

LA PROPIEDAD

POR EL

Dr. Agustín Díaz Bialet

(Continuación)

SEGUNDA PARTE

LA PROPIEDAD EN LA LEGISLACIÓN FUNDAMENTAL

EL INDIVIDUALISMO

CAPITULO PRIMERO

Del dominio y su evolución en Roma.

1. — No pretendo repetir la descripción y los detalles de la institución romana; quiero solamente seguir el curso silencioso del espíritu en la historia, para demostrar como los resultados de la especulación filosófica de la Primera Parte corresponden a la realidad de la vida jurídica, al menos en sus caracteres esenciales.

Para ello será menester investigar en la legislación fundamental de la humanidad. Roma, en primer término, ofrece al estudio del derecho las conclusiones perennes de un proceso admirable de razón. Es interesante notar como los juristas de aquel pueblo llegaron a veces a la afirmación de los principios natura-

les y morales que corresponden a la más auténtica interpretación de la humana actividad en el orden universal. Por eso la construcción jurídica de Roma, como el vuelo especulativo de Aristóteles prueban como la inteligencia, es capaz de conocer las causas, y de aprehender los principios primeros, es decir, revelar la causa primera y el orden del universo.

Respecto al derecho que lo concebimos como un reflejo de la razón, cuyos principios esenciales de justicia se contienen en la ley natural, el derecho romano es la ratificación de esta concepción, porque ella atribuye a la razón y a las virtudes la posibilidad de dictar la norma justa que imponga igualdad de proporción en las relaciones humanas; y el valor imponderable de aquella legislación es ese precisamente, pues los juristas de Roma consiguieron una evolución tal del derecho que cada época o período del mismo es una aproximación mayor hacia la Justicia. Es cierto que en este sentido no en todos los casos los principios jurídicos respondían a una adecuada concepción de la personalidad humana, pero esta circunstancia no es suficiente para invalidar nuestro argumento ya que sabemos que así como a veces la razón opera bajo el influjo de las virtudes que hacen su obra buena y recta, otras, influyen las pasiones, las malas persuasiones y entonces obra no según la recta razón sino el error y el mal, dice Santo Tomás.

En la Primera Parte hemos demostrado que el dominio y uso de los bienes materiales por parte del hombre es propio de su naturaleza. No haremos la historia de la propiedad investigando en los pueblos primitivos, pues se corre el riesgo de penetrar en el campo de la poesía, sino que nos fijaremos primero en Roma cuya organización jurídica conocemos; además ella nos interesa particularmente porque la perfección de la ley fué la tarea de siglos del genio jurídico de ese pueblo.

Desde los orígenes hasta la legislación justiniana seguiremos el curso, hemos dicho silencioso del espíritu que busca la perfección de la ley. En nuestro caso vamos a demostrar como el régimen de la propiedad —a medida que progresa— significa un reconocimiento y una adecuación del dominio a la persona —usa-

mos este término en el sentido de subjetividad moral y espiritual— y que los defectos o errores que se puedan anotar son correlativos a una noción equivocada del sujeto del derecho, que engendró en la sociedad romana los graves males que la historia jurídico social señala y que nosotros recordaremos.

2. — ¿Cómo fué originariamente la propiedad en Roma? Creemos oportuno recordar con el Prof. Bonfante que acerca de la estructura o régimen primitivo de la propiedad, existe una teoría viva sobre todo en el dominio de la poesía, según la cual la propiedad privada individual es posterior a un período en que la propiedad era común o colectiva ⁽¹⁾, pero esa etapa del régimen colectivo aparece superada aún en la Roma primitiva, ⁽²⁾ apoyando su afirmación entre otras razones en que el suelo de Italia era apto para los cultivos de desarrollo lento que eliminan la posibilidad de la propiedad colectiva a lo menos en la forma que la historia presenta este régimen, argumento al que se agrega que las fuentes capaces de demostrar tal origen de la propiedad son de un carácter asaz equívoco. Más concreta, más significativa es la leyenda que atribuye a Numa la introducción del Dios Término, que con su fiesta de la Terminalia, protegía los términos o límites de los campos, aplicando como pena la “sacratio capitis” ⁽³⁾, pero más positiva y documentada que esta leyenda es la tradición relativa a las dos yugadas de tierra atribuídas originariamente al ciudadano romano ⁽⁴⁾.

Ihering, disputando sobre el origen de la institución en Roma, dice “que es una deducción peligrosa aquella que basándose en la importancia política de la fortuna, niega la propiedad privada, sustituyéndola con el ager publicus. Esto no lo confirman las fuentes, y el derecho de propiedad, se muestra en la ley de las XII Tablas con una forma ya perfecta, no encontrándose en ellas ni un rasgo, ni un eco, el más débil de semejante situación”.

(1) Piero Bonfante. Storia del Diritto Romano Ed.: S. E. L. 1923. Milán Tomo I. Pág. 167.

(2) Id. Id. Pág. 169.

(3) Id. Id. Pág. 171.

(4) Bonfante. Ob. cit. Tomo I. Pág. 171.

(5). La verdad está en el término medio de ambos extremos el suelo romano estaba regido, desde los tiempos primitivos, por el principio de la propiedad pública y el de la propiedad privada sometido a restricciones en interés de la gens (6).

A la atribución de la propiedad privada a la gens siguió la que corresponde a la familia. Esta evolución se opera lentamente, de acuerdo a la uniformidad, intimidad de desenvolvimiento, como lo señala Ihering que caracteriza al derecho romano. Una lenta prescripción transfería de manera insensible a los poseedores efectivos del suelo el dominium mismo y los encaminaba hacia la propiedad individual, o al menos, familiar de las que las asignaciones viritanae ofrecían ya el modelo (7).

Con razón dice Bonfante que el régimen de la propiedad en los patres es el que nos revelará los caracteres importantes del mismo; ya que quien no pertenecía al pueblo quirite no se lo consideraba sujeto de derecho en el mismo grado. El dominio era entonces un derecho exclusivo de todo otro, casi no se distinguía de la soberanía, sus límites eran sagrados, perpetuos (8).

¿Qué resulta de estos antecedentes que suministra la historia? Fijamos un criterio para juzgarlo. Los romanos habían estructurado su vida sobre la noción de un predominio que les correspondía por la superioridad moral y la misión de Roma (9); y dentro de Roma naturalmente resultaba que la clase de los selectos por el mismo principio tenía una superioridad de atributos incontestables. Si partimos pues de la base que la personalidad jurídica la encontramos completa en los quirites, fácil resulta concluir que la propiedad privada o delimitada de la gens, del pater familia, y el reconocimiento del peculio dentro de ella, no es sino la expresión primitiva de la conclusión a que llegamos en la Primera Parte. La propiedad, el dominio sobre una porción

(5) R. von Ihering El Espíritu del Derecho Romano Trad. E. Príncipe E. Railly-Bailliere 1891 Tomo I Pág. 232, 233.

(6) Id. Id. Pág. 235

(7) J. Declarouil. Roma y La Organización del Derecho Ed. Cervantes 1928. Pág. 54.

(8) Bonfante Ob. cit. Pág. 174, 179, 178.

(9) Ihering. Ob. cit. Tomo II. Pág. 146.

determinada corresponde a la naturaleza humana; la historia jurídica de Roma lo confirma, si consideramos con buen criterio histórico que en Roma la noción de la personalidad humana con sus títulos —tal como nosotros la hemos definido— corresponde solo a los quirites. Hablamos de la organización primitiva, porque cuando los juristas, por la luz de la inteligencia de conformidad con la ley natural, comprendieron el derecho que todo hombre tiene a poseer, extendieron aquella noción al Lacio, luego a Italia y más tarde a la Galia Cisalpina.

No obstante se mantiene, y por mucho tiempo la distinción de la propiedad quiritaria y bonitaria. Esta última referida al dominio que por razón de la conquista ejercía el pueblo romano. Y creo que no es difícil sostener que así como encontramos una ratificación de nuestra tesis, con la salvedad hecha antes, referente al dominio como expresión natural de la personalidad en Roma limitada al ciudadano romano y a las regiones asimiladas al suelo italiano, también hemos de ver en el régimen de la propiedad quiritaria y bonitaria una manifestación del mismo principio, el carácter de persona —más bien de sujeto de derecho, tal como lo entendemos— corresponde al ciudadano y sólo a él. Pero lo que nos interesa destacar en este nuevo período de la evolución del régimen de la propiedad, es primero: Como a medida que el hombre romano se desprende del fondo común, de la gens, de la familia, etc. la propiedad se singulariza y los caracteres que señalamos para la propiedad quiritaria se extienden a la que no lo era, apareciendo en cierto modo un sentido social del ejercicio del derecho, análogo a la actividad del individuo; segundo: Que así como el *jus italicum*, referido a la propiedad dió igual carácter al dominio en Roma que en las otras regiones donde se extendió, así la evolución nueva que tendía a que desaparecieran las diferencias entre la propiedad quiritaria y bonitaria, significa un mejoramiento o reconocimiento de que todos los hombres tienen derecho a poseer y usar en forma exclusiva.

El valor de la personalidad, el reconocimiento de sus atri-

butos, significa una modificación a la legislación anterior y una atribución del dominio perfecto a quienes no lo poseían.

Hay algo que llena de admiración el espíritu del estudioso, y es la forma como los juristas de Roma fueron asimilando los nuevos elementos ideales que se presentaban. Surge del fondo común de la colectividad, hasta entonces un poco vario y confuso, el hombre, y así como el estado antiguo de Roma descansó sobre el principio de la gens ⁽¹⁰⁾ el desarrollo posterior del mismo se caracteriza por el debilitamiento de este principio, acreciendo en valor y preponderancia el subjetivo o individual ⁽¹¹⁾.

Al principio, dice Declareuil, se había disfrutado del jus civitatis por mediación de una gens. Al romperse el bloque gentilicio esparció libremente los elementos que contenía en el círculo del Estado, donde naturalmente se les encontró. ⁽¹²⁾ El derecho de ciudadanía se extiende por causas posteriores al nacimiento, aparecen así, la manumisión juri civile, la concesión donatio civitatis, y también por la ley Licinia Mucia que acuerda el derecho de reclamar la ciudadanía fijándose en Roma bajo las condiciones de la ley. Finalmente Caracalla dió un gran paso en este camino concediendo el derecho de ciudadanía a todos los súbditos del Imperio, debilitando así la rigidez del ius civile, al mismo tiempo que extendía su dominación ⁽¹³⁾.

Correlativamente a esta disolución de la gens, y al surgir de ese fondo común el individuo, como subjetividad, el estado reconocía al pater familia sobre las tierras apropiadas, el mismo dominio que había sido en su origen reconocido a la gens sobre su pagus ⁽¹⁴⁾. La independencia con que se desenvuelve, dice Ihering, la idea de la propiedad era incompatible con la constitución de la gentilidad ⁽¹⁵⁾.

Este doble desenvolvimiento, correlativo de la persona y de la propiedad, y las características de esta, no es influencia del

(10) Ihering, y de la familia. Pág. 216. Tomo I.

(11) Id. id. Tomo II. Pág. 406.

(12) Declareuil. Ob. cit. Pág. 62.

(13) Maynz Derecho Romano. Tomo I. Pág. 411.

(14) Declareuil. Ob. cit. Pág. 55.

(15) Ihering Ob. cit. T. I. Pág. 239.

factor económico, sino que esta evolución jurídica grande y promisorá, es el resultado del influjo del *ius gentium*. Acostumbráronse los romanos poco a poco a tener en cuenta las ideas que encontraban admitidas en las demás naciones, (*ius gentium*) y que por esto mismo se consideraba como fundadas en la razón (16). Ya destacaremos al final de este artículo cuál es el valor de esta evolución del derecho inspirada por el *ius gentium*. Dejamos así sintetizada esta etapa, correlativa hemos dicho del desenvolvimiento o reconocimiento de la personalidad y de la propiedad.

Las regiones dotadas del *jus italicum* presentan un regimen de la propiedad fundamentalmente distinto al que se impone a las provincias. Propiedad quiritaria y propiedad del *ius gentium dominium bonitarium*; son los tipos de la distinción; la primera fundada en el derecho de los quirites, originariamente derecho de los selectos, de los ciudadanos, la segunda fundada en la razón, en el derecho que sancionan los hombres, cuyas facultades morales y el título que implica, resultan de la condición de hombres, de seres humanos, que es el término de la evolución jurídica. El desarrollo de la institución de la propiedad, tiende a la sustitución de la primera, por la segunda, para precisar con justeza el concepto diría, que la evolución tiende a que la propiedad sea el dominio o señorío que cualquier hombre puede ejercer sobre la tierra. Los dos elementos de la relación son el hombre y la cosa. Hemos explicado antes cómo el titular del derecho era distinto y tenía diversas atribuciones y garantías según fuera ciudadano romano o no, y como por el influjo del derecho de gentes, de los principios del derecho natural que este contiene, se abolieron casi completamente todas las diferencias. Ahora exponemos la distinción que existía originariamente en la cosa, y el desarrollo del derecho que opera la eliminación de esta distinción. Con ambas explicaciones completaremos la evolución cuya traza se inicia con la atribución del *jus italicum* de Roma a otras regiones y termina en el nuevo derecho que reconoce la propiedad, podemos decir por el influjo de derecho natural, a todos los hombres.

(16) Maynz. Obb. cit. Tomo I. Pág. 411.

Relativamente a la capacidad del sujeto la disolución de la gens opera la atribución de la capacidad a quienes no la podían poseer antes, este principio se generaliza casi absolutamente con el edicto de Caracalla, y es completo decimos en la legislación justiniana reconociéndosele a la persona su calidad y excelencia por el influjo de la nueva doctrina filosófica y moral.

Los inmuebles no podían ser propiedad privada según el derecho de los quirites en las provincias. El suelo de las provincias por derecho de conquista era propiedad del pueblo romano (17), pero la diferencia tendía a desaparecer. La distinción no respondía a la realidad de la vida, la división de los fundos en itálicos y provinciales solo existía de nombre, si hacemos abstracción de la usurpación (18); sin embargo ella se mantiene durante el período clásico, la obra del pretor consiste en ir borrando las diferencias, equiparando situaciones, acordando nuevas defensas, estableciendo ficciones, logró al cabo poner al lado de la institución quiritaria la bonitaria; aquella era una forma seca, esta era nueva, pujante, fundada en la razón humana. Este dualismo persiste y hasta el imperio, y Justiniano "notó esta contradicción aparente, y resolvió hacerla desaparecer sancionando un estado de cosas que no podía dejarse de reconocer. A este efecto, publicó dos constituciones, una de las cuales tenía por objeto abolir el nudum ius quiritium y por medio de la otra colocaba los fundos provinciales en la misma línea que los itálicos".

3. — El estudio de la evolución de la propiedad, desde su origen hasta el derecho justiniano donde alcanza la plenitud de la forma jurídica, nos autoriza a ratificar el primer resultado de la investigación filosófica que antecede a esta Segunda Parte. Y decimos, que la propiedad como connatural al hombre, limitada, sobre la que ejerce dominio ha sido reconocida desde el derecho originario; nada importa que ésta se atribuyese solo al ciudadano romano porque en aquella sociedad se pensaba que la persona moral que nosotros la declaramos en cualquier individuo,

(17) Declareuil. Ob. cit. Pág. 197.

(18) Maynz. Ob. cit. Tomo I. Pág. 739.

solo correspondía al ciudadano romano. La evolución posterior (19) que hemos determinado es la ratificación plena de esta conclusión, porque ese poder jurídico atribuido al principio solo al pueblo quirite de Roma, se extiende desde luego a otras regiones de Italia, fuera de Italia y finalmente a todo el Imperio, si tenemos en cuenta que esta revolución se cumple por el influjo del *ius gentium*, es decir del conjunto de principios fundados en la razón humana y reconocidos en todos los pueblos, ¿no es lógico concluir que el derecho de propiedad aceptado en igual grado para todos los hombres con este único título, por el genio jurídico de un pueblo que durante siglos perfecciona su legislación, es la magna ratificación del principio de que la propiedad, el dominio debe reconocerse a todos los hombres por su naturaleza propia?

Pero la legislación romana nos proporciona otros elementos de juicio que si no son una versión inmediata de la ley natural, surgen de ella, como convenientes a su esencia inmutable.

La atribución de determinada superficie a la familia, es el reconocimiento de este organismo como ente jurídico, de esta primera institución, como la llamamos nosotros, y la reafirmación de que cuando los valores morales se revelan en un organismo, en un grupo humano, hay que satisfacer sus necesidades de acuerdo a su espíritu y a su jerarquía. Por eso bien dice Ihering, "dentro de esa comunidad de personas y de cosas, encerradas en el mismo espacio, las cosas, afectando a la existencia inmediata del individuo y a la vida de la familia, adquiere un significado moral que haría completamente defectuoso al patrimonio que sepa-

(19) Mayanz. Ob. cit. Tomo I. Pág. 740. En virtud de estas reformas no hay ya en el derecho nuevo más que una sola especie de propiedad. La antigua división de la *res mancipi* y *res nec mancipi* ha desaparecido enteramente, la *mancipatio* y la *in iure cessio* son reemplazados por la simple tradición, la *usucapio* y la *longi temporis praescriptio* están fundidas en una sola institución, aplicable a todas las cosas que están en el comercio. En cuanto a los medios de protección, la *rei vindicatio* se concede a toda propiedad; la *exceptio rei venditae et traditae* no puede ser ya aplicada al caso para el cual había sido creada, pero presenta todavía utilidad práctica en otros casos. Lo mismo sucede con la *Publiciana in rem actio*, que se concede en el derecho nuevo al poseedor de buena fe en vías de *usucapir*.

rasede este cuadro (20). El reconocimiento pues de un patrimonio ligado en función de una institución, ya existe desde la antigua historia jurídica. La ley Licinia Sextia del año 387 de Roma, que atribuía un máximo en la extensión de la propiedad y número del ganado, despierta honda sugestión, y nos autoriza a ver en ella el anticipo lejano por cierto de la evolución del régimen de la propiedad, hacia un sentido más humano y social del mismo.

El goce exclusivo de la propiedad; el carácter de absoluta independencia que caracterizaba el derecho antiguo, que convertía la propiedad en territorio político, se atenúa en el período clásico; en él se inicia la verdadera limitación de la propiedad; pero un real torrente de limitaciones del dominio sobreviene en la época romano-helénica; penetra en el celoso recinto de la propiedad romana un nuevo espíritu y una tendencia tal vez excesiva para resguardo de la coexistencia (21) (22).

En los artículos anteriores hemos demostrado como la evolución del concepto jurídico tiende en su perfección a reconocer la propiedad, a todos los hombres por el influjo del *ius gentium*; ese acuerdo final entre la ley positiva y el principio de derecho natural, es para nosotros la afirmación de su existencia. Esa evolución termina en el derecho justiniano. Para quien penetre en el espíritu cristiano de esta legislación, no se sorprenderá que sea en su época cuando se haya reconocido al hombre, a la persona esos atributos morales. Mas, nuestra conclusión la ratificamos con los antecedentes que nos suministra la historia relativos al sentido, por ejemplo del patrimonio familiar, el que desvinculado de la institución correspondiente, pierde valor y no lo po-

(20) Ihering. Ob. cit. Tomo II. Pág. 171.

(21) Bonfante. Ob. cit. Tomo I. Pág. 180.

(22) S. Riccobono. Corso di Diritto Romano. Ed. Giuffré. Milán. 1933-34. Part II. Pág. 591, 592. Il concetto assoluto della proprietà che poggiava saldamente sul principio dell'individualismo, doveva essere attenuato, col riconoscimento dei doveri che incombono al proprietario, imposti il principio del diritto quiritario "qui suo iure utitur neminem laedit" il quale devova cedere il posto ad un principio socialmente ed eticamente superiore, che nega al proprietario l'esercizio del suo diritto, per nosere ad altri. Nella compilazioni di Giustiniano questo è affermato con vigore dacche si fadietio di usare del proprio diritto "animo nocendi".

demos explicar. Esto demuestra como el patrimonio, la propiedad, es de un modo, consustancial a quien la posee, y que cualquiera que sea el sujeto de tal derecho, persona, familia u otra institución, la propiedad es para el bien del sujeto poseedor y que el ejercicio del derecho no puede contrariar el Bien Común de la colectividad. Un esbozo del concepto, que casi se pierde en la perspectiva del tiempo, nos proporciona la ley Licinia Sextia que limitaba la extensión del dominio. Es que también los juristas de aquel pueblo advirtieron los peligros para la paz social de una libertad ilimitada para poseer, y lo innecesario que resulta la gran propiedad con respecto a los fines del dominio, cuya medida es la satisfacción de las necesidades y la jerarquía del espíritu del sujeto poseedor.

No menos sugestiva es la limitación progresiva del dominio que se manifiesta en la época clásica y se vuelve notoria en la legislación justiniana, como lo afirman Bonfante y Raccobono. Y así como señalábamos el término feliz de la legislación que reconoce a todo hombre, por el influjo del *ius gentium* y de las nuevas ideas morales, el dominio según el *ius civile*, ahora reafirmamos nuestra conclusión, cuando advertimos que la evolución jurídica concerniente al uso y ejercicio del derecho de propiedad termina en Roma con una serie de disposiciones, que hemos mencionado, y de las que se deduce otra ratificación al principio de derecho natural que sostenemos.

Buena parte de la crítica jurídica moderna, en brillantes trabajos de investigación señala la influencia eficaz de los principios del derecho natural en la legislación romana y de la concepción moral del Cristianismo. El perfil religioso de Justiniano que resulta de toda su política y de su legislación, no nos es negada, sino confirmada de cuanto narra Procopio, el más feroz denigrados de Justiniano ⁽²³⁾; y es precisamente bajo el reinado del príncipe y legislador católico, que termina la evolución jurídica que estudiamos, en su legislación monumental los principios morales y naturales referentes al dominio, son legislados y re-

(23) Biondo Biondi, *Giustiniano Primo Principe e Legislatore Católico*. Milano 1936. Ed. iVta E. Pensiero. Pág. 59.

conocidos. Tenemos entonces título para negar la conclusión de Ihering según la cual, atribuye a los romanos una como segunda naturaleza que consiste en aplicar toda su fuerza moral e intelectual al servicio de su egoísmo. El egoísmo de los romanos según él, es un egoísmo sublime, grandioso en el fin que se propone, exige el máximo esfuerzo y sacrificio y es manantial de preclaras acciones y de grandes virtudes. Esa es la idea dominante, esencial de la vida romana, y para realizarla lo miraban todo bajo el prisma de la oportunidad. (24).

No obstante la aparente penetración de estas razones, no responden a lo que es el alma humana, ni a la realidad histórica de aquel pueblo.

La historia jurídica de Roma, revela que las instituciones se transformaron finalmente por el influjo del *ius gentium*, Maynz, opinión insospechable, comentando un pasaje de Ulpiano sobre el concepto del *ius gentium* dice "que sería el derecho común al género humano y que es una consecuencia necesaria de la vida humana y de las relaciones que existen entre los hombres. El influjo del cristianismo es notorio, pero no definitivo en el derecho romano, la transformación de éste y la recepción del cristianismo, se operará totalmente después de la destrucción del Imperio, y esta soberana misión le corresponderá principalmente a España. Por eso, no nos parece tan absoluta y exclusiva la estructura del espíritu romano, como piensa Ihering. El egoísmo idea dominante, la oportunidad símbolo de su actuación. Es cierto que faltó al genio de Roma en gran parte de su historia el conocimiento y la revelación de un orden moral, de un orden universal y es probable que el egoísmo, entendido como Ihering lo quiere, haya caracterizado a veces, la acción política social de Roma; y por ser el egoísmo contrario al amor, es él la causa del individualismo acendrado de su legislación, que se traduce en la fórmula clásica: *dominium est jus utendi, fruendi, abutendi* . . "definición cuyo éxito no puede encubrir sus defectos" (25), pero si esta concepción permaneció hasta el final del Imperio, porque

(24) Ihering Ob cit.. Tomo I. Págs. 363-4-6.

(25) Declareuil. Ob cit. Pág 193.

Dios lo quiso, no menos cierto es que es fácil columbrar en la evolución jurídica de Roma el influjo de "la voz que enseña, prescribe el bien aparta del mal que prohíbe, que gravada en todos los corazones, no se dirige inútilmente a los buenos, ni queda impotente ante los malos, es la voz, dice Cicerón, de la recta razón, conforme a la naturaleza (26). No todo, estamos autorizados a decir, fué obra del egoísmo en Roma, ni todo fué obra de la oportunidad. La oportunidad es propia de la soberana virtud de la Prudencia, que según Santo Tomás, consiste en la Razón práctica, cognoscitiva de los principios universales de la razón y de los singulares objetos de las operaciones, que le compete disponer lo conducente al fin de las virtudes morales y determinar el medio de las mismas (27); y si consideramos que la Justicia es virtud moral cuyo medio determina la Prudencia, y que el Derecho es objeto de la Justicia, vemos como la realidad histórica está mucho más próxima a los principios de la filosofía perenne que de la conclusión de Ihering.

Reclamamos pues para la jerarquía y esencia del espíritu humano, lo que le corresponde en su obra silenciosa. Con una adecuada noción de la grandeza y de la debilidad del espíritu humano, no negamos que este pueda apartarse del bien y obrar según el mal.

Todo lo que hay en la legislación romana de egoísmo, de ausencia de amor, es el reflejo helado de un individualismo que se caracteriza por desvincular al hombre del Orden a que pertenece. Los males que ocasionó el sentido absoluto de la propiedad, mitigado en el período clásico y justiniano, los revela el mismo Ihering. "Existió en Roma desde muy antiguo un hecho que originó grandes peligros, y que se le puede señalar sin miedo como el germen de descomposición que precipitó la caída de la sociedad romana. Ese hecho era el estado defectuoso del sistema de la repartición de bienes y de la circulación de riquezas. La desigualdad de la repartición de bienes es el resultado fatal de

(26) M. T. Cicerón. De la República. Trad. A. Zozaya. Ed. S. E. L. 1928. Pág. 91

(27) Sum Teológ. IIa Iaa Q. XLVII. Arts. II, III, VI, VII.

la libertad del comercio jurídico. La preponderancia de los grandes patrimonios sobre los pequeños se descubre constantemente, y por todas partes se repite el fenómeno de que los bienes afluyan con preferencia allí en donde están acumulados en grandes masas. En Roma dos circunstancias aumentaron esta influencia e impidieron la vuelta de los patrimonios hacia las clases desheredadas. En ninguna parte el rico podía con tanta facilidad ser millonario, ni el pobre llegar a ser mendigo; en ninguna parte el límite entre esos dos extremos se hizo tan estrecho y tan difícil de mantener. (28)

Finalizamos nuestro capítulo sobre la propiedad en Roma. Tres nociones esenciales han sido confirmadas. Primero, la propiedad, el dominio como modo de ser de la personalidad humana y de la institución familiar, fué reconocido en Roma. Segundo, la propiedad concebida, como un medio de proporcionar bien al sujeto que la posee y en función del bien común no fué enteramente desconocida. Tercero, la concepción individualista, y el desconocimiento del orden, por la ley; la plena libertad jurídica fué, lo decimos con Ihering, el germen que precipitó la caída de la sociedad romana. Las dos primeras conclusiones certifican las que precisamos en la Primera Parte; la tercera nos induce decididamente a no dudar de la necesidad de reformar nuestro régimen, ya que los principios esenciales de la legislación romana están contenidos en el Código Civil, y los resultados que tal concepción produjo en Roma, de una simple comparación, resultan los mismos males que aquejan a la sociedad argentina, y a la conciencia moderna en general. Y todavía quedamos más persuadidos cuando leemos las ilusorias páginas de Ihering, en las que manifiesta su romántica creencia de que el régimen social y económico de la sociedad moderna era capaz de salvar aquellos males, que por la libertad del comercio jurídico, sufrió Roma como sufrimos ahora nosotros. ¡Si hubiera vivido! y contemplado esta sociedad, dominada por un capitalismo desalmado, como justamente lo llama S. S. Pío XI, que obra con la mayor libertad de comercio

(28) Ihering. Ob. cit. Tomo II. Pág. 259

jurídico Los desastrosos resultados de tal sistema entre nosotros los revelaremos en el capítulo correspondiente de la Tercera Parte; y de ellos no nos debemos extrañar pues el sistema jurídico liberal e individualista cuyo origen señalaremos, y que inspira nuestra legislación sobre la materia, "es un resurgir del espíritu de la Antigüedad Clásica".

En el capítulo siguiente estudiaremos la legislación española. Ella tomó el cuerpo inmenso del derecho romano animándolo del espíritu de Justicia y Caridad. Es otra etapa de la historia que brevemente nos proponemos revelar.

CAPÍTULO SEGUNDO

De los principios de la Legislación Española y de Indias.

1. — El estudio de la legislación romana nos ha proporcionado la confirmación, del principio según el cual la propiedad fué reconocida en la ley humana como un derecho natural del hombre. Destacamos también como si esencialmente este principio encuentra su consagración al término de la evolución jurídica estudiada, no desaparecieron las causas del desequilibrio moral y político del Imperio.

Si la desintegración geográfica y política es consecuencia de la invasión de los bárbaros, la modificación de las costumbres y el nuevo sentido de las leyes es obra que pertenece al Cristianismo. En esta tarea, de trascendencia universal, España desempeña una función preponderante.

Sobre la última estructura del derecho romano, el justinianeo, levanta su sistema, al que corona no con el individuo, por sobre quien nada existe, y que en realidad se somete o pierde en último término en la masa de individuos, sino con la persona, cuyo destino último, es el principio moral que inspira la legislación. La propiedad igualmente reconocida a todos los hombres en Roma, es legislada análogamente pero el dominio no es excluyente del beneficio social que reporta, ni el ejercicio del dere-

cho puede ser absoluto. Esta modificación es resultado de una nueva concepción del objeto del dominio y de la misión, digamos, de los bienes materiales en la vida, principio que citaremos oportunamente, y del que resulta que la propiedad se concibe y limita según el bien del sujeto de derecho que la posee, y en función del bien común de la colectividad. Tales ideas referidas a la propiedad, pertenecen a un sistema de vida que dentro de un orden se mantiene por la jerarquía de valores y funciones sociales, cuyo término inmediato es el bien terreno del hombre y finalmente el bien de su alma. El sentido de la legislación pues, lo revelaremos en su integridad si paralelamente al estudio de la norma mencionamos los factores que esencialmente la causan. Surgirán así ante nosotros en la plenitud de su grandeza los principios morales y sociales del cristianismo que España consagró en la ley.

Cabe destacar, que la propiedad como expresión necesaria y natural de la vida humana en función del bien individual y común, es el término de una evolución paralela al reconocimiento de los valores espirituales del hombre, por lo que anticipamos una conclusión que ratificaremos con la cita legal y el antecedente histórico que también confirma nuestra tesis relativa a este principio: un sistema jurídico social fundado en los valores espirituales del hombre y en la jerarquía del orden cósmico, otorga al individuo correlativamente un conjunto de facultades que le aseguran el bienestar material y espiritual, y operan en consecuencia una gradación de lo imperfecto a lo perfecto, por lo que naturalmente el dominio sobre los bienes materiales, se ordena según el bien de la persona y de los entes colectivos que en la sociedad se forman.

Con estas ideas que a nuestro modo de ver caracterizan la legislación española para España y América, iniciaremos su estudio, con el mismo criterio que aplicamos al sistema jurídico de los romanos.

2 — San Agustín, y su discípulo Orosio, dice el eminente historiógrafo García Villada, consecuentes con el fin providencialista que asignan a la historia, ven en la invasión de los bárbaros, el castigo de los crímenes de un poder podrido, y el dedo de la

Providencia que permite que aquellas ordas gentiles o arrianas, ocupen el territorio donde florece el Catolicismo para traerlas al verdadero redil. Los suevos y los visigodos eran arrianos, y ellos empuñaban las riendas del poder; pero se avecina para España el día que se operará su unidad política y moral.

Recaredo el 8 de Mayo de 1589 abjura de la herejía arriana, 'constituyendo la unidad religiosa, que había de ser la base de la unidad civil'. Faltaba con todo, otra cosa importantísima, para llegar a la unificación completa, era la identidad del derecho. Esto se llevó a feliz término por medio del Liber Iudiciorum de Resceswinto, elaborado por los obispos en los Concilios de Toledo. (29). En el Libro I de ese Código, se expresa cual es el carácter y efectos de la ley. El fin de ésta es refrenar la maldad de los hombres y que los buenos vivan con seguridad entre los malos, y se inserta un texto de San Isidro que dice, que la ley ha de ser honesta, justa, posible, conforme a la naturaleza y a la costumbre patria, y que debe finalmente ser dada no para ninguna comodidad particular, sino para utilidad común de los ciudadanos (30). El concepto de la ley, precisa el del sistema jurídico; bien de los hombres y utilidad común. Tal es el antecedente brillante que los legisladores españoles repetirán en los códigos sucesivos. Pero el desenvolvimiento histórico no se realiza de una manera fácil. Poco faltaba para que los sarracenos invadiesen el territorio español. La confusión y la guerra desorganizaron la nación.

La influencia de esta nueva legislación no había conseguido variar totalmente la organización social que Roma había implantado, contribuyó a ello la invasión de los árabes, quienes no modificaron tampoco, al contrario, acrecentaron las desigualdades sociales. Y en la España del siglo encontramos, "los nobles, los caballeros, los pequeños propietarios plebeyos o los cultivadores libres y las clases serviles". Empero, dos factores indudablemente

(29) Zacarías García Villada. S. J. El Destino de España en la Historia Universal Ed. Cultura Española 1936. Págs. 74-66-70

(30) Salvador Minguijón. Historia del Derecho Español Español. Ed. Labor Tomo I. Pág. 43.

determinaron igual concesión de derechos a todos los nacionales; la guerra y la concepción cristiana de la vida.

La guerra impidió que los señores se engrandecieran e hicieran poderosos. Obligados a luchar en defensa del suelo común, del territorio nacional, la agitada vida de la guerra eliminó la posibilidad del engrandecimiento material y dominio desmesurado sobre los hombres. La sociedad española de la época, bien se ha dicho, era una sociedad de milites, constituidos en defensa del espíritu de la patria. Grandes y pequeños estaban empeñados en una acción común. Por otra parte los reyes no permitieron el engrandecimiento sin límites de los señores, porque, "la nobleza dependía del rey, en cuanto era éste quien concedía los títulos, oficios y tierras, pudiendo quitar estas mercedes a la muerte del donatario y aún en vida misma de él; no siendo propiamente hereditarias las concesiones de tierras y señoríos (31). Limitado así el poder de las clases altas, existió correlativamente un movimiento eficaz de liberación de las clases bajas, en esta tarea como lo reconoce el mismo Altamira, la libertad se produce especialmente por influencia de las predicaciones de la Iglesia (32). Se iba formando así una clase media que constituían los propietarios plebeyos, los cultivadores libre y los libertos. El derecho sobre sus tierras era protegido por la ley y el poderío de los señores, controlado y limitado por los reyes. España ofrece al mundo esta tradición de libertad en el orden. En España no hubo feudalismo. Pertenece a épocas muy antiguas la institución del concilium, de los consejos, garantías de libertad.

La agricultura fué muy fomentada por los monjes especialmente los de la orden de San Benito que se dedicaban a cultivar tierras; contribuyendo a esto el derecho que las leyes concedían a los que roturaban un terreno, de poseerlo y aún apropiárselo (33).

Tales son las características del estado social de la España del siglo VIII al XI.

(31) Rafael Altamira. Historia de España y de la Civilización Española. Ed. Gili 1909 Tomo I. Pág. 302.

(32) Id. Id. Pág. 306.

(33) Id. Id. Pág. 321

Aún durante los tiempos azarosos de la guerra, la legislación tendía a atribuir a los hombres un conjunto de facultades que le asegurasen el bienestar material y moral; concepción notoria en la legislación posterior. Durante este período los estados cristianos se mantienen con dificultad, pero desde el siglo XI al XIII la escena cambia por completo, en la constitución interna, social y política de los territorios cristianos producen cambios de gran trascendencia (34).

¿Cuáles son estas modificaciones históricas? La formación de la clase media, cuyos orígenes anotamos en el período anterior. El apoyo de los reyes que les concedían privilegios y fueros de garantías, tan eficaces, como aquellos que prohibían que las propiedades de los vecinos pasasen a poder de los nobles para que éstos no influyesen malamente con su poder sobre el pueblo (35). La propiedad es reconocida a los individuos y a las familias, se aseguraba así el bien de la persona cuya situación no podía, al menos en el espíritu del sistema social, llegar a ser angustiosa pues existía la declaración que eran comunes los campos y los bosques, los prados sin cultivar, susceptibles pues de disfrute común. Las modificaciones del derecho personal que venimos siguiendo, tienen gran interés porque determinan la desaparición de las desigualdades que impedían el goce de la propiedad según los atributos de la naturaleza humana. Vemos así como por el reconocimiento de los derechos esenciales se muda la antigua relación de subyugación entre el propietario y el trabajador de la tierra, en una relación protegida por la ley. La evolución que se cumple con alternativas, malas y buenas —siempre posibles entre los hombres— es el influjo de la concepción jurídico social cristiana que esencialmente está contenida en Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, y que ahora leemos glosados por el eminente Gregorio López (36).

El régimen de la propiedad nos lo explicaremos en Las Par-

(34) R. Altamira. Ob. cit. Tomo I Págs. 351-2.

(35) Id. Id. Pág. 416.

(36) Las Siete Partidas de Rey Don Alfonso El Sabio, glosadas por el Lic. Gregorio López. Ed. Bouret 1851

tidas y en las leyes posteriores conociendo los principios esenciales sobre el sentido de la ley, valor de la personalidad y de los bienes terrenos. Nos lo explicarán, decimos, adecuadamente porque ya es fácil columbrar que la propiedad, el dominio, es concebido en función del bien común y destinado a proporcionar un bien al hombre. Y este principio referido al dominio integra un sistema jerárquico que naturalmente solo es dable concebirlo en un cuerpo legal cuyo Título Primero, empieza “A servicio de Dios, et a procomunal de todos facemos este libro” —Primera Partida— y explicando “Donde fueron tomadas et sacadas estas leyes” (ley segunda) refiere como antecedentes el *ius gentium* y las palabras de los santos que hablaron espiritualmente lo que conviene a bondad del cuerpo et a salvamiento del alma y del dicho de los sabios; y disputando “en quantas maneras se departen las leyes, dice, la Ley III^a. de dos maneras se departen quanto en razón, la una es a pro de las almas, la otra es a pro de los cuerpos: la de las almas es quanto en creencia, la de los cuerpos es quanto en buena vida”.

La ley, así concebida, es poderío del Emperador, que puede hacer la ley, et fuero nuevo et mudar el antiguo si entendiere que es a pro comunal de su gente (Ley VI); esta función corresponde a los reyes, porque Vicarios son de Dios puestos sobre las gentes para mantenerlos en justicia et en verdad quanto en lo temporal (Ley V), para lo que el Código magno declara, que “Conoscimiento verdadero de Dios es la primera cosa que por derecho debe haber toda criatura que ha entendimiento; et como quier que esto pertenesce mucho a los homes porque han entendimiento et razon, entre todos ellos mayormente lo deben haber los emperadores, et los reyes et los otros grandes señores que han mantener las tierras, et gobernar las gentes con entendimiento de razón et con derecho de justicia” —Partida Segunda— Título II.

La ley para el bien del alma y del cuerpo, ordenada por el rey, que para mantenerlos en justicia debe considerarse Vicario de Cristo teniendo conocimiento de la ley divina. A nadie escapa que tales principios de la organización jurídico social estaban destinados a la consagración de un orden que asegurase el bien-

estar material y moral de los hombres. Para esto dijimos, fué y será siempre necesario ordenar lo imperfecto a lo perfecto. Tal ocurría en la legislación que nos ocupa. El uso adecuado de los bienes materiales y el de no codiciar en el corazón grandes riquezas por parte del rey, responde a un concepto de moral social que se enuncia en la Segunda Partida, Título III, ley IV” et siquier los santos et los sabios se acordaron en esto, que la cobdicia es muy mala cosa, así que dixieron por ella que es madre et raíz de todos los males, et aún dixeron más, que el hombre que cobdicia a llegar grandes tesoros para non obrar bien con ellos, maguer los haya, que non, es ende señor, más siervo, pues que la cobdicia le face que non pueda usar dellos, de manera quel estén bien, et a tal como este llaman avariento, que es grant pecado mortal quanto a Dios et grant malestanza al mundo Finalmente mencionaremos un principio que ratifica la concepción social y humana del derecho y en el que se establece que todos los hombres “se han ayudar unos a otros para poder bien vevir et ser guardados et mantenidos”. Segunda Partida, Título X. Ley I.

Los principios enunciados como es fácil colegir se fundan en que la ley debe asegurar un bien al hombre según el alma y el cuerpo; de ahí, que la noción del dominio sea definida “Señorío, es poder que home ha en su cosa de facer della et en ella lo que quisiere según Dios et segunt fuero”. Tercera Partida. Título XXVIII. Ley I.

El derecho de propiedad, así concebido, se extiende al mayor número posible de hombres. En el siglo XIII dice Minguijón, apenas quedan vestigios de la clase de los siervos. Alejandro III declaró que todos los cristianos debían de estar exentos de la servidumbre. El deseo de atraer pobladores que cultivasen la tierra determinó a los señores a conceder franquicias; los fueros de las poblaciones de fronteras —con los invasores— declaraban libre al que se avecindase en ellos (37). Los solariegos por su parte transforman su relación de dependencia personal con el señor, en una relación o derecho del hombre sobre la cosa, la enfiteusis. Al

(37) Minguijón. Ob. cit. Tomo I. Pág. 113

amparo de estos derechos, ocurre la aparición de los pequeños propietarios; es notoria, dice Altamira, "la importancia que iban adquiriendo los censos en su forma enfiteútica, y en la reservativa, muy usada por los nobles y por las iglesias y monasterios en sustitución de las antiguas explotaciones serviles (38). La ley sanciona nuevas normas de adquirir el dominio, por la simple posesión, el trabajo, o la prescripción.

En esta evolución el gobierno de los Reyes Católicos se caracteriza por una eficaz acción en contra del poderío de los nobles, amenguando el ejercicio del derecho de propiedad y reconociendo con amplitud el que correspondía a sus humildes vasallos.

España aumenta su poderío económico y político, la administración del Imperio exige la colaboración de todos los nobles y señores que se ven precisados a transferir sus tierras o cederlas mediante contratos a los trabajadores del campo, aumenta así el número de propietarios y casi se pierden las formas pasadas del ejercicio exclusivo o abusivo del poder.

Esta evolución alcanza un desarrollo ponderable durante el reinado de la Casa de Austria. El ejercicio del derecho de propiedad está en función del bienestar general y de las necesidades del individuo.

3. — El sistema jurídico español determina la desaparición de las clases respecto al goce de los derechos. El que aquí se trata fué concebido en función del bien común. Nuestro intento, es ratificar, al estudiar la situación y régimen de la propiedad en España, otro de los fundamentales principios sobre los que asentamos nuestra tesis. Consiste éste, en que si se considera al sujeto del derecho un ente moral, es decir, que si se legisla a base de considerar al hombre en su integridad, compuesto de cuerpo y alma, el ejercicio del dominio, la medida del mismo, tiene que ser conveniente al bien de su alma y de su cuerpo, y que como el hombre se debe al bien de la sociedad, el ejercicio del derecho está condicionado a este último.

(38) Altamira. Ob. cit. T. II. Pág. 103.

Comprobamos esta orientación con los principios filosóficos jurídicos ya recordados que enuncian Las Partidas. Relativamente al modo y ejercicio del derecho de propiedad, nos parece oportuno y adecuado investigar en la legislación misma la aplicación particular que tuvieron.

Que la propiedad sea el medio por el que se asegura el bien de los individuos y de las colectividades, se aprecia en forma notoria, en la división hecha de las cosas, que estudiaremos en las Instituciones de Derecho Real de España por el Doctor J. M. Alvarez, adicionadas con varios apéndices, párrafos por Dalmacio Vélez (39). Se distinguen entre otras, las cosas de universidad o de consejo, que son las que pertenecen al común de alguna ciudad o villa separadamente. Se dividen, en unas que son de uso común a todos los vecinos, y se llaman égidos, y otras que se administran por el concejo y sus frutos se destinan para utilidad del público: son los propios.

Los égidos, son los campos que están a la salida de las ciudades, villas, pueblos y lugares, y son comunes a todos los vecinos. Es una de aquellas cosas cuya propiedad pertenece al común, y el uso, a cada uno de la ciudad. Su extensión debe ser tanta, cuanta se necesite para el caso de que crezca la población, siempre quede bastante espacio para que la gente se pueda recrear, y salir los grandes sin hacer daño. Los bosques pueden cortarse pero en beneficio de cada uno, prescribiéndose la medida y la forma de hacerlo, y que los campos sirvan de pasto común, y que se planten en las villas y lugares, montes y pinares donde haya mejores pastos y abrigos para los ganados y abasto de leña y madera con el fin de que los vecinos se puedan aprovechar de todo (40). Que se consideraba realmente que estas tierras estaban destinadas al bien común, lo declara solemnemente la Ley II, Título XXIII, del Libro VII de la Novísima Recopilación (41), en

(39) Instituciones de Derecho Real de España por el Dr. José María Alvarez, apéndices, párrafos por Dalmacio Vélez. Ed. Imprenta del Estado. Buenos Aires. 1834.

(40) Alvarez. Ob. cit. Págs. 163, 164 y 165.

(41) Novísima Recopilación De Las Leyes De España. Ed. Salvá. París. 1854.

la que leemos “y por ser cosa conveniente al bien común de estos Reynos, y hacerles bien y merced, . . . por esta carta pragmática, que queremos que valga por ley y pragmática, prometemos por Nos y por nuestros sucesores, agora y para siempre jamás . . . que no venderemos ni enagenaremos, tierras baldías, ni árboles, ni el fruto de ellos, sino que quedará siempre lo uno y lo otro para que nuestros súbditos y naturales tengan el uso y aprovechamiento de que las dichas tierras baldías y árboles y frutos dellos han tenido y tienen conforme a las leyes de estos Reynos.

No descuidó tan excelente prudencia, “la conservación de los montes y plantíos, para el bien común de los pueblos”, disponiendo que no se talen, los que sirven para pasto común y para guarecer los ganados de todos en el invierno; pudiéndolo hacer en cambio con los que su desarrollo lo permita (42). Y todas las otras disposiciones semejantes, plenas de sentido social, como la de la Ley VII, del mismo Título, que prohíbe entrar los ganados durante cinco o seis años, en los montes que se quemaran para aumento de ellos y su pasto “porque los ganados cabríos se comen los tiernos retoños con lo que los árboles no tornan a lo ser”.

Cada una de las leyes que se refieren al ejercicio del derecho de propiedad confirman nuestra tesis. Surge de su mandato el deseo notorio de asegurar el bien de todos desde la noción de dominio que recordamos: “señorío que se ejerce según Dios et según fuero”, hasta la ley que dispone “que no se permita con ningún pretexto que en los cortes de montes propios o de dominio particular, se quemen con la leña las cortezas de los árboles de encina, roble, y otros que sean útiles para el uso de las terneras (43), y la que dispone que las tierras en que se hicieren plantíos de olivares o viñas con arbolados o huertas de hortalizas con árboles frutales, deberán permanecer cerradas, para que de esta suerte conserven los terrenos su amenidad y abunden en el Reyno estos preciosos frutos, tan necesarios a la vida humana y que contribuyan al regalo y sustento de mis vasallos (44), autorizándose

(42) N. R. Libro VII T. XXIII. L. II.

(43) N. R. L. VII. T. XXIV. L. XVIII.

(44) N. R. L. VII. T. XXXIII. L. XIX.

por estas razones que atienden al bien de la colectividad, el cercar los plantíos sin embargo de toda costumbre que no deba prevalecer al beneficio común”.

La ley XX del mismo Título establece que cuando el suelo pertenece a particulares y el arbolado y sus frutos a los Propios de los respectivos pueblos, el dueño del suelo puede tomarlo en enfiteusis, pero será obligación suya disfrutar del monte con ganado propio, pues de lo contrario ha de ser preferido el vecino y en su defecto el comunero, por su justa tasación. Y en el afán de velar por el bienestar de los pueblos se suceden las leyes eminentemente sociales, como aquella que empieza “Porque nos fué hecha relación por los Procuradores de Corte que el precio de la carne había subido y subía excesivamente a causa de que los pueblos de nuestros reynos y señoríos rompían los pastos y términos públicos y faltaba la yerba para la sustentación del ganado, y las pobres gentes no alcanzaban para ser sustentadas de carne, y que esto se remediaría con mandar reducir a pasto lo rompido, mandamos para obviar dicho daño reducir a pasto común, los términos, montes, exidos que les constaren que de diez años a esta parte están enagenados, rompidos o vendidos (45). Y la determinación “de precio fixo para todas las dehezas del reyno, las de la corona, la de los Grandes, de los Comendadores, Dignidades, Caballeros, etc., que se reduzcan como desde luego reducimos sus arrendamiento al precio que tenían en 1633, a beneficio de los hermanos de Mesta y Cabaña Real y otros qualesquier dueños de ganados mayores y menores (46).

Los “repartimientos de Propios y Arbitrios a los labradores” (47) certifican una vez más el principio según el cual el uso de los bienes materiales corresponde al hombre, que tiene derecho a poseer, a gozar de su utilidad, en función del bien común como aparece notorio en la ley que dispone, que nadie puede comprar semillas en los cammos, sino en las plazas, con el propósito de que la venta fuese pública y evitar el acaparamiento y arbitrariedad

(45) N. R. L. VII. T. XXV. L. IV.

(46) N. R. L. VII. T. XXV. L. X.

(47) N. R. L. VII. T. XXV. L. XVII.

en los precios ⁽⁴⁸⁾; y la otra que prohíbe matar terneras, “porque nos es hecha relación que a causa de las muchas que se matan, falta carne, y que a esta causa valen las carnes a muy excesivos precios, por lo que se manda que nadie las pueda matar so pena de destierro temporario y multas en el caso ⁽⁴⁹⁾. Qué lejos estamos del “abusos” del derecho de los romanos y de la degradación posible de nuestro código civil; pero es cierto, que la ley “fué sacada, como dice la Primera Partida, del jus natural y del jus gentium y de las palabras de los santos que hablaron espiritualmente lo que conviene a bondad del cuerpo et a salvamiento del alma”.

4. — España era un Imperio. La fuerza de cohesión del Imperio Español era una idea espiritual y esto no ha de confundirse con la dominación más o menos tiránica del poderío económico de los pueblos fuertes contra los débiles de nuestros tiempos. Es que el ideal social cristiano, que era la idea espiritual, la fuerza de cohesión, es de suyo imperial porque está destinado a reynar, imperar y vencer. Y así nos explicaremos porqué las leyes españolas que se aplicaban en América estaban animadas de las más preclaras razones del cristianismo. Desde el testamento de la reyna Isabel la Católica que declara “que nuestra principal intención fué de procurar inducir y traer los pueblos de ellas —de Las Indias— a nuestra Santa Fé Católica” ⁽⁵⁰⁾, es fácil probar que un ideal espiritual alentó la colonización de América. Las leyes posteriores lo confirman. Todo lo que se ha dicho en contra del espíritu de la hispanidad, que somos nosotros mismos, ha sido para batallar disimulada y mañosamente contra el ideal social cristiano que España infundía en el mundo. Ya lo advirtió el eminentísimo Pereyra Solorzano en su Política Indiana, obra de enjundia singular. Viendo pues los Herejes, y otros émulos de las glorias de nuestra Nación Española fuerza, y verdad de los Títulos referidos y el gran aumento, que por las conquistas, y

(48) Id. Id. Id.

(49) N. R. L. VII. T. XVI. L. IV

(50) Política Indiana, compuesta por Don Juan de Solorzano y Pereyra Ed. C. I. A. D. P. 1930. Tomo I. Pág. 121.

conversiones, del Nuevo Orbe ha conseguido su monarquía, procuran deslustrarlos o enflaquecerlos, diciendo en primer lugar, que más nos llevó a él la codicia del Oro, y la Plata de sus Provincias que el zelo de la predicación y propagación del Evangelio” (51). Pero esta calumnia bastantemente queda deshecha con la ya apuntada en otro capítulo de este libro y en este se puede añadir con otro autor grave que en los principios, así en estas Indias Occidentales, como en las Orientales, muchos mayores fueron las expensas y gastos de estas conversiones, que sus provechos, y no por eso dexaron de abrazarlas y continuarlas con sumo gusto nuestros Reyes y sus vasallos (52). Todo esto es bien cierto; no debió ser América fuente de riquezas, puesto que la sociedad colonial sabemos que fué pobre, sin embargo la obra espiritual fué rica y grande. Bien lo prueban la humilde casa colonial donde trabajaban los señores y servidores, la Universidad y todos los grandes y humildes institutos fundados con licencia de los Reyes, y los templos, bellas muestras de arte, y la estirpe de próceres que proclamaron la nación, formados en los colegios y universidades de España en América.

Así como hemos demostrado, en el artículo anterior, que en España, por obra de la legislación el sujeto de derecho era la persona, ente moral por excelencia, aquí en América igualmente se afianzó el noble principio de que el indígena era sujeto de derecho, aunque “varias, y aún desvariadas opiniones tuvieron los Filósofos Gentiles cerca de la primera creación y propagación de los hombres. Pero entre los que por la misericordia de Dios profesamos su fe católica, tan cierto es como sabido, que todos los que se hallan, y se hallaren en cualquier parte del orbe, trae su origen y descendencia de nuestro primer Padre Adán, a quien Dios creó, y formó del polvo de la tierra, y aún tomándole, según algunos dicen, de todas las cuatro partes de ella para que fuese origen de quantas en ella nasciere, y dueño de quanto en las mismas se crease y produxese (53). El común origen atribuido

(51) Política Indiana. L. I. Cap. XII. I.

(53) Polit. Ind. L. I. Cáp. V. I.

a los hombres significa igual reconocimiento de su calidad espiritual, derechos y destino último, por eso no ha de extrañarnos que en el estudio de las Leyes de Indias encontremos disposiciones de carácter tal que ningún otro país colonizador las haya dictado, como aquella que se refiere al principio aplicable a las convenciones hechas entre los indios y sus encomenderos, “que deben estar las transacciones y conciertos regidas por “el texto elegante, que muy en términos dice que valen las que hacen mejor las condición del menor”. (54). Sobre el principio de que el hombre es fundamentalmente compuesto de cuerpo y alma, se asienta el sistema jurídico español. Un régimen justo de los bienes naturalmente se funda en esta noción. Tal ocurría con el establecido para América.

Pereyra Solorzano refiriéndose a las Leyes de Indias sobre este asunto dice “Y si aún de sus bienes y haciendas no pueden los hombres libres ser privados o despojados contra su voluntad, porque a cada uno se permite hacer de ellos lo que quisiere, y en esta libertad dijo Cicerón, que consistían los más firmes fundamentos de la del pueblo romano, forzoso parece, que en sus personas les conservemos el mismo derecho, pues según las reglas dél, son tanto más estimables, que las haciendas y corre como a mayori, el argumento que de estas se saca para aquellas. 7. El Segundo Fundamento se toma, de que no solo están mandados los indios a ser libres, y tratados por tales, como va dicho, sino con particular expresión, que en todo y por todo sean tenidos tratados y gobernados como los demás vasallos de España, según consta de muchas cédulas y capítulos de cartas e instrucciones antiguas y nuevas. . . . donde se pone uno de los capítulos de las que llamaron Nuevas Leyes del año 1542 del tenor siguiente: Item, teniendo como tenemos, a los naturales de las dichas Indias por nuestros vasallos libres, como lo son los de estos nuestros reynos: así nos tenemos por obligados que sean bien tratados en sus personas y bienes (55).

(54) Id. Id. L. II. Cáp. XXI. 11.

(55) Polít. Ind. L. II. Cáp. V. 6-7.

Establecido pues el reconocimiento de la personalidad de los naturales, y el propósito por parte de la legislación de asegurar el bienestar espiritual de los naturales; las leyes referentes a los bienes respondían a este propósito, como lo dice el final de la transcrita antes. Nos bastará para refirmarlo la lectura de las leyes del caso.

Para evitar la acumulación de tierra se dicta en 1525 la siguiente ley "a los que en la nueva población de alguna Provincia tuvieren tierras y folares en un Pueblo, no se les pueda dar, ni repartir en otro, si no fuere dexando la primera refidencia, paffandofe a vivir a la que de nuevo se poblare" (56). La obligación de trabajar los solares otorgados lo prescribe otra ley que dice "los que aceptaren afsiento de cavallerías y peonías, se obliguen de tener edificados los folares poblada la caza, hechas y repartidas las hojas de tierras de labor, y haberlas lavrado, puef to de plantas. . . . so pena de que pierdan el repartimiento de folares y tierras y más cierta cantidad de maravedís para la República, con obligación en pública forma, y fianza llena, y abonada (57). Otra ley de 1536 de Carlos Emperador dice "todos los vecinos y moradores a quien se hiciere repartimiento de tierras, sean obligados dentro de tres meses, que les fueren señalados, a tomar la posesión de ellas, y plantar todas las lindes, y confines. . . . por manera que de mas de poner la tierra en buena y apacible disposición, sea parte para aprovecharse de la leña, que huviere menester, pena de que pasado el término si no tuvieren puestas las dichas plantas, pierdan la tierra para que se pueda proveer, y dar a otro qualquiera poblador, lo qual no folamente haya lugar en las tierras, sino en los Pueblos y zanjas que tuvieren, y huvieren en los límites de cada Ciudad o Villa (58). Como puede verse estas leyes exigían el uso de los bienes en forma de no contrariar el Bien Común. Relativamente a la propiedad de los indios, esta les fué reconocida, y protegida. Así Felipe II por

(56) Recopilación De Leyes de los Reynos de Las Indias Ed Pérez de Soto. Año de 1774. 3a. Ed. Lib. IV. Tit. XII. Lij

(57) L. de I. Lib. IV. Tit. XII. L. iiij

(58) L. de I. Lib. IV. Tit. XII. L. xj.

una ley de 1588 dispone "Mandamos, que los repartimientos de tierras, afsí en nuevas poblaciones, como en lugares y término, que ya eftuvieren poblados, se hagan con toda justificación, fin admitir finguralidad, accepción de perfonas, ni agravio de los Indios (59). El mismo Rey dispone en 1594 "Que las eftancias, y tierras, que fedieren a los Efpañoles, fean fin perjuicio de los Indios, y que las dadas en fu perjuicio y agravio, fe buelvan a quien de derecho pertenezca" (60). Para evitar los daños materiales en las propiedades de los Indios el Emperador Carlos manda "Por que las Eftancias de ganados bacunos, yeguas, puercos, y otros mayores y menores, hacen gran daño en los maisales de los Indios, y efpecialmente el que anda apartado y fin guarda: mandamos, que no fe den eftancias ningunas en partes y lugares de donde puedan refultar daños, y no pudiéndofe efcufar, fean lexos de los Pueblos de Indios, y fus fementeras. . . . y en cafo que alguno fucediere, le hagan fatisfacer, por las Justicias" (61). El reconocimiento de la propiedad de los indígenas se refirma en la ley de 1646 "ordenamos que la venta beneficio y compofición de tierras fe haga con tal atención, que a los Indios fe les dexen con fobra todas las que les pertenecieren, afsí en particular, como por Comunidades, y las aguas y riegos" (62). Otra ley dispone "Que no fea admitido a compofición el que no huviere poffeído las tierras diez años, y los Indios fean preferidos, con prelación a las demás perfonas particulares, haciéndoles toda conveniencia (63). Finalmente por otra ley se dispone "Que no fe admita a compofición de tierras, que huvieren fido de los Indios o con título viciofo, y los Fificales y Protectores figan fu justicia y el derecho que les compete por Cédulas y Ordenanzas para pedir nulidad contra femejantes contratos" (64).

Estas leyes responden al concepto de la propiedad de los juristas españoles que según hemos demostrado, la concebían desti-

(59) Id. Id. Id. Id. L. vii.

(60) Id. Id. Id. Id. L. ix.

(61) Id. Id. Id. Id. L. xij.

(62) Leyes de Indias. Lib. IV. Tít. XII. L. xviiij.

(63) Id. Id. Id. Id. L. xix.

(64) Id. Id. Id. Id. L. xvij.

nada a satisfacer naturalmente el bien del individuo en función del bien común. La propiedad fundada en el trabajo, el reparto equitativo de las tierras, y la neutralización de las causas que influyen en la concentración viciosa de la propiedad del suelo y las que originan la especulación y el derecho de abusar de ellas, dejándolas sin cultivo, fueron las principales orientaciones del derecho agrario de indias, dice el Prof. Gay. Tal era el pensamiento de los juristas de España "Tenga gran cuidado el Príncipe de que se cultive toda la tierra que se pudiera labrar, favorezca a los que se esmeren, mande castigar a los que fueren negligentes, dice el P. Rivadeneira a Felipe II. "Al Rey toca cuidar de que cada uno labre su tierra y de que la labre bien porque también conviene a la República cuyo Curador es vuestra Majestad, que nadie use mal de su asiento... no debe dejarse cosa tan importante como la labor al arbitrio del descuido y ociosidad de los pueblos, sino ordenarles lo que conviene y compelerles al oficio que les dió Dios. (65).

El sistema de la propiedad se completaba con un conjunto de medidas inspiradas en estos mismos propósitos, la atribución de la propiedad por el trabajo, la introducción de elementos y familias agrícolas, los privilegios concedidos a los ingenios para favorecer su producción impidiendo el embargo y ejecución por deudas, solo en determinados casos, son otras tantas disposiciones que prueban también la teoría enunciada sobre el derecho de propiedad.

La legislación era general. Sin embargo no falta la opinión contraria, casi siempre interesada. Altamira, refiriéndose al sistema económico imperante en las reducciones jesuíticas de América, dice que era Comunista (67).

Conviene rebatirlo. Primero, porque habiendo llegado los naturales en las misiones a un grado notable de bienestar, podría imputarse entre otras causas, ese resultado a la bondad de tal ré-

(65) Juan Carlos García Santillán. Legislación sobre indios del Río de La Plata. Ed. B. H. H. A. Madrid 1928 y cit. del Prof. Gay. Pág. 90. — Págs. 134 y 135

(66) Altamira. Ob. cit. T. III. Pág. 514.

(67) Altamira. Ob. cit. T. III. Pág. 349

gimen. Segundo, porque considerando el enorme número de hombres que había en las misiones, la aceptación del sistema comunista, significaría la negación práctica de uno de los principios que hemos afirmado en la Primera Parte, y comprobado en esta Segunda, según el cual, la propiedad privada es una expresión natural del espíritu.

Manidas consejas, como la que ahora nos ocupa, han constituido en verdad las acusaciones lanzadas en contra del instituto glorioso de Ignacio de Loyola.

La propiedad en las Misiones no era comunista.

Tal nuestra tesis. Veamos la realidad. Amambae, (—aba, indio — mbae — cosa perteneciente — posesión — propiedad —) era el campo propiedad del indio particular, donde establecía su cultivo. El terreno de cultivo de cada pueblo estaba dividido en cacicazgos, de suerte que cada uno de los veinte o más caciques que había en cada pueblo tenía señalado para sí y sus súbditos una porción de todo el término en que pudiesen sembrar y cosechar con abundancia cuánto necesitasen sobrando siempre tierra apta para el cultivo, por lo dilatado de aquellos territorios. Cada vasallo tomaba la extensión de tierra que necesitaba y en ella hacía sus sementeras para su sustento y el de su familia durante el año. Recogida la cosecha la traía a sus casas, donde guardaba lo necesario para el gasto de dos o tres meses; y lo demás, metido dentro de sus sacos y con el nombre propio de sus dueño, lo conducían al almacén común, de donde lo iban a buscar en consumiendo lo que habían guardado. Este arbitrio remedió el daño que se seguía de la imprevisión de los indios unas veces y de su voracidad y dispación otras. Aún con todas estas diligencias la mayor parte de los indios necesitaban ser socorridos hacia el fin del año y esta era una de las utilidades del Tupambae”.

“El Tupambae (Tupá — Dios, mbae — propiedad, cosa perteneciente, posesión) era en idioma Guaraní la hacienda de Dios, hacienda de los pobres. Campo común, en cuya labranza participaban o una porción elegida de indios jornaleros que por su actividad pudiesen asegurar un buen resultado, o todos los vecinos que abandonaban dos días a la semana su Amambae. De este campo

destinado para los desvalidos, para los ocupados en servicio del pueblo y para todos los necesitados en general, para el cuidado de las Iglesias y para socorrer durante el año si era necesario el hambre de otro pueblo, o la imprevisión de algunos indios que habían malgastado la cosecha o sembrado insuficientemente” (68).

De la exposición que antecede del P. Hernández S. J., surge claramente la verdad, el régimen de la propiedad no era comunista. Por el contrario, en las Misiones encontramos ratificados los principios acerca de la propiedad privada, del dominio directo, de los muebles e inmuebles. La existencia de tierras cultivadas en beneficio de los pobres, o de los necesitados por imprevisión o accidente, es el ejemplo noble de la aplicación del principio de la Asistencia, como deber jurídico, como factor del orden social, que si la sociedad burguesa y liberal del siglo lo hubiese practicado habría impedido tanta reacción dolorosa, equivocadamente orientada, pero motivada por una situación de notoria injusticia.

Por otra parte, la existencia de tierras y beneficios comunes en las Misiones, tiene una auténtica tradición en el derecho español, en lo que concierne a España misma como América. Prueba de ello las disposiciones y leyes que citamos relativas a los Propios en el artículo III de este Capítulo. En América su existencia y práctica era general. “Poco después de la conquista de América se mandó que los montes, pastos, y aguas, fuesen comunes en las Indias. Igualmente, los montes, pastos y aguas de los lugares de que se hubiese hecho merced como también las tierras y heredades, alzados los frutos, eran comunes, excepto las dehezas concejiles. Los naturales de América podían libremente cortar la madera que juntasen de los montes sin que nadie les pusiere impedimento con tal que lo hiciesen de forma que pudiesen crecer. Podían en los montes de frutas silvestres arrancar y llevar las frutas para ponerlas en sus heredades o estancias. (69).

(68) Organización Social de las Doctrinas Guaraníes de la Compañía de Jessú por el P. Pablo Hernández S. J. Ed. Gilli 1913. T. I. Págs 207 a 210

(69) J. M. Alvarez. Ob. cit. Nota de Vélez Sársfield. Pág 165.

Poco argumento queda para afirmar en presencia de la verdad histórica el "régimen comunista de las Misiones"; citemos finalmente el texto de la Cédula Real del 28 de Diciembre de 1743. Tratándose en ella, de que "si los indios, (en las Misiones) en sus bienes tienen particular dominio", dice, que consta en los informes, etc., que se señala a cada uno una porción de tierras para labrar, a fin de que su cosecha pueda mantener su familia .. declarando finalmente tener por conveniente el sistema de las Misiones y mandando que así se mantenga (70).

5. — Finalizamos el capítulo que hemos dedicado a estudiar la legislación española sobre el régimen de la propiedad.

Una cuestión previa plantearemos que nos autorizará a exponer la conclusión de este capítulo. "Es cierto que los españoles quedaron pobres, desangrados y casi inermes; pero solo un criterio bajamente utilitario puede juzgar por el éxito las grandes azañas históricas, y la verdad es que no hay ejemplo de mayor abnegación ni de más heroico sacrificio por una idea, que el que entonces realizaron nuestros padres, dice Menéndez y Pelayo. Durante dos siglos, España, desinteresadamente fué brazo de la Iglesia. Quien entienda de otro modo la historia española del siglo XVI y quiera explicarla por mezquinos intereses humanos perderá lastimosamente su tiempo". (71). Y hemos necesitado fundar nuestra opinión en la irrecusable del hombre eminente, para que no quede lugar a dudas, en la réplica necesaria a la opinión que sostiene que la decadencia de España es resultado de la crisis del propio sistema jurídico social, conmovido en sus bases por una deficiencia económica. Esa afirmación demuestra desconocer la realidad histórica. España quedó pobre porque gastó todas sus energías, luchando por imponer la idea imperial de la cristiandad.

Convenía aclarar esto para juzgar, de acuerdo a su contenido ético y social las leyes españolas.

(71) Cédula Real, transcripta en la obra citada del P. Hernández Pág. 466.
 (71) Estudio Crítico en Las Obras Completas de Calderón. Tomo I. Págs. XXIX y XXX por Marcelino Menéndez y Pelayo.

Anticipamos al terminar la Primera Parte que nuestro propósito era siguiendo el curso en el tiempo del espíritu humano, confirmar en la realidad de la vida jurídica, los principios deducidos de la especulación sobre el hombre. Roma certifica, la verdad del primer principio, según el cual la propiedad es natural a todos los hombres. España, proporciona la certidumbre del otro principio que constituye con el primero la base del régimen de los bienes, el que se puede enunciar así: el hombre tiene el ejercicio del derecho de la propiedad, usa de ella para su bien propio pero en función del bien común. Esta es la idea primordial en el sistema jurídico español que se aplicaba también en América.

Nos interesa destacar que las relaciones humanas según estos principios alcanzan, según lo hemos fundamentado en la Primera Parte, a penetrar en el campo de lo justo, término natural de la ley. Y que para llegar a esta concepción fué necesario infundir a ésta el espíritu de la caridad, del amor evangélico, y la comprensión de la esencia del hombre.

No parece necesario decir que no se puede pretender la eternidad del contenido práctico de las leyes, pero si afirmamos, que en cualquier época en que la inteligencia humana rectamente obrando logra llegar a la Verdad, por más remota que sea, es siempre presente, porque es la Verdad. El principio que se atribuye a la legislación española de los siglos pasados, se comprende que es la estructura definitiva de un sistema de valores morales, valores permanentes y comunes que autorizan a levantar sobre ellos una nueva estructura, pues siendo esencialmente humanos avanzan en el tiempo asimilando con su virtud creadora las situaciones sociales y proporcionando nuevas fórmulas de solución. Este razonamiento válido para cualquier pueblo, adquiere para nosotros relieves singulares, pues la Patria, para quien deseamos la grandeza material y moral, es el devenir natural del espíritu de la hispanidad que creara la fórmula jurídica enunciada. Agrega pues a la verdad científica, la consustancialidad de su común origen; vivir nuevamente en ella, será restablecer una armonía inmortal.