV. Idea del mútuo

El mútuo *es un contrato en que se dan á otro una ó más cosas fungibles, imponiéndole la obligación de restituir otro tanto de igual género y calidad.* Gratuito, en la definición anterior, puede transformarse en otro contrato llamado préstamo á interés; en el cual, además de la obligación de restituir otro tanto, se impone al prestatario la

(1) No enumeramos como causa especial la inejecución de condiciones impuestas por el donador por ser general á los contratos, y no especial de éste.

de pagar periódicamente cierta cantidad, por razón del beneficio que recibe.

V. Interés del dinero y usura: principales cuestiones acerca de este asunto.

Pocas cuestiones son objeto de tan empeñada controversia como la enunciada al frente de esta disertación; y es que por un lado el sentimiento de caridad cristiana acusa de tirano y egoista al rico que explota la necesidad del pobre, para someterlo por mezquina cantidad de tal modo, que su situación sea menos envidiable que la del esclavo, pues semejante á él, todas sus obras se encaminan á servir y ofrecer utilidades á otro hombre, del cual no recibe en cambio ni alimento ni vestido ni otra cosa que apremios, persecuciones y vejámenes de toda especie. Mas por otro lado, se dice, el dinero es medio de lucrar mucho, las obras de caridad no son obligatorias jurídicamente, la compensación de servicio hecho al prestatario algo merece; y el valor de estas observaciones no puede ponerse en duda.

¿Cuál debe ser la solución y la verdadera doctrina? ¿Deben ser libres los particulares para contratar el interés que les plazca? ¿Debe el Estado señalar un tipo corriente? ¿Puede poner un máximo del cual no pueda pasarse? ¿Hay criterios para la resolución de los casos parciales? ¿Cuál es en definitiva la acción del Estado?

El interés del dinero es ordenado y lícito; pero la determinación del tanto por ciento que podrá llevarse depende, en gran parte, de las circunstancias particulares de cada caso: por cuyo motivo no puede fijarse un tipo general que sea de universal y constante aplicación, y la *tasa* del interés, absurda en principio, es en la práctica ineficaz, ocasionando mayores abusos (1).

(1) La ley de 14 de Marzo de 1856, abolió la tasa sobre el interés del capital, consistente en numerario (art. 10) á otra cosa fungible (art. 4.°), dado en préstamo: cuando no se ha determinado el interés, y se debe legítimamente, marca el 6 por 100, mientras no fije otro interés legal el Gobierno. El art. 1.108 del Cód. civ. establece el mismo tipo.

¿Es lícito llevar interés?—Sostienen Mendive y Costa Rossetti, que no es lícito llevar interés por aquello que se presta; pero admiten causas extrínsecas, que pueden justificar un interés moderado por vía de indemnización del:

Lucrum cesans (1).
Damnum emergens (2).
Periculum sortis (3).
Clausula pœnalis (4) y
Stipendium (5).

Mas nosotros preguntamos ¿Hay algún caso en que se lleve interés y no concurra alguno de esos requisitos indicados? En términos generales podemos contestar negativamente: pues nadie dudará que hay *valores* muy firmes y lucrativos, es probable que necesitemos el dinero antes de que nos lo vuelva el prestatario; y siempre corre más riesgo el dinero que se deja, que el conservado en nuestro poder, salvo que se nos den garantías especiales y sólidas. Convenimos en que el dinero, por sí, no produce dinero pero también creemos que cuando uno paga intereses, señal inequívoca es de que retribuye un favor que le hacen.

El dinero es *virtualmente* productivo y únicamente en los casos excepcionales—de ser gravoso al que lo tiene—y —no ser útil al que lo recibe será cuando no se estipule interés, sino que quizá se pague un premio por la custodia.

Todas cuantas refutaciones hace Taparelli, sobre la ma-

(1) El producto que la cosa puede dar y el dueño no percibe.

(2) Los menoscabos que la cosa sufre se denominan daños; pero aquí se refiere á los que se causan al prestamista, por no poder disponer del dinero durante el tiempo que media entre la entrega y la devolución.

(3) El peligro de que lo prestado se pierda.

(4) Sanción convenida por los contratantes, respecto del que no cumpla.

(5) Los gastos que el prestamista haya de hacer para sostener dependientes que le ayuden, y otra porción de atenciones que podríamos enumerar diciendo: *personal* y *material* necesarios.

Quizá la cuestión de la usura es la que trata con más erudición Costa Rossetti: en donde pueden encontrarse datos curiosos (págs. 765 á 787).

teria, doctrinalmente, carecen de valor; y la construcción de su teoría, si bien revela ingenio, es completamente artificiosa. Basta enumerar las primeras para comprenderlo así: «que el dinero contante, no vale más que la promesa». Principio falso en la generalidad de los casos; pues el dinero puede aplicarse desde luego lucrativamente, mas la promesa puede utilizarse, tan sólo, para reclamar en su día el dinero.

«El dinero es infructífero *per se*». Verdad es que no pueden atribuírsele frutos naturales, ó lo que es lo mismo, «productos orgánicos»; pero empleado convenientemente es un medio de obtener beneficios por el trabajo y la especulación, y de adquirir cosas que produzcan aquellos: luego no es infructífero. Las refutaciones que á la doctrina de Turgot hace, como planteadas contra una teoría egoista, son en parte oportunas; pero ni la destruyen por completo ni, mucho menos, demuestran la propia teoría.

Desvirtúa su opinión y contradice sus principios, cuando reconoce la necesidad de ofrecer á los capitalistas un estímulo para prestar, premiándoles el servicio que á la sociedad hacen, fomentando el comercio humano; y respecto á quien ha de pagar ese premio (dejémosle la palabra). ¿Qué cosa más justa, que imponer á los individuos en quienes ha de redundar principalmente la ventaja del préstamo, una tasa proporcionada á esa ventaja misma? Cuando la sociedad... impone el respectivo gravamen al mutuatario, obra conforme á la más rigurosa equidad.

Luego el prestamista es un bienhechor público y

El que obtiene la ventaja es el prestatario.

Corona su teoría la siguiente afirmación:

Siendo el asunto de interés público, los particulares no deben regularlo; por tanto, debe la autoridad fijar ese interés.

Dejamos al buen sentido del lector la crítica de semejantes conclusiones.

El interés moderado es lícito, y todos los autores convienen en él, asignándole causas más ó menos diferentes; y *pretendiendo justificar, históricamente, disposiciones que no necesitan de sutilezas, para ser respetadas por el crítico, atendidas las circunstancias de los tiempos en que se dictaron* (1).

La libertad de los particulares no debe restringirse sino cuando—sea un peligro para el orden social—ó dañe notoriamente los derechos de alguno—ahora bien, ¿El interés del dinero es un peligro para el orden social? ¿Tiene derecho el prestatario á que no le lleven interés por lo que le prestan? Nadie puede dudar que cuando (hablando generalmente) los intereses son inmoderados, reducen á la mayor necesidad al trabajador, fomentando en cambio la holganza de los que pueden mantenerse de los productos de un exiguo caudal; y es un perjuicio social, pues produce los siguientes resultados:

I. Vivir en la miseria numerosas personas y familias.

II. La ociosidad de un número crecido de pequeños capitalistas.

III. El odio de los explotados á los explotadores.

Luego el Estado debe evitar este abuso, que amenaza destruir la tranquilidad y el orden social, empleando los medios, (1.°) que menos limiten la libertad y (2.°) más eficaces al efecto.

(1) Respetamos con profunda sumisión todas las disposiciones de la Iglesia; y admirando en algunos tratadistas modernos de Moral, los esfuerzos de ingenio de que hacen gala para explicar la cuestión de la usura, y la bien intencionada y discreta defensa de las disposiciones eclesiásticas sobre tan delicada materia, no podemos menos de hacer notar que la Iglesia ha podido, puede y podrá prohibir á los cristianos la usura sin tener que acudir á sus razonamientos: porque puede imponer como precepto obligatorio, en una sociedad de personas que aspiran los eternos galardones de la virtud, los preceptos de la caridad; y si hubo un tiempo en que el dinero excedente al necesario para cubrir las propias atenciones apenas servía más que para guardarlo; quizá con grave riesgo de que fuera sustraído, ó no encontrado por los que tuvieran derecho al oculto tesoro ¿por qué negar á la Iglesia la facultad de imponer á sus hijos la gratuidad del servicio, en el caso de que prestasen un dinero que más bien les servía de pesada carga conservándolo en su poder?

¿El interés ofende el derecho del prestatario?—A primera vista, ya repugna el creer que ofenda un derecho riguroso: porque al ser consentidos en un contrato libre, una de dos, ó se trata de derechos inalienables ó nó: es así, que los derechos sobre las cosas ó á las cosas son *per se* enajenables; es así, que mediando enajenación no hay ofensa en adquirir mediante la renuncia del propietario: luego el prestamista que cobra intereses, consentidos por el prestatario, no ofende el derecho riguroso de éste.

¿Será un abuso en que consiente por necesidad el prestatario y que pugna con los supremos principios de la moral, que nos obligan á hacer á otro lo que á nosotros no nos perjudica y á él le aprovecha? Nó, una vez que nos privamos de cosas, que son actual ó potencialmente útiles, en beneficio de otro: será un acto de caridad hacerlo gratuitamente, pero no de rigurosa justicia.

¿Cuál debe ser la equivalencia en el terreno de los principios?— Las reglas fundamentales de: necesidad, — utilidad,— escasez,— y dificultad tienen aquí aplicación.

Dados estos criterios ¿Debe el dinero rendir interés? ¿Cuánto?

Que el dinero es—necesario—útil—escaso—y difícil de adquirir—es obvio: que la promesa—es menos necesaria—menos útil—más ofrecida—y menos difícil de conseguir—también lo es: luego el dinero que se presta, además de recabar la promesa, en buena equidad, debe obtener generalmente algún beneficio.

Que si acaso, por circunstancias especiales, la promesa fuera más necesaria ó más útil, y siempre que el dinero fuese más abundante ó menos útil que la promesa pagaríamos, sin vacilación alguna, un premio al prestatario por el servicio que nos hacía: v. g. en caso de turbulencias sociales ó de inseguridad en la conservación del dinero: pues entonces, pagaríamos el depósito, y aun daríamos fa-

cultad de manejarlo—mas todo esto no hace sino confirmar las reglas de proporcionalidad que hemos establecido.

Tésis fundamental.—El interés que puede lícitamente pactarse debe ser el corrientemente aceptado (siempre que no sea manifiestamente opuesto á las reglas de la equivalencia) y se determina principalmente: (1.°) por la abundancia ó escasez del dinero, facilidad ó dificultad de obtenerlo; influyendo en cada caso; (2.°) la naturaleza del negocio á que ha de dedicarse el capital prestado, y (3.°) la solvencia del prestatario y el perjuicio del prestamista.

Evidente la primera parte (1), vamos á probar la segunda y tercera.

2.ª **Parte.**—La naturaleza del negocio no es indiferente para valuar el interés.

El dinero es un medio que recibe su utilidad del fin para que se le emplea;

Su utilidad es proporcionada á la aptitud para conseguir ese fin, y á la parte que en su consecución tiene;

El fin, la utilidad, son en el préstamo aquellos que se proponga conseguir el prestatario:

Luego, en proporción á su aptitud, como medio, será inducido á consentir el prestamista y á ceder el prestatario (2).

Objeción.—La propiedad del dinero se transmite al prestatario, y si se pierde, para él se pierde: mientras que sancionando el interés deberia dar parte de los productos

(1) Siendo cosa expuesta á peligro tasar por modo de regla el fruto del dinero (fructus pecuniae) defina y determine el mismo Venerable, en Cristo Padre, Obispo (de Mársico y de Potenza) en los casos que se presentaren, lo que en cada uno debe hacerse según la práctica común seguida por hombres de conciencia timorata en los respectivos lugares y tiempos. Contestó en 18 de Abril de 1889 la Sagrada Penitenciaría. Véase la ob. cit. del P. Vicent, pág. 139.

(2) Si nos pide una persona pobre que ha sido procesada, la fianza para disfrutar de libertad provisional (arts. 5709 501 de la Ley de Enj. crim.) constándonos su inocencia, ¿no seremos inducidos á prestarle *gratuitamente* la cantidad necesaria? Si nos pide la misma cantidad un comerciante, para aprovechar una ocasión que se le ofrece de comprar en condiciones muy ventajosas, ¿no entrará en algo el lucro del comerciante para el cálculo de los intereses?

al que ya no es propietario ni trabaja para hacer productivo el capital.

Contestación.—La propiedad del dinero ha pasado al prestatario;—concedo,—si se pierde para él se pierde:—luego no debe dar parte de los productos al que ya no es propietario,—niego. Nada hay aquí que choque, sino la impropiedad de los términos, pues ahí no tiene carácter de renta (de propiedad ajena) sinó de remuneración del servicio hecho, en virtud de la potencia adquisitiva del capital prestado, del cual se priva el prestamista á quien podría producir otro tanto en análoga aplicación; y de nada sirve añadir, que si es productivo el dinero lo es por la industria del prestatario: pues no se le exigen, por razón de intereses, todos los productos que ayudándose del capital puede obtener, sino que se reconoce la parte correspondiente al trabajo; ni tampoco tiene el gravamen del riesgo sólo el prestatario, porque: 1.° puede ser principalmente para el prestamista, si el prestatario queda insolvente; 2.° si es solvente será, de fijo, uno de los elementos de cálculo que reduzcan el interés que haya de pagar.

Indiquemos aquí, que esta circunstancia tiene gran interés para explicar las concesiones del prestatario.

3.ª parte.—El interés debe estar en razón inversa de la solvencia del deudor, y en proporción al perjuicio que la privación del capital ocasione al propietario de éste.

Lo primero es evidente; y puede decirse que una parte es por intereses, y la otra por riesgos probables del capital. Lo segundo es razón que explica la actitud del prestamista, más exigente cuantos más rendimientos le proporciona ó puede proporcionar el capital.

¿Puede señalar el Estado un tipo corriente? Distingo.—El Estado debe señalar un tipo corriente, para el caso en que los particulares hayan manifestado, expresa ó tácitamente, su voluntad de celebrar un préstamo á interés, sin señalar la cuantía de éste: 1.° para evitar contestacio-

nes y pleitos; 2.° porque la no expresión de este punto es indicio, nada equívoco, de que no se toman en cuenta las circunstancias particulares, si es que existen.

Imponer un tipo fijo, desconociendo las circunstancias del contrato, es absurdo; pues carece el Estado de datos, para fijar en cada caso la proporción entre el servicio y la recompensa que merece.

Intervención del Estado en los préstamos usurarios.—Dividiremos la materia en dos puntos.

I. Medidas preventivas.

II. Medidas represivas.

(1.°) La utilidad del dinero como medio de producción, (2.°) la oferta y la demanda (3.°) y el peligro de que el prestamista no pueda hacer efectivo su crédito, son los principales elementos determinantes del interés. Respecto de los tres puntos puede mostrarse la acción del Estado.

Favoreciendo la constitución de sociedades benéficas que tengan por objeto prestar con pequeño ó ningún interés; y la de aquellas otras que verificando sus operaciones bajo las bases de publicidad y moderada ganancia, hacen desaparecer la estimación ficticia que para los usureros el dinero tenía, basada tan sólo en el monopolio, y les hace una competencia irresistible, con beneficio de las clases necesitadas.

Facilitando los medios de prueba, la prestación de garantías y los procedimientos judiciales para obtener la satisfacción del crédito se disminuye el peligro; y, por lo mismo, la cantidad que en razón de él hubiera de percibir el prestamista.

II. Todo contrato de préstamo en que manifiestamente se falte á la equivalencia debe ser considerado ilícito, y dar lugar á una pena para el prestamista. Pudieran ser soluciones aceptables en el caso propuesto: 1.° Reducción del interés al tipo legal. 2.° El capital y los intereses legítimos aplicarlos á un fin benéfico. 3.° Indemnización al deudor

de los daños y perjuicios que con el contrato hubiera experimentado. 4.° Imponer un castigo al prestamista y quitarle el derecho de verificar en lo sucesivo, por sí ó por terceras personas, contratos de préstamo y sus equivalentes. Debe el Estado procurar, en cuanto sea posible, impedir los subterfugios de que los prestamistas se valen; y así, p. e. declarar la nulidad de los contratos verificados con los menores sin la intervención de su guardador, absolviendo á aquéllos de las falsedades cometidas en los contratos en que se demuestre no haber recibido toda la cantidad consignada en el contrato, ó en que los intereses sean excesivos: pues algunos prestamistas exigen á veces la presentación de cédulas falsificadas por los menores, que en ellas aparecen mayores de edad; y si luego no les pagan los atroces intereses exigidos ó el capital (que quizá no entregaron más que en parte), los procesan por falsarios: y la solución propuesta no nos parece violenta, si se considera que el prestamista es el que induce á cometer el delito; y, por tanto, es su verdadero autor (1).

(1) Como apunta muy acertadamente el P. Vicent, el pacto de retroventa es un modo especial de ejercitar la usura y, aun pudiéramos añadir, de realizar adquisiciones fraudulentas de bienes que no se pagan más que en parte, pues el precio de compra suele ser en tales casos notablemente inferior al que por la cosa debiera darse; pero advertimos que *la legislación fiscal* tiene gran parte de la culpa porque los impuestos y gastos que gravan las transmisiones de dominio, hace que cuesta *retraer* la finca más que comprar otra equivalente, dado que el prestamista impone toda clase de gastos al prestatario, y éste no suele tener fondos para adquirir los bienes que hubo de vender para cubrir sus más perentorias atenciones. Véanse los arts. 4.° y 5.° del Reglamento de 1.° de Septiembre de 1896.

La usura se ceba en los pobres agricultores, explota los vicios de la juventud irreflexiva y vive á expensas de los incautos jugadores y de la gente desordenada y libertina; haciendo también sus víctimas en las personas afligidas por la desgracia, á las que suministra el momentáneo alivio de sus necesidades, á costa de los mayores sacrificios y pérdidas.

Los fraudes usados por los usureros son numerosísimos y no pretendemos siquiera reseñar los principales; pero sí podríamos reducirlos á los cuatro puntos de vista siguientes: asegurar la *validez legal* de contratos que en realidad son nulos, no entregar toda la cantidad consignada en el documento, estipular intereses superiores á los que exigen las sociedades de crédito respetables y pactar el pago de mayor suma de la entregada.

VI. El juego y la apuesta ¿son lícitos?

El juego y la apuesta, en sí, no tienen nada de injustos; pero cuando perturban el orden social y perjudican á tercero, deben ser prohibidos y castigados los autores de dichos actos.

Prueba indirecta.—Nadie tiene como persona decente al que no paga las deudas del juego, juicio que no se formularía si no hubiese obligación de pagarlas.

Directa.—Las cosas son de la libre disposición del dueño: luego lo mismo puede venderlas, que regalarlas, que jugarlas.

En resumen:—El que juega de lo suyo,—en cantidad cuya pérdida pueda soportar—y sin hacer profesión ni hábito de esa distracción, ni desatender sus deberes—puede lícitamente hacerlo.

Luego el juego no es malo «*per se*» como son malos *per se* la mentira y el robo; y lo mismo ha de decirse de la apuesta: toda vez que quien arriesga una cantidad podría darla; y nadie, con buena lógica, puede impedirle que con probabilidad de ganancia someta cierta cantidad á los azares de la suerte, ya que podemos renunciar á nuestros bienes, pasarlos á dominio ajeno y emplearlos en lo que bien nos cumpla.

Mas entendemos, que para justificar el juego y la apuesta son necesarios en el orden jurídico cinco requisitos: dos positivos y tres negativos.

1.° Libertad personal en el jugador para jugar *cuándo*, *cómo* y *cuánto* quiera, no impulsándole mediante amenazas, injurias ú otras excitaciones violentas á que siga una línea de conducta distinta de la que espontáneamente seguiría.

2.° Que sea el jugador *propietario*, y tenga *la libre disposición* de aquello que juega: porque *nadie da lo que*

no tiene, ni puede transferir á otro más derechos de los que posee.

3.° Que *no* haya ventaja conocida de una de las partes que intervienen, y por lo tanto que el *partido sea igual.*

4.° *No* emplear engaños que determinen el conocimiento del juego del contrario, ó la acumulación de los elementos necesarios para ganar, á favor de una persona *(trampas)*, ó que lleven consigo exigir cantidades no devengadas con arreglo á las leyes del juego *(fraudes)*.

5.° Que *no* impida el juego, ni las cantidades en él arriesgadas, el cumplimiento de las obligaciones que el jugador tiene á su cargo: así, ni el juego ha de ocupar un tiempo que debemos emplear útilmente, ni tampoco debe absorber otros medios que los supérfluos ó excedentes, una vez cubiertas nuestras atenciones y las de las personas á quienes debemos auxiliar: si las obligaciones con cuyo cumplimiento resulta incompatible el juego son jurídicas éste será *injusto;* si son meramente éticas, *inmoral.*

La clasificación de juegos en prohibidos y no prohibidos, en razón á determinarse la ganancia por pura casualidad ó bien por destreza del jugador, tiene pequeñísima importancia en el orden puramente jurídico-natural, y da lugar á un caprichoso casuismo en la Jurisprudencia de los Tribunales, y á la oposición entre el principio de *moral legal* de que los juegos de puro *azar* son ilícitos y la conducta del Estado al explotar un juego que es puramente de azar.

Límites. — El Estado debe. — I. Prohibir el juego siempre y en cuanto perturbe el orden social, v. g. por los escándalos, suicidios, estafas, riñas, robos, homicidios, vagancia, perversión de costumbres y demás inconvenientes que el juego de azar, sin limitaciones, suele traer consigo.

II. Declarar pródigo al jugador habitual que se arruina ó perjudica á su familia.

III. No fomentar tan perniciosa afición con loterías ó

rifas, con que tan mal ejemplo nos da á los españoles el Estado (1).

VII. Contrato de renta vitalicia.

Es el que confiere á una persona el derecho de percibir, mientras viva, cierta pensión, á cambio de ciertos bienes cuyo dominio transfiere á la persona obligada á pagarla.

El sistema de libertad en la contratación puede originar grandes pérdidas á la familia ó á los acreedores del pensionista toda vez que, por egoísmo, defraude éste los legítimos derechos hereditarios ó de crédito que aquéllos tenían: entendemos que debiera rodearse el contrato de tales requisitos que dificultaran toda defraudación (2).

Parécese á una venta en que el pago es á plazos y el precio se determina por el número de años que viva el perceptor: puede ser un contrato muy usurario en que, tomando en cuenta el cálculo de la duración probable de la vida del pensionista, resulte en el fondo un préstamo con excepcional garantía y con un interés muy subido. Finalmente, como pende la ganancia ó la pérdida de un acontecimiento casual, ó sea no sujeto á previsión fija é indefectible en el caso concreto de que se trata, es un contrato aleatorio.

(1) El gobierno español fomenta el juego con la lotería. «La lotería nacional es un recurso ordinario del presupuesto de ingresos del Estado, el cual garantiza el pago de los premios» y á fin de evitar la competencia: «Quedan prohibidas todas las loterías y rifas de interés particular ó colectivo no autorizadas por órdenes especiales; así como también la publicación, circulación y venta de billetes de rifas ó loterías extranjeras. (Instrucción aprobada el 3 de Diciembre de 1882).

La lotería se introdujo en España por D. Carlos III en 30 de Septiembre de 1763 y producía en un principio 2.000.000 de reales; á fin del siglo pasado subió el producto á 11.000.000, en 1890 pasaba de 77.000.000 y en 1895 se calculaba ya el producto líquido en 96.000.000. (Véase el Diccionario de Alcubilla en cuanto á la introducción de este monopolio). El Gobierno estudia el medio de atraer á los jugadores y combina los sorteos y los premios de suerte que la mayoría de estos vaya á invertirse en el sorteo siguiente.

(2) Las disposiciones del Cód. civil son deficientes y aun lo son más la del alemán.

La equivalencia rige en este como en todo contrato conmutativo y bilateral, en que no se presupone voluntad de donar en ninguno de los contratantes, sino la más completa igualdad posible entre lo que se da y lo que se recibe (con arreglo á la justicia conmutativa), y entre la obligación del uno y del otro contratante (pues en cuanto al exceso sería contrato unilateral); y entendemos que el expediente más sencillo para evitar fraudes sería la anulación de los contratos de renta vitalicia en los que, manifiestamente, se faltare á la equivalencia (1).

CAPÍTULO 3.°

COMODATO, ARRENDAMIENTO Y DEPÓSITO; TRANSPORTE, LOCACIÓN DE SERVICIOS Y MANDATO

I. Comodato.

Al segundo grupo de los contratos pertenece el comodato que tiene por objeto, *ceder el dueño de una cosa el aprovechamiento de la misma á otra persona* que se obliga á restituírsela, al expirar el plazo por el que se le concedió.

En la definición expuesta se advierte que es un contrato gratuito, aquello que se cede en comodato es un objeto individual y que no se destruye por el uso, y si se pierde ó deteriora por descuido, imprudencia ó en aplicaciones para las que no se dejó el objeto, debe indemnizar el comodatario (2) al comodante (3). La promesa de ceder el uso ó aprovechamiento de una cosa obliga al promitente á entregarla; pero una vez entregada, todas las obligaciónes directamente nacidas del contrato (4) son del comodatario.

(1) También el contrato de la *renta* puede estipularse por plazo distinto de la vida del perceptor, y seguirá siendo aleatorio si pende la duración de la renta de algún hecho casual. La renta vitalicia ó por cierto tiempo es á veces objeto de una donación en beneficio de la persona que se desea favorecer por ese medio.

(2) Aquél á quien se cede.

(3) El cedente.

(4) Este contrato pertenecía, en Roma, al grupo de los denominados contratos reales, porque se perfeccionaba mediante la entrega de la cosa; y es muy ra-

II. Arrendamiento: cuestiones acerca de este contrato.

En virtud del contrato de arrendamiento los frutos y ventajas que una cosa proporciona, sin alterar su substancia, se transmiten por el dueño á otra persona, mediante el pago de una cantidad que aprecian como equivalente. Cuando la cosa arrendada no produce las utilidades que estaba llamada á producir, sin que haya en ello culpa del arrendatario ¿debe pagarse al dueño el alquiler pactado?

Distinguimos los siguientes casos.

I. Se destruye ó deteriora la finca ú objeto alquilado, en términos de no poder producir todas ó parte de las utilidades: pues siendo la pérdida de la cosa para el propietario y estimando accesorios y dependientes de ella, los frutos que hubiere de producir, en razón de los cuales el arrendamiento se paga, no hay obligación de pagar arriendo en la porción que corresponde á la minoración de los frutos por destrucción parcial de la cosa ó deterioro; y si ésta se hiciera inútil, nada tendria que abonar.

En la hipótesis de que se destruyan total ó parcialmente las cosechas y frutos industriales, por causas independientes de la voluntad del locatario, vamos á proponer los siguientes casos:

I. La destrucción es efecto de un delito; y entonces la persona responsable del mismo deberá indemnizar al que damnificó, sin relevar á éste de las obligaciones nacidas del contrato, en cuanto no resulte injusto exigir su cumplimiento.

cional que ninguna obligación jurídica surja contra el comodante que procedió de buena fe, como no sea por algún hecho posterior á la entrega: p. e. satisfacer gastos extraordinarios que una enfermedad ó herida del caballo que dejó haya tenido que satisfacer el comodatario, cuando no haya tenido culpa éste de tales percances.

Nuestro Código expresa, impropiamente, un concepto análogo al decir «El comodatario no responde de los deterioros que sobrevengan á la cosa prestada por el sólo efecto del uso y sin culpa suya» (art. 1746); porque una enfermedad ó una herida del caballo prestado suelen no ser efecto del uso.

II. De causas naturales no previstas é irresistibles.

Si el arriendo se hizo adoptando un término medio entre las buenas y malas cosechas, aunque actualmente sea de estas últimas, debe pagar lo pactado y esperar la compensación en otra cosecha mejor.

Si se verificó el contrato determinando un arriendo proporcional á los frutos, no hay cuestión.

Mas si no se trata de mala cosecha sino de pérdida total ó casi total de ella, de modo que no exceda del coste de los gastos hechos por el arrendatario para la producción; como nadie debe lucrarse con perjuicio de otro y sería inicuo enriquecerse el dueño á costa del arrendatario, debe no cobrar sino en cuanto exceda de los gastos hechos.

Los menoscabos que la cosa sufra, cuando no se deben al mal uso, negligencia ó imprudencia del arrendatario, ¿de cuenta de quién son? Incluso los que se deban al empleo corriente de una cosa, son de cuenta del propietario, que habrá de reponer todas aquellas cosas que se deterioran con el uso. v. g. cerraduras, pisos, papeles y decorado de una casa: también los desperfectos debidos á causas naturales, v. g. cristales rotos por el granizo. Y si por negarse el dueño á verificar alguna reparación sobrevienen desperfectos, él habrá de pagarlos.

El arrendatario debe tratar bien la cosa arrendada, no deteriorándola más de lo que el uso corriente lleve consigo, ni molestando á los vecinos, por abusar de un modo que les sea perjudicial, de las facultades que tiene.

Por su parte, podrá exigir del dueño, que mantenga su propiedad en estado de facilitar las ventajas objeto del arrendamiento, y que ponga mano en impedir que la mala vecindad de los otros le moleste en el tranquilo disfrute de su derecho.

El arrentario puede marcharse:

I. Al terminar el plazo del arrendamiento.

II. Cuando el propietario no mantenga su propiedad

en situación de poder disfrutar, tranquilamente, de las ventajas que son objeto de los derechos del arrendatario.

El dueño puede despedirlo.

I. Al terminar el plazo del arrendamiento.

II. Cuando el vecino hace mala vecindad ó no paga.

Si el vecino se resiste, el propietario puede pedir el auxilio de la autoridad, para:

I. Lanzarle de su finca.

II. Embargar en cantidad suficiente objetos que al arrendatario correspondan y haya introducido en la finca, cuando haya de abonar alguna cantidad por arriendos ó indemnizaciones.

Si se trata de alquiler de cosa mueble, se transforman:

La despedida, en poner á la disposición del dueño el objeto alquilado,

El desahucio y lanzamiento, en la ocupación del objeto por el dueño.

¿Es un derecho real el que corresponde al arrendatario, ó es una simple relación personal entre el dueño y el arrendatario? La solución es muy sencilla, si el contrato se mantiene en la esfera de las relaciones privadas, es un derecho real; mas como nadie se halla obligado á respetar un derecho que no conoce, los derechos que los demás respetarán serán los del dueño, estimando que el arrendatario sea mandatario suyo.

Si, por el contrario, es conocido el contrato por todos; todos saben que el propietario ha transmitido parte de su derecho, y deben respetarlo, como derecho que al arrendatario corresponde y todos conocen.

Por eso, en los arrendamientos por largo tiempo se constituye, según nuestra Ley hipotecaria, un derecho real con la inscripción en el Registro de la Propiedad (1).

(1) En los arrendamientos por más de seis años ó en que se hayan adelantado tres anualidades, Art. 2.°, caso 5.°

¿Puede el dueño transmitir un derecho de los comprendidos en el dominio? Sí: una vez transmitido ¿de quién es? Del que lo adquiere: ¿Es relación de persona á persona ó de persona sobre una cosa? El derecho del arrendatario es sobre la cosa y deben respetarla todos los que la conozcan; pero ¿alterará la naturaleza de ese derecho el no ser conocido de todos? Nó; lo único que se procura, con la publicidad, es dar mayores garantías: así; yo, dueño de una casa, no la he inscrito, porque la he construido, y, por tanto, no habiendo tenido lugar transmisión alguna, *no la he tenido que inscribir*. ¿Se dirá por eso que no tengo derecho real de propiedad? Nó: luego la inscripción en el Registro no da el carácter de derecho real.

III. Depósito: sus clases.

Es un contrato por el que se obliga una persona que recibe un objeto á guardarlo y ponerlo á la disposición del que lo entregó, al tiempo convenido.

Cuestiones.—¿Es contrato unilateral? ¿Debe restituirse el depósito antes del tiempo marcado, si lo reclama el dueño? ¿Puede el depositario disponer de los fondos ó utilizar el objeto depositado?

Si el depósito es de gran molestia y compromiso, y ocasiona gastos ó perjuicios al que lo tiene, no hay inconveniente en que se retribuya.

Si el depositante pide el objeto antes del tiempo señalado, distingo: ¿Puede sin molestia demostrada, de parte del depositario, ser devuelto el depósito? Pues devuélvase. ¿Ocasiona molestias ó gastos? También; pero habrá de abonarlos aquél. La solución afirmativa se impone: 1.° por el derecho que el dueño tiene de poseer la cosa; 2.° porque lejos de ofenderse el derecho del depositario se le libra de una obligación.

El depositario puede utilizar la cosa que en depósito tie-

ne, salvo que se haya prohibido en el contrato ó sufra menoscabo ó peligro. La razón es: porque no ofende ningún derecho y obtiene algún beneficio en compensación de las molestias y responsabilidades que sobre él pesan: así se explica perfectamente el depósito mercantil, pues un Banco ó un comerciante rico siempre se supone que tiene suficientes fondos para hacer efectivos los depósitos que recibe, en cuanto se le reclamen.

El depósito *convencional* puede ser hecho en circunstancias azarosas, (v. g. caso de incendio, naufragio, inundación, terremoto, en un campo de batalla, etc.) en las que se hace preciso depositar, en poder de alguna persona, objetos de valor, y se verifica generalmente sin otra garantía (posible) que la buena fe del que lo recibe. La falta de fidelidad del depositario siempre es punible, pero lo será más en esta clase de depósitos.

Es depósito *judicial* el ordenado por el Juez, y no se debe imponer la obligación de aceptarlo sino á condición de ser retribuido.

IV. Noción del contrato de transporte.

Frecuentísimo siempre y cada vez más, tiene por objeto remitir una cosa á lugar distinto del en que se halla.

Pueden intervenir en él:

1.° Empresario .	Que tomando á su cuenta y riesgo la explotación de los transportes, representa al remitente y al consignatario, y responde ante ellos del cumplimiento exacto del encargo hecho.
2.° Porteador. . .	Encargado materialmente del transporte.
3.° Remitente . .	Que entrega la mercancía para que la trasporten.

4.° Consignatario.....	A quien debe entregarse la mercancía por el que la transporta, según mandato del que la remite (1).

V. Locacion de servicios.

Es el compromiso que contrae una persona de verificar determinados actos en beneficio de otra, mediante cierta retribución (2).

Puede tener por objeto uno sólo ó varios actos, y, cuando el que ha de verificarlos deba ponerse bajo la dirección ó dependencia del que le retribuye, se dice que entra á servirle; en cuya frase no comprendemos que se halle subordinado al señor en todo, ni que se convierta en un mero instrumento de su amo: pues el servidor es independiente en cuanto no sea necesario para cumplir con su obligación; y, así como aquel á quien sirve puede exigirle la realización del servicio estipulado, también el que sirve tiene derecho á reclamarle todo cuanto le ofreció.

Entendemos que pues toda obligación limita la libertad, debemos establecer en el contrato de locación de servicios la gradación siguiente: I. Contrato de obras, II. Contrato de trabajo, III. Contrato de servicios (3): en el primero el operario, industrial ó constructor se compromete á entregar en cierto plazo la obra ajustada; en el segundo, á ejercitar el trabajador su actividad productiva con

(1) Nuestro Cód. de comercio se ocupa de los trasportes terrestres en los arts. 349 al 379 y denomina al remitente cargador: y en el trasporte por mar (denominado fletamento) lo llama *fletador*, y al porteador *fletante* (arts. 669 y 679). El Código civil es casi completamente omiso en cuanto á este contrato (art. 1601-1603).

(2) En la obra intitulada «El contrato de trabajo en la ciencia del Derecho civil y en la legislación» escrita por Isidoro Modica (Palermo, 1897) se hallan datos bibliográficos, históricos y de legislación comparada acerca de un asunto tan difícil é interesante: la erudición del autor es verdaderamente pasmosa.

(3) El Código alemán consagra dos extensos títulos, tratando del contrato de servicios en el primero (arts. 611 á 630) y del contrato de trabajo en el segundo (artículos 631 á 651).

sujeción á las reglas estipuladas; y en el tercero, á someterse á la voluntad del amo en la realización de los actos encaminados directamente al bien de éste y que se comprendan en el contrato. La *residencia* del trabajador, durante el trabajo, en el primer caso *suele ser* lo que le convenga; en el segundo, el destinado por el amo; y en el tercero el domicilio ó lugar que el amo tiene bajo su dominio ó aprovechamiento.

Gran afinidad encontramos entre el *contrato de obras* y la promesa de venta; y no se opone á la naturaleza del contrato que facilitemos los materiales al operario, ni que al constructor le abonemos gradualmente el precio ajustado, á medida que vaya construyendo la obra encargada. Las reglas de la equivalencia se regulan por: (a) el coste de los materiales (b), el de la mano de obra (c), la retribución del personal técnico y administrativo si fueren precisos (ch); el interés del dinero en razón á los anticipos hechos, á los medios de producción, y, respecto de éstos, las reparaciones y renovaciones necesarias (d); los gastos *ocasionados* por el ejercicio de la profesión, industria ú oficio, p. e. contribución, alquiler del establecimiento, alumbrado, etc. (e), los riesgos y pérdidas probables (f) y la seguridad y exactitud en el pago de la obra.

El contrato de *trabajo* es de una importancia excepcional en los tiempos modernos. La clase más numerosa de la sociedad la forman, en casi todos los países, personas que no más de su trabajo personal pueden esperar los suficientes medios para subsistir: revistiendo, por lo tanto, una importancia tál, que los Estados modernos han sentido la necesidad de dictar leyes protectoras de la clase obrera. El obrero puede tener una pequeña propiedad, é interesarse por sumas insignificantes en sociedades ó empresas, y hasta poseer algunos valores, pero esto no cambia su condición, y al estimar que todo el que posee una vivienda ó heredad es *propietario*, todo el que forma parte de una sociedad eco-

nómica ó es *tenedor* de valores debe denominarse de *capitalista*, se incurre en el error de calificarlos por la cualidad que tiene menos importancia en ellos.

La cantidad de trabajo, la retribución justa, las condiciones en que ha de realizarse, las indemnizaciones debidas por los accidentes del trabajo, los beneficios dispensados al trabajador y la resolución de las cuestiones surgidas por la oposición y el conflicto de intereres entre el patrono y el obrero tienen *principalmente* un carácter *privado*; y la *tutela* de los intereses de la clase más numerosa de la sociedad corresponde al Derecho público.

Cantidad de trabajo. Se ha sostenido la jornada de 8 horas, dejando al trabajador para su descanso, recreo é ilustración las 16 horas restantes; pero téngase en cuenta que, por punto general, los trabajos mecánicos pueden prolongarse más tiempo, y cuando el jornal es breve aprovecha el operario las horas que le restan, trabajando en la medida de sus fuerzas, su laboriosidad y sus necesidades, para aumentar sus recursos (1).

(1) En el año 1855 se inició la cuestión de las ocho horas de trabajo por los albañiles de Sidney, en 1856 los albañiles de Melbourne realizaron una manifestación pública que fué coronada por el éxito, logrando se fijara en el mencionado plazo la duración de su trabajo. En los Estados Unidos después de varias tentativas lograron, en Mayo de 1886, 200 000 obreros la reducción deseada, y posteriormente en Inglaterra se ha votado en los congresos anuales de las Trades Unions la jornada de ocho horas. Los obreros ingleses compendian sus aspiraciones en los siguientes versos:

Eight hours to work, eight hours to play;
Eight hours to sleep, and eight shillings a day.

(Véase la obra citada de Modica, págs. 337 y siguientes). Es decir que se satisface el trabajador inglés con trabajar ocho horas, recrearse otro tanto, dormir ocho horas y cobrar diariamente ocho chelines: lo cual es trabajar muy poco, divertirse demasiado, dormir más de lo que permite la higiene y obtener un jornal casi inverosímil.

Es lo cierto que hay un fondo de justicia en las reclamaciones de la clase obrera, porque resulta inicua explotación y agotamiento de fuerzas del trabajador exigirle 14 y 16 horas de trabajo, según se pueden citar numerosos ejemplos (aun en el día): pero entendemos que la duración de la jornada debiera fijarse, en cada industria, con sujeción á la naturaleza y circunstancias del trabajo; y toda vez

La retribución del trabajo ha de ser proporcionada á la cantidad y calidad de éste, y á su eficacia en la producción y al valor de los productos; y en tesis general el mínimum del salario (1) debe cubrir las necesidades medias del trabajador: incluyendo las personales del mismo y las que por término medio tiene obligación de sufragar. En vista de la precedente regla puede comprobarse la injusticia de los mezquinos jornales de las mujeres y, en muchas casos, de los obreros (2). Como pudiera dudarse por los que tienen interés en escatimar al trabajador hasta un céntimo

que se fijara por los *gremios* respectivos, prescribirla como ley el Estado. Entendemos que nunca la jornada ordinaria podrá pasar de doce horas, aun en las industrias que requieran pequeño esfuerzo y fatiga, porque la alimentación, el descanso y los asuntos personales y el recreo del obrero deben dejarle libre siquiera la mitad del día.

Como el descanso del día festivo es una necesidad del alma y del cuerpo y no es materia susceptible de contratos privados reservamos tratar de él en Derecho público.

(1) El salario es la retribución concedida al obrero á cambio de su trabajo. Hay cuatro principales modos de retribuir el trabajo: la cooperación, la participación en los beneficios, el trabajo á destajo y el trabajo á jornal. Se llama cooperación ó sociedad cooperativa de producción, á una reunión de obreros que por sí mismos dirigen su trabajo, distribuyéndose el beneficio á partes iguales ó proporcionales. Esta forma, seductora á la imaginación, necesita para dar buenos resultados virtudes poco comunes. Por eso en la práctica ha producido las catástrofes más lamentables; y si pueden citarse algunas excepciones, es en sociedades cooperativas de producción en que los mismos asociados han instituído una autoridad patronal de hecho. En el sistema de participación en los beneficios cabe que el obrero á cambio de esta ventaja participe también de las pérdidas, si las hubiese, ó que tenga cierta parte en las ganancias sin exponerse á las pérdidas, por liberalidad del patrono, ó bien por estimular en la producción al trabajador. (Véase el folleto: Catecismo del patrono por León Harmel, traducción española de nuestro respetable amigo el Marqués de Solana). El trabajo á destajo—podemos decir que es el que calificamos de Contrato de obras, en él se da un tanto por la obra, prescindiendo del tiempo que en ella se haya invertido por el trabajador. El trabajo á jornal es el que retribuye con cierta cantidad la jornada de trabajo del operario, sin determinar la proporción entre los productos y la recompensa.

Entiende León Harmel que la forma mejor es: salario fijo unido á una prima en cuanto á la cantidad y una gratificación por la calidad.

(2) El citado Harmel dice: «El patrono debe dar al obrero un salario justo, es decir, proporcionado á su trabajo y suficiente, dentro de lo posible, en las condiciones ordinarias para atender convenientemente á sus necesidades y á las de su familia. La proporción entre el salario y el trabajo es una regla de extricta justicia; la suficiencia del salario para el sostenimiento del obrero y de su familia, la exige el interés social y la caridad cristiana». (ob. cit. pág. 45. Madrid, 1891).

por espíritu egoista y de sórdida avaricia, vamos á proponer la suficiente demostración. El trabajo, es la actividad del hombre encaminada á producir algún efecto útil para la satisfacción de las necesidades humanas: por lo tanto siendo el fin del trabajo sufragarlas, no se satisface la finalidad de éste si no se obtiene el resultado natural y propuesto por el trabajador; pero se dirá: también el capital ha de obtener su parte; mas respondemos que, los beneficios del capital son después de satisfechas las necesidades del trabajador, cuando éste consagra todo su trabajo á la producción. Es bien lamentable que se considere á los trabajadores menos que á las mulas de labor: á éstas se les da copioso alimento, cómodas cuadras, suficiente descanso y asistencia facultativa, aparte del cuantioso precio que por ellas se dió; y al operario se le da el menor jornal posible explotando la necesidad y no preocupándose el amo ó el patrono de la comida corta y poco nutritiva, del vestido miserable, del inmundo y pestilente albergue ni de nada que á las necesidades materiales y morales del obrero se refiera. Siguiendo el ejemplo propuesto, ningún labrador prudente cercenará el alimento ni nada de lo que el ganado de labor necesite, para aumentar el tanto por ciento del capital empleado en la producción; y, en cambio, se alegra cuando ha podido ajustar muy baratos los peones: lo cual nos recuerda la expresión de un novelista francés de que *el negocio es el dinero de los demás;* y aquí, el negocio es la miseria, la incultura, las enfermedades y la muerte del pobre trabajador víctima del egoísmo y de *la explotación* realizada por el *propietario*. Añadimos que el *minimum* del salario debe cubrir las *necesidades medias* del trabajador: incluyendo, en ellas, *tanto las personales del obrero, como las que por término medio tiene obligación de sufragar.* Nos fundamos para ello en dos principios (a) uno que determina el derecho, (b) el otro que lo limita.

(a) Nuestra actividad ordenada no solamente se dirije

á cubrir nuestras necesidades personales, sino á cumplir todas las obligaciones; y, en el orden jurídico, la regla debe ser: que cada persona pueda cumplir el deber que las relaciones jurídicas, normal y legítimamente contraídas, le impongan en el orden concreto, con arreglo al Derecho. Ahora bien; el hombre tiene que acudir al sostenimiento de las necesidades de la familia de que forma parte (como hijo) ó de la que es jefe (como marido y padre) y esas necesidades no solamente consisten en la alimentación, vestido, morada, asistencia facultativa y en la instrucción de los hijos menores, sino también han de incluirse el honesto recreo, los gastos de enfermedades, la previsión de los accidentes é inutilidad para el trabajo, y el ahorro para evitar la miseria en las crisis industriales y circunstancias imprevistas.

(b) Los límites del salario mínimo se restringen por dos reglas fundamentales: 1.ª Las necesidades *medias* del trabajador son las que resulten del cálculo mínimo de las que por término medio hayan de sufragar con arreglo al Derecho. Es decir que la cantidad calculada como límite inferior del salario debe bastar para satisfacer los gastos necesarios y más módicos que deba pagar el trabajador, por los mencionados conceptos, y fijando las necesidades, en las que resulten por punto general gravados los obreros: ó sea *mínimo de gasto para el término medio de las obligaciones que se hallan á cargo de un trabajador*. Ejemplo, si la familia obrera consta por término medio de cinco personas y el 70 por 100 de los ingresos se debe al trabajo personal del padre de familia, el jornal mínimo debe sufragar el 70 por 100 de los gastos más módicos, pero suficientes, para la honesta subsistencia de la familia, obrera: ahora bien, si por costumbres locales resultara que el único que gana es el marido, mientras la mujer y los hijos menores de edad viven completamente á expensas del trabajador, no ha de respetarse por el patrono tan lamentable corruptela, y habrá de hacer sus cálculos con

arreglo á lo que debia y podia ser, no considerando lo que por prácticas viciosas es en las realidades de la vida; y si con ello el jornal mínimo del bracero ú obrero ordinario resulta mezquino, cúlpese á sí misma la familia obrera, por no desplegar todas las actividades que podia: por lo cual se comprenderá lo que debe pensarse de la ociosidad de las mujeres de jornaleros en muchas regiones de España, condenando á la familia á una existencia miserable y precaria. 2.ª Regla: El jornal ó salario no puede anular por completo las ganacias del capitalista, como no sea en periodos transitorios, compensados suficientemente en lo pasado ó, probablemente, en lo porvenir. La razón es muy sencilla: los capitalistas no tienen obligación jurídica de dar al trabajador su *capital*, ni ceder los *frutos* que del mismo proceden, luego la cesión de uno ú otros será un acto de caridad pero no de justicia: más cuando han obtenido pingües ganancias ó las esperan fundadamente para el porvenir, están obligados á sufrir los vaivenes de la suerte, ya que pueden soportar las pérdidas con el exceso de ganancia, ó con sus capitales que les permiten esperar tiempos mejores, pues la industria se ha establecido con carácter permanente: mientras al trabajador no puede mermársele lo que necesita; sino por desaparecer la materia de su derecho, ó sea cuando el producto de su trabajo sea insuficiente (1).

(1) Tal es la opinión que defendemos y razonamos acerca de la cuantía del salario, entiéndase que hablamos del salario del obrero ordinario, apto y diligente: pues los hay ineptos y holgazanes, los cuales no pueden quejarse de que ganen menos: y por el contrario, los hay de aptitudes no comunes, los cuales merecen mayores salarios. Los obreros menores de edad y las mujeres habrán de ganar menos que los obreros mayores de edad; y se determinará su jornal por los efectos útiles de su trabajo, comparados con los del realizado por el obrero: si éste produce como 4, la mujer como 3 y el menor, según la edad, como 1, 2, ó 3, cada uno recibirá íntegro el valor de su trabajo: ahora bien, el mínimo, como se trata de personas que tienen á su cargo menores obligaciones con arreglo á éstas podrá fijarse en una cantidad menor.

Hemos de criticar duramente los contratos de aprendizaje por los que los amos y patronos, muchas veces, tienen servidores y trabajadores gratuitos á cam-

Además de *justo* ha de ser el salario *verdadero*, *cierto* y consistente en *dinero*; pagándose el jornal ó jornales devengados, tan pronto como los reclame el trabajador ó, en defecto de la reclamación de éste, en los periodos estipulados ó acostumbrados.

Verdadero es el salario que corresponde exactamente según el contrato, *cierto*, el que no depende del capricho de nadie ni de eventualidad alguna, sino que se halla predeterminado por los contratantes ó hay medio prudente y justo de fijarlo. Consistente en *dinero*, pues la industria la explota, en conjunto, el amo ó el patrono, y el dinero es la medida general de los valores, el lenguaje universal de los cambios, y con él puede adquirir el obrero lo que necesita. Debe pagarse el jornal según las reglas de todos los pagos y no en la clase de moneda que tiene menos estimación, porque tal forma de pago es una granjería ilícita del patrono. Pagar en especie, dando el salario en *productos* fabricados *(truck system)* es una verdadera iniquidad que obliga al operario á negociarlos con pérdida manifiesta: sin embargo, nada se opone á que pueda quedarse la parte de productos necesaria para las atenciones propias y de su familia, siendo natural en semejante caso que se le den al precio de fábrica, toda vez que de la misma los toma sin intermediario alguno (1).

El pago de los salarios debería ser á voluntad del trabajador que los ha devengado, para evitar que haya de acudir á la usura á fin de atender á sus más urgentes necesidades: únicamente al obrero que dispone de algunos medios le conviene más el pago quincenal ó mensual. El pago semanal realizado en la víspera del día festivo no es práctico, á

bio de la instrucción que éstos reciben, *aprendiendo generalmente lo que son hacer, no lo que les debían enseñar á hacer*.

La cuestión del *salario familiar* está muy bien expuesta en la obra mencionada del P. Vicent, págs. 449 y siguientes.

(1) Acerca del truckismo, véase la ob. cit. de Modico, págs. 382 y sigs.

causa de los dispendios realizados por el trabajador en los días de descanso. El mejor sistema creemos debe ser el que autorice al trabajador para pedir lo que necesite y cuando lo necesite, de los salarios que el patrono le adeuda, y hacer una liquidación mensual á cada obrero entregándole lo que hubiesen ganado y no recibido durante el mes.

Cuando se trata de un contrato de obras, los obreros que han trabajado por cuenta del contratista debían tener mejor derecho á la parte del precio del ajuste en que consistieran sus salarios no satisfechos, cuyo mejor derecho pudiera directamente exigirse del que contrató con el contratista (locador); y en todo caso las leyes debían protejer al obrero, dándole medios expeditos y seguros de garantizar y obtener el íntegro pago de sus salarios.

La cuestión del salario tiene dos soluciones, la de justicia, cuando el trabajo es productivo y deja siquiera sea moderada ganancia al capital; la de caridad, cuando no llena estas condiciones, ya por ineptitud del trabajador, crisis económicas que rebajen el precio de los productos ó dificulten su venta ú otras causas equivalentes, y el trabajador no ha podido proveer ó no ha previsto á tales contingencias. La de justicia pueden darla los ciudadanos, inspirándose en la Ley reguladora de estas relaciones jurídicas, la de caridad no más que el amor de Dios puede darla: pues, en el orden humano, los beneficios desinteresados hechos al prójimo ni siempre se utilizan ni agradecen debidamente por los socorridos, ni son casi nunca recompensados (1).

(1) Los falsos profetas de los tiempos modernos han sublevado las pasiones del obrero, han concitado sus odios contra los propietarios y capitalistas; pero *no le han dado nada:* como dice un notable escritor, *le han quitado el Cielo sin darle la tierra;* y muchas veces han hecho un *modus vivendi* de las publicaciones y subscripciones sostenidas ó recaudadas, respectivamente, entre millares de obreros que restan una parte de su pobre jornal, para darlo á quien, predicándoles contra las explotaciones de capital, explota indirectamente las malas pasiones del trabajador, logrando así algunos escritores ú oradores, vida cómoda y *esencialmente burguesa.* Nunca hemos visto que se dediquen los que se llaman amigos

La caridad en favor del obrero debe ejercerla en primer término el patrono; si éste no puede llenar cumplidamente tal deber, los demás suplirán lo que falte; y caso necesario, en representación de todos, la sociedad (1).

del pueblo á una vida de abnegación y sacrificio ejercida sistemáticamente en obsequio del pobre obrero; y como socio, aunque indigno, de la Asociación de San Vicente de Paúl, aseguro que no he hallado en mis *visitas* á ningún propagandista del socialismo que con sus cuidados ó auxilios acudiese al hogar desolado por la enfermedad y la miseria; y es que resulta más cómodo vociferar en el club, el meeting, el café ó la taberna que compartir la tristeza, el abatimiento y la desgracia.

Que nos presenten los socialistas ejemplos de abnegación en favor del pobre análogos á los que nos ofrecen á cada paso las congregaciones religiosas, y conoceremos el árbol por el fruto: desgraciadamente hasta la fecha los frutos legítimos del socialismo son la apostasía del obrero, su desmoralización y numerosas perturbaciones sociales.

(1) Las instituciones benéficas de la Sociedad hullera española, transcriptas en la mencionada obra del R. P. Vicent (pág. 659) señalan el principio fundamental en los siguientes términos: «La sociedad hullera española, inspirada únicamente por el propósito de favorecer el bienestar del personal (empleados, dependientes y obreros) de sus minas de Aller, dedica una parte de los beneficios realizados en la explotación á las instituciones benéficas siguientes, cuya creación es meramente voluntaria, y no puede, por lo tanto, dar origen á derechos legales contra la Sociedad.

1.° Caja de retiros: su objeto es auxiliar al personal y familias del mismo con pensiones y socorros y premiar la duración de los servicios y buena conducta.

2.° Sostenimiento de escuelas para niños y niñas.

3.° Seguros sobre la vida del personal.

4.° Gastos que ocasione el servicio de la Caja de ahorros.

5.° Sostenimiento, en su día, de un Asilo de huérfanos é inútiles del trabajo y de cualquier otra institución benéfica con que quiera favorecerse al personal.

6.° Caja de socorros.

7.° Círculo de empleados y obreros de las minas de Aller.»

A continuación se insertan los respectivos reglamentos á que da el V.° B.° el Presidente de la Sociedad el benemérito patricio español Sr. Marqués de Comillas, cuyo ejemplo debiera seguirse por los muchos potentados que no piensan más que en derrochar sus bienes, depravando su alma y destruyendo su salud.

Sanz Escartín después de citar datos muy curiosos relativos al extranjero, dice: En España, la Compañía del ferrocarril del Norte abrió, en 1873, una cuenta de pensiones de retiro cuyos gastos soporta por entero, y que sirve actualmente (Marzo de 1896) 255 pensiones, con un gasto anual de 103.890 pesetas. Durante el año 1894 el total de subvenciones á las cajas de previsión y retiro, y de los socorros, medicamentos, médicos, vestuario, etc., ha importado 1.405.623'05 pesetas, á cuya suma ha contribuido la Compañía con 1.169.281'05, y con 136.372'50 el personal; siendo las 99.609'50 restantes *producto de las billetes de andén*. La Compañía Trasatlántica satisface por pensiones más de 300.000 pesetas anuales, y su generosidad es tal, que sólo en la segunda quincena de Marzo de 1896 figuran en sus listas 115 concesiones de auxilios (págs. 186 y 187).

Las *condiciones del trabajo* deben ser las que reclaman la moralidad y la higiene: de suerte que no sea ocasión de abusos, coacciones, corrupción y escándalo para los obreros, principalmente cuando se trata del trabajo de las mujeres y los niños; y ni por el número excesivo de horas, falta de condiciones de salubridad del lugar, ni por las molestias é inconvenientes que la fabricación ó el cultivo lleven consigo se perjudique la salud del obrero (1).

D. Arturo Daumis y Grau, en su Memoria presentada al Congreso Católico de Tarragona (Octubre de 1894), estudia la necesidad, conveniencia y justicia de la casa obrera, sana y barata, y se lamenta de que las viviendas obreras produzcan el 6 ó el 8 por 100 al dueño, mientras las lujosas solo reditúan el 2 por 100, y ese 4 ó 6 por 100 de diferencia se arranca al pobre obrero á expensas de la alimentación y de la vida, por la estrechez y malísimas condiciones de su morada. El autor elogia el Familisterio de Guiza, palacio para 1.500 personas ocupadas en las fábricas del propietario Mr. Godin, donde se las da habitaciones confortables, agua, gas, asistencia médica, baños, lavaderos, biblioteca, teatro, casa-cuna, escuelas gratuitas, etc., siendo el alquiler medio de 10 francos mensuales con opción á todos los servicios. Propone, además, el establecimiento de restaurantes económicos para los obreros, en los casos en que éstos se vean en la precisión de trabajar lejos de sus moradas. Cita como ejemplos, el albergue de San Antonio de Barcelona y el de la Colonia Rosal Hermanos de Berga (provincia de Barcelona), dirigidos ambos por Comunidades religiosas. En defecto de medios de formar las mencionadas instituciones propone el sistema Gäslengen (Wurtemberg) donde un coche, por tres céntimos diarios lleva la comida caliente á los obreros. Cuando el obrero haya de pernoctar fuera de su casa, propone el establecimiento de asilos especiales, como el Hotel Louise de Lieja para los mineros. (Véase la Crónica del mencionado Congreso, págs. 648 y 649).

En España la situación de los obreros del campo que, según afirma D. José Bayer y Bosch pasan de tres millones y medio, es tristísima y sus viviendas no reunen las condiciones necesarias para morar en ellas sóres racionales. (Crónica, págs. 650 á 654).

El Boletín de la Sociedad francesa de habitaciones baratas, ha publicado la estadística correspondiente á 44 sociedades de construcciones obreras existentes en Francia cuyos capitales ascendían á 9.421.379 pesetas.

(1) Aun admitiendo la posibilidad de que ciertas operaciones que concurren á la producción industrial, puedan realizarse por el obrero en su propia morada no vemos posible de sustituir por completo al trabajo colectivo de la fábrica ó el taller por el individual del trabajador hecho en su propio domicilio: es verdad que la transmisión de la energía eléctrica, del gas y del vapor al domicilio del obrero pueden favorecer la industria en pequeño ejercida en la propia casa del trabajador; pero ni todas las industrias se prestan á tal fraccionamiento de trabajo, ni deja de ofrecer más graves inconvenientes bajo diversos puntos de vista: mayor coste de la fuerza motriz, falta de condiciones higiénicas y necesarias para el trabajo en la casa pobre y mezquina del operario, transporte de las primeras materias á la casa y de los productos al almacén, etc.

Como testimonio de la esclavitud á que la gran industria somete al trabajador,

Los accidentes, las enfermedades y la muerte del trabajador pueden ser objeto de *indemnización* cuando hay persona que tenga culpa ó haya resultado con el beneficio procedente del acto que ha ocasionado tales daños al trabajador; pero hay veces que en tales acontecimientos acaecen sin culpa ni beneficio de persona determinada, ó por culpa del trabajor, ó bien sin culpa de nadie; y las soluciones han de ser diversas según los casos.

I. Cuando hay persona culpable debe imdemnizar por completo; si recibió un tercero el beneficio resultante del acto dañoso al operario, en proporción á la ventaja lograda y al daño causado será la indemnización.

II. Si el obrero, por negligencia, imprevisión, temeridad ó voluntariamente se ha causado el daño, nadie responderá por ajenas culpas y sufrirá el daño que se causó sin opción á resarcimiento.

III. Si nadie ha tenido la culpa, en este caso distinguimos: si (a) el daño ha tenido lugar por causas puramente naturales (b), ó bien por los medios artificiales de producción empleados (c) ó por la combinacion de unas y otras.

Ejemplos: (a) un desplome de terrenos causa la muerte de los braceros que trabajaban en ellos (b), un maquinista resbala y cae sobre el hogar encendido de una máquina de vapor (c), una chispa eléctrica inflama un depósito de substancias explosivas destinadas á la fabricación y produ-

en ocasiones, remitimos al lector á la memoria presentada por Leclercq al Congreso católico internacional de Bruselas sobre «La organización del trabajo de los negros en las minas de diamantes de Kimberley, en la Colonia inglesa del Cabo. Ocho mil trabajadores tiene á su servicio la Compañía que asegura el monopolio de la explotación de los diamantes, y que lleva por nombre De Beers Diamont Mining Company.

Los infelices trabajadores negros durante su contrato están encerrados en la mina y en el edificio que con aquélla comunica; trabajan doce horas á 300 metros de profundidad, descansan otras doce y ganan como minimum 25 francos por semana: en tanto que el salario mínimo de los 1.400 trabajadores blancos es de 90 francos semanales y viven libres y con todas las comodidades y atractivos que pueden hacerles agradable la vida.

ce lesiones á un operario que se hallaba en las cercanías.

La solución en la primera hipótesis habrá de darla únicamente la caridad: en las dos siguientes la justicia, ya que ó se ha previsto el peligro al ajustar el jornal ó nó, en el primer caso es de justicia el dar un aumento proporcionado de salario ó bien establecer un seguro para el caso de accidentes del trabajo; y si no se ha previsto, la indemnización que se debe suple la omisión que se cometió, con perjuicio del obrero, en el contrato de trabajo. En esta materia seguimos en cierto modo la distinción entre *fuerza mayor* (la que no puede preverse ó aun prevista no puede ser contrarrestada por el sujeto, procedente de causas naturales) del *caso fortuito* (que es un accidente degraciado inculpable en el sujeto) cuyo concepto puede aplicarse á los accidentes que provienen del ejercicio de la industria (1).

Los beneficios al trabajador pueden consignarse en el

(1) Aun los más versados en el derecho suelen usar indistintamente los términos *fuerza mayor* y *caso fortuito* entendemos que el *caso fortuito* es literalmente un concepto más genérico que la *fuerza mayor*, ya que todo accidente desgraciado no previsto y que no se ha podido evitar es un caso fortuito. En los ejemplos anteriormente indicados sería impropio decir que el maquinista que cayó en el hogar había sido víctima de fuerza mayor: se trata de un accidente desgraciado (caso fortuito); en cambio ninguna duda cabe que se trata de fuerza mayor en el caso de hundimiento de terrenos. El criterio diferencial creemos que es el principio de causalidad natural y causalidad natural y combinada con actos del hombre, aplicándose autonomásticamente en este caso último (de combinación de causas) el título de caso fortuito.

Al efecto de que no se pase por nuestra opinión, que no tiene otro prestigio que los del valor del fundamento racional expuesto, vamos á indicar la doctrina de reputadísimos jurisconsultos. Para Goldschmidt la fuerza mayor consiste en un evento natural ó producido por un extraño, que no podría evitarse aunque se adoptaran las precauciones que la prudencia aconsejara. Según Exner, la fuerza mayor es un acontecimiento que (1), extraño á la marcha de la industria, al producirse en ésta causa daño á las personas ó á los bienes, y (2), por la forma y gravedad en su manifestación, sobrepasa la previsión de los acontecimientos del ordinario curso de la vida. Comentando Modica las dos opiniones opta por la última, ya que adoptando un criterio objetivo es de más fácil aplicación práctica, pone el ejemplo de un incendio de la fábrica por mano airada ó á causa de rayo, etc., en cuyo caso no grava al patrono con la indemnización del daño causado; y, en cambio se debe indemnizar al operario de las desgracias acaecidas como consecuencias inevitables de la industria (caso fortuito).

contrato de trabajo, en las reglas del establecimiento industrial ó en las disposiciones tutelares del Estado; medios adecuados para poder exigir como de justicia lo que, en otro caso, no pasaría de deber de benevolencia.

Las cuestiones entre obreros y patronos pueden resolverse, amistosamente, entre los representantes de los obreros, y los patronos ó sus representantes; pero más prudente creemos que se resuelvan por Tribunales del Estado, cuando la conciliación amistosa no fuera fácil ó eficaz. Los poderosos tienen medios de hacer capitular á los débiles, y esos recursos no les valdrían en un Tribunal respetable, que tampoco se intimidase por las amenazas, motines y desmanes de los obreros.

El *contrato de servicios* establece cierta potestad en el amo y la correspondiente sumisión en el criado; pero sería una inicua tiranía el absorber toda la actividad del criado sin permitirle más que el reposo y la satisfacción de sus demás necesidades materiales: porque el criado no es un simple medio, sino que es un hombre dotado de todos los derechos innatos, y ha de realizar sus fines propios con la necesaria independencia: por lo cual no podrá pactarse un contrato que absorba la actividad de la persona, ni por toda la vida. La servidumbre voluntaria (si no quiere significar más que la subordinación, y ésta no anula nuestra personalidad ni nos impide conseguir nuestro fin), no hallamos inconveniente en que se pacte; pero la perpetuidad absoluta y todo plazo convenido con carácter de irrevocable, pueden ser incompatibles con la dignidad humana, cuando no permitan la realización del propio bien: p. e. no vemos inconveniente para poderse alistar bajo las banderas del ejército; pero ni debe ser vitalicia la obligación contraída, ni dejar de admitir medios para salir del servicio militar; de aquí las *reservas*, y los *retiros* que se conceden ó imponen á los militares. Nada tienen que ver con esto los votos religiosos perpetuos: pues quien sirve á Dios y en su honor sacrifica

sus propias pasiones, cumpliendo su promesa, realiza su fin con más perfección (1) que en el siglo, y no han de faltarle, si tiene buena voluntad, los auxilios divinos, para cumplir exactamente los deberes que su estado le impone.

Las reglas del contrato de trabajo tienen aplicación completa al de servicios; pero la intimidad de vida, al propio tiempo que produce mayor sujeción y molestia al criado, le hace participar en cierto grado de los bienes de la sociedad doméstica; y los accidentes y la inutilidad para el trabajo sufridos en el servicio de la casa serán objeto de la indemnización debida en justicia; y, según las circunstancias de cada caso, cuando en el *contrato de trabajo* no habría lugar más que á deberes de caridad, éstos pasan en más ó menos grado á ser de justicia en el contrato de servicios: vemos que cuando á un criado que sirvió con fidelidad toda su vida se le despide, á la vejez, de la casa en que consumió trabajando todas sus energías, abandonándolo á sus pobres recursos, produce tan escandaloso hecho profunda indignación en las personas honradas.

VI. Mandato ¿es el carácter gratuito el que le distingue del anterior contrato?

Por medio del mandato encargamos á otra persona la gestión de nuestros negocios, otorgándole las facultades necesarias para llenar su cometido. Como advierte muy oportunamente Viso (2), para celebrar las convenciones

(1) Si alguno dijere que el estado de matrimonio debe preferirse al estado de virginidad ó de celibato; y que no es mejor ni más feliz mantenerse en la virginidad ó celibato, que casarse, sea excomulgado (canon X, sesión XXIV del Concilio de Trento). Verdad es que decía San Pablo á los Corintios (Epístola 1.ª, cap. VII, vers. 9) mejor es casarse que quemarse; pero una vez hecha promesa solemne á Dios de guardar castidad, habría que demostrar, para combatir el celibato religioso, que las pasiones humanas relativas á este punto eran absolutamente incontrastables: cosa que nunca se probará, tomando en cuenta el divino auxilio, *necesario* al hombre, no tan sólo en el estado religioso sino en todos los demás, y en las diversas ocasiones y peligros de faltar que durante su vida habrán de presentarse.

(2) En su Derecho civil, tomo 3.º página 360.

que puedan interesarnos, no es necesaria nuestra presencia ni que tratemos por nosotros mismos los asuntos: «pues ni las facultades de los hombres son tales que á todos les sea fácil comprender la fuerza de los actos civiles en que quieran intervenir, ni aun cuando en todos se supusiera la inteligencia necesaria para comprenderlo, ha decreerse que á todos ha de serles posible y conveniente atender por sí mismos á los negocios que les puedan interesar». Para salir al encuentro de tales inconvenientes, nada más sencillo que delegar en otra persona las facultades que nosotros tenemos, al efecto de que verifique algún acto en obsequio nuestro.

Se afirma que el mandato es gratuito por naturaleza, pero no es exacto; pues todo trabajo merece retribución, y lo que distingue al mandato de la locación de servicios es, el carácter que el mandatario tiene de «representante del que le hizo el encargo».

Hemos de observar, que no en vano se dice del abogado, que devenga honorarios, y no se llama su retribución salario, jornal ni de otra suerte; en el caso propuesto, la dirección de los asuntos corresponde al hombre de ciencia á que recurrimos; y se distingue perfectamente la remuneración debida, del pago de los servicios que con arreglo á nuestras inmediatas órdenes se verifica.

¿Es concebible un mandato de perpetua duración ó por un plazo fijo é irrevocable? La relación jurídica que por este contrato se determina, nacida de la necesidad ó conveniencia, basada en la confianza y mantenida por la cordialidad, no es precisa: cuando el mandante halla mayor facilidad y ventaja en desempeñar por sí mismo ó por otra persona los asuntos encomendados, no puede existir en el momento que nace la desconfianza respecto del mandatario; y, finalmente, será imposible su mantenimiento, si las comunicaciones se hacen difíciles entre ambos contratantes, porque han de proceder con unánime acuerdo. En todos los

casos propuestos, hay lugar á la revocación del poder otorgado por el mandante.

También el mandatario podrá renunciar al cumplimiento de la obligación contraída: cuando no le sea posible ó el mandante le retire su confianza, falte gravemente á las merecidas consideraciones y cuando no le pague la recompensa pactada (1).

Por último, como para celebrar este contrato se toman en cuenta las cualidades personales del mandatario y las relaciones que éste mantiene con el mandante, la muerte del uno ó del otro dará lugar á la terminación del cargo: porque si muere el primero, su obligación era de carácter personal; y caso de fallecer el segundo, no puede obrar el mandatario en representación de una persona que no existe.

El contrato de *agencia* ó de *corretaje* tiene por objeto utilizar los servicios de una persona, al efecto de que suministre la ocasión, y facilite que se realicen de los contratos que desea celebrar el que le encomendó la gestión: entendemos que se refiere al contrato de trabajo, en cuanto precisa ciertas gestiones y á veces costosas; y al de mandato, en que no las hace por su cuenta el corredor, sino por encargo del comitente.

CAPÍTULO I.°

SOCIEDAD, TRANSACCIÓN Y COMPROMISO; CAUCIÓN, PRENDA, HIPOTECA Y SEGUROS

I. Contrato de sociedad: distintas clases de sociedades en Derecho Privado.

Siempre se ha sentido la necesidad de formar sociedades, y, aparte de las que son necesarias para que se realice la vida del género humano, han constituído los hombres otras, á fin de conseguir algo que sea inaccesible al esfuerzo de uno solo.

(1) Dado que no admitimos la necesidad de que el mandato sea gratuito.

El contrato de *sociedad* tiene por objeto reunir varias personas los medios de que disponen, para conseguir alguna ventaja común ó algún beneficio repartible entre los que la forman.

Atendiendo al grado de responsabilidad que por las obligaciones sociales contraen los socios, se clasifican en *colectivas, anónimas y comanditarias.*

Llámanse *colectivas*, cuando todos y cada uno de los socios que las componen responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones que la sociedad contraiga. *Anónimas*, si los socios no responden más que con la cuota que aportaron, y cada uno percibe ganancias en proporción á la parte que tenga en el capital de la sociedad. *Comanditarias* son aquellas en que hay socios que responden solidaria é ilimitadamente, y otros nada más con sus cuotas.

Tomando en cuenta los medios que consagran los socios á la obtención del fin social, distinguimos las sociedades *universales*, que comprenden todos los bienes de los socios; y *especiales*, de fin determinado, y medios restringidos subordinados á su obtención.

En el orden familiar hallamos, además de la sociedad de gananciales, prescrita por el Derecho natural entre los cónyuges (1), la establecida entre padres é hijos cuando forman una sola sociedad doméstica, y el consorcio nacido en ciertos casos de indivisión de bienes (2).

Aunque la utilidad sea el móvil de las asociaciones que tienen por objeto los bienes materiales, podemos identificar nuestro fin con el social ó estimar la consecución de éste, únicamente como medio para obtener las ganancias que de él resulten; de aquí la clasificación que proponemos, de sociedades *cooperativas* y de *lucro*. Las primeras, tienen por objeto comunicar á cada uno de los socios,

(1) Por más de que por Derecho positivo se sujeta á contrato, dando lugar á restricciones injustas de tan prudente y equitativo principio.

(2) Del cual haremos indicación al tratar de los cuasi-contratos.

en la parte correspondiente, el mismo fin que se propone la sociedad; de modo, que no se trata directamente, por éstos, de repartirse las ganancias, sino de conseguir de una manera gratuita la ventaja procurada por la sociedad que forman (1). Podrán llamarse sociedades de lucro, aquellas en que los socios se prometen conseguirlo, con el reparto de las utilidades que la realización del fin social produzca.

II. Intervención de la autoridad en las sociedades de carácter privado.

Del principio fundamental consignado al ocuparnos de la libertad de asociarse que los hombres tienen (2) se deduce, que cometería un abuso el Estado, si exigiera, para constituir las sociedades privadas (3), examen previo y au-

(1) Las sociedades cooperativas de crédito, de producción y de consumo, las de seguros y las de socorros mútuos, vienen á proporcionar recursos, trabajo, alimento, auxilio é indemnización de los daños sufridos, á los que, en otro caso, perecerían ó sentirían grandes privaciones.

Con las sociedades de esta clase, deja el individuo de ser egoista, gana más, conviértese en elemento de orden y realiza el bien ético, económico y jurídico.

«El capital que necesitan estas sociedades.... se forma con los ahorros de los socios y también, aunque no siempre, tomando á préstamo las cantidades necesarias.... Constituyen el fondo social las cuotas de entrada y periódicas que entregan los socios, la acumulación de ganancias y lo obtenido á préstamo, cuando la sociedad apela á recursos extraños. La economía y el crédito son las bases de estas sociedades: suponen por consiguiente en los socios actividad, inteligencia y moralidad» (Madrazo) y pueden mejorar las condiciones en que viven las clases poco acomodadas.

Las sociedades cooperativas de *crédito* proporcionan á los socios capital; las de *consumo*, artículos destinados á este objeto; y las de *producción*, participación proporcional en los productos: eliminando en el primer caso la ganancia del capitalista, en el segundo la del comerciante al por menor y en el tercero la del empresario, en beneficio de los asociados.

Según dice D. Joaquín Costa (en su citada obra, pág. 416) en Octubre de 1896 el Sr. Piernas y Hurtado presentó al Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional un registro y memoria descriptiva de 194 sociedades españolas; á saber: 5 de crédito 32 de producción, 154 de consumo y 2 de construcción de casas.

(2) Págs. 122 y 123.

(3) Págs. 140 y siguientes.

torización del poder civil: pues nadie mejor juez, de su propia conveniencia, que los individuos; y mientras no se demuestre que los particulares cometemos injusticia, debemos ser reputados buenos y justos. Por todo lo cual, si la ley exigiera los anteriores requisitos, obraría fuera de sus atribuciones, que se refieren al orden público, invadiría la esfera de acción privada de los ciudadanos, les causaría el agravio de juzgarles sospechosos de injusticia, sin tener indicios contra ellos, y resolvería, sin pleno conocimiento de causa, un asunto que directamente no le interesaba.

La vida de las sociedades (1) privadas no debe ser objeto de la vigilancia de la autoridad; valiendo, al efecto, las mismas razones que apoyan la libre constitución de aquellas.

Amplia libertad, publicidad de los actos y responsabilidad eficaz, tales son los principios jurídicos de las sociedades civiles.

En razón á la grandísima importancia que la materia reviste, las leyes han consignado preceptos muy detallados de *carácter supletorio*, ó sea, que rigen á falta de voluntad expresa de quienes han de cumplirlos. Como ejemplo citaré la sociedad de bienes que con el matrimonio se forma: ya dijimos en su lugar propio cuál era el régimen económico en la sociedad conyugal; réstanos decir, tan sólo, que los contrayentes pueden celebrar capitulaciones matrimoniales en que se pacte cuanto estimen conveniente determinar acerca de las facultades y derechos que, respecto de sus bienes, cada uno confiere al otro ó expresamente se reserva: cuyo contrato producirá efectos, en cuanto no se oponga á la naturaleza del matrimonio ni á los principios generales de justicia.

(1) Como la vida es un principio substancial, el Estado con su *acción exterior* sobre las sociedades no puede darles la vida.

III. Distribución de los productos que la sociedad obtenga.

Si en el contrato se pactó la parte correspondiente á cada uno, cúmplase lo convenido.

Si no se pactó, cada socio tiene opción á una ganancia proporcionada al valor de los medios que ha puesto en común para realizar el fin social (1): las pérdidas deben soportarlas los socios capitalistas, en proporción al capital que han aportado; pero los socios industriales no pierden más que su trabajo.

IV. Transacción y compromiso.

La *transacción* es un contrato que tiene por objeto evitar un litigio ó ponerle fin, mediante recíprocas cesiones (2).

Como el que transige cede algo, este contrato requiere

(1) A pesar de la fijeza y exactitud de la regla precedente, como sería difícil discernir el respectivo valor de cada elemento que ha intervenido en la producción, han optado las leyes por un criterio más fácil en la práctica. La ley romana dividía las ganancias por partes iguales entre los socios, doctrina que adoptaron las Partidas. El Código civil francés (art. 1853) determina el principio (adoptado por nosotros) de que cada uno perciba proporcionalmente á lo que ha aportado al fondo común, y el socio que lo sea sólo por industria, tendrá parte igual á la del que haya aportado menos. Nuestro Código civil, después de copiar los preceptos del francés, añade: que si además de su industria hubiere aportado, el socio, capital, recibirá también la parte proporcional que por él le corresponda. Nada tenemos que objetar al principio general que las leyes modernas establecen, más equitativo, sin duda alguna, que el de las anteriores; pero asignar al socio industrial lo que al menor de los capitalistas, es una solución arbitraria y que puede conducir á enormes injusticias. Ejemplo: A y B ponen á la disposición de C el primero un capital de 10.000 duros y el segundo uno de 1.000; las ganancias obtenidas mediante el trabajo de C son de 12.000 pesetas luego el reparto legal será: 10.000 para el socio A y 1.000 para el socio industrial, como para el menor capitalista; siendo así, que ha podido suceder, que el trabajo del socio que lo es por industria valga tanto ó más que el capital de todos, como elemento productor. Mucho más equitativo nos parecería, dar al capital el interés legal y el resto de los productos al que con su gestión eficaz ha dado lugar á ellos, cuando no se hubiera pactado el modo de repartir los productos.

(2) Nuestro Código *define* la transacción «Un contrato por el cual, las partes, dando, prometiendo ó reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito ó ponen término al que había comenzado» (art. 1809).

que tenga, el que verifica la cesión, la misma capacidad que para enajenar se determina.

El *compromiso* es un contrato por el cual dos ó más personas, que tienen una cuestión entre sí, la someten á la decisión de un tercero. No puede hacerse objeto de sus estipulaciones más que la delegación de las facultades que tendrían los interesados si resolvieran, de común acuerdo y directamente, la cuestión de que se trata.

Es *indispensable* determinar en el contrato: 1.° El asunto sobre que ha de resolverse, 2.° las personas que se designan para que conozcan de él y lo fallen, 3.° expresar asimismo, las facultades que les confieren y la eficacia de su decisión; y será muy conveniente, señalar el *lugar* donde ha de seguirse el juicio, el *plazo* dentro del cual ha de terminarse y el *procedimiento* que ha de seguirse (1).

Contrato permanente de compromiso no es admisible: pues no debe ser compromisario sino el que tenga la confianza de los que le encomienden la resolución de sus cuestiones.

Los Estados han recurrido muchas veces al arbitraje, para dirimir las contiendas que unos con otros mantienen; generalizándose hoy, por fortuna, este medio de resolver los conflictos internacionales pacíficamente (2).

V. Qué se entiende por caución.

Es un contrato accesorio en que, presupuesta la existencia de una deuda, un tercero se compromete con el

(1) Nuestro Código civil se remite á la Ley de enjuiciamiento donde trata de los juicios de árbitros y de amigables componedores; y mientras la sentencia de los primeros ha de ser conforme á derecho y á lo alegado y probado, los segundos pueden prescindir de las formas legales y fallar según su leal saber y entender.

(2) En el Derecho Internacional Público nos ocuparemos de tan importante institución, como medio de evitar las guerras.

acreedor á pagar por el deudor, en caso de no cumplir éste con su obligación (1).

La existencia de la obligación principal justifica la de la accesoria, la cual, si precede, ha de ser bajo la condición de que la primera tenga lugar.

Es muy razonable que, salvo pacto en contrario, antes de reclamar del fiador, se pida y obtenga el pago con los bienes del deudor; y sólo en cuánto éstos no alcancen á cubrir la cantidad total debida pueda dirigir el acreedor su demanda contra el obligado en segundo término (2): estos beneficios de que disfruta el fiador se llaman de *orden* y de *excusión*.

Si son varios los fiadores y uno de ellos ha pagado, podrá reclamar de los demás cofiadores la parte que proporcionalmente les corresponda: y, á no ser que haya pactado la solidaridad, cada uno de los cofiadores responderá de la parte que le toque satisfacer.

Pagada la deuda por el fiador, tiene derecho á que el deudor le indemnice cuanto por éste haya tenido que satisfacer, así como los daños y perjuicios que haya experimentado por su causa.

VI. Contratos de prenda é hipoteca

Tienen, por objeto, dar garantía del cumplimiento de la obligación para cuya eficacia se constituyen, *mediante la concesión, al acreedor, de los derechos reales de prenda ó de hipoteca* (3).

(1) La caución puede ser de tres clases: personal, pignoraticia é hipotecaria: según que garantiza el cumplimiento de la obligación una persona que tiene responsabilidad conocida y suficiente, ó en seguridad de que se cumplirá el deber jurídico se constituye el derecho de prenda ó el de hipoteca en favor del acreedor.

(2) El art. 1.831 del Código civil excluye también los casos de quiebra ó concurso del deudor, y cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del reino.

(3) El art. 1.864 del Código señala como objeto de la prenda, tan sólo, las cosas muebles; pero no es éste el carácter que la distingue de la hipoteca, sino el indicado al tratar de los respectivos derechos reales.

La hipoteca *convencional* (1) es un contrato por el que se responde del pago de una deuda con el valor de ciertos bienes, sin traspasar su posesión. Será *expresa* ó *tácita*, la hipoteca que se constituye, según conste en los registros públicos y pueda llegar á conocimiento de cuantos tengan interés en ella, ó no aparezca de una manera ostensible. Será *hipoteca general* cuando esté afecto á su pago todo el patrimonio de una persona; y *especial* si tan sólo se halla sujeta determinada finca.

En el contrato de prenda, se transmite al acreedor la posesión del objeto que sirve de garantía al cumplimiento de la obligación.

III. Pactos anticrético y comisorio.

Por la *anticresis*, el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble, con la obligación de aplicarlos al pago de intereses, si se debieren, y, después al del capital de su crédito (C. civ. art. 1881). De los frutos, para la computación de las cantidades que como pago el acreedor recibe, han de rebajarse los gastos que ha sido preciso hacer en consideración á la finca *(fructus intelligendi non sunt nisi impensis deductis)*.

En el pacto anticrético se constituye un derecho real muy semejante á los de prenda é hipoteca; diferenciándose, sin embargo, en el aditamento de recibir en pago los frutos de la finca.

Nada ofrece de reprochable la anticresis, de admitir la justicia de los intereses que se pactan.

En el pacto *comisorio* se impone, como pena, la pérdida del objeto por uno de los contratantes, caso de no cum-

(1) En oposición á esta clase de hipoteca establecen las leyes derecho á constituirla en ciertos casos, y aun en algunos la imponen directa y eficazmente aunque no medie contrato alguno: como por ministerio de la ley se determinan denominanse *legales* (véanse el art. 202 y siguientes de la Ley hipotecaria, y el Reglamento).

plir la obligación contraída: como puede abusarse y ser pena excesiva, tiene perfecta razón de ser el precepto legislativo que declara la nulidad de estos pactos.

IV. Seguros ¿Debe ser el Estado el único asegurador?

Herman dice que son los seguros, *el comercio del resarcimiento de daños*.

La propiedad que tenemos se halla expuesta á desaparecer ó deteriorarse, por casos fortuitos; los frutos y esperanzas fundadas de obtener algún provecho, pueden verse malogrados; pero esta posibilidad no se convierte en realidad sino en pequeño número de casos; p. e.: si en un pueblo de mil casas se observa que todos los años hay, por término medio, de cinco á seis incendios, los daños causados suben aproximadamente á 1.000 pesetas, y los edificios valen un millón, un especulador puede apreciar: que exigiendo 1.500 pesetas anuales, ó sea, uno y medio por mil, puede obtener 500 de ganancia; en cambio, los vecinos estimarán conveniente para su tranquilidad, mediante un desembolso tan pequeño, tener la seguridad de que no han de verse privados de su vivienda, por causa de incendio; puesto que si lo sufren, les darán medios para reconstruir lo que se arruine ó destruya.

Según Wagner, el Estado debe ser el asegurador, evitando así las estafas y los gastos de sueldos, primas, reclamos y bombos que muchas empresas de seguros acostumbran; proporcionando, de este modo, socorro á los necesitados, gratuitamente, ó á menos costa.

Nosotros profesamos las siguientes ideas:

El seguro es *directamente* en interés del asegurado:

Puede ser hecho por una sociedad de socorros mútuos;

Siendo explotado por una sociedad mercantil, quizá en ocasiones no sea más cara: cuando ésta se contente con ganancias muy módicas, ó haya hecho tarifas mal calcu-

ladas que le resulten perjudiciales, ó en fin en casos excepcionales (1).

Si hubiera diversidad de cuotas y perdón á los pobres, lo pagarían los ricos.

Un sistema que podría en la práctica ofrecer las mayores seguridades y ventajas, sería el de asociarse cuantos pertenecen á una profesión determinada, establecer una tarifa, hecha según el cálculo de probabilidades; nombrar para la junta directiva los que de entre ellos ofrecieran mayores garantías de probidad, celo é inteligencia; y conjurar, de este modo, los daños que por diferentes eventualidades pudieran amenazarles (2).

Comprendiendo el gran beneficio que pueden proporcionar las sociedades de seguros, no vemos la utilidad que los asegurados reporten de las enormes sumas gastadas en instalaciones, anuncios, agencias y demás dispendios por algunas usados, que nadie tendrá la *filantropía* de abonar, y, por tanto, habrán de costearlas los que á ellas recurran: esto, aparte de la ganancia que la sociedad se prometa, llevando, por el seguro, más del capital que probablemente arriesgue.

V. Contratos innominados: Ejemplos.

En el gradual y progresivo desarrollo de las relaciones jurídicas, hallamos el origen de algunas, que al principio no tienen apenas importancia; pero el uso frecuente que de ellas se hace y su natural desenvolvimiento, fijan la

(1) P. e. si el siniestro ha sido muy general, en caso de sociedad mutua limitada en extensión, resultarían con derecho á indemnización una gran parte de los asegurados, mientras que en las sociedades á prima fija, que extienden sus negocios á una ó más naciones, siempre hay menos probabilidad de que el siniestro alcance tanta extensión como los negocios de la sociedad.

(2) Si existen sociedades para funerales entre los profesores, ingenieros y otras clases y asociaciones ¿por qué no han de formarse para prevenir el gravísimo perjuicio que, por diferentes causas, pueden sufrir los socios y sus familias?

atención de los hombres de ciencia, y aun del vulgo, llegando á señalar un nombre que los determine y doctrinas jurídicas adaptadas por completo á su manera de ser propia; viniendo á tomar, por último, carta de naturaleza en la legislación escrita. De aquí el nacimiento de contratos innominados, que deben hallarse sometidos á las reglas generales de contratación (1).

En comprobación de nuestro aserto está la frase con que á ellos se refiere diferentes veces la ley romana, llamándolos *negotia nova*.

Los contratos nacidos del progreso material de los tiempos modernos tienen sus precedentes en la historia jurídica; pero hasta su completo desenvolvimiento no han recibido la reglamentación del Derecho. El contrato de letra de cambio no fué conocido, tal como lo comprendemos hoy, hasta el siglo XIII de la era cristiana; y sin embargo, ya Cicerón entregaba dinero en Roma, para que á su hijo se lo abonaran en Atenas: así, pues, el cambio trayecticio no fué desconocido en el Pueblo-Rey. Si otra persona tiene fondos nuestros, ¿hay algo más natural que disponer de ellos? y, sin embargo, el mandato de pago, en virtud del que podemos, en provecho nuestro ó de otro, retirar todas ó parte de las cantidades que tenemos en poder de un tercero, no ha dado lugar hasta el presente siglo á los documentos por medio de los que se realiza, llamados *cheques* en el comercio (2).

VI. Idea y fundamento de los llamados cuasi contratos: enumeración y examen de los más importantes.

Dice el art. 1.140 del Cód. it. «el cuasi contrato es un hecho voluntario y lícito del cual resulta una obligación

(1) Art. 1107 del Código civil francés.

(2) En la jurisprudencia romana se aplicaba el calificativo de innominados á los contratos reales que no tenían nombre particular ni daban lugar á una acción determinada, sino solamente una acción *præscriptis verbis* (Mackeldey).

hacia un tercero ó una obligación recíproca entre las partes».

En la definición indicada no se comprenden algunos como la vecindad, la tutela y la indivisión: por lo cual diremos que es: un hecho casual, ó voluntario lícito del que se deriva una relación jurídica en que no convinieron los interesados.

Como más frecuentes podemos citar:

I. **La negotiorum gestio**.

Consiste en cuidar de los asuntos de otra persona sin mandato de ella, debiendo el que verifica la gestión, rendir cuentas del manejo de los bienes que administra, responder de los perjuicios posibles resultantes de una intervención quizá tan oficiosa como imprudente; y, en cambio, podrá exigir el abono de los gastos necesarios ó útiles y de las mejoras hechas.

II. **Pago de lo indebido (solutio indebiti)**.—El que se creyó deudor de otro, le pagó la deuda y luego resulta que nada le debía, tiene derecho á reclamar la devolución; el origen es un acto lícito «el de pagar lo que creemos deber».

III. **Tutela**.—Establece relaciones jurídicas entre el tutor y el pupilo, y siendo el cargo obligatorio y hallándose el niño en edad en que no puede, por sí, determinar quién ha de ser su tutor, no es debido, el vínculo que se establece, al consentimiento: pues la ley lo impone: dado el hecho de la muerte de un padre de familia, la incapacidad de los huérfanos y las condiciones y circunstancias del tutor.

IV. **Vecindad**.—Obliga en ciertos casos á sufrir servidumbre de paso, no plantar árboles en el extremo que confronta con la propiedad del vecino, á hacer el deslinde de fincas, etc.

V. **Adición de herencia**.—Por el hecho de aceptar la herencia sucede el heredero en los derechos y obligaciones del difunto y, por tanto, es acreedor y deudor sin

haber contratado con los deudores y acreedores de aquél á quien hereda.

VI. La indivisión producida por causa fortuita (*communio incidens*) ó por voluntad de uno, causa obligaciones respecto á la administración de la cosa común, distribución de los productos y abono de gastos entre todos los partícipes: si uno quiere sustituir su parte ideal por otra material, todos deben prestarse á que se divida entre ellos, según el derecho respectivo de cada uno. La confusión de los linderos de las fincas, da lugar á una especie de comunión de bienes: porque si bien al deslindarlas se investigarán los confines respectivos de los fundos, en cuanto no puedan determinarse, la porción de terreno disputada deberá considerarse cosa común de los propietarios colindantes, y se dividirá entre ellos: como dice Winscheid en su magnífico tratado del Derecho de las Pandectas (Tomo II, parte 2.ª, págs. 333 y siguientes de la edición italiana: Turín, 1898).

VII. Detentación de cosa de otro.—Obliga al detentador á devolver dicha cosa al legítimo propietario, con los frutos que dijimos debe restituir: teniendo en cambio derecho á que se le abonen los gastos y mejoras que ya en otro lugar indicamos.

VIII. La contestación á la demanda del actor propuesta por el demandado, y, en su defecto, la no contestación en el término concedido por la ley, que da lugar á la rebeldía, vienen á formar la obligación de someter ambos litigantes á la resolución del Juez, ante el que dichas actuaciones tengan lugar, el asunto sobre que contienden: además produce numerosas consecuencias jurídicas más ó menos ligadas con este efecto.

IX. Las averías gruesas, en las cuales deben indemnización los que han resultado favorecidos ó libres de ellas (1).

(1) El Código de Comercio dice en su art. 811: «Serán averías gruesas ó

TITULO X

Herencias

CAPÍTULO 1.°

SUCESIÓN INTESTADA

I. Razón del plán.

Vista la manera de realizarse la actividad jurídica del hombre formando las *obligaciones*, y muy especialmente las que del convenio se derivan, ocurre preguntar: ¿Qué se hace del patrimonio jurídico cuando una persona muere? ¿Se acaba todo con la muerte? ¿Hay fines que el hombre no ha podido realizar cumplidamente durante su vida, ó personas que con diferentes títulos pueden optar á los bienes del difunto y aun á sucederle en su personalidad jurídica, en todo aquello que sea transmisible? De aquí la necesidad de dar idea y fundamento de la sucesión hereditaria en sus distintas formas.

II Idea de la sucesión hereditaria (1). División de la materia.

La muerte extingue la personalidad jurídica del hombre; pero sus bienes y gran parte de sus derechos y obli-

comunes, por regla general, todos los daños y gastos que se causen deliberadamente para salvar el buque, su cargamento, ó ambas cosas á la vez, de un riesgo conocido y efectivo....»

(1) Son dignas de atención las reglas á que según Bentham debe ajustarse el derecho sucesorio, no pudiendo entrar en su exposición y crítica nos limitamos á exponer el principio fundamental: «El legislador debe proponerse tres objetos en cuanto á la ley de las sucesiones: 1.° Proveer á la subsistencia de una generación nueva; 2.° Evitar los disgustos causados por las esperanzas defraudadas y 3.° Procurar la igualación de las fortunas. (Obras... tom. I, pág. 91).

gaciones continúan existiendo, formando aquel *nomen ó intellectus* llamando herencia. *Hereditas* (dicen las fuentes) *nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuit:* el *heres* se coloca en el lugar del *herus* (amo ó señor), cuya personalidad representa, viniendo á ser nuevo sujeto de derecho al cual se atribuye el *universum jus defuncti* (Miraglia).

Resumiendo diremos: el patrimonio que perteneció al difunto recibe la denominación de *herencia*; *suceder* significa, genéricamente, sustituir á otra persona en sus derechos; el que sucede en la herencia se llama *heredero*; *derecho de suceder*, es el que corresponde al heredero para pedir el patrimonio del difunto, con la obligación de satisfacer las cargas inherentes á él.

En la sucesión intervienen tres elementos.

La libertad individual,

Los vínculos de familia y

El interés del Estado.

Cada uno de los dos primeros determina diversa forma de sucesión (1).

La que es producto de la libertad se denomina testada, en contraposición á la intestada que se funda en las relaciones de familia.

III. Fundamento de la sucesión intestada.

Se dice que es:

I. La voluntad presunta del finado (Grocio y Puffendorf, Gabba y Mattirolo).

II. Creación de la ley positiva, con el fin de evitar las luchas que se suscitarían para apoderarse de los bienes del difunto (Kant, Fichte y Roteck) (2).

(1) El tercer elemento no da origen á un modo especial de suceder, sino que regula los anteriores, según los principios de justicia y utilidad general.

(2) Hace notar Filomusi que: Para la justificación del derecho hereditario

III. El dominio eminente de la familia en los bienes de los individuos que la componen: muerto uno de ellos, continúa en los que le sobreviven, sucediendo éstos, asimismo, en las obligaciones del finado; sin poderse decir que cambie por completo el patrimonio de dueño. (Taparelli) (1).

La voluntad presunta no es razón clara: pues cada uno puede pensar de distinta manera, y, por tanto, el juicio que por tan inseguro medio se hiciera, no pasaría de ser congetural. (Así llama Grocio á la sucesión abintestato, *tacitum testamentum ex voluntatis conjectura*).

Comprendemos que daría lugar á luchas el declarar bienes vacantes los que pertenecieron al finado; pero no admitimos que sea una creación legal; pues, como luego demostraremos, el Derecho natural la justifica suficientemente.

Sin negar la unidad que hay en la familia, nos resistimos á creer que se anule la personalidad individual, hasta el punto de que los bienes y obligaciones de uno sean los de todos.

Si formaba el finado un solo ser con su familia y había solidaridad de intereses, los individuos de ella que le sobreviviesen deberían hacerse cargo de la herencia; es así que «á nadie se le obliga á ser heredero» luego no es verdad que haya perfecta solidaridad de intereses, ó es falso el principio de derecho positivo que acabamos de citar (2).

Lo que hay es, deberes más ó menos estrechos en el que muere, á los cuales corresponden derechos en los herederos; y como todo derecho es renunciable, cuando puede pres-

el concepto del derecho formulado por Herbart, como la norma para evitar la lucha es en absoluto insuficiente (ob. cit. pág. 188).

(1) Samuel Cocceyo funda la sucesión abintestato sobre la idea de la comunidad de bienes en la familia; ideas análogas sustentan los escritores que se fundan en la tradición romana (véase la enumeración de estos autores en la obra citada de Cimbali, pág. 212).

(2) La teoría de Taparelli, en el terreno de la Moral, es muy aceptable, pero en Derecho estricto mantenemos la opinión del texto.

cindirse de él sin faltar al deber, es generalmente renunciable el derecho á la herencia: por lo cual afirmamos que *la sucesión abintestato se funda en el deber jurídico del difunto de favorecer con sus bienes á ciertas personas que le están íntimamente ligadas por los vínculos de la familia.* Las leyes (dice Aguanno, ob. cit. pág. 466) deben garantizar el derecho de sucesión dentro de la familia; porque en ésta se fortifican los caracteres hereditarios, se desarrollan los afectos, se hace desinteresado el trabajo y se engendra la copropiedad doméstica.

Siendo la intimidad de relaciones ó la unidad, la causa y medida del deber de hacer el bien, que cada individuo tiene para con su familia, al legislador no le corresponde otra cosa en las sucesiones abintestato, que determinar, inspirándose en los principios expuestos:

I. Las relaciones que dan lugar al derecho de suceder.

II. Cuál es el orden de preferencia que unas personas deben tener sobre otras, y

III. La porción que corresponde á cada partícipe.

IV. Derecho sucesorio de los parientes en línea recta y de los cónyuges; examen de las cuestiones relativas á la viudedad, á la representación y á la primogenitura.

La unidad más perfecta la encontramos entre padres é hijos (1).

1.° Porque la existencia física de éstos, de sus padres procede.

2.° Por la vida común que hacen (2).

(1) Según Montesquieu y Stuart Mill, los padres tienen el deber de mantener á sus hijos, mas no el de dejarles herederos; pero, bien considerado, ¿no vemos, que además del estricto deber de alimentarlos, tiene el de legarles con un nombre honrado medios para sostener la posición en que han vivido, so pena de sujetarles á privaciones y arrebatarles bienes que á nadie pertenecen con mejor derecho?

(2) Significada, en la primera edad, por la dependencia completa en que se hallan los hijos respecto á los padres; en la adolescencia se marca menos, pero la

La comunidad perfecta de vida que entre los cónyuges existe y la unidad de acción que lleva consigo, exigen que sean equiparados á los hijos y gocen de los derechos que como á cabezas de familia les corresponden. El cónyuge sobreviviente, antes de la emancipación de los hijos, como jefe de la familia, debe tener el usufructo de los bienes que, procedentes de la herencia paterna, á los hijos menores correspondan: cuando los hijos lleguen á la mayor edad, debe suceder al cónyuge premuerto en una parte igual á la que obtenga cada uno de ellos (1).

protección no exije menores cuidados y sacrificios; la virilidad lleva consigo el reconocimiento y la recompensa de parte de los hijos: de suerte que siempre los hijos se hallan en íntima unión con sus padres.

(1) La mujer en Roma, cuando por la *manus* había entrado en la potestad del marido, le heredaba el concepto de «heredero suyo» cualidad que perdió al desaparecer la *manus*. A la mujer que no había entrado *in manu mariti* le concedía el pretor la *bonorum possessio* (abintestato) *unde vir et uxor*, en defecto de las seis clases de personas llamadas por otras tantas *bonorum possessiones* precedentes. Justiniano suprime las «*bonorum possessiones unde decem personae, tum quem ex familia, unde patronus patrona liberique et parentes patroni patronaeve*» que eran preferente en el derecho pretorio y vino á colocarla en la 4.ª *bonorum possessio* abintestato. Omitido el derecho sucesorio del cónyuge sobreviviente en la novela 118, indudablemente seguía correspondiéndole la *bonorum possessio unde vir et uxor*. Decidió Justiniano (537) que la viuda indotada y pobre, podría tomar la cuarta parte de los bienes de su difunto esposo, aun en concurrencia con los hijos, beneficio que concede también al marido pobre la novela 53. Cinco años después se resolvió que si concurrían más de tres hijos, la viuda no pudiera tomar más que una porción viril, y nunca pasar de 100 libras de oro la parte que le correspondiera (véase Accarias).

En España, el Fuero Juzgo en su ley 11 del t. II, lib. IV, establece que «el marido debe aver la buena de la muier é la muier deve aver la buena del marido cuando no hay otro pariente fasta séptimo grado».

Las leyes 6.ª y 7.ª del t. XIII, P. VI, dicen que «en defecto de parientes dentro del décimo grado (primos cuartos) heredan los cónyuges, y á la viuda pobre la concede la cuarta marital, sin que pase de cien libras, cantidad equivalente á 102.705 reales y 30 maravedises según unos, y á 121.976 y 10 maravedises según otros.

El art. 2.º (número 2.º de la Ley de 16 de Mayo de 1835, llama á la sucesión del cónyuge que muere intestado y sin parientes dentro del 4.º grado, y sin hijos naturales legalmente reconocidos, al otro cónyuge: entendiéndose, que á la muerte de éste, habrán de volver los bienes raíces de abolengo, patrimonio ó herencia que viene de los abuelos, á los colaterales.

Sistema del Código civil. El art. 952 llama á la herencia al cónyuge superstite, cuando falten los hermanos é hijos de ellos. El 834 da al viudo ó viuda el usufructo del tercio de los bienes del difunto cuando no haya más que un hijo;

Los nietos que han perdido á su padre ó á su madre, vienen á heredar á los abuelos paterno ó materno en virtud del llamado derecho de representación, que les concede la facultad de ponerse en el lugar que en la sucesión tenían su padre ó su madre, y heredar la parte que á estos hubiera correspondido, si viviesen. Fúndase su derecho:

I. En que muerto el hijo, el amor que su padre le tenía se refunde en los descendientes que deja al morir.

II. En razones de misericordia: pues no se ha de acumular sobre los nietos, la muerte del padre y la pérdida de la herencia del abuelo, cuando precisamente necesitan mayor protección (1).

Los nietos y ulteriores descendientes no pueden alegar,

y cuando hubiese más, una parte igual á la de cada hijo, en usufructo; en concurrencia con ascendientes corresponde al cónyuge sobreviviente (art. 836) un tercio en usufructo; concurriendo á la herencia hermanos ó hijos de hermanos, corresponderá al viudo ó viuda la mitad de los bienes del finado en usufructo. (Artículos 837 y 953).

En Aragón tiene el cónyuge sobreviviente usufructo vitalicio sobre los bienes inmuebles del premortuo. En Navarra existe aun más amplio derecho. En Vizcaya el usufructo es de año y día. En Cataluña tiene la viuda derecho á alimentos durante el año de luto, y derecho á reintegrarse de su dote con el usufructo de los bienes del finado; pero si fuera pobre tiene la cuarta marital que las Novelas 53 y 117 señalaban, y el marido sucede en el usufructo de su esposa en una porción igual á la correspondiente á cada uno de sus hijos emancipados.

La legislación Aragonesa y Navarra sancionan un derecho excesivo y perjudicial á los hijos. Excesivo, porque los bienes que constituían el haber del matrimonio y soportaban las cargas de él, los absorbe uno sólo. Perjudicial á los hijos, que mientras viva el cónyuge sobreviviente, no tienen derecho á tomar nada del caudal que su padre ó madre les dejó; por tanto se crean muy fácilmente antagonismos y odios con personas que deben siempre mantener entre sí las relaciones más cordiales y afectuosas.

(1) El capítulo 1.° de la novela CXVIII, asigna á los descendientes en segundo grado la parte que á su padre ó madre difuntos hubiera correspondido en la herencia del abuelo, aun en concurrencia con los de primer grado. A esta sucesión se llamaba por los antiguos *in stirpes*.

Derecho de representación que consignan la ley 3.ª, tít. 13 de la Partida VI, indirectamente sanciona la ley 1.ª, tít. XX, lib. 10 de la Nov. Rec. y explícitamente declara el art. 933 del nuevo Código, haciendo el 934 la afirmación tan inútil como errónea, de que los hijos suceden por derecho propio y los descendientes de ulteriores grados por derecho de representación, pues mal pueden representar los nietos á sus padres en la herencia del abuelo, cuando aquél falleció sin tener derecho á ella. (Pastor, tom. II, 373). Justiniano los llamaba, prescindiendo del grado, por su cualidad de descendientes.

según el orden natural de los hechos, unidad de vida: de modo que ninguna de las dos razones que respecto de los hijos hay, concurre en los nietos de una manera indubitable.

No creemos indiscutible la representación, porque si bien el padre tenía ese derecho á suceder, era un derecho personalísimo, fundado en las relaciones que la naturaleza estableció entre él y sus padres.

Únicamente se justifica el derecho de suceder los nietos:

I. Por el cariño y protección á que se hacen acreedores de parte de sus ascendientes, cuando les falta el amparo y el afecto de la persona por medio de la cual descienden de ellos.

II. Por la vida común ó relaciones íntimas que *tengan* con su ascendiente, circunstancias que pueden ser demostradas, por haberlos adoptado éste ó por otro medio de análoga significación: en cuyo caso, ocupando el lugar, de los hijos de los cuales descienden, tienen derecho á heredar.

Cuando el hijo muere, los nietos huérfanos tienen derecho á exigir del abuelo alimentos, y á la muerte de éste pueden reclamar igualmente de sus sucesores que sigan abonándoselos.

Objeción.—De modo que los nietos, por el hecho de morir su padre, no recogen la herencia del abuelo, luego, tras de una desgracia que les arrebata el padre, se ven privados de ciertos bienes que tenía éste derecho á recoger.

Contestación.—El padre tenía un derecho eventual, y recogería la herencia del abuelo si le sobrevivía.

Obj.—El abuelo ve colmados sus deseos, de perpetuar la familia, en sus nietos.

Contestación.—El argumento tampoco es concluyente, porque las relaciones del hijo con sus inmediatos descendientes son personales, y los deberes que á los ascendientes pasan no son los que nacen de ellas, sino la obliga-

ción de alimentar, con lo cual se logra el fin de la perpetuación de la familia.

Los padres y abuelos tienen derecho de heredar á sus descendientes; toda vez que éstos les deben lo que son; y así no es desproporcionado que recojan, por lo menos, el producto material de sus afanes, ya que pierdan el cariño y la presencia de personas tan queridas (1).

V. Derechos sucesorios de los colaterales.

Los parientes colaterales no tienen derecho de sucederse recíprocamente, sino cuando formen una sola casa y familia.

Nuestro Código civil limita, y con razón, al sexto grado (2) el derecho de suceder los colaterales; y aun se ha exagerado la complacencia con personas que no tienen de la verdadera unidad íntima familiar, más que el recuerdo y común origen.

La condenación más elocuente de semejantes pretendidos derechos sucesorios se halla: 1.° en considerar muchos como una fortuna la muerte de un pariente colateral rico, cosa que no sucede en la herencia de ascendientes y descendientes; y 2.° en las frecuentes sorpresas (agradables dada la malicia humana) de que parientes cuya existencia

(1) La ley Romana llamaba á los ascendientes juntamente con los hermanos germanos (de padre y madre) (Nov. CXVIII) y los hijos de éstos (Novela CXXVII). La ley IV del tít. XIII, P. VI, copia la disposición romana; pero la ley 1.ª, tít. 2.°, lib. 10 de la Nov. los llama después de los descendientes legítimos, y la siguiente ley impide á los hermanos (y por tanto á los sobrinos carnales) concurrir con los ascendientes, y el art. 935 del Cód. civ. dice:

«A falta de hijos y descendientes legítimos del difunto, le heredarán sus ascendientes, con exclusión de los colaterales»: disposición muy conforme á los principios del Derecho Natural.

(2) En su art. 955, y dice D. Joaquín Abella: En Cataluña, Aragón y Navarra entendemos que regirá este artículo, pues estaba en vigor la ley de 1835, que fué de observancia general para todo el Reino y que queda derogada al promulgarse el Código; sin embargo la sentencia de 18 de Junio de 1896, al hacer aplicación de este artículo á Vizcaya, considera al Código como *supletorio* de la legislación foral *en todo aquello que ésta no prevé*, Gutiérrez (obra citada, tomo 7.°,

ignorábamos, han muerto intestados y vamos á heredarles nosotros, que nada habíamos hecho en su obsequio ni nos debían cosa alguna.

Los parientes ilegítimos, en concepto de tales, no tienen propiamente derechos sucesorios; tan sólo les asiste la facultad de pedir alimentos, entre ascendientes y descendientes; pero, si como es justo (1), adquieren estos últimos la condición de legítimos, podrán heredar en calidad de tales (2).

Los hijos adoptivos no deben perjudicar lo más mínimo á los herederos forzosos, pues debiéndose á la voluntad el vínculo de la adopción, no ha de ser superior al formado por la naturaleza (3).

Como ligero resumen de las legislaciones vigentes en España diremos que reconocen *tres órdenes* de personas llamadas á la sucesión intestada; y hay otras personas que se incluyen por la ley en alguno de dichos órdenes, ya llamándolas conjuntamente con los herederos de uno de aquéllos, ya dándoles preferencia sobre los parientes que forman los últimos grados del orden respectivo.

El primer orden lo constituyen los descendientes (4) el

pág. 437), comentando la indicación hecha por Dieste acerca de la inobservancia de la ley de 16 de Mayo de 1835 en Aragón, dice: «No comprendemos como pueda prescindirse de esta ley (que fija el décimo grado como límite de la sucesión en el parentesco colateral), en perjuicio de los intereses del Estado: la sucesión en la línea transversal, allí como en el resto de España debe regirse por la citada ley».

(1) Página 255.

(2) El art. 939 del Código español llama á los hijos naturales reconocidos y á los legitimados por concesión real, inmediatamente después que á los descendientes y ascendientes legítimos.

(3) Nuestro código dice (art. 177) que el adoptado no adquiere derecho á heredar al adoptante.

(4) Figuran en primer lugar en la reseña que de los herederos forzosos hace el art. 807 del Cód. civil: su legítima la constituyen las dos terceras partes del caudal hereditario, una de las cuales podrá aplicarla el padre, por vía de mejora, en favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes (arts. 808 y 823; la tercera parte restante será de libre disposición).

En Cataluña la legítima para los hijos y las hijas, sea cualquiera su número, no es más que la cuarta parte del caudal hereditario: en las tres cuartas partes, restantes el padre puede testar libremente.

segundo los ascendientes (1) y el tercero los colaterales

En Aragón (según el fuero 1.° de testamentis nobilium y el fuero de testamentis civium) el padre puede instituir heredero al hijo que designe, dejando á los demás hijos *lo que tuviera por conveniente* (quantum eis placuerit): expresión esta última que se interpreta en el sentido de respetar la libertad del testador en cuanto se atenga á los preceptos del Derecho natural que, dice Dieste, prescribe la legítima de los hijos y su cuantía la fija en lo necesario para los alimentos; no en la corrupteta de dejarles 10 sueldos. Lo que no cabe duda es que la legítima total de todos los hijos es toda la herencia de sus padres (Sent. de 13 de Febrero de 1891); sin embargo la práctica faculta á los padres para disponer, en favor de extraños, de alguna parte de la herencia: cuya parte se fijó en *el quinto* por una Sentencia que causó cierta extrañeza y sobresalto entre los juristas aragoneses (Sent. de 8 de Octubre de 1857 citada por el distinguido jurisconsulto D. Joaquín Martón y Gavín en sus notas al Tratado de sucesiones intestadas de D. Andrés Serveto Aniñón y D. Gil. Custodio de Lissa y Guevara (página 38: Zaragoza 1888).

En Navarra los hijos de padres labradores son herederos libres ó voluntarios para los bienes muebles, necesarios ó forzosos para los bienes raíces. La legítima de los hijos que no sean de labradores es de cinco sueldos y una rohada de tierra en los montes comunes (véanse el cap. II, tít. XIX, del libro III del Fuero, Ley 16, t. XIII del lib. III de la Nov. Recop. de Navarra: Gutiérrez ob. cit. págs. 270 y siguientes del tomo VII, y Sent. de 5 de Julio de 1889); de lo que resulta que hay absoluta libertad de testar, pues como decían los Sres. Moret y Silvela semejante legítima no es una traba sino una fórmula.

En Vizcaya la legítima en favor de los hijos no está determinada literalmente; pero se infiere de la limitación de la libertad de testar en favor de extraños restringiendo á la quinta parte de los bienes lo que puede dar á estos el testador que tiene descendientes ó ascendientes. Lo que sí tiene el padre ó la madre es la facultad de designar á los hijos, con tal de dar á los menos favorecidos *algún tanto de tierra poco ó mucho* (título XX del Fuero de Vizcaya).

(1) Es verdad que Justiniano llamó conjuntamente á los hermanos de padre y madre (hermanos germanos) y á los hijos huérfanos de los hermanos de doble vínculo: pero entendemos que la ley natural establece mayores obligaciones entre padres é hijos que entre hermanos, y mucho más débiles son los lazos entre tíos y sobrinos carnales: por esto aplaudimos la legislación de Castilla que reformando el precedente romano (que copiaron las Partidas) estableció el segundo orden de sucesión intestada formándolo con los ascendientes legítimos del finado, regla confirmada por el Código vigente (Art. 807, núm. 2.°), constituyendo su legítima la mitad de los bienes de sus descendientes (art. 809). En Cataluña, no habiendo descendientes, tienen derecho á la legítima (cuarta parte de la herencia) los ascendientes (véanse las páginas 243 y 253 del tomo VII de la obra cit. de Gutiérrez): con los ascendientes heredan los hermanos germanos, y habiendo alguno de éstos heredarán los hijos de algún hermano germano premuerto.

En Aragón los ascendientes *no constituyen, por regla general, el segundo orden de sucesores abintestato*; y sólo heredan con preferencia sobre los colaterales en ciertos casos de excepción (Fueros 1.° y 2.° de successoribus abintestato y Observancia 42 de jure dotium) en que los padres recobran ciertos bienes que forman parte de la herencia del hijo y procedían del patrimonio del padre ó madre llamados, á falta de descendientes, á la sucesión intestada del hijo. Es un grave lunar de la legislación foral aragonesa, y esperamos verlo desaparecer, incluyendo á los ascendientes en el segundo orden de suceder, con preferencia sobre los cola-

(1) que con el difunto tenían parentesco legítimo, y entre las personas agregadas á los tres órdenes fundamentales (2) expuestos hállanse, el cónyuge, los descendientes ilegítimos y algunos ascendientes de esta clase (3).

terales (según se indica en el Proyecto de Instituciones del Derecho civil vigente en Aragón, que deben quedar subsistentes, con las reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer, art. 147 y siguientes; propuesto por el reputado jurisconsulto aragonés D. Luis Franco y López en 31 de Diciembre de 1880).

En Navarra los hermanos son preferidos á los ascendientes salvo, en lo que al descendiente hubiese donado por causa de matrimonio el ascendiente que le sobrevive: porque en estos bienes el donante hereda abintestato á falta de descendientes salvo renuncia hecha de este beneficio (concedido por el cap. III del Amejoramiento del fuero); pero de todas suertes no hallamos inconveniente en considerar comprendidos á los ascendientes en orden preferente á la generalidad de los colaterales (salvo los hermanos y el principio de troncalidad) y en ciertos casos con prelación sobre los mismos hermanos del difunto.

En Vizcaya: «A falta de los hijos y descendientes le sucedan y sean herederos los ascendientes por su grado y orden.» (ley 8.ª tít. XXI del Fuero de Vizcaya.)

(1) En el sistema del Código civil el tercer orden lo forman los parientes legítimos colaterales hasta el sexto grado inclusive (art. 955). Entendemos que derogada la legislación que, sobre este punto, regía en toda España en virtud de la ley de 16 de Mayo de 1836, que fijaba el límite de las sucesiones intestadas, en la línea colateral, en el décimo grado inclusive, la disposición final del Código civil (art. 1976) *deja subsistente dicha ley en los territorios á cuya legislación foral se había incorporado*, fundándonos en dos poderosas razones: 1.ª El Código civil deroga *todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común*; y sabido es que la palabra *derecho común* se contrapone á *derecho foral* (arts. 12 y 15 del Cód.); de suerte que deja intacta la legislación foral, salvo en las materias en que por excepción impone las disposiciones del citado cuerpo legal para todas las provincias del Reino (título preliminar y título IV del libro 1.º) y no hay en él disposición de carácter general que reglamente los órdenes de suceder. 2.ª Las prescripciones del Código, en materia de sucesiones abintestato, se contraponen á muchas de las incluídas en las legislaciones forales: luego de no admitir como vigente la Ley de 1835, hemos de considerar que rigen acerca de la sucesión de los colaterales, ó el Código ó las legislaciones forales: si se afirma lo primero se va contra la letra y el espíritu de los arts. 12 y 13 del Código; si lo segundo se hace resucitar una ley muerta, por haber sido derogada en las materias que se impusieron como precepto general por la mencionada Ley de 1835.

Añadiremos, como principio general, que los parientes colaterales no son herederos forzosos ni en derecho común ni en las legislaciones forales.

(2) Los parientes ilegítimos de ciertas clases no son llamados á la sucesión; y aun los hijos naturales son rechazados por algunas legislaciones: el punto de vista general podemos condensarlo diciendo, que los descendientes no tienen derecho á suceder, sólo sí á recibir alimentos, los demás parientes, salvo los padres que los reconocieron, ni aun este derecho.

(3) Expuestos ya los derechos sucesorios del cónyuge, únicamente diremos que tiene la condición de heredero forzoso y concurre al mismo tiempo que los hijos legítimos; es decir que puede incluirse en el primer orden de suceder, bien

CAPÍTULO 2.º

SUCESIÓN TESTADA

I. Sucesión ordenada por el particular; facultad de testar; su fundamento y límites. ¿Es el testamento de Derecho Natural?

Es muy conforme á la naturaleza racional del hombre la previsión de lo futuro; y ante la consideración de una muerte cierta y el desconocimiento de cuándo habrá de tener lugar, poner los medios para que puedan cumplirse las obligaciones que al fallecer deje pendientes. Cicerón, Séneca y Quintiliano vieron íntimo vínculo entre el derecho de testar y la previsión del porvenir, basándolo en la amistad y la benevolencia.

que como su participación en la herencia se limita generalmente al usufructo ó á parte de él, pueden concurrir á la propiedad y aun al resto del usufructo otros parientes. La ley de 1835 llamaba al cónyuge sobreviviente á la sucesión intestada en defecto de descendientes, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado é hijos naturales reconocidos por el finado; y el Código civil le da derecho á suceder á falta de descendientes y ascendientes legítimos, hijos y ascendientes naturales, hermanos legítimos é hijos de éstos.

Los hijos naturales, con arreglo al Código, suceden á sus padres (tanto al padre como á la madre); teniendo cada uno de aquellos derecho á la mitad de la cuota correspondiente á cada uno de los hijos legítimos no mejorados, cuando concurren con éstos, sacándose del tercio de libre disposición (art. 840); si concurren con ascendientes la legítima de los hijos naturales sube á la cuarta parte de la herencia sin perjuicio de la legítima de los ascendientes ni de la del viudo (véase art. 841), y no habiendo ascendientes ni descendientes legítimos, tendrán derecho á la tercera parte de la herencia (art. 842). Los demás hijos ilegítimos sólo tendrán derecho á alimentos (art. 845).

En Cataluña los hijos naturales son herederos abintestato, aun concurriendo hijos legítimos, y los espúreos suceden aun en este caso á su madre no ilustre; los demás ilegítimos, con arreglo al Derecho Canónico, pueden exigir alimentos. En Aragón el Fuero los excluye de la herencia intestada paterna. En Navarra se admite á la sucesión al hijo natural reconocido con arreglo al Fuero en concurrencia con los demás hijos ó sólo.

Los ascendientes con derecho á heredar son únicamente los padres que han reconocido á sus hijos naturales, en la herencia de estos; principio que viene á establecer el art. 836 del Código; y el derecho á alimentos, que es recíproco, existe entre los padres y los hijos legítimos que no tengan la consideración legal de naturales (art. 143); y creemos puede dar lugar á interpretación extensiva, atribuyéndoles á los citados padres el derecho á reclamarlos de la herencia de los hijos ilegítimos últimamente mencionados.

La facultad de disponer lo que queremos que se haga respecto de nuestros bienes y asuntos después de la muerte, se llama testamentifacción: denominamos testamento al acto y documento en que nuestra última voluntad se manifiesta, y la sucesión deferida en virtud de él, testamentaria. Mas, ¿cómo puede valer la voluntad del difunto, para transmitir bienes, derechos y obligaciones de que la muerte le ha separado?

No podemos admitir, por elevada que parezca, la doctrina de Leibnitz según el cual, la inmortalidad del alma del testador es fundamento de ese derecho (1), viniendo á ser el heredero un representante suyo: pues el difunto no tiene derecho de propiedad, ni puede el heredero recibir instrucciones, porque falta toda comunicación, so pena de profesar los errores del espiritismo.

Tampoco juzgamos que sea un derecho creado por la ley, en vista de consideraciones de justicia ó utilidad social: pues, como demostraremos seguidamente, en la testamentifacción tiene fundamento racional, por más que al legislador corresponda fijar la manera de ejercitarla.

Tésis.—*Es válida y obligatoria la manifestación de la última voluntad, siempre que haya otra persona que la acepte, y, por sí ó por otra designada en el testamento, realice sus prescripciones contenidas en aquella.*

Supongamos que uno muere y deja escrita su última voluntad; al cabo de cierto tiempo, el nombrado por el difunto para heredarle tiene conocimiento de ello, acepta y le sucede. Prescindamos, en este caso, de las leyes positivas, y con independencia de criterio calificaremos el hecho de absurdo: pues ha aceptado una proposición que nadie le hace, y digo nadie, porque un muerto no conserva ningún

(1) Testamenta mero iure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis. Sed quia mortui revera adhuc vivant, ideo manent domini rerum, quod vero heredes reliquerant, concipiendi sunt procuratores in rem suam. (Nova methodus... p. II, §. 20, citado por Filomusi).

perecho, nada puede proponer ni transmitir. De donde concluiremos diciendo: El testamento según se concibe y desenvuelve por las leyes de los pueblos cultos, es una creación legal, en que se finge ser un mismo instante el en que se otorga el testamento, el de la muerte del testador y el de la aceptación de la herencia.

Testamento más natural era el usado en Roma, comprando la herencia, con las ceremonias prescritas para el llamado testamento por el as y la balanza *(per æs et libram)*: el cual era un contrato celebrado por el testador y el heredero. Sin embargo, la depravación humana puede hacer peligrar la existencia de aquella persona cuya vida es la condición suspensiva de alcanzar el patrimonio que posee; y es posible que las circunstancias varíen hasta el punto de que desaparezcan unas obligaciones, nazcan otras, y, en su consecuencia, el testador considere preferente dar distinto destino á sus bienes (1).

Por lo cual, toda disposición que haya de tener su efecto para después de la muerte, debe hallarse sujeta á las variaciones á que se halle sometido el testador hasta el momento de fallecer; y, por tanto, tendrá derecho á reformarla, revocarla ó hacerla de nuevo, prevaleciendo siempre *su última voluntad*.

En vista de las anteriores indicaciones, se ha buscado un medio que facilite al testador hacer su testamento, ya manifestando (testamento abierto), ya ocultando su contenido (testamento cerrado); se le ha dado facultad de modificarlo, adicionarlo ó anularlo, y se ha garantizado el cumplimiento de sus disposiciones:

I. Respetando las disposiciones no contrarias á las leyes ni á la sucesión en ellas establecida.

II. Creando estímulos y dictando reglas para la *adi-*

(1) *Voluntas hominis ambulatoria est usque ad mortem: Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum.*

ción de la herencia, mantenimiento y ejecución de la voluntad del testador, si el testamento se hizo con las solemnidades y requisitos que las leyes determinan, y no lesiona derecho alguno.

En cambio, el Estado ha impuesto un tributo sobre las sucesiones, por el llamamiento que hace en las abintestato ó por mantener la voluntad del testador en las herencias testamentarias (1).

En resumen, la testamentifacción es de Derecho Natural, el testamento (acto unilateral) es de Derecho Positivo.

No se diga que hay obligaciones y fines para cuya realización es medio indispensable el testamento; pues afirmando la primera parte, negamos que el medio indicado sea el natural, ni menos el único.

La teoría que sustentamos se halla conforme con la doctrina de Hugo de Grocio, que daba al testamento el carácter de enajenación hecha bajo la condición de la muerte, revocable hasta ella y con reserva, hasta ésta, de la posesión y el disfrute.

(1) Augusto gravó las sucesiones y liberalidades por última voluntad, con un impuesto equivalente á la vigésima parte de su valor; de cuyo tributo se eximieron los parientes por línea recta y los hermanos, por disposiciones, de Nerva y Trajano (Ac. I. 1061); y en tiempo de Justiniano, ó estaba derogada ó había caído en desuso la *vicesima hereditatis*.

En 31 de Diciembre de 1829, se estableció un impuesto sobre las herencias testamentarias y abintestato; ya antes, en 1792 y 1798, se prescribió un derecho de registro sobre los bienes que se vinculasen y las herencias transversales; las Cortes de 1821 lo restablecieron, cayó en desuso; fué derogado en 26 de Mayo de 1835, y organizado, el impuesto de que tratamos, por la ley de 23 de Mayo de 1845: muy variadas y contrapuestas disposiciones se han dado posteriormente, hasta el Reglamento de 1.° de Septiembre de 1896 cuyo art. 21 establece la cuota del 1 por 100 respecto de lo heredado de ascendientes ó descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, y va subiendo la cuota en los parientes más alejados, llegando al 9 por 100 en los colaterales del séptimo y ulteriores grados y respecto de los extraños. En 25 de Junio de 1897 se estableció un recargo transitorio del décimo, sobre las cuotas de éste y otros muchos impuestos.

II. Requisitos para la validez de las últimas voluntades: contenido de las mismas.

En cuanto al fondo no vemos, en Derecho racional, distinción apreciable entre la facultad de adquirir y transmitir por contrato y por testamento, ni que haya de variar lo relativo al consentimiento y objeto en ambas instituciones.

Dícese que la edad para hacer testamento debe ser menor de la que se exige en los contratos; pero ¿acaso es un acto menos serio y de consecuencias menos importantes que cualquiera otro contrato? (1).

Las solemnidades externas son prescritas taxativamente por las leyes; sin embargo, no parece debiera limitarse la facultad del testador, cuando no pudo disponer de los medios legales de hacer cônstar su última voluntad, ni anular el testamento por falta de un detalle que realmente nada quita ni pone á su autenticidad. Si la ley exige cinco testigos y no pueden ser hallados más que cuatro, ¿por qué no ha de valer el testimonio de estos? Si en materia de pruebas se admite que los jueces y tribunales aprecien, según las reglas de sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, ¿cuál es la causa de no aplicarse á los testamentos un criterio tan sano?

Hay que considerar en el testamento varios puntos importantes acerca de los cuales pueden versar las disposiciones del testador, figurando en primera línea la institución de heredero, sustitución de éste, desheredación y distribución de los bienes comprendidos en la herencia.

(1) En Roma se podía hacer testamento al llegar á la pubertad (§. 1.°, t. 12, lib. 2.° Inst.). La Ley 13, t. 1, P. VI no impide hacerlo por razón de edad más que á los impúberos; la Ley V de Toro sanciona la capacidad de testar de los hijos de familia al llegar á la edad legítima (la pubertad), y es transcrita su prescripción por la Ley IV, t. XVIII, lib. X de la Nov. Rec.

El art. 663 de nuestro Cód. civil no lo prohibe, por razón de edad, más que á los impúberos.

Es innegable la conveniencia de que una persona suceda al difunto, termine los negocios á que no pudo dar cima el finado, procure interpretar y cumplir su última voluntad, haga bien por su alma y trate de que se conserve su memoria con religioso respeto. Por eso encontramos muy prudente la legislación romana, al exigir en los testamentos la institución de heredero, y que, dada su organización familiar, designara herederos necesarios; siendo entre los romanos una deshonra vivir y morir sin testamento.

Nuestra ley, más laxa, permite que se reparta toda la herencia por vía de legados, entre personas de las cuales ninguna represente la personalidad del testador.

La sustitución ó institución de un segundo heredero para el caso en que el instituído en primer lugar no lo sea, viene á prevenir las contingencias de que el heredero instituído muera, se inhabilite para recibir la herencia ó no la quiera. Puede tener lugar respecto del sustituto, previniendo iguales eventualidades, y haciéndose á este propósito una serie ilimitada de sustituciones.

Las llamadas sustituciones pupilar y ejemplar, tienen por objeto hacer el testamento por el impúbero ó demente, para que en el caso de morir en la impubertad ó demencia haya quien le represente como heredero. Aun cuando los hechos que motivan las dos sustituciones mencionadas son diversos, la razón de ser de ambas es la misma.

III. La libertad de testar.

Limita la libre disposición, por testamento, el llamado sistema legitimario que fija para ciertas personas, ligadas al difunto con los vínculos familiares, el derecho á suceder en toda ó en una porción, más ó menos determinada, de la herencia (*legítima*): permitiendo algunas legislaciones al testador disponer, con absoluta arbitrariedad, de cierta parte de la porción legítima (*mejora*) en favor de uno ó más

legitimarios (herederos con derecho á legítima), denominados también *herederos forzosos*. El principio de libertad de testar está limitado, como todo derecho, por el deber jurídico; pero siempre debe reconocerse: hasta el punto de que donde la ley ha sido tan absorbente que no ha dado facultad para disponer, fuera de los legitimarios, de parte alguna de la herencia, la costumbre y los tribunales lo han permitido (1).

Hay quien dice que la legítima fomenta la ociosidad de los hijos; pero lo mismo pudiéramos demostrar que los interesa en la conservación y fomento del patrimonio familiar, toda vez que á la muerte de su padre, propiamente, no adquieren sus bienes sino su libre administracion.

Reputamos injustificado conceder al arbitrio del testador, cuando tiene herederos forzosos:

I. Dejar sus bienes á uno que no lo sea.

II. Distribuirlos desigual y caprichosamente entre aquellos.

El sistema de *legítima* fija y *mejora*, limitada á una cierta porción de herencia, es bastante aceptable y concilia los derechos de los herederos con la libertad del testador.

Distribución de bienes entre los hijos. — Aun cuando las circunstancias que concurran en cada uno de los hijos son muy diversas, salvo que estas sean ciertas y suficientes, no debe haber razón para desigualarlos. La desigualación puede racionalmente justificarse:

I. Por deméritos de un hijo.

II. Por méritos de un hijo superiores á los de los demás.

En el primer caso, el hijo holgazán, irrespetuoso, pródigo, corrompido ó criminal puede ser excluido de la herencia ó privado de una parte de ella. ¿Bastará la declara-

(1) Según hemos visto al tratar de la legítima en Aragón.

ción del padre reconociendo la existencia de la falta y apreciando su gravedad, para que tenga valor y eficacia en el orden social? No creemos que un padre sea capaz de imputar falsamente á su hijo acciones deshonrosas que no ha cometido (los mónstruos, si existen en la naturaleza no deben existir en la ley): mas como puede aquel haber sido engañado ó sufrir error en sus apreciaciones, debe admitirse la declaración del hecho, salvo prueba en contrario; ahora bien, la determinación de la gravedad de éste, no puede hacerse por el agraviado, de modo que la graduarán los jueces y tribunales.

En cuanto al segundo punto, como en la apreciación de las cualidades y servicios de los hijos puede haber exageración de parte del padre, que, llevado de su cariño, les dé un valor de que carezcan, no es tan digna de fe la declaración hecha de los méritos extraordinarios de su hijo; sin embargo, cuando se pruebe que éste ha llenado para con su padre los deberes que otros hijos han omitido, merece recompensa; y si ha hecho vida común con los padres y ha fomentado sus intereses, merece una porción mayor que sus hermanos, en quienes no concurran estas circunstancias.

Si para la educación y defensa de la familia resulta necesario que los bienes se concentren en manos del mayor ó del más apto; si repartidos los bienes no formarían patrimonio suficiente de ninguno, y, en cambio, conservándolos el más inteligente y activo puede atender á las necesidades eventuales de toda la familia, bueno será que él sólo conserve y administre el patrimonio familiar.

Pero asignar á uno toda la herencia y dejar reducidos á la miseria á los demás hijos, no nos parece justificable ni por razones del lustre de la casa, que son de pura vanidad, ni tampoco en Derecho social; pues tanto, por lo menos, como que haya una clase poderosa (que quizá nada bueno ha hecho para serlo), interesa al bien público que la

propiedad y el bienestar se difundan entre el mayor número posible de individuos; los cuales serán otros tantos elementos de orden y de prosperidad social (1).

La desheredación.— Consiste en excluir el testador de la herencia, á un heredero forzoso. Cuando media justa causa es muy razonable.

Las causas que mencionan las legislaciones, refiérense á delitos ó faltas graves respecto del testador ó contra la unidad y prestigio de la *familia*; y natural es que se considere como extraño al que con sus actos ha revelado que no es digno de pertenecer á ella (2).

En nuestro concepto la única variación que debe haber, según se trate de ascendientes ó de descendientes radica en el respeto y obediencia que los primeros merecen, y la protección especial que los últimos necesitan (3): respecto de la desheredación del cónyuge, son causas especiales las que dan lugar al divorcio.

Legados y donaciones por causa de muerte.

La donación dejada por el difunto en su última voluntad recibe el nombre de legado (4).

La razón de su existencia se halla en la necesidad de cumplir deudas moralmente exigibles, que no se han consignado en forma que el acreedor pueda hacerlas valer an-

(1) Arturo Young dice: Siempre que veías las tierras de un gran señor seguramente las encontraréis incultas. Antes de 1789 cada tres años sobrevenía el hambre, y en la actualidad cada diez (según Moreau de Jonnès); y al bajo el antiguo régimen, la hectárea de tierra producía ocho hectólitros de grano, hoy la producción se ha elevado á doce hectólitros y medio. En las precedentes indicaciones hay algo de exageración, pero un gran fondo de verdad; así como la subdivisión extremada de la propiedad puede conducir á inconvenientes análogos.

(2) El Código civil distingue las causas que hacen á una persona indigna de suceder á otra (art. 756), de las que pueden, si quieren, aducir los testadores para privar de la herencia á los herederos forzosos (art. 853-855): las primeras pueden perdonarse ó no tomarse en cuenta (art. 757); las segundas no aducirse por el testador ó remitirlas en la reconciliación (art. 856).

(3) No creemos del caso enumerar los motivos de desheredación, en cuyo punto la legislación española no precisa rectificaciones por importancia.

(4) Indiferente es para el Derecho natural la forma en que deba redactarse y el documento en que se ha de consignar.

te los tribunales, en la recompensa de servicios, deudas de puro afecto, fines caritativos ó el provecho del alma del difunto.

IV. Modos de perder su fuerza los testamentos.

Un testamento que no tenga los requisitos exigidos por el derecho, es nulo y por tanto carece de efectos jurídicos; pero aun el otorgado por persona capaz, sujetándose á las leyes, en sus disposiciones, y guardando la forma y solemnidades prescritas, puede perder su fuerza por una de las tres causas siguientes:

I. Con motivo del cumplimiento de un deber nacido con posterioridad al otorgamiento de la última voluntad, jurídicamente exigible y superior al que con el heredero instituído tuviera el testador, en cuanto sea incompatible la ejecución del testamento con la realización de aquél.

II. En virtud de la voluntad del testador, al anular total ó parcialmente las disposiciones testamentarias *hechas* por él.

III. Por no entrar en la sucesión el heredero nombrado: si bien nada se opone á que sean válidas todas las demás partes del testamento, excepción hecha de las que directamente se refieran al instituído que no recibe la herencia.

No es conforme al Derecho Natural omitir la institución de heredero; pero siendo permitido por las leyes positivas, cuando se prescinda de tan necesaria designación (1) se invalidarán las disposiciones particulares relativas á los legados y demás encargos, si las personas designadas no aceptan la donación ni el mandato.

(1) (Art. 764). El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, ó esta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos; pudiendo distribuirse toda la herencia en legados (art. 891).

Como el testamento, en su actual forma, es de Derecho positivo, debe seguir las variaciones del mismo; y así, las nuevas leyes pueden imponer que se acomoden á sus reglas los otorgados con anterioridad.

CAPÍTULO 3.°

INSTITUCIONES COMUNES Á LAS SUCESIONES TESTADA E INTESTADA

I. Derechos y deberes del heredero.

Tienen derecho á *pedir* y *obtener* la herencia: cuando hay otros coherederos, puede exigir la *división* de bienes y la *adjudicación* de los que á él le correspondan, *acrecer* su porción con lo que á la herencia pertenece y nadie con título justo reclama; y, en todo caso *podrá* y *deberá* representar al finado y cumplir su voluntad (1).

Son deberes: prestarse á la división de la herencia, obedecer la voluntad del testador y responder de sus deudas, en cuanto se haya comprometido á ello.

II. Beneficios de deliberar y de inventario.

Para que la sucesión tenga efecto y la voluntad del difunto se cumpla, es precisa la aceptación por el heredero. No se ve la necesidad de repudiar, en todos los casos no hay vínculo jurídico hasta la aceptación.

Suele darse un plazo, para pedir la herencia el llamado

(1) El heredero puede morir: (1) antes que el testador; (2) después del testador pero antes de haber aceptado la herencia en forma legal (adición); y (3) después de aceptada la herencia. En el primer caso su porción debe repartirse entre los demás herederos, salvo que hubiera prevenido otra cosa el testador; y á este derecho de los coherederos se llama de *acrecer*. Cuando el fallecimiento del heredero ha tenido lugar posteriormente al del testador, pero antes de aceptar la herencia, la ley considera que nació en él un derecho que puede transmitir á su propio sucesor, pues aun cuando en el rigor de los principios sería muy discutible, interpretando de una manera amplia y favorable el silencio del heredero, se presume que haría lo que sus legítimos sucesores determinen.

por la ley ó el instituído por el testador, á fin de no perjudicar á terceros, que pudieran aceptar lo que no pida el heredero llamado en primer lugar.

Nadie debe responder más allá de la cuantía de los bienes que recibe, como expresamente no acepte las responsabilidades pecuniarias procedentes del testador sin dicha limitación: de aquí la necesidad de hacer la descripción de los bienes que el difunto deja, para no hacer responsable al sucesor de gravámenes no previstos y superiores al patrimonio heredado. Por esta razón se justifican los beneficios de *deliberar* y de *inventario*; el primero debe ser posterior al segundo, pues sin éste no hay datos fijos y fehacientes de los bienes relictos: haciendo uso de ambos, puede juzgar si le conviene la herencia después de madura deliberación, durante el plazo que para ello se le conceda (1).

III. Colación de bienes y partición de herencias.

Cuantos bienes hubiera recibido un heredero forzoso que concurra con otros, que también lo sean, procedentes de donaciones ó anticipos que el testador en vida le hizo, debe traerlos á la masa común de la herencia *(colación)* para verificar la distribución equitativa que la ley señala *(partición)*. Los que son llamados á suceder independientemente de la voluntad del finado, hacen suyos los bienes de éste, cuando fallece, en la porción que respectivamente les corresponde: podrían verse defraudados en en sus legítimos derechos, si la persona de cuya sucesión se trata hubiera hecho donación con intento de perjudicarles, ó en provecho exclusivo de alguno de ellos, con menoscabo de la parte correspondiente á los demás; lo que

(1) Reglamentados perfectamente, los beneficios que hemos reseñado, en nuestro Código civil (arts. 1.010 á 1.034); á él nos remitimos, haciendo notar que permite combinar ambos beneficios y, como es lógico, concede la deliberación después de reunidos en el inventario los datos ciertos para hacerla prudentemente.

se hace contra derechp no tiene validez jurídica: luego las donaciones, en cuanto lesionen derechos de todos ó de alguno de los herederos, deben ser revocadas, acumulándose al acervo común de la herencia lo que en realidad á ella pertenece (1).

Habrán de eximirse de la regla general los gastos hechos para cumplir con los deberes impuestos por el parentesco, y las donaciones remuneratorias: pues aquéllos no precisan devolución, y éstas merecen más bien el calificativo de adquisiciones á título oneroso, como paga, la mayor parte de las veces bien mezquina, de un servicio prestado (2).

IV. Reservas.

Al cónyuge que contrae segundas ó ulteriores nupcias le impone la ley la obligación de conservar los bienes adquiridos, á título gratuito, del cónyuge premuerto, en favor de los hijos y descendientes del matrimonio anterior: tal es el deber de reservar (3).

Pueden asignársele varios fundamentos: la presunción

(1) Se hace de tres modos:

1.° Por *manifestación*, que es presentando la misma cosa recibida.

2.° Por *liberación*, que es cuando hubo promesa, pero aún no cumplida.

3.° Por *imputación*, que es contando el donatario por parte de su haber la misma cosa recibida. (Laserna y Montalván).

(2) En atención á la brevedad, omitimos especificar en el orden concreto, qué donaciones y qué gastos son colacionables y cuáles no: baste decir, que nos parece una injusticia *enorme* que se haya de colacionar la dote de las hijas y no los gastos de carrera y títulos profesionales de los hijos, cuando aquéllas no tienen frecuentemente otra carrera que la honrosísima de madres de familia, y los hijos pueden gastar cantidades quizá mucho más considerables en sus estudios, ó *mientras debieran hacerlos*, que la dada en dote á las hijas; las cuales mientras sus hermanos imponían á sus padres sacrificios muchas veces superiores á sus fuerzas, vivían consagradas al cuidado de éstos y á la economía doméstica (véanse artículos 1042 y 1046 del Código civil).

(3) Que aun más ampliamente introdujo el Derecho imperial en Roma, pasando á nuestro Derecho. Imponen la obligación de reservar: El Cód. civil (arts. 968 y siguientes, relacionados con 811) y las legislaciones forales de Cataluña, Navarra y Vizcaya; pero en Aragón no está admitida.

de que el donante no querría que de los bienes donados al otro cónyuge lucrase la persona con quien éste casara, ni los hijos nacidos de la nueva unión; quizá se llega á suponer que las segundas nupcias son causa suficiente de revocación en el ánimo del donante; y por último, también puede apoyarse la *reserva* en la reversibilidad de los bienes á la parte de donde procedían. Ninguno de los argumentos propuestos para justificar tal institución resiste á la crítica: los dos primeros vienen á ser como un castigo al cónyuge binubo, y siendo las segundas nupcias perfectamente lícitas resulta castigado un acto que la Ley permite y autoriza. El tercer argumento responde á ideas anticuadas é insostenibles; como si roto el vínculo que liga las cosas á nuestro poderío, tuviésemos una mágica fuerza de atracción para volverlas á nuestra potestad ó á la de los nuestros, en determinadas circunstancias.

Contra las reservas proponemos además el siguiente dilema: ó adquirió el cónyuge supérstite la propiedad de los bienes que le fueron donados ó no; si lo primero, no tiene obligación de conservarlos y podrá enajenarlos cuando lo tenga por conveniente; si lo segundo, mal se compadece con la donación hecha por el cónyuge premuerto en términos absolutos; y con el dominio absoluto que la ley reconoce al cónyuge sobreviviente, otorgándole la facultad de enajenar *válidamente* los bienes antes de contraer segundo matrimonio.

Además, no es ciertamente una segunda unión legítima la que más puede desviar el cariño del cónyuge sobreviviente hacia los hijos habidos en anterior matrimonio; y así lo ha comprendido nuestro Código, cuando hace que nazca la obligación de reservar tan pronto como al cónyuge sobreviviente le haya nacido un hijo natural (1).

(1) Art. 980.

Los Sres. Romero Girón y García Moreno, en su citada obra, comentando la institución de la *reserva* dicen: En ninguno de los Códigos extranjeros que veni-

V. ¿Pueden tener lugar la sucesión testamentaria y la legítima respecto de una misma persona?

El principio: *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, no tiene valor racional, pues el testador puede ordenar algún asunto y dejar ciertas donaciones ó recompensas, respetando en lo demás los derechos sucesorios de los herederos abintestato. Tiene como justificación histórica la transmisión del culto familiar y, en parte, de los derechos familiares del difunto al heredero: creían los antiguos romanos en los dioses familiares, se figuraban que podían aliviar con los actos del culto doméstico la suerte de sus ascendientes, y temían á los espíritus; de aquí el interés de perpetuar el culto en la familia, y la necesidad de que alguno sucediera al difunto, siendo el continuador de su personalidad.

No se advierte la imposibilidad de que no habiendo herederos forzosos, pero sí otros parientes con derecho á suceder, lo verifiquen en la parte de que el testador no hubiere dispuesto. Debe respetarse, en lo posible, la voluntad del difunto, y la revocación de una parte, debe dejar subsistente lo restante.

VI. ¿Pueden admitirse los pactos sucesorios?

Los pactos sucesorios pueden ser: de *institución*, de *renuncia* y de *enajenación*.

Por el primero se obliga uno á dejar á otro por heredero; en el segundo el heredero instituído por la ley ó por el testamento renuncian á la parte que pueda corresponderles, cuando la persona de cuya sucesión se trata fallezca; el de enajenación tiene lugar, si el heredero atribuye se-

mos examinado hemos hallado disposiciones concretas relativas á la materia de reservas, que ninguno de ellos trata de un modo expreso, llegando algunos, como el de Guatemala, en el párrafo 8.° del tít. 12 del lib. 3.°, á establecer que «la ley no reconoce bienes reservables».

ñaladamente á otra persona el derecho á los bienes en que haya de suceder.

No se admite por las leyes el pacto de institución, porque la voluntad del hombre es variable hasta la muerte, á nadie se le debe dar heredero contra su voluntad, y sucedería ésto en el momento de no ser ya de su agrado y confianza la persona que nombró, ó haber cesado, respecto de ella, los motivos y obligaciones que para instituirla tuviera (1).

El pacto de renuncia, no tiene los mismos inconvenientes, puesto que á nadie se le puede obligar á ser heredero; de modo que, en nuestro sentir, debe admitirse salvo las siguientes restricciones:

I. Revocabilidad del pacto, fundada en motivos serios, y principalmente, en disposiciones ó declaraciones del difunto.

II. Declarar nulas las renuncias por las mismas causas que los contratos.

El pacto de enajenación, no puede aceptarse, pues equivale á disponer de la herencia, no según las disposiciones de la ley ó del finado, sino á voluntad del que enajena; y subroga en el lugar del heredero legítimo una persona codiciosa, cuya ambición puede ser un peligro para la vida de aquel á quien ha de heredar: este pacto no ha de confundirse con la venta ó donación del patrimonio relicto: la prohibición de aquél, comprende la de todo préstamo con garantía del patrimonio que *por herencia* se espera, ó la cesión de cualquiera de los derechos que ésta habrá de comprender.

(1) Sin embargo, las capitulaciones matrimoniales vienen á establecer alguna disposición para después de la muerte, y hasta determinan en algunos países la sucesión en el patrimonio familiar.

FIN DEL TOMO SEGUNDO

ÍNDICE

DEL TOMO II

Págs.