LAS MODERNAS DIRECCIONES

DEL

DERECHO CIVIL

(Estudios de Filosofía Jurídica)

POR EL

DR. D. CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE

Profesor auxiliar numerario
de la Facultad de Derecho en esta Universidad Literaria
y Director de la «Revista Jurídica» que se publica
en esta Ciudad.

VALLADOLID.
Tipografía de J. Manuel de la Cuesta.
CANTARRANAS, 38 Y 40.

1899

Es propiedad.

PRÓLOGO

El movimiento científico que actualmente tiene lugar en los estudios sociales y jurídicos, es de gran importancia y de no menos interés, para que no se le preste una debida atención, presentando los problemas que se agitan en el campo de la ciencia y criticando con imparcialidad las reformas que los escritores de determinadas tendencias, piensan introducir en las legislaciones de los pueblos cultos.

A este movimiento, no podía sustraerse el Derecho civil, dada su importancia, y por eso, me decido á presentar al público esta obra que, bajo el título de MODERNAS DIRECCIONES DEL DERECHO CIVIL, estudia las actuales tendencias que el evolucionismo y el socialismo, aplicando sus doctrinas al Derecho en general y al Derecho civil en particular, pretenden variar su fisonomía y hasta su contenido.

No me propongo estudiar las instituciones civiles de una manera fundamental, sino mostrar las reformas pedidas por los modernos civilistas, haciendo una crítica de las innovaciones, dando las razones en favor y en contra de cada una de ellas, sin perjuicio de referirme á la naturaleza jurídica de las instituciones que pueden ser reformadas, establecidas ó suprimidas, para de este modo, juzgar con acierto el actual movimiento en el Derecho civil.

No tengo títulos ni motivos fundados para creer, que esta obra satisfará al público que á los estudios jurídicos se consagra, pero si presto con la publicación de ella alguna utilidad á la ciencia, y el público la dispensa una benévola acogida, será la mejor recompensa que pueda obtener por mis trabajos.

GALIXTO VALVERDE.

Valladolid: Junio de 1899.

CAPÍTULO I

La doctrina evolucionista.—Noción de la Sociología.—El movimiento científico en el orden económico y el Derecho civil.

En el período verdaderamente crítico porque atraviesan las instituciones sociales, los organismos políticos y las tendencias científicas, se hace preciso cimentar las ideas en sólidas bases, y criticar á través del prisma de la verdad, los desvaríos de los filósofos, las fantasías de los juristas, y los funestos errores de los modernos sociólogos.

El naturalismo en el arte, el realismo en la literatura, el positivismo en la filosofía y el experimentalismo en las ciencias, representan direcciones nuevas, pero repugnantes, estudios dilatados, pero estériles, nacidos de la tendencia á esplicarlo todo por las leyes naturales, sin tener en cuenta que hay algo más que la torpe materia, que existe el espíritu.

Y este afán de los modernos escritores de ir contra la realidad, por más que se llamen *realistas*, trae al campo de las ciencias gérmenes insanos, que conmueven lo existente é inauguran el estado crítico á que antes aludía, basado en el más absoluto excepticismo y en un criticismo negativo, que nada crea, pero que todo lo destruye.

Consecuencia de caminar sin rumbos fijos en materia científica, vacilan sin saber si espiritualizar la materia ó materializar el espíritu, sin aportar al caudal científico nada que se admita sin discusión, y sin embargo, atacan sin piedad lo que es tradicional por el mero hecho de serlo, pretendiendo borrar el pasado sin comprender que ellos traen el caos más espantoso y la anarquía más funesta.

En este estado de lucha en las doctrinas científicas, de discusión hasta de lo evidente y de negación á veces de lo axiomático, había de ser el derecho como ciencia eminentemente moral, objeto de sus mirades por lo mismo que dá la norma reguladora de la vida social.

La evolución ó transformismo, doctrina nacida á mediados del siglo pasado y propagada por De Maillet (1) y Robínet (2), fué rudamente combatida por Lamarch y después defendida por el apóstol de esta teoría Carlos David Roberto Darwin (3), perfeccionando y rectificando el sistema en sentido materialista, Ernesto Häckel (4) diversificándose este sistema en varias clases desde el transformismo materialista, ateo y universal, hasta el transformismo templado que reconoce á Dios como creador del mundo. Con el transformismo, nace la evolución, para explicar la formación de los séres inorgánicos y con ella pretenden expresar, el sucesivo cambio de una

(1) D'Maillet *Telliamed ou Entretiens d'un philosophe indien avec un missionaire français*. – 1748.

(2) *Considerations philosophiques de la graduation naturelle de la formation des ètres.*—1768.

(3) En su cèlebre obra *El origen de las especies.*

(4) Antropogenie, *Generelle morphologie des organismes.*

naturaleza por un impulso interno que va inherente á la materia. Surge de aquí como se vé la materia con un poder extraordinario, explicándolo todo y hasta creándolo todo también, y como consecuencia, el primer orígen de la vida se debe á una generación espontánea, que en virtud de un concurso de fuerzas y causas naturales produjo el primer organismo.

No hemos de entrar aquí, porque es ajeno á nuestro propósito, á explicar la ley de la evolución de Spencer que parte de un principio desconocido, incógnito, que desenvolviéndose así mismo todo lo produce y todo lo crea, á traves de lo que él llama evolución astronómica, evolución geológica y evolución orgánica (1); nos basta con afirmar que de un sistema que comienza partiendo de un principio desconocido, nada de cierto puede deducirse, esto aparte de que ni explica fundadamente el por qué de esas evoluciones, ni por qué causas se operan.

«Por uno de esos contrastes que á veces se observan en la historia de la ciencia, dice el Sr. Santamaría de Paredes, mientras filósofos y políticos acudían al organismo natural en busca de ejemplos para hacer resaltar la unidad del Estado, sobre la variedad de sus elementos componentes, médicos y naturalista (Häckel, Virchow, Carpenter, Robin, etc.), comparaban el organismo natural con la colectividad humana, para explicar cómo el animal ó la planta es una federación de células ó conjunto de

(1) Puede verse sobre este sistema sus obras *Les premiers principes* y *Principes de Biologie* y la *Historia de la Filosofia.* del Cardenal González.—Tomo III.

otros séres» (1). De este modo, por medio del procedimiento analógico de que tanto abusó Spencer y condenó Huxley, ha llegado la ciencia social á discutir si la sociedad es un organismo, discusión que absorbe hoy la mayor parte del contenido de la Sociología y á sacar la consecuencia de que el derecho es (2) la fuerza específica del organismo social.

Del evolucionismo y en especial del evolucionismo naturalista de Häckel, emanan las doctrinas de Lilienfeld (3), que sostiene que la acción de las fuerzas sociales está sometida á las mismas leyes que las de las fuerzas orgánicas y que la fórmula de la común evolución en las esferas económica, jurídica y política, es la *de una concentración de actividad cada vez más intensa, con una diferenciación de fuerza más especializada.*

Partiendo de la misma idea, si bien con mayor amplitud en la exposición de la doctrina, escribe Shäffle su obra sobre la *estructura y vida del cuerpo social* inspirándose, como él mismo dice, en las *analogías reales* de la Biología, descubiertas por Comte y Littré (4).

Y dentro de ese proceso analógico, dentro del que también se encuentra este autor, descubre analogías entre el organismo individual y social, observa un solo é idéntico proceso de incésante evolución en los reinos inorgánico, orgánico y personal-social con diferencias

(1) En su discurso acerca del *concepto del organismo social,* 1896.

(2) Ardigó, obras filosóficas.

(3) Puede verse su obra. *Pensamientos sobre la ciencia social del porvenir.*—1873-77.

(4) Sobre si las sociedades son ó no organismos, léase el artículo de A. Boistel en la *Revista Jurídica* de esta ciudad. Cuaderno 11.º

tan sólo de grado, sostiene la unidad de la conciencia, y compara, viendo también analogías profundas, la Psicología individual y la Psicología social.

Más importante aún es la de Spencer, que aunque algunos le llaman el apóstol de la escuela evolucionista, es, entiendo yo, el escritor de las contradicciones, pues sí por una parte dice que la doctrina de la evolución no le sirve de guia hasta donde él había aspirado, sigue la ley de la evolución en los mundos que el denomina inorgánico, orgánico y superorgánico. Siguiendo paso á paso el procedimiento analógico, observa analogías reales entre el organismo individual y político, y admite en la sociedad los dos tipos opuestos, el tipo *militar* y el tipo *industrial*, basado en el mayor adelanto en el mundo sociológico. Después de estas construcciones científicas, existen teorías de diversos autores como Morgan, Worms, Carle, Colajanni, Fouilée y tantos otros, que partiendo de las bases de un positivismo materialista, se diferencian en cosas accidentales.

A Mr. Augusto Comte se debe el que haya puesto en circulación el término y la idea de organismo social; es el que ha construido con elementos disparatados la palabra *sociología*, adoptada sin repugnancia por toda la escuela nueva (1). Comte es el primero que dice que la sociedad debe ser considerada como indivisible y orgánica; es el que inventa una ciencia de los fenómenos sociales, una ciencia positiva en sus métodos, ciencia, en fin, que

(1) Véase Vareilles Sommiers.—*Principes fundamentaux du Droit*, que con criterio católico hace una crítica de estas doctrinas.

equivale á la física social con exclusion de lo que para nosotros es verdadera metafísica y Derecho natural. Des pués de Comte la sociología ha recibido un desenvolvimiento grandísimo, siempre desde el punto de vista materialista y positivista, puesto que el materialismo de Moleschott y Büchner, y principalmente el evolucionismo naturalista de Darwin y Häckel se han introducido en las ciencias morales y políticas, Por eso dice Haurion, siguiendo á los partidarios del evolucionismo que la evolucion social no es más que una parte de la evolución cósmica, y que toda fuerza social es una fuerza física transformada (1), ó lo que equivale en buenos términos á afirmar, que la sociedad se rige por leyes fatales, y que no existen, por lo mismo, los elementos que más influyen y que deben preponderar en toda sociedad la Religión, la Moral y el Derecho.

La concepción de la sociedad como un organismo, más definida en Spencer que en Comte, no es sólo una fantástica analogía como en el Leviathan de Hobbes, sino una realidad, un sistema de alimentación realizado por los grupos industriales, un sistema de distribución que necesita las actividades comerciales, un sistema regulador que hace preciso los factores políticos y religiosos.

La sociedad, como el mundo material, dicen los evolucionistas, está sometida á la *integración* y *diferenciación*. Aquella pasa de la homogeneidad y desorganización, á la heterogeneidad y organización, siendo la causa

(1) Haurion *La science sociale traditionelle*.—1896.

última de estos cambios, el equilibrio universal de la energía. Verdad es que los estudios sociológicos tienen sus precedentes inmediatos en Krausse al decir de Flint (1), pues Spencer no ha agregado á la idea de vida nada que hubiese excluido aquel y en Hegel, en Schelling y en Fichte se ven antecedentes del sistema, si bien es preciso advertir que concebir la Sociología como ciencia independiente y originada por el influjo del positivismo, es obra de los modernos tiempos. Hoy, pués, se habla de la Sociología como ciencia, de sus problemas y teoremas, de su contenido y de sus leyes, si bien en cuantó á la determinación de los hechos sociales existe una gran disconformidad entre los sociólogos. Para Gumplwicz (2) los fenómenos sociales son los conflictos, las mezclas y las asimilacienes de grupos heterogéneos; para Novicow (3) la evolución social es ante todo una modificación progresiva del conflicto por la alianza. Para Tarde (4) el primer hecho social es la imitación; para Durkheim el fenómeno social perfecto es la sumisión de todo espíritu individual á los modos de acción del pensamiento y del sentimiento que le son exteriores (5); para Giddings (6) la Sociología tiene por fin el conocimiento de la conciencia de la especie, diferenciándola de la Filosofía de la Historia, con la que se

(1) *La Philosophie del Histoire en Alemagne.*

(2) Pueden verse sus obras *Derecho politeco filosófico* y *La lucha de razas.*

(3) *Les luttes entre les Societés humaines.*

(4) *Les lois de l' imitación.*

(5) Emile Durkeim, *Les Regles de la Methode Sociologique.*

(6) *Principes de Sociologie* —1897.

confunde por algún autor, y dándola mayor amplitud que la de una Física social.

Este movimiento operado en el campo de la Filosofía, en el que con criterios positivistas se examinan los problemas más importantes de la vida social, hubo de repercutir en la Filosofía jurídica, manifestándose francamente evolucionistas, como afirma D'Aguanno (1) Schiatarella, Ardigó, Puglia, Vadala Papale, con tendencias positivistas, Gabba, Carle, del Giudice, Filomusi Guelfi, Cogliolo, Luchini, Wautrain-Cavagnari y este movimiento se extendió también por Alemania, Inglaterra y Francia, inaugurando de ésta suerte una tendencia en la esfera del Derecho, contraria á los principios sustentados como fundamentales en la ciencia.

Y si este movimiento tenía lugar en el orden juridico, tambien en el económico; el espíritu reformador se introdujo entre los economistas, repercutiendo tambien en el Derecho aquella tendencia, dadas las relaciones de ambos órdenes. Hubo un tiempo en que la doctrina Smithiana era considerada como un axioma en Economía, nacida acaso de un individualismo radical, parecía haberse proclamado como última palabra de la ciencia el *laissez faire, la libre concurrencia y la libertad económica.*

Pero modernamente el credo económico de la escuela de Manchester, se consideró como una antigualla y divorciado de los hechos, se inaugura en el Congreso de Eisenach una concentración de fuerzas combatiendo la

(1) *Reforma iutegral en la legislación civil.*

escuela Smithiana, se funda la escuela *realista* y muy pronto, empezaron hacer campaña en su favor publicistas tan conocidos como Wagner, Sybel y Brentano en Alemania, Leslíe en Inglaterra, De Muralt en Francia y Lampertico y Cusumano en Italia.

Es de notar que la escuela *realista* tenía y tiene grandes puntos de contacto con la filosofía de Comte, por lo mismo que su método es enteramente positivo y todas sus conclusiones, se apoyan casi de un modo exclusivo en los hechos, por lo que se vé en ambas direciones la misma tendencia que empleando distintos caminos, pretenden llegar al mismo fin.

Prescindamos de la escuela socialista que combate de una manera radical lo que con frase feliz calificó Lange *la dogmática del egoismo,* porque los radicalismos de Marx, Lasalle y Engels han ejercido, me atrevería á decir, excasa influencia en las nuevas direcciones del Derecho civil, no asi la escuela realista, que mostró su influencia en el campo del Derecho, con otra escuela representativa de otra diferente manifestación científica, llamada *económico-jurídica* que inicio Minghetti, pretendiendo demostrar las relaciones del Derecho con la vida económica si bien á mi juicio exagerando las respectivas influencias que ejercen el Derecho y la Economía en la vida social (1).

En el Derecho habían de reflejarse estas tendencias del orden económico y jurídico, que coinciden en sus

(1) Brugi - Faustos aureos del Derecho Romano, pág. 283 y siguientes citado por D'Aguanno en la obra antes referida, pág. 12.

motivos y fines y que se diferencian en el camino que recorren y de aquí que en las diversas ramas del Derecho se iniciaran tendencias nacidas á consecuencia de los principios sustentados por las escuelas referidas; primero aquella funesta influencia se demostró en el Derecho y Procedimiento penal, más tarde se originó una corriente análoga y por desgracia no menos perturbadora en el Derecho civil y cuya corriente tiene en el campo del Derecho privado diversas ramificaciones, que es preciso conocer para combatirlas en sus principios y en sus conclusiones.

CAPÍTULO II

El evolucionismo y la Escuela Histórica en el Derecho.—El Positivismo y la Filosofía jurídica.—Ley de la evolución jurídica.—Influencia del Derecho en la Sociología.—La Arqueología y el estudio del Derecho.—Cómo debe estudiarse el Derecho civil.

La vida de un pueblo se manifiesta en toda forma de actividad social, la religión, las costumbres, el derecho son otros tantos elementos que integran la actividad de un pueblo cualquiera. La Escuela Histórica vino á decir que el derecho nace y crece en la conciencia del pueblo, y el derecho no es más que un producto de la vida del pueblo (1), y esto significa, como dicen Stahl, Vanni y Miraglia, que oponiéndose dicha escuela á la metafísica del racionalismo, no tuviera una concepción verdaderamente filosófica en su sistema jurídico.

La conciencia jurídica, el espíritu del pueblo *el Volk sgeist*, era para la escuela histórica, como una oficina misteriosa, en la que, por un proceso desconocido, se elaboraba el Derecho, concepto vago, vaporoso, que hizo decir á Comte, que la escuela histórica era dominada por una filosofía metafísica (2).

---

(1) Savigni, Sistema, parraf. 71.

(2) Consúltese á Ginno Dallari.—Dei nuovi fondamenti della Filosofia del Diritto.—1896, pág. 86.

Sin embargo, nosotros creemos que la escuela Histórica sirvió de antecedente al positivismo contemporáneo, porque desde el momento que concibió la costumbre como principal fuente del Derecho, que quiso demostrar que el Derecho ideal realmente no existía con independencia, vino á sentar una premisa, con la que coincidieron más tarde muchos autores que defienden al positivismo y evolucionismo. Ellos no dicen todavía, como la escuela orgánica, que todos los gobiernos son producto de la evolución social; esto sería admitir un principio, y el propósito de estos autores es no admitir ninguno; pero aceptan todos los resultados de la actividad humana y la estudian en artistas, jamás en moralistas, critican y manifiestan sus preferencias desde el punto de vista de lo útil, jamás de lo justo (1). Esto hizo decir á un ilustre jurisconsulto, Jhering, que la escuela histórica es la expresión del romanticismo en el campo del Derecho, porque, en efecto, aunque quieran sus partidarios decir que sus tendencias son realistas, son una ideología abstracta, que carece de sentido práctico.

Hasta ellos (refiriéndose á los evolucionistas y darwinianos) dice Tarde (2), el Derecho Romano, el único estudiado históricamente desde su fuente hasta su desembocadura, era para el teórico jurisconsulto algo así como la *Historia Santa* para el historiador de otros tiempos, y por esto, falto de comparaciones, llegó á ser absolutamente inexplicable. Cuando los egiptólogos,

(1) *Les principes fondamentaux du Droit* de Varcilles Sommiers, pág. 469.

(2) *Las transformaciones del Derecho*, pág. 12, ed. española.

cuando los asiriólogos contemporáneos nos han revelado el Derecho Egipcio y el Derecho Asirio, cuando las excavaciones en las antigüedades de las familias indoeuropeas y semíticas, de los germanos, eslavos, persas, celtas, así como de los hebreos, musulmanes, etc., nos han formado poco á poco un vasto museo jurídico, del cual entre nosotros podría considerarse como el conservador á M. Dareste (1); la antigua jurisprudencia se sintió inopinamente amplificada y rejuvenecida.» Pero es claro, y ya lo hace notar á renglón seguido tan ilustre autor, que aunque se hayan comprobado semejanzas numerosas entre varias evoluciones legislativas, no se ha resuelto el problema de la legislación comparada, ni esas semejanzas son otra cosa, que los datos del problema, que ha de resolverse.

Se esfuerza D. Aguanno en demostrar (2) que el Derecho, filosóficamente considerado, es una ciencia Antropológica, para deducir que la Antropología y los estudios de esta ciencia, desde que se ha hecho independiente, influyen notablemente en la del Derecho, siendo supuesto necesario para concebir aquel en su evolución histórica. La arqueología, la lingüistica, la psicología, la paletnología, demuestran de qué manera cada una de las ciencias particulares, no son más que aspectos distintos de la ciencia única, y á ellas hay que acudir para determinar las causas que dan origen á las relaciones

(1) *Etudes d'histoire du Droit*, por M. Dareste, del Instituto (Leroce y Zoral, 1889.)

(2) Génesis y evolución del Derecho civil.—Introducción del Autor, edición castellana, págs. 10 y siguientes.

jurídicas y su razón de existencia como relaciones sociales.

Veamos, dice este autor, lo que implica un estudio científico acerca de la Filosofía del Derecho (1). La Filosofía moral debe enseñarnos la manera cómo en los distintos grupos humanos, vienen manifestándose y desarrollándose las ideas y los sentimientos que informan aquella parte de la conducta, que tiende á la conservación y desarrollo del individuo y de la sociedad... Un estudio científico acerca del Derecho tendrá también que proponerse demostrar la génesis psicológica y paletnológica y el progresivo desarrollo de aquellas normas de la conducta moral, que nacidas como ideas ó como sentimientos en la conciencia del pueblo, llegan á imponerse coercitivamente para la conservación de la sociedad, y así mismo tendrá que mostrarnos la carrespondencia de las normas legislativas y de la conciencia jurídica, con la civilización de un pueblo; la filosofía jurídica debe por necesidad estudiar las causas productoras de estos varios fenómenos jurídicos, debe darnos un concepto adecuado de la génesis y evolución del Derecho en general, y particularmente de las principales relaciones jurídicas.»

Así entendida la filosofía jurídica, por más que los evolucionistas esperen grandes resultados de la nueva concepción, realmente no es filosofía, es una historia de las instituciones jurídicas, que se vale de los datos de de esas ciencias para descubrir hechos y mejor hipótesis,

(1) Ibid. pág. 16 y 17.

que servirán para llenar el vacío que se notaba y que era preciso cubrir, al partir de ese concepto tan difuso y universal cual es el de la evolución. Si la filosofía del Derecho no es la rama científica del Derecho ideal, del Derecho que ha de permanecer invariable, sin tener en cuenta las circunstancias de lugar, tiempo y personas, que nos sirva de guía y modelo para criticar las instituciones jurídicas y para saber lo que es justo, entonces esa ciencia ni es útil, ni puede servir al jurisconsulto para nada. No es admisible el concepto de D' Aguanno porque la Filosofía jurídica no tiene solo por fin el estudiar las causas productoras de los fenómenos jurídicos, esto es una filosofía de la Historia, pero nunca una filosofía jurídica. Este sentido tradicional, en que nosotros tomamos la ciencia fundamental del Derecho, tiene que vivir á pesar de las doctrinas modernas del positivismo contemporáneo, que sosteniendo el *relativismo* en las ideas, parten de esa evolución que caracterizan con el nombre de *indefinida é infinita*, sin tomar en cuenta para nada, que existen en las ciencias ideas fundamentales que por el mero hecho de serlo son invariables, de cuyos principios hay que partir, para hacer aplicaciones provechosas á la vida real y práctica, rechazando aquellas instituciones que se opongan á ellas y proclamando como justas, las que se acomoden y adapten al criterio que las informa.

No es indiferente ni mucho menos el insistir, aun tratándose de una ciencia como la del Derecho civil de carácter positivo, de fijar los principios cardinales de la ciencia jurídica, porque las instituciones civiles deben de

ser justas, y por lo tanto basarse en las ideas invariables del Derecho Natural y he aquí que, asignemos á aquella rama del saber un caracter filosófico tambien, si hemos de estudiar el Derecho civil como jurisconsultos, esto es, como hombres de ciencia. Por esto dice bien el señor Posada (1). «Lo que hay en la mayoría de los evolucionistas es un vacío..... este vacío es la falta en todos de una idea ó noción clara del Derecho y esto, aun en aquellos que por excepción se ocupan en estudiar las instituciones jurídicas» y es verdad, que careciendo de esa noción clara del Derecho, mal pueden renovar con materiales nuevos, el edificio científico y tradicional del Derecho actual codificado. Por esto las reformas en la legislación civil son parciales, digan lo que quieran los modernos sociólogos y no hay más que hojear los libros que del Derecho civil tratan, para comprender que envueltos en un mar de sus hipótesis gratuitas, rodeándolas con un lenguaje de propósito conveniente para adulterar la verdad, concretamente piden poco, y proponiéndose hacer mucho, no reforman (siquiera sea en sus libros) nada que sea fundamental.

Y conste que yo no critico todo lo que significa en la ciencia la evolución, no soy de aquellos que sistemáticamente se oponen á ella por creerla incompatible con las ideas y principios religiosos, aunque tambien considero exagerado el decir, como dice el P. Zahm (2). «Examinada la teoría de la evolución á la luz de la Filosofía

(1) Nota de la página 15 á la obra de *Tarde: Transformaciones del Derecho*, ya citada.

(2) Memorias de la R. Academia de C. Morales y Políticas. Tomo VIII. pág. 602, Memoria leida por D. Eduardo Sanz y Escartin.

y de la Teología cristiana, lejos de aparecer contraria á las enseñanzas de la Iglesia, muéstrasenos como una doctrina, admirable, noble y elevada bajo muchos aspectos» lo que yo censuro es la aplicación del evolucionismo al Derecho civil, por ir contra la tradición histórica y por querer llevar una transformación radical en sus pretensiones, poco útil y nada práctica; esto es lo que merece censuras y á lo que debe oponerse todo civilista, pues entendiendo de mal modo la Filosofía jurídica, se llega á dar importancia excesiva á la génesis del Derecho, que como dice Tarde la cosa no reclama más que una cierta dósis de erudicción fácil, al servicio de una fuerza media de imaginación.

Los evolucionistas están de acuerdo en afirmar la existencia de una ley única y necesaria de la evolución jurídica, pero como dice perfectamente Tarde (1), empieza su falta de acuerdo en cuanto tratan de formularla y de precisar las fases á que el derecho se habrá encontrado sometido en su trayectoria histórica. Y así es en efecto, es la característica de estos escritores el no precisar nada, el no concretar, el encasillarse en generalizaciones y abstracciones, sin que pueda reducirse su pensamiento á una fórmula precisa y útil para la vida práctica del derecho. Se ha abusado mucho del estudio que se ha hecho de los salvajes; á partir de Spencer, como dice el tantas veces citado Tarde, que inauguró magistralmente la explotación de esta mina de mineral tan impuro, hay un pequeño número de anécdotas, siempre

(1) Obra citada, pág. 28.

las mismas, tomadas de algunas tribus americanas, africanas ú occeánicas que han dado la vuelta por la prensa sociológica, y que aún la darán varias veces bajo diversos rótulos.

De aquí que algún escritor que está dentro del evolucionismo como Cogliolo (1), en un arranque de espontánea franqueza diga: «si esa dirección de indagación positiva no nos ha hecho avanzar más en los estudios de Sociología, es á causa de esa moda de un positivismo que se contenta con el sonido de algunas palabras modernas y de algunos conceptos generalísimos, en los cuales deberían las investigaciones encontrar no el punto de partida, sino el de término. Y esta inútil nutrición de expresiones inciertas y de ideas demasiado abstractas depende, por lo que al derecho respecta, de otro hecho, al cual debemos poner remedio; la generalidad de los escritores que se han ocupado con método positivo, de las leyes generales y sociológicas del fenómeno jurídico, no han sido excepción hecha de unos pocos, juristas, y no han podido por tanto, dar á esas leyes un contenido derivado del derecho positivo de los pueblos.

Buena prueba de ello es el mismo Spencer, que en cuanto al concepto que del derecho se ha formado, ni es original ni ofrece mucha importancia, porque apenas si hace otra cosa que reproducir la definición y el concepto que de derecho hubo de dar Kant, siquiera aquel protexte no haberle leido. Es indudablemente atinada la observación de Cogliolo, muchas de las inexactitudes y

(1) Cogliolo.—*Estudios acerca de la evolución del Derecho privado*, pág. 21.

errores en que ha incurrido el evolucionismo aplicado á las ciencias jurídicas es aparte de otras causas, porque los que han hecho aquellas aplicaciones carecen de conocimientos jurídicos, siempre necesarios, para acomodarse, y no contrariar la naturaleza de las instituciones jurídicas.

Pero si la sociología puede influir poco en los estudios fundamentales del derecho, sí creemos, que el estudio del derecho, puede influir bastante en la sociología. Ya la escuela histórica investigaba en el campo del derecho privado, especialmente del romano, acumulando datos y materiales, documentos y noticias, que dieron gran impulso á los estudios del derecho desde el punto de vista del aspecto histórico.

El derecho privado que tiene un desenvolvimiento más completo y una mayor precisión en la organización de sus instituciones, puede servir de mucho para conocer la sociedad en todos sus elementos, determinando á la vez sus leyes. Y en efecto, si se tiene en cuenta que uno de los elementos integrantes é influyentes de la vida social, es el jurídico, interesa para conocer la sociedad en su totalidad, determinar el estado jurídico de cada época y de cada pueblo, y como quiera que el derecho privado es más conocido, y aunque no lo sea mucho, en algunos pueblos antiguos es de mucha importancia conocerle, porque él refleja la vida íntima de cada sociedad por lo mismo que reglamenta los actos, hechos é instituciones de mayor utilidad en la vida de los pueblos, puede servir y prestar un gran beneficio á la sociología (entendida esta ciencia en su verdadera extensión y

límites), llevando datos de interés para conocer la sociedad en las diferentes épocas y en sus diversas fases.

Este es el aspecto más favorable que presentan las modernas direcciones del Derecho privado, pues los estudios prolijos y minuciosos del derecho antiguo, han adquirido un desarrollo grandísimo, digno de ser estudiado.

Un ilustre sociólogo, Worms, en la *Revista Internacional de Sociología,* ha dicho: «la sociología se impone al estudio del jurisconsulto como condición de buen ejercicio de su propia profesión,... y el jurisconsulto, hombre de ciencia, no puede pretender conocer el espíritu de una legislación, sin tener una noción del espíritu general del pueblo que la aplica». Y dada la concepción de la sociología por tan docto sociólogo, es natural, que vea una gran utilidad en la sociología para el estudio del derecho, puesto que para él, la sociología es la ciencia general de las sociedades, y por lo tanto, la ciencia jurídica estudia los fenómenos sociales en uno solo de sus aspectos, el aspecto legal, de aquí que pudiera llamarse sociología jurídica, luego la sociología no excluye la ciencia jurídica, ambas se completan mutuamente. Se vé, por lo dicho, que son dos ciencias relacionadas y que el derecho ejerce una influencia y presta su utilidad á la sociología, aunque esta se conciba como pretende Worms, como una ciencia general de las sociedades ó como Comte, como una yustaposición de las ciencias sociales especiales (1).

(1) Si quiere conocerse la opinión de este sociólogo sobre la cuestión, puede consultarse el artículo *Sociologie et le Droit* en la *Revue Internationale de Sociologie.* —Janvier 1895

En lo que hay que convenir con el tantas veces citado Cogliolo (1), es en que es más importante y útil el estudio de la arqueología, que el estudio comparado de las sociedades y pueblos salvajes, «porque siendo necesario atenernos á los testimonios de los viajeros, no merecen gran confianza por la dificultad de comprender el rudimentario lenguaje de los salvajes, por la imposibilidad de interpretar con acierto el objeto y la intención de algunos de sus actos y fiestas y también por la poca cultura científica, de muchos de esos atrevidos esploradores... En cambio, añade, es fuente más segura la ciencia arqueológica y en especial del derecho antiguo, cuyo estudio ha producido desde este aspecto magníficos resultados; así los conceptos de la primitiva forma de la propiedad y de la familia que los escritores de siglos pasados nos presentan en forma nebulosa y fantástica, hoy perfectamente claros y precisos, han servido á Sumner Maine, á Laveleye y á otros, para reconstruir en gran parte las antiguas sociedades».

Es indudable la utilidad que puede prestar el estudio histórico del derecho privado en el conocimiento de las sociedades, pero no hay que exagerar la nota respecto á este punto, ni hay que volver la oración por pasiva, esto es, que no podemos contentarnos con hacer un estudio acabado y completo del derecho privado de los antiguos pueblos, porque esto no nos dá idea exacta de lo que es el derecho en todas sus fases y en todos sus aspectos y principales manifestaciones, porque con ello, nunca

(1) Obra citada, pág. 31.

podremos comprender lo que es el derecho ideal ni la filosofía jurídica. También es preciso, condenar los procedimientos más usuales entre los jurisconsultos, de estudiar el Derecho civil y privado en general desde el punto de vista práctico, contentándose con glosar y comentariar la ley, sin tener en cuenta ni los dictados del derecho filosófico ni los antecedentes históricos de la disposición que se quiere aplicar, pues este es un estudio científicamente estéril, porque los jurisconsultos que á esto se limitan, no hacen otra cosa que criticar, en suma destruir, sin que agreguen un pequeñísimo grano de arena al montón científico.

El derecho civil, por consiguiente, hay que estudiarle de otra manera, ni exclusivamente como los arqueólogos del derecho y los positivistas contemporáneos, ni como los jurisconsultos que tienen como único objetivo la práctica forense, hay que huir de los extremos y radicalismos de escuela, es preciso combinar los diferentes aspectos en que pueden ser conocidas las instituciones jurídicas, para que de este modo se conozca completamente el Derecho civil.

Estudiar el Derecho civil de una manera teórica y práctica á la vez, elevándose al ideal jurídico para después aplicar la ley á la práctica, observar cuidadosamente las necesidades y las circunstáncias y el origen y desenvolvimiento de las instituciones civiles, es el modo único racional de obtener resultados provechosos y útiles para la ciencia y la práctica del derecho.

CAPITULO III

Tendencias reformistas en el Derecho civil.—El método en el Derecho civil. – Critica del evolucionismo aplicado á esta rama del Derecho.—El Positivismo en el Derecho.

Se inicia el movimiento reformista de esta rama del Derecho con Enrique Cimbali, autor de varias obras jurídicas, aunque la que le dió fama de civilista innovador fué la titulada *La nuova fase del Diritto civile* (1), en la que demuestra una grandísima erudición y un conocimiento profundo del Derecho civil extranjero, pero muy especialmente del Francés é Italiano. Antes que este escritor, Pellegrino Rossi, había encontrado deficiente el Código francés, así como también Renan, que hubo de dirigir acerbas censuras al Código de Napoleón, que ha servido de base para la composición de muchos europeos y americanos.

A pesar de estas críticas, puede decirse que cabe la honra á Vadale Papale (2) y á Cimbali, en ser los primeros que con criterio *científico* pidieron la reforma del

(1) Existe una traducción al castellano hecha por D. Francisco Esteban Garcia, con un prólogo del conocido catedrático, fiscal del Tribunal Supremo, D. Felipe Sánchez Román.

(2) *La nuova tendenza del Diritto civile en Italia*, 1883, en la Revista de Jurisprudencia de Francia.

Código civil italiano, y desde entonces, merced á las tendencias del evolucionismo de Darwin y al afan de la escuela *económico-realista*, se pretende por los modernos civilistas, no tan sólo cambiar de fisonomía al Derecho civil, sino alterar su contenido de una manera esencial.

El mismo Cimbalí lo dice en su obra: «Comienza, pues, á abandonarse gradualmente la base metafísica y atomística del Derecho civil para atraer esta institución rebelde á la órbita regeneradora de la dirección positiva y orgánica moderna». No cabe duda acerca del propósito de los modernos civilistas, la aplicación del evolucionismo con sus métodos y sus formas al Derecho civil es un hecho en la mente de algunos escritores, porque les hace daño ver un Derecho, por así decirlo, espiritual; es necesario materializarle, es indispensable que el positivismo venga al campo del Derecho civil á concluir con los principios seculares que le han hecho respetable desde el Derecho Romano; es en fin, preciso materializar y socializar el Derecho civil, cambiando de manera radical, su estructura, su contenido, su método, sus fórmulas y su lenguaje.

Esta tendencia, que con gran énfasis llaman ellos regeneradora del Derecho civil, ha sido sostenida principalmente en Italia por escritores como Gianturco, Chironi, Cogliolo, D'. Aguanno, Salvioli, Polacco, Fioretti, aunque con diferencias de accidente, si bien en el fondo de tales opiniones, se nota una censura acerba á los modelos, que hasta aquí han servido para el estudio del Derecho civil codificado.

En efecto, siguiendo á Cimbalí, que afirma que los Códigos civiles se ocupan sólo del individuo humano, con criterio verdaderamente atomístico y exclusivamente individual, propone á los civilistas su revisión en el sentido de acomodar su materia y contenido al fenómeno *privado social*, teniendo en cuenta la inmensa masa de bienes, con objeto de regular así, las nuevas formas de adquisición, pérdida y transmisión de la propiedad, y, como dice Vadale Papale (1), el Código debe seguir el mismo desarrollo de la vida social, y por esta razón hay que hacer un estudio diligente y constante de todos los fenómenos económicos, políticos y sociales, á fin de que el Código pueda encarnarlos, y ya que no otra cosa, inspirar en ellos todo su organismo, y, como afirma Gabba (2), se hace preciso regular las relaciones jurídicas privadas, que nacen de otras relaciones de Derecho público, existentes entre el individuo y el Estado ú otras personas públicas.

Menger, que ha dirigido graves censuras al proyecto de Código civil aleman, envolviendo en estas censuras á todos los demás Códigos civiles, pretende demostrar que las clases pobres, han sido desantendidas por el Proyecto y demás Códigos, basando sus principales asertos en las conclusiones del socialismo.

Partiendo del supuesto de que las cosas son del Estado ó bien de sus corporaciones, el individuo—dice—

(1) En su obra *Il codice civile é la scienza.*—Nápoles; 1881. I, pág. 36.

(2) Puede verse en sus obras, *Prolusión* al curso de Derecho civil en la Universidad de Pisa, y *Teoría de la retroactividad de las Leyes.*

está por lo común obligado á comprometerse sólo por el Estado y el pase de los Derechos de propiedad, hasta donde éstos sean reconocidos en el Estado socialista, no puede verificarse á la muerte de quien los tiene, sino dentro de límites dados (1). Habiéndose originado las bases fundamentales de nuestro actual ordenamiento jurídico, de la costumbre, síguese necesariamente que la elaboración del sistema del Derecho no se efectuó en interés de las grandes masas, sino en beneficio de alguna casta privilegiada, por eso, concluye diciendo, que la creación de un Derecho privado, que distribuya más equitativamente los goces ó que contenga análogos elementos populares á los de nuestro actual Derecho político, es una tarea cuya realización compete al porvenir. (2).

En la obra de Menger se observa al parecer, que participa de la opinión de Gianturco (3), el cual sostiene que la cuestión social está casi toda ella contenida en el Código civil, por lo mismo que en la crítica del proyecto no hace otra cosa, que convertirse en defensor de las clases pobres; estudiar desde su punto de vista la cuestión social, condenando que las masas populares se encuentren, en cuanto á la aplicación del Derecho, á merced de los jurisperitos profesionales.

No concluyen aquí las censuras de los reformadores por lo que al Derecho en general respecta, y en especial al

(1) Antonio Menger. *El Derecho civil y los pobres*, traducción castellana de A. Posada, 1898, pág. 78.

(2) Consúltese el capítulo III de esta obra.

(3) *El individuo y el socialismo en el Derecho contractual*, página 17.

Derecho civil. Decíamos antes, que pretenden cambiar de método, desconociendo por lo mismo la naturaleza del Derecho y de las ciencias morales, siendo la cuestión de método una de las principales, sino la principal, de todas las presentadas por tan funestos como revolucionarios innovadores. Ya lo dijo Cimbali (1). En el Método, que es instrumento y vehículo para conseguir la verdad, está en gran parte encerrado el secreto de la conquista y de la victoria.

Comienza á abandonarse la base metafísica y atomística del Derecho civil, y las legislaciones civiles cederán el campo al período de la sociabilidad; por eso Sumner Maine decía—y esto nos indica el Método que debe seguirse para el estudio del Derecho según los innovadores:—«Las ideas rudimentarias del Derecho son para el jurisconsulto lo que los estratos primitivos de la tierra para el geólogo; en ellas, están potencialmente contenidas las formas que el Derecho ha tomado después» (2). Confundiendo lastimosamente lo que el escolasticismo había tenido por Método, como lo demostraremos al refutar estas docirinas, exclama D'Aguanno que «ha llegado el tiempo de que los juristas encaminen sus esfuerzos á tratar con Método, resueltamente científico, la filosofía jurídica (3), y que se prescinda del Método apriorístico, según el cual se consideraba. al hombre como un tipo

(1) obra citada pág. 4

(2) Sumner Maine, traducción de Courceille Seneill, pág. 3 ó página 14 de la edición castellana, con un prólogo de Azcárate.—Madrid, 1898.

(3) D'Aguanno.—Génesis y evolución del Derecho civil; traducción de Dorado, pág. 21.

absoluto, hecha abstracción de lugar y tiempo, conformándose en este punto con aquel pensamiento erróneo que envuelve una herejía jurídica, expuesta por el traductor de Maine, Durieu de Leyritz, al decir: «Ningún terreno ha estado más lleno de restos del pasado que el del Derecho. El Derecho necesita de un Cuvier»; y por lo que al Derecho privado se refiere, su pensamiento se condensa en las palabras de Lubbock, de que en el Derecho privado dominan todavía las ideas tradicionales, que se hallan impresas en nuestros espíritus, como los fósiles en las rocas.

Resulta por lo mismo que para el positivismo todas las ciencias son igualmente *experimentales*, y por lo tanto, el fenómeno jurídico civil, se estudiará como un hecho natural de la vida privada de los individuos, y esto no puede hacerse según el criterio de los civilistas que siguen las huellas del evolucionismo, sino indagando la génesis de la conciencia ético-jurídica y la del derecho, estudiando la humanidad prehistórica, acudiendo á los datos que pueda proporcionar la paletnología, la anatomía y fisiología comparadas, la lingüística y la sociología (1).

Así se abrirá una nueva era—añaden—para la filosofía jurídica, era que será fecunda en resultados útiles, pues se estudiará el Derecho en relación con la vida social, y las leyes que informan la evolución en general informarán el Derecho, librándole de afirmaciones absolutas y entrando en el campo de la relatividad (2).

(1) D'Aguanno, *Génesis y evolución*, pág. 20.
(2) Ibid. pág. 21.

Expuestas de una manera sucinta las tendencias de los civilistas que proponen *regenerar* el Derecho civil, preciso es que critiquemos estas funestas doctrinas, desde el punto de vista de la sana razón y de la crítica imparcial.

Más adelante nos haremos cargo de las reformas que en diversos órdenes proponen en la legislación civil, así como el concepto del Derecho civil, según las doctrinas de la moderna escuela.

Comenzando por el propósito de los innovadores de aplicar el evolucionismo al Derecho, diremos que si se quiere significar por el término evolución las diferentes épocas que ha tenido el Derecho, eso no es nuevo, puesto que no es otra cosa que la Historia jurídica, siempre interesante y útil para el conocimiento. Pero si por evolución jurídica se ha de entender lo que dice Spencer (1), «la evolución es una integración de materia acompañada de una disipación de movimiento, durante la cual la materia pasa de una homogeneidad indefinida é incoherente á una heterogeneidad definida y coherente y el movimiento retenido sufre también una transformación análoga», entonces, ni puede admitirse la evolución en general, ni menos, aplicada á las ciencias jurídicas.

Prescindiendo aquí de los argumentos que en las ciencias naturales se presentan contra el transformismo y la evolución, porque esto corresponde á otro género de ciencias, conviene que nos hagamos cargo de la

(1) En su obra *Les premiers principes*, trad. por Cazelles, pág. 242.

defensa que en el campo de la filosofía, hacen sus partidarios. Unos vivientes nacen de otros—dicen—por generación, y en los individuos nacidos de estas generaciones, aunque semejantes entre sí, se notan siempre diferencias, y si en una generación resulta una diferencia ligera entre el generante y engendrado, multiplicadas las generaciones, irá creciendo la desemejanza que podrá llegar, al cabo de mucho tiempo, á cambiar la *misma especie y el género*. De aquí concluyen, queda probada filosóficamente la tésis de Darwin, la transformación de las especies. Más aún, añaden: ningún viviente empieza su existencia con la perfección correspondiente á la edad adulta, sino que, comenzando en el óvulo, por la sucesiva evolución del embrión, va adquiriendo su perfección específica. Luego debe pensarse, lo mismo de las especies y géneros es decir, que no tuvieron desde el principio fijo y bien definido el grado de perfección propio suyo, sino que le adquirieron sucesivamente por medio de una mayor y más ámplia transformación y evolución. En cuanto al primer argumento en defensa del transformismo, se verá cuán débil es su fuerza; porque si es cierto que aquéllas diferencias existen, esas diferencias no son esenciales sino meramente accidentales, y con esta distinción cae por su base la teoría de la transformación de las especies. Así es, en efecto: examínese á los hombres de distintas regiones y de diferentes razas, y se verá que con ser tanta la variedad de rasgos y notas particulares de cada una, todo convienen en la animalidad y racionalidad, y no se diferencian en algo que no sea esencial al compuesto humano. Prueba de ello es que en todas las

razas humanas encontramos la misma estructura anatómica, la misma duración media de la vida, la misma disposición de la enfermedad, la misma temperatura media del cuerpo, lo cual significa que no existe esa variedad de las especies y que se confirma la unidad de la especie humana.

En cuanto al segundo argumento, la Paleontología nos dice que han aparecido de repente innumerables especies, perfectamente definidas, y en el grado de perfección debido á su esencia, porque la sustancia de los individuos puede admitir evolución y transformación, pero no así las especies, pues no prueban ni han probado la mutación de ellas.

Spencer, á diferencia de los demás transformistas, sostuvo la evolución interna y universal en los términos antes expresados. Este sistema, además de ser ateo, puesto que niega la existencia de un Dios personal é infinito, es panteista, porque, si bien admite la existencia de un sér superior incognoscible, manifiesta que ese Sér no es la causa eficiente del mundo y de los séres.

Según el positivista ingiés, el Sér incógnito no puede ser autor de todo, más que por la evolución; y el calor, la luz, las propiedades físicas y químicas, y aún los afectos y pensamientos, no son sino *modos* ó modificaciones del Incógnito, conclusión enteramente panteista, puesto que admite la misma sustancia para el Sér y el mundo, lo cual repugna al común sentir.

Este sistema es completamente materialista; para él sólo existe la materia; los seres vivientes y todo el género humano no son sino una colección de máquinas movidas

por las solas fuerzas de la materia. ¿Pueden darse mayores desvaríos? ¿Cuán más sencillo no es admitir la Creación según el Génesis, con la existencia de un Dios personal infinito, que no repugna, ni mucho menos, á la razón y la conciencia?

La mayor parte de los transformistas creen en los gravísimos errores del *monismo* al no admitir distinción entre la materia y el espíritu y entre la causa primera y el efecto. Luego esta teoría tiene muchos defectos, contiene errores que se puede decir que caen dentro del panteismo, del monismo y del materialismo más repugnante, por lo cual se hace tal teoría inadmisible en principio (1).

De las doctrinas materialistas y por influjo del tranformismo y del evolucionismo naturalista nace el positivismo, que, si al principio—como dice Santamaría de Paredes (2)—fué un sistema meramente crítico, nacido como reacción del liberalismo abstracto y de las abstracciones puramente gratuitas, no supo contenerse dentro de estos límites, sino que, trasformándose en sistema ontológico, buscando la esencia en el hecho y convirtiendo la hipotesis en verdad científica, fué el conducto del materialismo y del evolucionismo, y originó la Sociología con este vicio de origen, del que aun no se ha purificado.

---

(1) Pueden verse, para refutar las teorías Darwinianas, las obras *Origen de los seres vivientes*, del P. Urráburu, y *La Biblia y la ciencia*, del cardenal González, que de una manera magistral exponen las doctrinas del transformismo.

(2) Discurso citado, pág. 119.

La Filosofía del Derecho, como observa atinadamente Marruchi (1), siguiendo la suerte de la Filosofía universal, atraviesa recientemente una fase dolorosa, refiriéndose al influjo del positivismo en las ciencias morales, y tambien y más especialmente á la concepción materialista de la Historia, como base del socialismo moderno, el cual--como dice Engels—está destinado á producir en la ciencia histórica un progreso igual al que ha producido la teoría de Darwin en las ciencias naturales. De aqui la afinidad en las tendencias económica y jurídica de esas manifestaciones, nacidas del positivismo materialista que estamos combatiendo, y el pernicioso influjo que ha ejercido no solo en la Filosofía sino en la ciencia económica, marcándola derroteros que conducen á un socialismo radical y notoriamente exagerado.

Para el positivismo todas las ciencias son igualmente *naturales, físicas,* con idéntica naturaleza y sin que las separen diferencias sustanciales, y la Moral y el Derecho no se diferencian en su esencia de la Física y la Historia natural. Por esto afirma de una manera elocuente, criticando tan absurdas teorias, un proferor ilustre (2) que «cualquiera persona, medianamente versada en la Historia de la Filosofía, no ve aquí otra *novedad* que el materialismo crudo, precipitado ya con el monismo, conclusión inevitable de todas las *metafísicas,* que, negando

(1) Pietro Marruchi. *La concezione materialistica della storia* é *l'idea del Diritto.*—Revista internazionale di scienze sociali e disciplina auxiliairie, Marzo de 1898.

(2) D. Enrique Gil y Robles, en su obra *Ensayo de Metodologia jurídica*, pág. 12 y siguientes—.Salamanca, 1893

el acto creador, no renuncien sin embargo á explicar de algún modo la relación y conexión entre los seres de la naturaleza y las que tienen con el hombre los demás entes de la creación visible.

El positivismo lógico no ha podido mantenerse en el mero error de criterio, y ha recorrido la pendiente hasta el triple extravio de la escuela jurídica italiana, extravio que no es más reciente que el de todas las *filosofías* anteriores al Cristianismo ó divorciadas de él, no tanto por causa de lucubraciones serias, como de preocupaciones hostiles.» Tiene razón el docto catedrático de Salamanca: el positivismo, ni aun es original; es—como el citado profesor dice—un caso de *atavismo*, pues sus *teorías* y *métodos flamantes*, son como las aberraciones del paganismo antiguo ó del reciente, conclusiones repugnantes, que constituyen, un no menos repugnante retroceso.

Los escritores antes expresados que desean aplicar la observación y la experiencia como método exclusivo para el estudio de las ciencias morales, entre las que está el Derecho, incurren en lo que en Metodología se llama error de Método, puesto que quieren igualar ciencias esencialmente distintas, como son la Metafísica y la Historia Natural, el Derecho y la Física; todo por ir contra las escuelas clásicas, condenando lo que impropiamente se llama *apriorismo*.

Por apriorismo, entienden los positivistas, no solo cualquier afirmación del principio sobrenatural, sino tambien el admitir la existencia de principios fijos é inmutables en las ciencias, lo cual como se ve, es un absurdo, y también condenan que se proclame la idea de

fin, todo principio teleológico, porque, como dice Gil Robles, Teleologia y Monismo son incompatibles. Resultado de esto es que para aplicar el Método experimental al Derecho civil, que, como hemos visto antes, es una de las innovaciones donde hace más hincapié, hay que prescindir, según ellos, de esas ideas fundamentales en que el Derecho descansa, ideas *aprioristicas* que son necesarias, para saber con fundamento y precisión el contenido del Derecho. Lógicos con el sistema, niegan la Metafísica, como ciencia que estudia los primeros principios de los seres, y el Derecho natural, que—al decir de Gumplowicz—pinta un Derecho fantástico que no tiene ningún valor, ó—como afirma Dorado Montero, con tonos magistrales manifestando un profundo error,—no hay actualmente escritor culto que defienda la existencia del Derecho Natural como orden jurídico inmutable, siendo así que el Derecho Natural es la base y fundamento del Derecho positivo al determinar los principios fundamentales de lo justo (1), sin cuya existencia, como ciencia primordial, no se concibe la realidad del Derecho como ciencia, y se llegarían á justificar los mas grandes errores jurídicos y las más absurdas instituciones por el mero hecho de haber sido establecidas por el legislador.

Gumplowicz, Spencer, Zopfl niegan el Derecho Natural porque le desconocen, ó porque, conociéndole, domina en ellos un espíritu de soberbia, no queriendo

(1) Puede verse la obra da Isern. *Problemas y teoremas*, pág. 283 capítulo titulado «El Derecho Natural y los positivistas.»

reconocer esas ideas, superiores á ellos mismos, que Dios ha impreso en nuestra conciencia; examinen su espíritu y su razón, y verán desde luego que existen esas ideas apriorísticas, como ellos afirman, y que no es posible aplicar á las ciencias morales un Método que tiene el vicio de origen, de prescindir de esos principios fundamentales, y que es un profundo error, en el que incurren, por negar lo evidente y fundamental de las ciencias jurídicas.

Luego si el transformismo no puede admitirse en las ciencias naturales, menos podrá aplicarse á las ciencias jurídicas y sobre todo si incurren en un error de Método, puesto que entienden que el Método experimental excluye el elemento, que no pocos autores llaman ideal, de la deducción, como si el observar y experimentar no fuera producto de un juicio y de un raciocinio deductivo previo; hay que concluir, por lo que á este punto se refiere, que es inadmisible la tendencia del positivismo en su aplicación al Derecho civil, y que es un absurdo pretender aplicar un Método, que es imposible adecuarle á las ciencias morales y jurídicas.

CAPITULO IV

Moda del positivismo. — Tendencia novísima dentro del Positivismo. — Reformas en el Derecho civil. — Escasa influecia de la Sociología y Antropología en el Dereoho civil —Reforma integral de la legislación civil.

En la Filosofía jurídica más acaso que en otras ciencias, entra por mucho la moda en las ideas y esto dá lugar á emplear en el Derecho palabras como *evolución, sociología, integración* y algunas otras, que empleadas por los positivistas con distintas significaciones, originan en la ciencia del Derecho una gran perturbación, por no precisar los conceptos contenidos en ella.

No basta como dice un autor nada sospechoso en este punto, el Profesor Cogliolo (1), con manifestar que la evolución social tiene los principios comunes con los de las otras cosas del mundo, ni basta para demostrarlo, servirse de sutiles semejanzas y de palabras tomadas de las ciencias naturales, porque por ejemplo, el parangón entre los músculos y los obreros, entre las venas y los comerciantes, entre el cerebro y los hombres de estudio que no dice de nuevo, de verdadero y de científico más

(1) P. Cogliolo. Estudio acerca de la evolución del Derecho Privado. Traducción de nuestro maestro D. Rafael Ureña, Catedrático de Madrid.—1898, pág. 20.

Sería injusto no reconocer que en la actualidad á los estudios sociológicos se pretende dar una orientación ética desviándoles del camino del materialismo crudo como en su origen tuvo, y esta orientación ética representada por la influencia de la conducta en la vida social, nos demuestra las relaciones íntimas entre la Psicología y la Sociología. Tal es la tendencia novísima de la filosofía, representada entre otros por Kid (1) Giddins (2) Small y G. J. Vicent (3) si bien tal tendencia, aunque más simpática que la méramente materialista, no satisface al jurista católico, que vé con pena que pretenda demostrar la influencia de otras Religiones en la civilización ó presente una moral no fundada en los verdaderos principios, siendo así, que la nuestra es la más racional y divina y la que con saludables máximas, ha ejercido la verdadera influencia en la vida social y la que contiene las fórmulas y remedios para la resolución de los problemas que se agitan en la Sociología, la Economía y el Derecho.

La evolución. tal cual la exponen los modernos civilistas, además de ser falsa y errónea, es insuficiente, y por eso, algunos como Claudio Treves, aun más radicales en su manera de pensar, sostienen que la reforma del Derecho civil, no ha de hacerse paulatinamente, si no á consecuencia de una transformación social amplia y por lo tanto cree inútil la marcha paulatina de Cimbali,

(1) Evolución sociale trad francesa—1896—París.

(2) Príncipes de Sociologie.—Id. francesa por Combes de Lestrade París 1897.

(3) An introductión to the study of society.

Chironi, etc. (1). De todo lo cual bien pudiera decirse, que si varian, no poseen la verdad, porque tal es el cúmulo de doctrinas y opiniones que sustentan, con tanta facilidad como se ha visto, dan como ciertas las hipótesis, de tal suerte géneralizan los principios, que apenas si despues de tanto leer, se deducen conclusiones concretas y precisas, solo si se marca con claridad su tendencia cuál es, el aplicar la evolución materialista al Derecho civil, sentado hoy en bases por regla general morales y justas, acomodadas á las exigencias de la vida social respetando el elemento tradicional, que tanto influye en la vida y desarrollo de las leyes de carácter civil.

Tampoco puede admitirse en el Derecho civil las reformas radicalísimas de Menger, porque este que condena al Derecho civil actual por ser un Derecho civil protector de la burguesía, llevando á la práctica sus reformas, sería un Código de clase, porque se vendría á favorecer como dice D' Aguanno, al ignorante, al imprevisor, en perjuicio del instruido y del avisado (2), pues á tanto equivale el censurar, como lo hace el Profesor vienense, aquel principio inconcuso de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Tampoco puede admitirse el dicho de Menger de que constituye un privilegio de la burguesía la máxima, *melior est causa possidentis*, porque nada más justo que entre el que posee una casa y el que quiere reivindicarla, la carga de la prueba debe corresponder á éste, al fin, el que posee, se supone que lo hace mediante su justo título

(1) Archivo di psichiatria: cuaderno 6.° del Tomo V.
(2) Reforma integral, pág. 96.

Sería injusto no reconocer que en la actualidad á los estudios sociológicos se pretende dar una orientación ética desviándoles del camino del materialismo crudo como en su origen tuvo, y esta orientación ética representada por la influencia de la conducta en la vida social, nos demuestra las relaciones íntimas entre la Psicología y la Sociología. Tal es la tendencia novísima de la filosofía, representada entre otros por Kid (1) Giddins (2) Small y G. J. Vicent (3) si bien tal tendencia, aunque más simpática que la méramente materialista, no satisface al jurista católico, que vé con pena que pretenda demostrar la infiuencia de otras Religiones en la civilización ó presente una moral no fundada en los verdaderos principios, siendo así, que la nuestra es la más racional y divina y la que con saludables máximas, ha ejercido la verdadera influencia en la vida social y la que contiene las fórmulas y remedios para la resolución de los problemas que se agitan en la Sociología, la Economía y el Derecho.

La evolución. tal cual la exponen los modernos civilistas, además de ser falsa y errónea, es insuficiente, y por eso, algunos como Claudio Treves, aun más radicales en su manera de pensar, sostienen que la reforma del Derecho civil, no ha de hacerse paulatinamente, si no á consecuencia de una transformación social amplia y por lo tanto cree inútil la marcha paulatina de Cimbali,

(1) Evolución sociale trad francesa—1896—París.

(2) Príncipes de Sociologie.—Id. francesa por Combes de Lestrade París 1897.

(3) An introductión to the study of society.

Chironi, etc. (1). De todo lo cual bien pudiera decirse, que si varian, no poseen la verdad, porque tal es el cúmulo de doctrinas y opiniones que sustentan, con tanta facilidad como se ha visto, dan como ciertas las hipótesis, de tal suerte géneralizan los principios, que apenas si despues de tanto leer, se deducen conclusiones concretas y precisas, solo si se marca con claridad su tendencia cuál es, el aplicar la evolución materialista al Derecho civil, sentado hoy en bases por regla general morales y justas, acomodadas á las exigencias de la vida social respetando el elemento tradicional, que tanto influye en la vida y desarrollo de las leyes de carácter civil.

Tampoco puede admitirse en el Derecho civil las reformas radicalísimas de Menger, porque este que condena al Derecho civil actual por ser un Derecho civil protector de la burguesía, llevando á la práctica sus reformas, sería un Código de clase, porque se vendría á favorecer como dice D' Aguanno, al ignorante, al imprevisor, en perjuicio del instruido y del avisado (2), pues á tanto equivale el censurar, como lo hace el Profesor vienense, aquel principio inconcuso de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Tampoco puede admitirse el dicho de Menger de que constituye un privilegio de la burguesía la máxima, *melior est causa possidentis*, porque nada más justo que entre el que posee una casa y el que quiere reivindicarla, la carga de la prueba debe corresponder á éste, al fin, el que posee, se supone que lo hace mediante su justo título

(1) Archivo di psichiatria: cuaderno 6.° del Tomo V.
(2) Reforma integral, pág. 96.

y que posee con derecho. Para Menger todas las reformas en el Derecho civil deben tener como punto de mira los intereses del proletario, desconociendo con esto que la cuestión social, no tiene tan solo un aspecto económico, sino moral y religioso, y por lo que respeta á su aspecto jurídico, no es el Derecho civil á quien más le corresponde intervenir en su resolución, pues es preciso la acción combinada de reformas, que afectan á todos los ordenes mencionados.

No es conveniente introducir en el estudio del Derecho civil, la Sociología y la Antropología, como ciencias que directamente influyen en el cambio que pretenden realizar en el Derecho privado, porque si como dijimos en el primer artículo aún no se tiene un concepto preciso de lo que es la Sociología, siendo tan distintas las concepciones que de ella se han formado y todo acaso sea debido por expresar un concepto demasiado ámplio la palabra, claro es que el Derecho civil que obedece á principios fijos y que es el Derecho esencialmente lógico, no ha de dejarse influir mucho por una rama del saber que se desconocen sus tendencias ó mejor, que con criterio muy vacilante, aun no ha resuelto los problemas que presenta. Porque si se quiere decir que el Derecho que regula las relaciones de la vida social forma parte de la Sociología, que en su significación etimológica, es la ciencia que trata de la sociedad, eso no es ni nuevo, ni nada puede significar, sino lo que de sobra se sabe, ni, por otra parte, habría ciencia que no fuera social. Como dice acertadamente Luchini (1), si por función social se entiende un

(1) Los simplicistas del Derecho Penal, pág. 18.

instituto y una organización que interesa á la sociedad, me parece esto un pleonasmo y nada peregrino por cierto. ¿Podría por ventura ser una función astronómica ó animal? De otro lado, en este sentido también, son funciones sociales la obstetricia y la veterinaria.

En este sentido general en que aparece la Sociología, habría que decir con M. Van der Rest (1) que la Sociología es una ciencia más indeterminada que no ofrece aún línea de demarcación con las ciencias morales y políticas y por lo tanto ó la Sociología es un grupo ó cuerpo de ciencias morales y políticas ó mirándola desde otro aspecto, no es posible descubrir la línea de separación que la diferencia de la Filosofía de la Historia.

Más no es el propósito de los sociólogos al querer aplicar la Sociología al Derecho, mostrar tan solo las relaciones que existen entre aquella ciencia, á las diversas ramificaciones de la ciencia social en general; sino que quieren ver el Derecho, como un producto social hasta el punto de que como dice algún civilista, Derecho y organismo social son recíprocamente causa y efecto de su continuo modificarse y progresar. Los llamados derechos innatos, absolutos, independientes de las contingencias de lugar y tiempo y de la sociedad misma, son conceptos mentales arbitrarios, escribe D'Aguanno (2), y que no responden á ninguna realidad objetiva... Aun el Derecho considerado como un hecho psicológico, no

(1) Discurso inaugural en la Universidad de Bruselas el año 1888 en que estudia las relaciones de la Sociología con las ciencias sociales especiales.

(2) Reforma integral, pág. 77.

puede aplicarse sino en relación con las condiciones sociales, pues dentro de la sociedad es donde el organismo de la inteligencia se viene transformando y por ella es lo que es. Buscar un Derecho variable que no ofrezca base científica inmutable, que el Derecho no tenga principios fijos, que se escapan de las leyes de la evolución y sociológicas, que esos derechos innatos que ya el *legalismo* hubo de combatir, desaparezcan, ese es el ideal que persiguen, como si porque lo digan, han de privar de la existencia á lo que vive en nuestra conciencia con evidente realidad y puedan quitar de la naturaleza humana aquellos principios, por lo que nuestra razón distingue lo que es bueno, justo y conforme á la naturaleza humana.

Pudiera decirse que en la aplicación del Derecho civil de la Sociología, no hacen otra cosa los civilistas innovadores que seguir la Escuela Histórica que con Hugo y Savigny llegó á formar un cuerpo de doctrina que en parte podría ser aceptado, si bien exajeró la importancia de la costumbre como fuente primordial del Derecho en cuya exageración aun llevada á los últimos límites, han caido los evolucionistas. No tiene nada de particular que Blas Brugi (1) y Dallarí (2) concedan gran importancia filosófica á la Escuela Histórica, por lo mismo que el evolucionismo sigue las huellas que aquella dejó marcadas, aunque preciso es por desgracia confesar, que

(1) En su trabajo en el «Círcolo giurídico de Palermo—citado por Cogliolo- pág. 29.

(2) Dallasi—Dei nuovi Fondamenti della filosofía del Diritto—Modena 1896, pág. 76 y siguientes.)

la aplicación de la Sociología al Derecho privado, es bastante más perturbadora que la tendencia patrocinada por el ilustre romanista Savigny.

La utilidad que puede prestar la Sociologia al Derecho, está, como afirma Cogliolo (1), en que al reconstruir la evolución histórica de una institución, faltan frecuentemente algunos anillos intermedios ó bien la historia y los documentos nos dan respecto al orígen de otras, escasas noticias, oscuras é incompletas; en estos casos, ya para descubrir aquellos anillos, ya para interpretar y darnos recto sentido á esos pocos datos, sirven admirablemente las leyes generales de los fenómenos sociológicos. Es decir, que toda la utilidad é influencia que de la Sociología puede venir al Derecho civil se reduce, á la utilidad de completar algunos datos históricos, que merced á las investigaciones de las costumbres de los pueblos primitivos, puede caerse en la cuenta de alguna noticia desconocida ó á lo más inducir por analogía, aunque esto siempre es peligroso, la interpretación más acomodada á las circunstancias, en que se produce el hecho histórico.

Los sociólogos afirman que un legislador convencido de la verdad de la teoría del organismo social, será un operador prudente y discreto que evitará las reformas artificiales y bruscas y manejará las transiciones, porque él sabrá que los órganos y las vísceras de un viviente no pueden ser violentadas y que su temperamento no se modifica más que á la larga. Pero como dice Vareilles

(1) Obra citada, pág. 32.

Sommiéres (1); «ellos olvidan, que en su sistema, el legislador no es más que el órgano pasivo de un pensamiento, que no es el suyo, de una voluntad, que no es voluntad, y que en lugar de dirigir la nación, es él dirigido por ella».

De aquí que mientras Luchini, Fulci y Puglia, nieguen toda relación del Derecho con la Sociología, otros como Saint Marc (2). Anzillotti (3) y D'Aguanno, confunden la Sociología con la Filosofía del Derecho, y otros como Cogliolo y Stein, consideran útil á la Sociología, para la inteligencia del Derecho histórico, pero sin que pueda confundirse con la Filosofía jurídica, pues según ellos esta rama del Derecho es, la ciencia que se ocupa de la naturaleza abstracta de la personalidad jurídica y del enlace del sistema de Derecho con las formas universales del pensamiento.

Basta con lo dicho, para poder comprender la escasa influencia que ejerce la Sociología en el Derecho civil y por lo tanto preciso se hace colocar en el verdadero terreno las relaciones entre ambas ciencias, huyendo de las exageraciones en que incurren los modernos sociólogos, que pretenden cambiar por medio de estas aplicaciones científicas, lo que se ha mantenido hasta aquí, como fundamental, en la regulación de la vida social.

Y si esto se dice de la aplicación de la Sociología al Derecho civil, menos aún debe admitirse la aplicación

(1) Les principes fondamentaux du Droit, pág. 110.

(2) En la Revue Critique de Legislation et jurisprudence.—1888.—Pág. 58 en el artículo titulado «Droit et Sociologie».

(3) La Filosofía del Derecho y la Sociología.—Florencia 1892.

de la Antropología, porque esta ciencia, además de tener una esfera de acción completamente distinta de la del Derecho civil, su utilidad para este es escasísima. El estudio del hombre es siempre importante, tratándose del Derecho en general, pero este estudio en el Derecho civil se dá por supuesto; á la filosofía jurídica corresponde la determinación de las condiciones esenciales, al Derecho civil, fijar las condiciones de carácter positivo, de manera que digan lo que quieran D'Aguanno y Abadane (1), fuera de alguna otra institución civil en que hay que acudir á la Psicología, para determinar si el acto es válido ó nulo, puede decirse en términos generales que de la aplicación de la Antropología al Derecho civil, poco puede esperarse. Pero si esto es cierto, tampoco puede decirse lo que Garofalo (2), de que el Derecho civil es completamente ajeno á cuanto concierne á lo físico y moral de los indivíduos y no se ocupa más que de sus intereses privados, pues esto es desconocer la naturaleza del Derecho civil, porque es sabido, la división que se hace de las personas en sanas y enfermas, el ánimo y la buena ó mala fé de los individuos en algunas instituciones y contratos y el error y el dolo como casos que vician el consentimiento, condiciones y estados, que influyen, como no puede menos, en la validez y en los efectos de los actos jurídicos que integran el Derecho civil.

---

(1) *Le Barreau français et la criminologie positive*, 1888.
(2) En su obra de Criminología, edición castellana,

Pero entiendo también, que el Derecho civil actual, tal como se halla establecido en los principales Códigos y aún en el Derecho Romano, sufriría grandes perturbaciones si llegaran á introducirse en él reformas de carácter Antropológico, por eso el mismo Abadane, que tanto exajera aquella influencia, no indica reformas importantes y D'Aguanno, tan radical en sus conclusiones, apenas si hace otra cosa que decir la materia del Derecho civil en que se hace necesario la intervención de peritos médicos. Muy peligroso sería dar más intervención que la debida en el Derecho civil á los peritos, que más que Antropólogos, deberían ser Psicólogos, entendiendo la Psicología como ciencia del espíritu, separándola de todo aquello que la materializa, dándole un carácter casi idéntico á la Fisiología, como hoy se pretende, porque el día que una de las partes pudiese invocar en su favor los defectos antropológicos de la otra parte, habría que renunciar á la existencia del Derecho civil y los actos civiles no podrían producir los efectos ante el Derecho, porque una reclamación de aquella clase, anularía el acto perfeccionado.

Insensato es por lo que se vé, hacer aplicación al Derecho civil de doctrinas que no pueden adecuarse á su naturaleza y de ciencias que apenas si tienen más relación con aquella norma del Derecho, que las generalísimas que mantiene con todas las ciencias y por eso hay que condenar la tendencia moderna, en que las ciencias naturales dominan á las morales y filosóficas, cuando lo conveniente para conseguir la verdad sería precisamente lo contrario.

En lo que sí hay que convenir, es en la necesidad de fijar las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Indudablemente, que al Derecho civil corresponde regular las relaciones civiles que nazcan de hechos de la autoridad pública, realizados en el desempeño de las funciones públicas, dice D'Aguanno (1). Las leyes civiles, se han cuidado poco de determinar tales relaciones y de fijar la responsabilidad civil del Estado, al originar daños á los ciudadanos, por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, (2), porque de esta manera, el particular está tranquilo de que en el caso de que un funcionario cause un daño, no importa al perjudicado que sea insolvente, porque el Estado, responde subsidiariamente de la satisfacción de aquel perjuicio, por lo mismo que el funcionario debe gozar ante todo de la confianza del Estado á quien sirve. Es necesario, pues, fijar esas relaciones jurídicas que en muchos Códigos han pasado inadvertidas para el legislador y es necesario también llenar el vacío que se nota en algún Código, como el Español, respecto á ciertos contratos, que pueden llamarse de utilidad pública, cuya omisión ha sido censurada, por lo que al Código civil español se refiere, por el Sr. Pedregal, ya que los contratos de esta índole no han sido regulados por el legislador de España. Y este es otro aspecto en que hay que fijarse para que el Código civil regule las relaciones á que aludía Gabba acerca de la

(1) Reforma integral, pág. 202.

(2) En el Código civil Español se hace una distinción por lo que se refiere á este punto que no se acomoda á los principios de justicia. Véase el art. 1903.

responsabilidad civil de los funcionarios del Estado (1) sin olvidar tampoco que existen contratos á que hace referencia Pedregal, celebrados entre los particulares y el Estado ó Ayuntamientos ó personas jurídicas de interés público, en que conviene determinar los aspectos público y privado de tales convenciones, para de ese modo saber los derechos y deberes respectivos de los individuos y de las entidades públicas.

Hablar de un cambio en las condiciones intelectuales y morales, para que pueda ser integral la reforma del Derecho civil y condensar todo aquel cambio en un concepto en cierto modo confuso y vago, cual es el de la *solidaridad* como expresa D'Aguanno, paréceme que es continuar el camino de la generalización y de la abstracción, para nada deducir en concreto, que sea práctico para el Derecho civil.

De la solidaridad esperan mucho los evolucionistas, pues pretenden unos, como Bourgeois (2), sustituir la caridad por ella, y otros como Nordau (3), que esperan que la harmonía futura vendrá de esa solidarídad social, como si eso viniera á ser la panacea de todos los males y el factor más importante del progreso social.

La solidaridad social es una de tantas palabras que se han introducido en las ciencias sociales, sin haber determinado con precisión su concepto. Merced á ella, se

(1) Gabba *Prolussión* al curso de Derecho civil de la Universidad de Pisa. pag. 16.

(2) Solidarité 1897—París.

(3) Mensonges conventionnel de notre civilización—del francés París 1897.

encubre el materialismo, al querer sustituir la caridad, nacida exclusivamente de la Religión Católica, con esa solidarídad, que han inventado los modernos escritores para modificar los conceptos de igualdad y libertad que hasta aquí, como afirma D'Aguanno, ha favorecido la explotación de los débiles, la libertad, y ha hecho la igualdad, que se acentúan más las diferencias antropológicas y que se creen otras completamente ficticias.

Pero ¿cuál es la aplicación en concreto de ese *gran principio de solidaridad social* al Derecho civil? Realmente ninguna reforma positiva aducen partiendo de él, ni instituciones que no se conforman con el principio citado y por tanto merecedoras de reformas, ni modificación de otras, ni establecimiento de algunas, piden los positivistas para el caso, de que la solidaridad informe el espíritu de la legislación civil.

Con razón afirma el ilustrado Catedrático Sr. Azcárate, que las reformas proyectadas por el autor de la Reforma integral de la legislacion civil, no corresponden á las promesas que hace, cuando habla de innovaciones radicales y de reformas, censurando también con gran fundamento, que D'Aguanno hable de reformas de carácter intelectual, moral y social en el Derecho, por lo mismo que con ello desnaturaliza la misión del Derecho, que no siendo causa de nada, es condición para todo, correspondiéndole por lo tanto, hacer exclusivamente reformas jurídicas (1).

---

(1) Apuntes taquigráficos de las explicaciones del ilustrado Profesor en su Cátedra de Legislación Comparada 1896.

Si bien se mira, la tendencia de los modernos civilistas, no responde en el orden práctico, á las promesas que en el especulativo indican para reformar y cambiar hasta el contenido del Derecho civil y eso consiste, en que esta rama del Derecho en general, se mantiene dentro de su esfera de acción y regula los hechos jurídicos, teniendo en cuenta, los elementos filosófico, histórico y práctico, que son indispensables, para que las leyes sean justas, útiles y convenientes.

CAPITULO V.

Formas de las relaciones jurídicas en el orden privado.—Tendencia á socializar el Derecho civil.—El Socialismo y las teorías de Darwin - La ciencia social ¿es individualista ó sccialista?—El individualismo en el Derecho civil.—Influencia del Socialismo en esta rama del Derecho.

Partiendo de la existencia de la Ley de la evolución, presenta Cimbali (1) las relaciones jurídicas del orden privado, en tres formas distintas que son:

(a) La forma primitiva de confusión y completa absorción del elemento individual, en el elemento social, señalada en el orden económico por, la ausencia completa de toda industria.

(b) La forma secundaria de distinción y de completa emancipación, del elemento individual en el elemento social, en la cual surge y se desarrolla en último grado la pequeña industria.

(c) La forma última de reconciliación y de reintegración del elemento individual en el elemento social, coetánea al desarrollo gigantesco de la gran industria.

Confunde, como se ve, el escritor italiano dos órdenes que son del todo diferentes, el órden sociológico con el

---

(1) Obra citada, pág. 9 y siguientes.

orden económico, puesto que en el primer periodo, la absorción del elemento individual la hace coincidir con la ausencia de toda industria, lo cual es indudablemente un error, porque la industria en mas ó en menos, ha tenido siempre existencia. Y si se comparan las tres fases del Derecho privado, con las clasificaciones de otros sociólogos, se verá que existen diferencias importantes entre ellas. Spencer divide la humanidad en tres periodos, guerrero, industrial y humano, que no exactamente corresponden á otros tres, en que la divide Mackenzie, cuales son, de sujección ó sumisión, libertad ó liberación y de armonia ó reconstitución. Aquellas diferencias consisten, en que en el primer periodo que admiten Makenzie y Spencer no se caracteríza por la ausencia de toda industria, sino que como deciamos antes, existe en todas las épocas; en que en el segundo periodo de liberación, comete un grave error Cimbali al hacerle coincidir con la aparicion de la pequeña industria, puesto que como dice Azcárate (1) en él aparece, no la pequeña industria, sino la gran industria y por último en que el tercer periodo cuya existencia admite Cimbali para aquellos escritores sociólogos no existe, sinó que nos hallamos en sus comienzos.

Prescindiendo de los periodos primitivo y secundario que Cimbali les caracteriza como Derecho consuetudinario y Código de Derecho privado individual, fijémonos en el tercer periodo por ser de más actualidad y más interesante que todos.

(1) Apuntes citados pág. 267.

Si antes, dice el autor citado, la fuerza física del hombre y del animal, constituian el factor principal y más eficaz de la producción y de la circulación, con el tiempo ésta es gradualmente sustituida por la fuerza mecánica de los agentes naturales, utilizada y apropiada como instrumento potentísimo de producción y de circulación de la riqueza; los que tienen á su servicio la fuerza gratuita capitalizada de la naturaleza, adquieren una ventaja notablemente decisiva, frente á los que por la producción y la circulación de la riqueza, se sirvan todavía del trabajo manual del hombre y de la fuerza limitada del animal, pues que alcanzan y obtienen el máximun de utilidad, con el mínimo esfuerzo posible.»

Ahora bién; si todos los fenómenos de la vida económica, bajo el impulso innovador de la máquina, de la electricidad, han sufrido una profunda transformacion y la pequeña industria, ha dejado el paso franco á la grande, es lógico que las legislaciones civiles, sufran una transformación en correspondencia á los cambios verificados en el orden económico y que se modifiquen en consonancia á los adelantos de la época presente, que desde el punto de vista de la economía, pudiera clasificarse con Marx, diciendo, que este es el periodo en que predomina *El Capital.*

Indudable es también, que los Códigos civiles compuestos, bajo el ambiente insano de un atomismo funesto y de un individualismo radical, nacido de las corrientes sociales y políticas de la revolución francesa, sean incompletos por lo mismo que el individuo humano es un ser sociológicamente incompleto como diría Cimbali,

La inmensa masa de bienes conque se ha enriquecido la sociedad actual, á diferencia de anteriores épocas en que el suelo, la tierra y las cosas erán consideradas como la riqueza principal de las Naciones, trae al campo del Derecho civil una corriente de innovación, cual es el regular las relaciones jurídicas, que nacen de esos bienes, antes desconocidos, en su verdadera importancia. Y si á esto se agregan, los grandes medios de comunicación, la importancia grandísima que ha adquirido el crédito, los bienes muebles, valores y títulos, los bienes inmateriales, obras y servicios profesionales, que forman el objeto de propiedad en la sociedad moderna, hace como observa Cimbali (1) que por necesidad suprema de las cosas haya debido y deba realizarse diariamente, un cambio análogo en las relaciones de Derecho.

Pero si esto es cierto, no lo es menos, que hay que rechazar en parte la tendencia de los civilistas innovadores, de socializar el Derecho civil, porque si es censurable el individualismo exagerado de los actuales Códigos, sería más funesto el que los Códigos del porvenir cayeran en el extremo opuesto; en el socialismo.

Y no es extraño que el Darvinismo y el socialismo tengan puntos de contacto y que los evolucionistas se dirijan por estos caminos para la composición de los futuros Códigos civiles, porque como dice un ilustrado Catedrático (2) Spencer, Marx y Lasalle, aplicando el racionalismo al estudio de los hechos sociales, creyeron

(1) Obra citada, pág. 29.

(2) En el discurso inaugural del curso de 1894 á 95, por mi querido Maestro D. Tomás Lezcano, pág. 68

suscribir, pero equivocadamente, la fórmula cierta del progreso, la razón y la ley esencial de la civilización, y poseer una entera y perfecta filosofía del socialismo, tomando de una escuela de naturalistas, la teoría física de la evolución, elevándola á filosofía social y aplicándola al desenvolvimiento de la Historia de la Política y de la Economía.

Y en efecto, entre el proceso teórico de Hegel y el positivismo materialista, existe una afinidad estrechísima, convirtiendo como dice el Cardenal Gonzalez (1), ambas tendencias la materia transformada por la fuerza en pensamiento y por eso Spencer y Darwin, Büchner y Häckell van desde las negaciones más absolutas del positivismo crítico, más avanzado aún que el cristicismo de Straus, hasta las afirmaciones más terminantes del radical materialismo.

Lasalle y Marx, apóstoles del socialismo moderno, toman su punto de partida en el exclusivismo y este último reconoce la verdad del triple proceso del sistema Hegeliano, la tésis, la antítesis y la síntesis, y por efecto de la evolución están llamadas á desaparecer instituciones tan necesarias como lo son el Estado, el Poder, la propiedad privada y la propiedad capitalista.

Conocida es, y esto prueba las semejanzas del evolucionismo y el socialismo, la frase de Virchow de que «el darwinismo conduce directamente al socialismo» si bien muchos se oponen al concepto expresado, por entender

(1) *El positivismo materialista*, publicado en la Revista «Defensa de la sociedad», 1872.

precisamente lo contrario ó sea que el darwinismo matará el socialismo. Con estas ideas coincide Ferri, el profesor italiano conocido por sus obras de Derecho penal, que ha llegado á decir: (1) «El socialismo, que ha permanecido hasta hace pocos años sujeto á continuas fluctuaciones, ha encontrado en la obra genial de Marx y de los que la han desenvuelto y completado su brújula científica y política» y lo que es más grave y gráfico «que Marx completa á Darwin y Spencer» y que «juntos forman la gran trinidad cientifica del siglo XIX.»

A estas opiniones, que consideran el socialismo y el evolucionismo directamente relacionados, se oponen resueltamente otros autores, entre ellos, el economista Loria que pretende demostrar la existencia de contradicciones entre el socialismo y la antropología criminal (2). Asimismo Häckell (3) dice, que hay entre ambas doctrinas científicas tres principales contradicciones:

(a El socialismo proclama la quimérica igualdad de los hombres, mientras el darwinismo explica las razones orgánicas de su natural diversidad.

(b El darwinismo enseña, que en la lucha por la vida, solo una pequeña minoría queda vencedora, al paso que el socialismo pretende que nadie ha de sucumbir en ella.

(c La lucha por la existencia asegura la supervivencia de los mejores, deduciéndose de aquí, un proceso aristocrático de selección individualista, en vez de la democrática nivelación colectivista del socialismo.»

---

(1) *Socialismo é Scienza positiva.*

(2) *Les bases económiques de la constitución sociale.*-Paris 1894.

(3) *Preuves du transformisme.* -Paris, 1879.

Apesar de estas razones insistimos en afirmar, que el Socialismo tiene su fundamento en el evolucionismo, porque como el mismo Marx afirma, la evolución sirve para explicar la historia, en todos los momentos, épocas y hechos en ella contenidos, puesto que esto es efecto de aquella, pero no es, añade, la *Idea* Hegeliana la forma sustancial y característica de la evolución, sino la *Economia*. Y en la discusion que en el Parlamento Alemán, tuvo lugar en Enero de 1893, el socialista Bebel determinó el principio filosófico del socialismo diciendo. «Sabemos que la actual sociedad, es el producto de la evolución y lleva en sus propias entrañas el germen de un nuevo organismo».

No cabe dudarlo, dice un ilustrado Academico Español (1) el socialismo Alemán tiene su raiz filosófica, jurídica y en cierto sentido histórica, en las producciones de Kant, de Fichte y de Hegel, y su causa inmediata en las predicaciones de Lassalle y Carlos Marx que en 1863 y 1864 arrancaron á las masas obreras del patronato de los progresistas, cuyo jefe era Schubze-Delitzsch fundador y organizador de gran número de sociedades cooperativas y las introdujeron como fuerza independiente organizada y disciplinada, en la vida de los conflictos políticos y sociales de la patria.»

La teoría económica de Marx contiene naturalmente tambien, la del materialismo histórico, ha dicho recientemente Mazaryk (2) El materialismo histórico se resuelve

(1) Isenr.—*Problemas y teoremas*, pág. 107.

(2) *La crise scientifique et philosophique du Marxisme contemporain*, un folleto traducido al Francés, 1898.

en esto. Las condiciones de la produccion influyendo sobre la composición de la sociedad, forman una base real sobre la cual se eleva una estructura legislativa y política» cuya fórmula ha sido defendida por Bax y contradicha por Kautsky al creer este, que el materialismo histórico no puede explicar totalmente los hechos históricos, atribuyendo gran importancia para la esplicación de aquellos hechos á las tendencias psicológicas. A esta dirección, se inclinan otros socialistas alemanes, entre los cuales están Cunow et Ernst (1).

Y aquí viene, como de la mano, la pregunta que hace Haurion de si la ciencia social debe ser socialista ó individualista (2), cuya pregunta envuelve diversos problemas sociales, relacionados con las cuestiones que hemos tratado anteriormente. Sea cualquiera el concepto del socialismo, distinto de la cuestión social y el problema obrero con el que se le confunde rutinariamente, dá idea el autor Frances de lo que es el socialismo é individualismo al afirmar, que el primero, consiste en «hacer predominar el elemento objetivo de la materia social sobre el elemento subjetivo», y el segundo, al contrario, en «hacer predominar el elemento subjetivo sobre el elemento objetivo». De esta contraposición nace un problema, puesto que tales elementos no pueden marchar frente á frente, sino que alguno de ellos, tiene que marchar el primero.

---

(1) Hace notar en este trabajo interesantísimo Masaryk, que los socialistas de Mar encuentran contradiciones en la teoría económica del socialista Mar, véase la pág. 1 á la 6.

(2) La scienze sociale, pág. 35.- París 1896.

Consecuencia del socialismo es, el que la colectividad acapara todo lo que puede contribuir á su desenvolvimiento; los medios de producción económica empezando por el capital, suprimiendo por esto mismo la propiedad privada, los medios de producción de la especie, suprimiendo la familia, los medios de producción de la idea, suprimiendo todas las libertades del pensamiento.

El individualismo, por el contrario, tiende á dejar dirigir la producción económica y disponer del capital por la propiedad privada, á que la propagación de la especie sea mantenida por la existencia de la familia, la colectividad conserva una parte de actividad *mínima*, y la sociedad es considerada como una creación individual (1).

Tales son los dos grandes sistemas que luchan titánicamente por la victoria en la vida social; la ciencia jurídica, como ciencia, es al mismo tiempo individual y social, ni puede mirar tan solo al individuo ni puede hacer que preponderen las colectividades, pero en su aplicación práctica, el Derecho no castiga otra cosa ni casi puede castigar más que á los individuos, la responsabilidad, si ha de hacerse efectiva, ha de ser individual. Sin acudir al Derecho penal, en el Derecho civil y mercantil, las asociaciones en las que sus individuos faltan á la ley ó á los estatutos, tienden á establecer la responsabilidad individual de sus administradores y á estos es á quien se obliga, á que la sociedad á que pertenecen, cumplan su fin.

(1) Ibd., pág. 36.

Aunque sean necesarias en la vida de la humanidad las personas colectivas, las asociaciones, corporaciones y fundaciones, es lo cierto, que si son necesarias, es para completar la vida individual, para suplir las deficiencias del individuo, el Estado mismo, no ha hecho otra cosa, dígase lo que se quiera, que proteger la actividad individual, y por lo tanto, aunque no creemos con Haurion que «la acción individual es la verdadera acción social y que la acción colectiva no es más que una reacción», sí creemos que la ciencia social si bien debe ser individualista y socialista á la vez, tomando estas palabras en el sentido antes indicado, debemos decir que debe ser más individualista, que otra cosa.

La economía política que contribuyó no poco, á que reinase en el orden político y filosófico el *liberalismo abstracto,* quiere hoy cambiar de rumbo, encauzando sus tendencias al socialismo y haciendo que esta escuela económica, influya en todo el orden jurídico. Cierto es que el Socialismo, representa una reacción contra el individualismo exajerado de la Revolución Francesa, sin tener en cuenta para nada la tradición, destruyó toda la organización social, dando por resultado que el hombre se encontrara solo, aislado y por completo indiferente, á los fines sociales y colectivos.

He aquí porqué los Códigos civiles vigentes, inspirándose en aquellas doctrinas, desenvuelvan y regulen las aspiraciones y relaciones individuales, manteniendo con esto un desequilibrio funesto entre la sociedad y el individuo y entre los fines que ambos representan y sea un error proclamado indirectamente en todos, el poner al

individuo como centro de todos los derechos y en mirar todas las relaciones del orden público y privado como referentes de un modo exclusivo al individuo.

Prueba de ello son las elocuentes palabras de un ilustrado jurisconsulto (1) que demuestran palpablemente la necesidad de las personas colectivas y los daños que ha ocasionado en la legislación de los pueblos cultos, el predominio del elemento individualista. Partiendo de la base de que las personas colectivas han existido en todos los tiempos, dice, que vinieron á ser los órganos conque la Iglesia extendió entonces la bienhechora fecundidad del espíritu cristiano, sobre toda la vida social.

Constituidas de mil diversos modos, dotadas con pingües patrimonios, surgieron en toda Europa innumerables instituciones destinadas á la reprobación de los yermos, al culto, á la propagación de la fé, á la beneficencia, á la enseñanza, al fomento de la ganadería y la agricultura, á todas las artes y empresas humanas, hasta que la revolución francesa, como quien funde mil obras de arte á usos varios destinadas, primorosamente labradas en el curso de los siglos, para sacar del molde una estatua gigantesca disolvió y arrastró todas aquellas instituciones».

Obra del individualismo, fué la supresión de las colectividades, que en la vida social cumplian su fin, obra de la revolución, la desamortización ha sido una de las mas principales causas del pauperismo, obra del liberalismo abstracto, el que los Códigos civiles no regulen la

(1) D. Antonio Maura, Discurso inaugural del curso de 1897 á 98 en la Real Academia de Legislación y jurisprudencia.

propiedad colectiva, sea eclesiástica, sea civil, pero que al cabo llenaban fines sociales, que el individuo no puede cumplir. Exacto es que en favor de la propiedad colectiva se nota hoy una gran reacción, reacción que es el *mentís* más absoluto de las ideas perniciosas hasta aquí reinantes, pero es no menos cierto, que aun no se ha llegado á reconocer en los Códigos civiles la importancia de las personas sociales y lo necesarias que son en la marcha progresiva de la civilización presente.

Y aunque triste nos sea decirlo, no ha sido España una excepción en la marcha de las ideas que difundió el in-individualismo radical, ni nuestro Código civil ha sabido separarse de la corriente informadora de los demás Códigos civiles.

En efecto, aquí existía una propiedad colectiva, exhuberante y próspera, aquí las asociaciones y fundaciones llenaban los fines que les estaban encomendadas, con grandes medios de que disponer y aquí también, aquella propiedad fué suprimida con la desamortización que llenó, más que fines económicos, fines exclusivamente políticos; y aquí en fin, la desamortización hizo, como dice un ilustre Autor (1) «que los unos se improvisaran ricos y se empobrecieron otros, pues *privó* de medios de subsistencia á las clases pobres y de protección á los artistas y pequeños propietarios agricultores industriales.» ¿Pero qué más si los individualistas españoles poco menos que confiesan su error? Ahí está el preámbulo del Real Decreto, creando una comisión

(1) El Sr Prada en su libro *Introducción al estudio del Derecho civil*, pág. 186.

para estudiar las mejoras de las clases obreras de 5 de Diciembre de 1883 que dice: «La propiedad territorial se ha transformado profundamente en España durante los últimos cincuenta años por efecto del sistema llamado de desamortización, esa transformación alteró de un modo *radical*, las relaciones del obrero y del colono con los propietarios y el estado actual pide remedio que lo reclaman también las clases laboriosas, para ver de aliviar sus males, la propiedad, para vivir segura y la sociedad, para evitar conflictos del porvenir.

Y si esto decimos de la desamortización española ¿qué diremos del Código civil? ¿Dónde están los preceptos que regulan las relaciones entre propietarios y trabajadores? ¿Dónde está, aunque no sea más que un atisbo de eso que se ha dado en llamar Derecho industrial? ¿En qué sitio fuera de unos pocos artículos están la reglamentación cumplida de las personas colectivas? ¿Y en qué lugar se regula la propiedad colectiva?

Nos reservamos para otro lugar entrar en detalles y explicación de estas omisiones y nos basta por ahora con decir que nnestro Código, á pesar de ser de los más modernos, ha seguido la marcha del más puro y cas radical individualismo.

Y este movimiento en el órden económico, trasciende al jurídico y no es ni puede ser ajeno á él, el Derecho civil, en que hay instituciones á quienes atacan de un modo ó de otro los socialistas, como son la familia y la propiedad.

Censura por esto Menger al proyecto de Código civil alemán y entiendo que estas censuras pueden dirigirse

desde su punto de vista á todos los Códigos civiles que rigen en Europa, con excepción del Código civil prusiano, que consigna ya una parte del programa de los socialistas, si bien por lo que respecta al Derecho de propiedad, puede decirse que no hay porqué exceptuar ninguno. Refiriéndose al Derecho de las cosas tal cual le regula el Código civil de Alemania (1), dice que en él encuentra *una especie de debilitación interna y una disgregación del órden de la propiedad.* Surge esto, ante todo, continúa el profesor de Viena, de la tendencia predominante en el proyecto á sacar el régimen de la propiedad de sus bases económicas, y á tratarlo tan solo como una cuestión de poder (2). Este hecho de que el Código civil alemán no entre en las corrientes del socialismo dominante, es digno de meditación si se tiene en cuenta que como dice Desmolins en elocuentes palabras (3) «como las plantas, los fenómenos sociales tienen su ambiente geográfico: no se manifiestan, no se desarrollan indiferentemente en tal ó cual región: sufren también la influencia del medio.

El socialismo no ha escapado á esta ley, importa darse cuenta de ella desde luego, si queremos explicarnos su naturaleza y su evolución».

El socialismo es esencialmente un producto de origen y de fabricación alemana. En Alemania ha tenido

(1) Que no empieza á regir hasta el año 1900.

(2) *El Derecho civil y los pobres*, pág. 244 y 245.

(3) *En qué consiste la superioridad de los anglo sajones,* traducción de Santiago Alba, pág. 215 y siguientes.

su centro de vida, desde Alemania se ha extendido luego al resto del mundo». Y á pesar de este ambiente, aunque en Alemania se respira por todas partes socialismo y por ello se encuentran allí todas las manifestaciones del socialismo, el Código civil más moderno de Europa no es socialista y no se regula la propiedad á gusto y medida de los socialistas alemanes. ¿En qué puede consistir este fenómeno curioso y digno de meditarse? Indudablemente, porque los legisladores alemanes han visto en el régimen y organización y hasta en el fundamento de la propiedad, según los socialistas, algo peligroso para la vida normal del Estado y alguna falsedad en las ideas socialistas. Y en efecto, no puede admitirse en buenos principios que el trabajo es la única medida real, con ayuda de la que puede siempre estimarse y compararse el valor de todas las mercancias como dice Marx ó como el Congreso de Gotha. «El trabajo es la fuente de toda riqueza y de toda civilización», porque sin hacer nosotros disquisiciones económicas, nos basta con decir, que es notoriamente falso el afirmar como Marx, que el *valor en cambio* es del todo independiente del valor en uso y además es evidente, que el trabajo no es la única fuente de riqueza, ni el único elemento constitutivo del valor en cambio, puesto que en la naturaleza existen no pocas cosas, que por sí son útiles sin más que la apropiación.

Y si es falso el principio de la teoría de los valores de Marx ¿qué extrañó es que á los Códigos civiles no se hayan llevado las doctrinas del socialismo radical en lo que se refiere á la propiedad?

Dejando el estudio fundamental del Derecho de propiedad para cuando tratemos de él especialmente, diremos por ahora que el pretender suprimir el Derecho de propiedad equivale, como acertadamente dice Onclair (1), «á pedir la supresión de un Derecho personal basado sobre las relaciones naturales», ó, como afirma con profundidad de concepto, el escritor italiano Talamo (2), el problema del socialismo, se reduce á conciliar la igualdad con la libertad, y cuyo problema aún aparece insoluble, pues mientras unos sacrifican la libertad á la igualdad y quieren ver esta obtenida en el trabajo, en toda clase de recompensas, en la condición de la vida por medio de un altruismo exagerado, y de aquí que pidan para conseguirlo la supresión de propiedad individual y el Derecho hereditario, la disolución de la familia, otros, por salvar la libertad, han sacrificado la igualdad, y estos socialistas, que son los más, piden reformas, pero no tan radicales como los anteriores.

De todo lo que llevamos dicho á propósito del socialismo en sus relaciones con el Derecho civil, se puede deducir que en vez de sostener con Gianturco que la cuestión social está contenida en el Derecho civil, diremos que peligra la existencia del Derecho civil de admitir esos radicalismos de los socialistas más exagerados, que llegan hasta pedir la supresión de la propiedad privada y del Derecho hereditario. Conformes con que los Códigos

(1) «Revue catholique des institutions et du Droit». Abril 1896, pag. 341.

(2) «Rivista Internacionale di scienze sociali», con motivo de la obra de Barouchelli. Agosto de 1898, pág. 621.

civiles actuales constituyen un peligro para la marcha ordenada y pacífica de la vida social, se hace necesario que se mantenga el equilibrio entre las clases sociales, dando á cada una la intervención que la corresponde, proteger á los débiles, reglamentar cumplidamente el trabajo de las mujeres y de los niños, evitando explotaciones inícuas, regular el contrato de trabajo en sus diferentes manifestaciones, y quitar de los Códigos ese sabor marcado á individualismo atomista, sin caer en los extremos del socialismo.

CAPITULO VI.

Contenido y extensión del Derecho civil.—Teoría que restringe el concepto del Derecho civil.—Los criterios de utilidad social en esta rama del Derecho,—Otras Teorías acerca de su concepto.—El Derecho Público y el Derecho Privado. —Extensión del Derecho civil y reformas que desde este punto de vista deben introducirse.

No contentos los innovadores de la nueva escuela con exponer las bases de reforma de la futura legislación civil, inspirándose en criterios, positivistas y en las leyes de la evolución aplicándolas al orden jurídico de caracter privado, necesitan tambien de conformidad con sus propósitos científicos exponer su concepto del Derecho civil, separándose de las doctrinas tradicionales del Derecho Romano unas veces y siguiéndolas sistemáticamente otras. Esta cuestión se enlaza con los principios por los modernos civilistas sustentados y es obra de reconstrucción de los materiales dispersos en sus obras de Derecho civil.

Empezando por los modernos escritores que restringen el concepto del Derecho civil, comenzaremos diciendo, que la nueva dirección más importante sobre este punto, es la que sostiene que el Derecho privado, tiene por objeto solamente una utilidad económica. El principal

representante de esta tendencia es Fioretti (1) que dice, El Derecho civil es un conjunto de reglas obligatorias que rigen en las sociedades humanas, el goce y cambio de los valores. Todo cuanto es derecho civil debe tener una significación económica. Hay muchas cuestiones pecuniarias que no son cuestiones de Derecho civil, pero no hay cuestiones de Derecho civil que no sean ó puedan convertirse por sus consecuencias, en cuestiones pecuniarias. Todas las materias concernientes á las personas, las cuales son tratadas por el Código en el libro primero, no son en su mayor parte sino, cuestiones prejudiciales, puestas únicamente, con el fin de resolver cuestiones de dinero. Loria, siguiendo á Marx, dice, que el Derecho es un producto necesario de la economía capitalista y ya antes Pisanelli había expuesto que la idea fundamental del Código civil es la de la propiedad y todas sus disposiciones se mueven en torno de ella y Ihering (2) había expuesto, que los Derechos son *intereses juridicamente protegidos* ó el Derecho es la seguridad del goce y Menger, tambien desde el punto de vista exclusivamente económico, dirige acerbas censuras al Código alemán (3) y en el prólogo de la primera edicción en su obra el *Derecho civil y los pobres*, despues de confesar que la ciencia del Derecho civil en el presente siglo ha hecho grandísimos progresos en lo tocante á los Métodos tradicionales, se pregunta pero ¿cómo se encuentran los pueblos ante este Derecho privado tan ampliamente desenvuelto? ¿Cómo se

(1) Conferencia en el segundo congreso de Antropología criminal.

(2) *Expritdu* D. R. T. IV pág. 339.

(3) V. su obra citada.

encuentran especialmente las clases pobres que forman la gran mayoría?

Semejante criterio ni es el que más se acomoda á la índole del Derecho civil, ni se conforma con su naturaleza.

La Economía Política, aplicada en determinadas direcciones especialmente dentro de la órbita del socialismo, ha adquirido en los tiempos presentes una gran importancia, por ser los problemas económicos eminentemente sociales, ya que afectan á la clase más numerosa de la sociedad y reflejan la pavorosa cuestión de la lucha por la existencia. Pero esto no autoriza, para ver en la Economía la ciencia social por excelencia y admitir que su influencia, sea de tal manera poderosa y decisiva, que su acción comprenda materias propias de otras ciencias completamente distintas. Prescindiendo de las relaciones de la Economía y el Derecho en general (1) podemos decir, que no nos conformaremos con la opinión de los que ven en el Derecho civil solamente relaciones económicas. Con razón observa D'Aguanno (2). «Puede ser alguna vez el factor económico el preponderante y servir de base á toda la vida jurídica, pero esto no implica que el fenómeno jurídico derive en todos los casos de una relación económica, porque es obvio, que hay otras muchas relaciones morales, sociales, políticas, religiosas, familiares etc., todas más ó menos dependientes de la economía, las cuales crean relaciones de Derecho».

(1) Han pretendido determinar las relaciones de la Economía con el Derecho, aunque no con criterio tan radical como los autores citados, entre otros Valeriani, Romagnosi, Minghetti, Rossi Daukwandt y tantos más.

(2) *Reforma integral*, pág. 129.

Y es verdad lo que expone el autor italiano, la mayor parte de los movimientos en la opinión, la mayor parte de los progresos en el orden jurídico no han sido debidos á causas y fenómenos económicos, acaso éstos hayan sido hasta el presente los de menos importancia é influencia ¿cómo ha de compararse el elemento económico con el religioso y el político? Pero si reconocemos el contenido del Derecho civil actual y vamos examinando una por una sus instituciones, veremos que el factor económico en muchas de ellas, es secundario siendo el fin principal otro más superior y de mayor transcendencia jurídica (1).

Ni se puede desconocer tampoco, á no ser que se quieran cerrar los ojos á la evidencia, que muchas de las cuestiones de Derecho civil y la mayor parte de las relaciones en que tal Derecho gira, nada tienen que ver con las cuestiones económicas, á lo más éstas intervendrán, ó mejor se tendrán en cuenta secundariamente. La mayor parte de las instituciones que se estudian desde el Derecho Romano, son indiferentes á las utilidades económicas en muchos casos. Por esto no puede de ningún modo admitirse lo que dice el citado Fioretti, de que las materias concernientes á las personas en su mayor parte no son sino cuestiones *prejudiciales*, puestas únicamente con el fin de resolver cuestiones de dinero, pues estas

(1) Exagera tambien un economista tan discreto como ilustrado L Cossa cuando al fijar las relaciones del Derecho civil con la Economía dice: «El lazo que une el Derecho civil y la Economía, se aprecia de pronto cuando se observa que la mayor parte de las doctrinas que constituyen el primero tienen un objeto que es esencialmente económico.—Cap. III. de su obra Guía de la Economia política.

palabras demuestran que apesar de la obstinación y empeño que tiene Fioretti en defender su tesis, reconoce implícitamente, que el tratado de personas tiene una naturaleza jurídica, distinta que los demás tratados del Derecho civil. Prueba bien manifiesta de ello la tenemos en el Matrimonio, institución bien importante, acaso la que más, porque las demás relaciones jurídicas, en su mayor parte de la familia se derivan, y en el Matrimonio, no obstante, hay algo más que el aspecto económico, que la utilidad material y que el interés mercantil. En él, predomina el fin religioso, el fin moral, y estos dos fines son siempre superiores al fin económico. De otro modo, habría que deducir que todos los Matrimonios se hacen, por el interés, lo cual es un absurdo decirlo. Otro tanto podemos afirmar de otras instituciones, que se alejan de esos supuestos fines económicos, El padre que legitima á un hijo, el que le reconoce, no lo hace por un fin material y económico, lo hace por entender que cumple un deber, por acudir al llamamiento de la voz de la naturaleza, por así exigirlo la Religión y la Moral, pero no lo hace porque herede solamente, porque esto no está consignado en las legislaciones como precepto absoluto, y es por tanto variable, luego las instituciones dichas, más afectan al orden moral que al económico, por no ser esencialmente jurídicas y éstas como las morales, son siempre más respetables y superiores, á las que deben estar subordinadas las relaciones económicas.

Basta con lo dicho para comprender, que no debe restringirse el Derecho civil, que en él no debe regir tan sólo el goce y cambio de los valores, pues los ejemplos

propuestos, aparte de otros muchos, indican cuán absurdo es contener el Derecho civil dentro de la Economía, y qué perjudicial para los intereses sociales, el concebir el Derecho civil como la codificación de la Economía. Resulta pues, este concepto, restrictivo por así decirlo, demasiado estrecho, si se tiene en cuenta la misión y la órbita en que debe moverse tan importante rama jurídica.

Otros creen que es peligroso introducir en el Derecho civil, criterios de utilidad social entre ellos De Logu (1) el cual dice teme tenga lugar una confusión la cual habría de ser fuente de errores científicos y de gravísimos perjuicios prácticos. Y esta confusión nacería si en el campo del Derecho civil se hicieran entrar objetos de utilidad social, si el derecho de los particulares se uniese en extraño connubio con el de la sociedad, si en fin, se recogieren en una informe colección de leyes, preceptos de interés privado y público, creando el llamado Código privado social». Es indudable, que la confusión de ambos órdenes del Derecho sería inevitable y llegaría á producir hondas y perniciosas cual funestas perturbaciones, pero ni por estas palabras de Logu puede decirse que se oponga á que en el Derecho civil vengan criterios de utilidad social, en el sentido de que se amplie la esfera del Derecho civil actual abandonando el criterio atomístico é individualista del Derecho civil reinante, ni mucho menos, ni esto, equivale como dice el autor de la *Reforma integral de la Legislación*, á negar la relación entre la Sociología y el Derecho, porque una cosa

(1) Citado por Aguanno Reforma integral pág. 89.

es decir que se opone á que en una colección, se reunan preceptos de interes público y privado y otro negar aquellas relaciones, porque tales relaciones no pueden negarse. Lo que hay es que De Logu, á juzgar por sus palabras no es partidario como otros escritores de que la Sociología sea la base del Derecho civil, en lo cual creo está en lo cierto, según hemos expuesto en otro lugar y para mayor abundamiento, ahi esta el testimonio autorizado de Melucci, que dice que es muy atrevido presentar la controversia, con una fórmula de problema sociológico y que ni el sentido científico del Derecho privado, ni las necesidades reales de la justicia civil, reclaman por ahora, un cambio radical de dirección y de fisonomía. Ademas, añade Cogliolo otras mil objecciones se podrían presentar enfrente de la idea incierta é inexacta de construir la ciencia del Derecho civil con los principios y leyes de la teoría de la evolución (1).

Por lo demás para responder á esta observación de Logu, basta con decir, que no se pueden diferenciar en absoluto ambos órdenes, el público y el privado, porque apenas si hay relaciones jurídicas, en donde ambos órdenes no estén interesados en más ó en menos, razón por la que hay que distinguirles con perfección, para que de este modo se determine bien el campo de acción en las diversas ramas del Derecho, y se fije además con precisión, la naturaleza jurídica de las instituciones.

Otros, como Antonio Menger, presentan el Derecho civil desde un punto de vista particular, y que sin caer

(1) Véase Cogliolo, pág. 150 ob. citada.

en la lamentable confusión de los socialistas radicales al creer que es conveniente y justa la socialización de la propiedad y medios de producción, con la cual el Derecho público absorbía el Derecho privado, careciendo por ello éste, de propia y verdadera sustantividad, afirma sin embargo, que el Derecho civil actual es un derecho privilegiado de una clase determinada, y que debe hacerse en él una amplia y radical reforma, no tanto en el sistema jurídico como en su contenido. Por esto dice: «Lo que yo sostengo contra esas opiniones, es lo siguiente: los modernos sistemas del Derecho privado resultan ser la obra, no ya de toda una nación, sino de las clases privilegiadas, las cuales, los impusieron á las clases desheredadas mediante una lucha de siglos» (1), y en donde expone su principal pensamiento en lo que se refiere al Derecho civil, es cuando declara: «Pero la creación de un Derecho privado que distribuya más equitativamente entre los miembros de la sociedad civil los gozes, ó que contenga análogos elementos populares á los de nuestro actual Derecho político, es una tarea cuya realización compete al porvenir» (2). Indudable es que, el Derecho civil se mantiene poco menos que estacionario, pero para llegar hasta el punto culminante de la reforma pretendida por Menger, habría que pasar nada menos que por una revolución social. Así lo comprende tan ilustrado civilista, cuando echa la culpa á la escuela histórica de no haber progresado el Derecho, sin tener

(1) Obr. cit., pag. 89.
(2) Pag. 83.

en cuenta, que en la política, todo legislador debe tomar muy en cuenta el elemento tradicional é histórico, porque como dice Simons, «á cada estadio del estado social, corresponde un estado de Derecho, que constituye en un momento dado, esto, que la humanidad puede realizar en Justicia» (1), ó como elocuentemente dice el señor Durán y Bas (2): «Las leyes civiles, al igual que las políticas, han de ser la traducción del espíritu de justicia, del espíritu de nacionalidad y del espíritu de la época; y su mayor perfección ha de consistir en el bien establecido concierto entre la ley natural, el caracter del pueblo y las necesidades y condiciones de los tiempos», pues añadimos nosotros, si de ese elemento se prescinde, las leyes no serán convenientes y fácilmente cumplidas, por oponerse á ello el espíritu y conciencia nacionales.

Es injusto, por lo tanto Menger, con la escuela histórica y del Derecho natural, al creer que ellas han contribuido al retroceso de nuestra legislación civil, pues es necesario considerar que, dada la índole y naturaleza de esta rama del Derecho, no puede avanzar tanto como el Derecho político, y esto ha sido debido también, á que el Derecho civil llegó, en tiempo de los romanos, á una altura mucho mayor que las demás ramas del Derecho, y por eso no podía hacerse tan visible el adelanto en la legislación civil, ni podía ser tan brusco y rápido, sino lento y de contínua aunque tarda elaboración, pero por lo demás, basta con citar las palabras de

(1) .Synthesis Sociológique, pág. 153.—Liege, 1899.
(2) Dictamen al tema primero del Congreso jurídico español.

D'Aguanno para comprender que, el Derecho civil, ha sufrido en el transcurso de los tiempos, una gran transformación (1). «Roma, dice, tuvo el arte de hacer universal su imperio, y su derecho privado se acomodó á aquella universalidad y continuó teniendo intelectualmente unidos á los pueblos aún mucho tiempo después que el vínculo material entre estos se había roto. El individuo aspiró cada vez más á la libertad y á la igualdad; se realizaron tremendas revoluciones para afirmarlas; en el Derecho privado, fueron poco á poco desapareciendo todos los privilegios agnaticios y nobiliarios, se abolió la antigua tutela perpétua de las mujeres, se desvinculó la propiedad, librándola de toda traba á su comercialidad, y se igualaron los derechos de las personas que, teniendo derecho á suceder, se hallaban en igual grado de parentesco con el difunto.» Después de ésto, que son hechos de notoria evidencia ¿se podrá decir que el Derecho civil se mantiene estacionario? ¿Y consagrada la igualdad en la capacidad civil de todas las personas, se podrá sostener el criterio exagerado de Menger respecto á que el Derecho civil actual es privilegiado y de clase? De ninguna manera; todos, lo mismo pobres que ricos gozan de igual aptitud y no tienen restricciones en su capacidad, el Derecho civil en este punto es completo y la opinión del Profesor de Viena, es apasionada y parcial.

Es evidente que, en el Derecho civil, hay lo que llama D'Aguanno, criterios de utilidad social y que desde

(1) Reforma int., pág. 99.

este aspecto, el Derecho civil tal cual le definió Ulpiano (1), no responde á las necesidades actuales, y como perfectamente dice Gabba (2), por la definición del jurisconsulto romano, no podremos darnos idea del contenido, de la sustancia del Derecho civil. Luego si hay que ampliar el contenido de esta rama del Derecho, se hace preciso, si el Derecho civil ha de llamarse propiamente Derecho privado, que espongamos, según el criterio de los autores modernos, la diferencia entre Derecho público y Derecho privado.

Quien suponga que ambos órdenes público y privado en el Derecho, son opuestos, defiende un crarísimo error porque en vez de estar opuestos deben estar en armonía, de aquí que la oposición entre ambas esferas que los romanos dieron á entrever, no puede admitirse con los principios legislativos, en la actualidad dominantes.

Algunos creen, dice D'Aguanno, que la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado consiste, en que en el primero, el sujeto del Derecho es el Estado ó la Administración pública en alguna de sus ramas ó el ciudadano, y en el segundo, el individuo (3), pero es indudable que esta diferencia no puede admitirse, porque como dice Gabba (4): «Qué cosa sea Derecho privado y en qué se diferencia del público se debe atender para ello, más al carácter esencial del primero, que á la índole de las personas que en la relación intervienen, porque es

(1) L. 6. D. de *justi et jure.*
(2) Quistione di Diritto civile. —Torino, 1897, pág. 1 y siguientes.
(3) Kirchmann: Grund begriffe, VI. D.
(4) Quistione, etc., pág. 2.

claro, que como advierte el autor de la *Reforma Integral de la Legislación civil*, tanto el Estado como la Administración pueden ser sujetos de Derecho privado, y por otra parte, el individuo puede ser sujeto de Derecho público (1).

Otros como los Sres. Giner y Calderón afirman que el elemento público y privado no son en suma sino aspectos reales y opuestos de todo Derecho. «Así es Derecho privado el Derecho todo en cuanto es propio de la personalidad substantiva é independiente de cada ser y referido á los fines de su vida y es público, en cuanto atiende por el contrario á la subordinación y dependencia orgánica en que se encuentran colocadas todas esas personas entre sí, con respecto al todo común del que son partes» (2).

Y en una obra reciente el primero de los señores citados y apropósito de una idea de Schäffle de hacer en parte al menos el Derecho civil Derecho público dice (3): «Todavía en el espíritu de Schäffle subsiste implícita, aun por su mismo hecho, la distinción, no entre lo privado y lo público (cosa que parece racional é indeleble) sino entre instituciones jurídicas de una y de otra clase, lo cual es muy distinto. Sería sin duda más conforme á esa naturaleza de las cosas, tal como podemos hoy reconocerla, fundir resueltamente y de una vez ambos términos de esa supuesta dualidad».

---

(1) Ob. citada, pág. 151.
(2) Resúmen de Filosofía del Derecho pág. 240.
(3) Teoría de la persona social, pág. 398-99.

Es decir que para Giner, no puede hablarse de instituciones privadas y de Derecho público, es necesario llegar á la fusión de tales instituciones, lo cual es un error, pues como afirma mi querido amigo y compañero el Sr. Royo (1). Decir que el Derecho público es al mismo tiempo Derecho privado porque se refiere á un sujeto (el Estado) y que el privado es público en cuanto afecta á la subordinación y jerarquía de las personas, es un error que conduciría acaso á confundir el Derecho privado con el Derecho *inmanente* y el público con el *transitivo* cuando la verdad, es que tanto el uno como el otro se dan transitivamente entre personas jurídicas, individuales y sociales (2).

Otros, dice D'Aguanno, ven el carácter diferencial entre el Derecho público y el privado, en que el Derecho privado es un *jus voluntarium*, mientras que el público es un *jus necesarium*, en lo cual está atinado el autor de *La Reforma Integral de la legislación civil* cuando manifiesta, que esta distinción es errónea puesto que existen muchos derechos privados, que revisten el carácter de necesidad como las obligaciones procedentes de los delitos y cuasi delitos.» Y es verdad, que las obligaciones

(1) Véase su artículo *La propiedad y el Derecho Administrativo* inserto en *La Revista Jurídica*, de Valladolid, pag. 32 y siguientes.

(2) Muy parecido al concepto de los Sres. Giner y Calderón es el que expone Trendelenburg (Naturaech 15 51 cuando dice que la conexión del Derecho público y del Derecho privado, es más íntimo que la indicada en el aforismo de Bacon. Toda institución en Derecho privado tiene su lado social y de Derecho Público, También es parecido el concepto de Areus (curso de Derecho natural, pag. 224 y siguientes) y admite un Derecho público en sentido estricto y un Derecho Público en sentido lato.

qué nacen de estos hechos no son de carácter voluntario y por tanto, si hay relaciones necesarias que indudablemente pertenecen al Derecho privado, no puede admitirse aquella distinción, así como también incurre en un error D'Aguanno cuando dice: «Y también existen derechos públicos que no revisten el carácter de necesidad como el sufragio electoral, porque este hay que considerarle según los modernos dictados de la ciencia constitucional, como una función y por tanto de cumplimiento necesario constituyendo un deber para los ciudadanos.

Tampoco me conformo con la opinión de Cogliolo (1) que expone su pensamiento en los siguientes términos: «El interés público y el privado son, pues, correlativos; pero el ser una ley pública ó privada, no depende de mirar á uno ó á otro interés, sino de mirar al uno *antes* que al otro. Toda ley útil al Estado, es por consecuencia útil á las personas; toda ley útil para las personas, es por consecuencia, ùtil para el Estado; ahora bien, aquella ley crea *jus publicum*, que tuvo por fin directo la utilidad privada y por consecuencia la pública. Decimos qué no estamos conformes con el parecer de tan ilustrado jurisconsulto, porque su diferencia no es del todo suficiente para distinguir con claridad una institución que pertenezca al Derecho público, de otra institución de carácter privado, pues toda su argumentación se reduce á decir, que para diferenciar una ley pública de una privada, hay que observar á que interés mira *antes* y como

(1) Cogliolo *Filosofía del diritto civile*, pag. 113.

consecuencia cabe preguntar ¿y cuándo mira antes al Derecho público que al Derecho privado? ¿Cuándo se determinará con exactitud el fin directo para averiguar si directamente se refiere á la utilidad privada ó á la utilidad pública? Pretendiendo dar una diferencia, nos queda con la misma incertidumbre en vez de resolver la duda, aplaza la cuestión y en último término no hace otra cosa, que tomar como base la diferencia de los Romanos del mismo modo que lo hace D'Aguanno, que encuentra el criterio distintivo, como él afirma, en el fondo de la definición de Ulpiano.

Por lo original de la teoría y por la importancia de Gabba hemos de exponer la opinión de tan erudito jurisconsulto (1).

El carácter único y verdaderamente esencial de los Derechos privados que les distingue de los públicos está en la índole del objeto de la prestación, esto es, en que esta recaiga sobre una utilidad verdadera y propiamente humana, «es decir que esta utilidad ha de ser común á todos los hombres é independientemente del organismo social». Estas palabras de Gabba que envuelven una distinción sutil entre ambas esferas, origina confusiones, porque si es una utilidad propiamente humana á la que se refiere el Derecho privado, se tiene que referir por lo mismo á todos los hombres sin distinción de que sean ciudadanos ó extranjeros y entonces el Derecho privado

(1) El que quiera ver en toda su extensión la teoría de este jurisconsulto puede ver el capítulo titulado *Intorno al concetto é all orbita del diritto civile*, en su obra *Quistioni di Diritto civile.*

vendría á ser un Derecho natural por un lado ó un Derecho de gentes común y general, aplicable á todos los hombres. Y esta afirmación hecha de un modo absoluto, envuelve un gran error y aunque D'Aguanno se advierta de la objección, sin embargo, son de tal amplitud y generalidad las palabras de Gabba, que pueden dar lugar á confusiones lamentables.

En medio de tanta opinión respecto á la distinción de los órdenes privado y público, difícil es ya dar una idea original que no haya sido expuesta y que marque con precisión la diferencia, De todas las teorías hay una, que no digo yo que no se la puedan poner reparos, pero tiene la inmensa ventaja, de que es clara, precisa, determinada y concreta, por cuya razón es más aceptable que ninguna otra. Esta opinión es la del ilustre profesor de Madrid, Sr. Azcárate, que la expone en estos términos. «El Derecho es medio para la realización del fin racional y la diferencia entre el Derecho público y el Derecho privado consiste, en que este es medio para realizar ordenadamente en la sociedad los distintos fines de la vida, mientras que el Derecho público es medio para realizar precisamente el fin jurídico» (1), esto es, que el Derecho

(1) Esta opinión la tomo de una fuente que no es muy auténtica, de los apuntes taquigráficos tomados de las explicaciones de su cátedra de Legislación comparada, y por tanto, perdóneme el señor Azcárate, si al referirme á dichos apuntes, no expongo fielmente su pensamiento, pues no fuí su discípulo en el curso á que los apuntes se refieren y no he podido comprobar por mi mismo, la exactitud de su teoría. Creo, sin embargo, que su pensamiento en lo esencial se halla comprendido, por lo que se refiere á la cuestión debatida en el texto, en las palabras arriba citadas.

privado es siempre condición para algo que trasciende de la esfera del Derecho, mientras que el Derecho público es siempre condición para otro Derecho, que es el sustantivo.

Para el docto catedrático; Derecho privado y Derecho público coinciden, con el derecho sustantivo y adjetivo respectivamente, siendo el segundo, un derecho para el Derecho. El Derecho privado se refiere y regula instituciones que no son exclusivamente jurídicas, la familia y la propiedad son objeto de estudio tambien por parte la Sociología y la Economía, las instituciones que regula el Derecho público ó adjetivo son siempre jurídicas, pues su misión es garantir y hacer efectivas, las relaciones jurídicas propias del Derecho privado (1).

Con esta diferencia se distinguen perfectamente ambas órdenes, sin que se marque con ella oposición entre los dos términos público y privado, pero sin confundirles y fusionarles, porque al fin son distintos.

Con esta distinción que aceptamos por las razones expuestas anteriormente diremos, que el Derecho civil es un Derecho privado y que debe sustituirse con este nombre aquél, por lo mismo que es más adecuado á su naturaleza y por explicar mejor el contenido y extensión del mismo. Por esto dice elegantemente Cimbali (2) la profunda revolución realizada gracias á la prodigiosa utilidad del vapor, de la electricidad y de la máquina en

(1) Entiendo que puede servir de antecedente á esta teoría el aforismo de Bacon de que el Derecho público es la tutela y garantía del Derecho privado, V. J. Guelfi ob. citada pág. 58 y 59.

(2) Ob. citada pág. 20.

todas sus formas de manifestación en el mundo económico, es causa y medida á un mismo tiempo, de una igual revolución en el campo jurídico. Así es en efecto; la legislación civil ha permanecido poco menos que estacionaria y bien merece cambiar y transformarse, puesto que, como dice Gabba, á los nuevos tiempos deben corresponder nuevas ideas y por consiguiente este cambio en la legislación, ha de ser como observa D'Aguanno (1) en un arranque de espontaneidad que se conforma bien poco con sus radicalismos manisfestados en otros pasajes de su obra, de tal naturaleza, que no debe implicar una verdadera revolución en el campo de nuestra legislación, de suerte que haya de destruir por completo el organismo existente. La destrucción de lo que existe sin tener una idea bien definida de cual ha de ser aquello con que debamos sustituirlo, no la creemos justificada.

Indudable me parece que al hacer del Derecho civil un Derecho privado se necesita que esta rama ensanche su esfera de acción y vengan á formar su contenido, disposiciones que tratan de dar vida y desenvolver las personas sociales que en la vida moderna han adquirido una gran importancia, preceptos que regulen los bienes muebles que forman hoy en las Naciones un patrimonio tan respetable como la propiedad inmueble, única que en otro tiempo tenía valor, y que determinen mejor el estado de Derecho que lo hacen los Códigos actuales, los servicios productivos de los hombres, en una palabra los

(1) Reforma integral pág. 180.

bienes inmateriales é internos que se encuentran incorporados como dice Cimbali en las fuerzas, en las aptitudes, en los conocimientos de la misma persona humana.

Es necesario llevar á los Códigos, leyes que regulen los contratos entre propietarios y trabajadores y que se incorpore á ellos lo que se llama la legislación obrera ó Derecho industrial, determinando además la responsabilidad de los patronos por los accidentes del trabajo en determinados casos, y por fin llevar tambien al campo de la codificación civil una legislación verdaderamente agrícola, reformando los sistemas hipotecarios en este sentido y organizando la propiedad sobre sólidas bases (1).

Y si por último la reforma ha de ser completa, ha de formar parte del Derecho privado, el Derecho mercantil actual, pues no se explica su existencia científicamente hablando; resultando un Derecho privilegiado, puesto que es hecho para una clase social, y que al fin y al cabo las relaciones y diferencias las expone acertadamente Gabba cuando dice: el Derecho privado mercantil se contrapone al civil ó privado general, como la especie al género, como la parte al todo.

Sobre esta cuestión importantísima puede decirse, que los civilistas modernos opinan, y esta es la corriente general, por la conveniencia de la fusión del Derecho mercantil con el civil, y á la verdad, que aunque los defensores de la sustantividad de la legislación mercantil se

(1) Estas cuestiones las trataremos con más extensión en los capítulos referentes al Derecho de obligaciones.

esfuerzan, proponiendo argumentos en su favor, no son decisivas sus razones y no exponen un razonamiento verdaderamente jurídico. Pocas palabras bastan para justificar lo que decimos. La celeridad de las operaciones mercantiles, que exigen como consecuencia una legislación especial, el fin de las operaciones mercantiles, que es siempre el lucro y la naturaleza de ciertas instituciones que son propiamente mercantiles, son los argumentos más usuales en defensa de la sustantividad de esta rama del Derecho que, como puede observarse, no son razones decisivas para que exista tal separación, porque sin inconveniente alguno puede decirse como hace notar Cimbali que, «muchas de las instituciones con que se ha enriquecido el Código de comercio, tienen su lugar en el Código civil. Nada de mercantil presentan por ejemplo las sociedades cooperativas, como las sociedades de seguros, el contrato de transportes y tantas más que son reguladas por las leyes mercantiles, que pudieren serlo perfectamente por la legislación civil (1). Y como atinadamente afirma D'Aguanno (2): «Ni puede justificarse la diferencia como se trata á unos y á otros ciudadanos, diciendo que las relaciones jurídicas reguladas por el Código de comercio, tienen por su propia naturaleza un caracter particularmente expeditivo, porque todas las relaciones contractuales de la vida privada, han adquirido una nueva forma, gracias á la mayor reciprocidad de los intereses y á las nuevas invenciones y descubrimientos.

(1) Obr. cit., pág. 282.
(2) Reforma, pág. 159.

Los mismos partidarios de la separación, dan implícitamente la razón á los que somos partidarios de la fusión, ya que no dudan en afirmar que, el Derecho civil, es un Derecho supletorio del mercantil, con lo cual, suponen entre ambas una relación tan íntima, que no pueden desconocer, que los dos tienen idéntica naturaleza jurídica; prueba práctica de ello es, el Código único de las obligaciones de Suiza, que tan buenos resultados ha producido.

Es innegable también, que el Código de comercio representa, como dice D'Aguanno, una legislación no especial sino privilegiada, por lo cual, existe una divergencia que debe evitarse entre ambas legislaciones, como sucede por ejemplo en las obligaciones *in solidum* que se presumen en algunos Códigos de comercio, la validéz de la venta de cosa ajena, la naturaleza del Mandato mercantil que se supone que es retribuido, y que son otros tantos privilegios de que gozan los comerciantes, que se borrarían con la fusión de ambas legislaciones.

Si, pues, no hay una razón jurídica que oponer en defensa de la separación de estas legislaciones, puesto que como dijimos antes con Gabba, su relación es la de parte al todo y de la especie al género, si existen con esa separación privilegios en favor de una clase, si los actos y operaciones reguladas por el Código de comercio, pueden serlo también sin detrimento de su naturaleza por la ley civil, si aquellos actos, no siempre son realizados por comerciantes, sino que en ellos intervienen personas que no lo son, si el lucro no sólo es exclusivo del acto mercantil y si no existen en el sentido estrictamente jurídico de la palabra instituciones mercantiles,

concluiremos diciendo, ya que no podemos dada la índole de esta obra, ampliar las razones apuntadas, que es necesario que el Derecho mercantíl, se una al Derecho civil para formar la gran rama del Derecho privado.

De este modo, llevando al Derecho civil las materias que le son propias, ampliando su contenido y concibiéndole como el Derecho privado por excelencia, satisfará las necesidades que hoy no puede satisfacer y será un Derecho adecuado á las exigencias de la vida actual, sin alterar profundamente, sino en la medida y forma que sea conveniente, la tradición histórico-legislativa, huyendo de las exageraciones que en algunas instituciones sostienen los civilistas modernos, pero suprimiendo lo inútil y antiguado de las legislaciones y aceptando lo bueno de las reformas por aquellos pedidas.

Tal es el concepto y extensión que debe darse al Derecho civil, si ha de ser un Derecho que llene cumplidamente su fin y satisfaga completamente las aspiraciones de los hombres de ciencia, que á su estudio se consagran.

EL DERECHO DE FAMILIA

CAPÍTULO VII

Razón del Plan.—El Matrimonio actual, sus males y sus remedios.—El Divorcio.—Opiniones de los autores modernos acerca de esta cuestión.—Variedad de las legislaciones civiles.

Expuestas las modernas direcciones del Derecho civil desde un punto de vista general y filosófico, se hace necesario, que ocupemos nuestra atención en investigar las consecuencias prácticas, que se derivan de sus conceptos primarios, juzgando con imparcialidad las aplicaciones prácticas del estudio científico de la Familia, propiedad, sucesiones y obligaciones.

Prescindimos de estudiar el fundamento y origen de estas cuatro instituciones, por así decirlo, primordiales del Derecho civil, para concretar nuestro trabajo, á exponer las reformas que los civilistas más significados dentro de la nueva escuela, pretenden introducir en los Códigos civiles de los paises civilizados (1)

(1) El estudio filosófico de la Familia, propiedad, sucesiones y obligaciones corresponde más bien al Derecho Natural, y podría ser objeto de otro volúmen, por ahora limitamos nuestro propósito, á conseguir el fin á que nos referimos en el texto.

Aunque no estamos conformes con el plan desenvuelto por Cimbali, D'Aguanno y Menger en sus respectivas obras de Derecho civil, para la exposición de las instituciones civiles, pues no siguen el plan indicado por Sabigñi, hoy admitido como mejor y más util para la comprensión de las instituciones que caen dentro de aquel Derecho, seguiremos el orden de exposición de los autores citados, para hacer más comprensible el trabajo á los lectores, y para que no se nos tache de que alteramos lo dicho, por los mencionados civilistas.

Matrimonio.

Conquista preciosa de la civilización moderna, dice Cimbali (1) y reivindicación solemne del poder temporal contra el poder invasor de la Iglesia se ofrece la institución del Matrimonio civil, ¡nada menos que conquista preciosa de la civilización moderna! ¡Cómo si hasta los tiempos modernos no hubiera existido la familia cristiana, el Matrimonio canónico cumpliendo sus fines! El Matrimonio religioso, canónico, llena cumplidamente sus fines, ni aún los contrarios á la Iglesia ven mal reglamentada esa institución tan importante, y la Iglesia por su parte, jamás ha querido para sí lo que no la corresponde, ni ha pretendido tener la exclusiva respecto al Matrimonio. Desconoce Cimbali la Historia de la Iglesia, pues si hubo su tiempo en que puede decirse que no había más Matrimonio que el de la Iglesia, no es por

(1) La nueva fase, etc., pág. 58.

que la Iglesia predominase sobre el Estado, como erróneamente sostiene el autor italiano, sino porque el Estado de muchos paises, por sus circunstancias y condiciones, tenía abandonada la legislación, y la Iglesia hubo de suplir aquella falta del cumplimiento del deber, de la sociedad temporal. Hoy mismo, la Iglesia considera con facultades al Estado, para regular los efectos civiles del Matrimonio suyo, canónico, lo cual prueba que la Iglesia no es absorbente; y tolera el Matrimonio civil, para aquéllos que no están en su comunión desde que, como dice Lioy, la constitución francesa de 1791 separó la Ley civil de la canónica, haciendo puramente potestativa la bendición eclesiástica, principio revolucionario por demás injusto, puesto que se limitaba la libertad de los contrayentes en cuanto se les exigía á contraer Matrimonio civil, para que el Matrimonio eclesiástico tuviera efectos temporales y civiles, y esto, porque no ven en el Matrimonio el aspecto religioso y el civil, que es necesario no identificar.

El matrimonio civil, si bien no es cierto, como dice Cimbali, que haya entrado en la conciencia universal, si ha sido admitido en muchas legislaciones, por desgracia, por lo mismo que la secularización del matrimonio supone, que se le quita á dicha institución la magnífica vestidura de Sacramento, que le hace más solemne, más respetable y más eficaz (1).

(1) Según el Sr. Sánchez Román (Estudios de Derecho civil t. V pág. 414) pueden diferenciarse hasta siete *sistemas Matrimoniales*: 1.° El *exclusivamente religioso*, es aquel sistema matrimonial por virtud del cual la Ley del Estado Nacional atribuye caracter y efectos civiles tan solo al matrimonio religioso (España antes de 1868).

De suerte que para Cimbali el matrimonio civil debe considerarse como institución necesaria, continuando comprendido en las legislaciones civiles de los pueblos cultos.

También Menger (1) coincide en este punto con Cimbali, si bien creo que se equivóca el Profesor de Viena al decir: «Esta imparcialidad de la legislación ante el matrimonio, ha hecho que semejante institución jurídica haya sido relativamente poco combatida por el socialismo» porque como afirma Malón (2), los socialistas de los partidos obreros, son todos partidarios de la emancipación de la mujer y de la crianza y educación de los hijos por el municipio y el Estado, en lo que difieren es, en sí las uniones del porvenir, serán ó nó sancionadas por la Ley; y Roberto Owen, estigmatizó la *Trinidad de la desgracia* como él llamaba á la propiedad privada, religión y matrimonio y como hace observar Viani, todos

---

Servia y el celebrado según los preceptos de la Iglesia Greco-ortodoxa: 2.º *Exclusivamente civil* (Holanda, Italia, Alemania y Suiza) sistema completamente opuesto al anterior. 3.º *Mixto* en cuanto está integrada la celebración del matrimonio conjuntamente por la Ley religiosa y por la civil; (Rumania, Austria Dinamarca) 4.º Existe otro sistema que cabe calificar *de libre elección* porque deja á la voluntad de los contrayentes la celebración del matrimonio canónico ó civil (Inglaterra). 5.º Intermedio, (España y Portugal). 6.º Es otro sistema, el de *fondo igualmente religioso* pero más vario y amplio, en cuanto que declara civilmente eficaz el matrimonio celebrado ante el ministro de cualquiera religión qne tenga ritos establecidos para celebrarlo y solo para los disidentes establece el matrimonio civil (Rusia Suecia). 7.º Sistema de libre contratación (Estados Unidos).

(1) Obra citada pág. 145.

(2) Malón.—Le socialisme integral I pág. 348-50.

los socialistas están de acuerdo en rechazar la intervención de los códigos en los matrimonios. D' Aguanno (1) expone los males del matrimonio actual y dice á este propósito «es necesario que nazca de la libre elección de los cónyuges, los cuales deben encontrar el uno en el otro las cualidades físicas y psíquicas que necesitan para su complemento recíproco; es necesario que nazca de un impulso de pasión»..... Ahora bien «en las clases acomodadas el matrimonio lejos de ser determinado por la simpatía recíproca y por la *afinidad electiva,* se reduce á un simple contrato mercantil, en que se tiene en cuenta ante todo la fortuna económica de la esposa y el importe de su dote y en las clases no acomodadas, los matrimonios se realizan por parte de los hombres, precozmente, por la carencia de medios para poder satisfacer sus necesidades sexuales fuera del matrimonio... y por parte de las mujeres, para librarse pronto del peligro de la seducción y de la vigilancia de los padres, y encontrar pronto colocación».

Coincide en parte con esta manera de discurrir, un caracterizado socialista (2) al afirmar «Por tanto el matrimonio no se concertará con toda libertad sino cuando, suprimiéndose la producción capitalista y las condiciones de propiedad creadas por ella, se aparten las consideraciones económicas accesorias, que aún ejercen tan poderosa influencia sobre la eleccion de los esposos.»

---

(1) Génesis y evolución etc., pág. 323 y siguientes.

(2) Engels, *Origen de la Familia de la propiedad privada y del Estado,* edición castellana por *La España Moderna,* pág. 145.

Exajera principalmente el autor italiano, en dar como nota general y comun de los matrimonios actuales, el *mercantilismo,* pues ni esto es cierto, en la mayor parte de los de las clases acomodadas, ni mucho menos, los matrimonios por el interés, son excepcionales, lo que hay es, que se busca la igualdad económica á ser posible para que resulte la unidad en la unión y porque además acontece, que se busca la educación semejante entre los contrayentes y esta se produce por tener ambos los mismos ó parecidos medios para obtenerla, por lo demás ¿quién puede asegurar que un matrimonio se ha verificado por interés exclusivamente? El amor y los bienes no son incompatibles y y por tanto es exajerada la oponión de D'Aguanno en cuanto á los matrimonios de las clases acomodadas; y en cuanto á los de las clases pobres, sus observaciones deben despreciarse, no parece sino que los pobres no tienen más objeto al contraer matrimonio, que el satisfacer sus necesidades sexuales, concepto repugnante y digno del más absoluto desprecio. Para evitar esos inconvenientes, que nacen de los matrimonios contraidos por el interés, se hace preciso reformar, no tan sólo la legislación civil, porque esto sería insuficiente, el mal es más hondo, está en la sociedad misma, en el siglo enteramente positivista en que vivimos, siglo de exigencias, de comodidades, de placeres, que es necesario satisfacer y de aquí, que mientras las costumbres no varíen, mientras no se moralice á los pueblos, mientras no se haga entender que la verdadera Religión condena esas *uniones civiles* que no pueden compararse con el Matrimonio religioso,

será muy expuesto á que muchos tomen el Matrimonio por especulación, en vez de mirarle á través de sus santos fines (1).

El Divorcio.

Cuestión muy debatida entre los escritores de Derecho civil y de Filosofía del Derecho, es la del divorcio y aunque antigua, no por eso los modernos civilistas dejan de tratarla, solucionándola cada cual, según su punto de vista.

Se enlaza esta cuestión íntimamente, con la naturaleza del Matrimonio, porque según se asigne una naturaleza y condición esencial al consorcio matrimonial, asi se podrá sostener si el vínculo del Matrimonio es ó no indisoluble. Afortunadamente para los Católicos, el verdadero matrimonio, el canónico, es indisoluble y por tanto por ese lado, nada puede discutirse.

Pero desde el punto de vista del Derecho Natural, la cuestión se discute por los juristas y conviene saber como piensan los modernos escritores. Para unos, el Matrimonio es un verdadero contrato, para otros con

(1) Consideramos de escasa eficacia los remedios propuestos por Del Vechio, para evitar los males del matrimonio actual entre los pobres, pues aunque habría de producir utilidad el construir casas para obreros y fomentar todas aquellas industrias que se proponen suministrar por poco dinero la calefacción, luz y ventilación de las casas y la indicación de dicho autor es que para vigorizar económicamente la familia se hace preciso habituar á los jóvenes á administrar capitales, para lo cual dice que todo hijo llegado á la mayor edad tendría derecho á una asignación ó falcidia anticipada proporcionada al capital del padre y en proporción con la condición y estado social del hijo nos parece insuficiente.

Cimbali, es un contrato *sui géneris*, para otros como D'Aguanno, es una institución social, para Sanchez Román, en su origen es una convención jurídica y una vez celebrado, una institución social.

Y si esta variedad existe en cuanto á la naturaleza jurídica del Matrimonio, varias serán tambien las soluciones que se den á la cuestión propuesta; para los que sostienen que es un contrato, será el matrimonio disoluble, para los que es una institución social, deben solucionar el caso, opinando que el Matrimonio es perpetuo.

Opina Cimbali «que la institución del divorcio, mientras se concilie y sea consecuencia legítima de la índole contractual del Matrimonio, no contradice para nada al oficio de función é institución social, que este representa libre unión contractual en cuanto á su origen, el matrimonio no debe subsistir á toda costa por obligación forzosa de la ley, cuanto faltan los motivos que determinaron á semejante unión, la voluntad de los esposos... Esto tiene lugar (refiriéndose al divorcio) cuando el delito, la infidelidad, vicios profundos é incurables, vienen á romper la solidaridad del vínculo conyugal, abriendo un abismo entre los esposos, que hace absolutamente intolerable la vida marital, irreconciliables los animos». (1)

D'Aguanno á pesar de ver en el Matrimonio una institución social y creer que no puede romperse el vínculo por él formado, por la voluntad de las partes dice lo siguiente (2). «Pero esto no implica que en ciertas circunstancias especialísimas no pueda disolverse el matrimonio,

(1) Obra citada pág. 71.
(2) Obra citada.—Génesis etc, pág. 341.

porque toda sociedad, por natural que sea, puede disolverse en determinadas circunstancias, y por otra parte, hay casos en que aún habiéndose anulado el matrimonio y pudiéndose volver á casar los cónyuges con otras personas, sin embargo, permanecen los vínculos existentes entre padres é hijos».

Menger (1), después de examinar las disposiciones del Proyecto de Código civil alemán referentes al divorcio, cuyos preceptos son como él afirma, un término medio entre el matrimonio canónico y el admitido en el Código de Prusia, dice: «mientras tanto las clases populares pobres no pueden menos de reconocer que las disposiciones del Proyecto referentes al matrimonio, no solo responden por sí mismas á su fin, sino que no lesionan siquiera los intereses propios y particulares de su clase» (2).

Aunque estos escritores sostienen estas opiniones, ni son nuevas, ni tienen, por lo tanto, nada de originales. Ya al discutirse el Código francés, el consejero Treilhard, decía: «Antes de todo, evitemos con el mayor cuidado posible las declamaciones que se permiten los hombres exaltados de una y otra opinión... Los unos, entusiastas del divorcio, han hablado del mismo como

(1) Es sabido que el Derecho matrimonial católico prohibe la disolución del vínculo del matrimonio, y el Código civil prusiano, conceden el divorcio por mútuo consentimiento entre esposos sin hijos, y es uno de los motivos suficientes para declararle disuelto, la antipatía invencible de uno de los esposos, lo cual supone, como puede observarse, una lamentable relajación de los vínculos familiares.

(2) El Derecho civil y los pobres, pág. 143.

de una institución sublime, casi celestial, destinada á purificarlo todo: los otros, nos lo han presentado como un derecho funesto, terrible, propio para corromper el mundo y que acabaría con disolver todos los lazos sociales. Para aquellos, el divorcio, es el triunfo de la razón, para éstos, su vergüenza y derrota». Y después de tan elocuentes palabras, que dan lugar á suponer que el orador francés iba á colocarse entre esos dos extremos, según él mismo les llama, cierra su pensamiento con estas palabras: «Toda persona sin preocupaciones ni pasión deberá confesar que el divorcio, que deshaciendo el lazo conyugal, deja la posibilidad de celebrar un nuevo matrimonio, es preferible á la separación, la que al paso que del antiguo contrato no conserva más que el nombre, entrega á los esposos á combates perpétuos y de los cuales, es tan difícil que salgan con ventaja y honor (1).

Franck ve la necesidad del divorcio, cuando el matrimonio no existe ya en realidad y en lugar de conformarse con la naturaleza humana, la deshonra y la oprime (2).

Bentham, Bovío, Ahrens, Savoie, Rollin, admiten el divorcio en el sentido de los escritores citados, esto es, permitiendo á los cónyuges contraer otro nuevo matrimonio, mediando causas como son el adulterio, malos tratamientos, antipatia, etc., sin fijarse en los graves inconvenientes, que esto puede ocasionar.

---

(1) Discurso sobre la Ley relativa al divorcio.
(2) Filosofía del Derecho civil.—París, pág. 69.

La moderna corriente científica, se inclina como puede observarse en las consideraciones precedentes, á la admisión del divorcio, tomándole como institución necesaria y llegando hasta decir como Treiehard, que aunque es en si un mal, debe adoptarse en las legislaciones, para evitar mayores males.

Aun hay otra opinión mas radical sostenida por otros juristas, aunque necesario es confesar, que en la ciencia actual cuenta con menos partidarios. Esta opinión se refiere á que debe admitirse el divorcio, por mutuo consentimiento de los esposos.

Doctrina nacida de la que respecto á la naturaleza del matrimonio cree, que es un mero contrato, es brillantemente refutada aun por aquellos que son partidarios del Divorcio como institución preferente á la separación personal. Defendiendo esta opinión estan las palabras de Napoleón cuando dice «El matrimonio es indisoluble en su intención, porque entonces, es imposible preveer las causas de disolución. En este sentido, el matrimonio es indisoluble. Aquellos que no ven esta perpetuidad en la intención, sinó en la indisolubilidad del matrimonio, cítenme una religión bajo cuyo imperio no se hayan anulado matrimonios de príncipes ó grandes señores; cítenme un siglo que no haya ocurrido esto... No hay matrimonio en caso de impotencia. El contrato queda roto en caso de adulterio. Estos dos son casos de divorcio convenidos... Los crimenes son causas determinadas de divorcio. Cuando no hay crimen, debe obrar el consentimiento mutuo. Creo que este sistema es el mejor (1).

(1) Véase Ahrens.-Nota de la pág. 492 de su obra Derecho Natural.

Puffendor opinaba que originándose el matrimonio del consentimiento, se puede disolver como toda otra convención y M. Martín Feuillée (1) sostiene que «El matrimonio, en efecto, no es más que un contrato ordinario como lo decían los legisladores de 1792, y Tomasio, considera que la perpetuidad, la fé conyugal y la potestad marital, son efecto de los pactos establecidos por los cónyuges y no consecuencias del Derecho natural (2).

Si en efecto hay partidarios del divorcio por el mútuo consentimiento, porque no ven en el matrimonio más que un contrato, llegando algun autor á justificarle por creer preciso ocultar al público ciertos motivos, que no podrían revelarse sin faltar al pudor, siendo en este caso como dice Ahrens, la expresión pública ó el testimonio exterior de causas, que los esposos no creen conveniente divulgar, es lo cierto, que repugna el admitir el matrimonio como disoluble, del mismo modo que se rompe el vínculo jurídico de un contrato cualquiera.

La ciencia moderna no pronuncia su fallo en favor de esta corriente.

Pisanelli en su relación sobre el proyecto de Código civil italiano dice: se ha dicho que el matrimonio es un contrato y si con esta proposición se ha querido decir que en el matrimonio hay algunas condiciones que se realizan al igual de otros contratos, se ha dicho la verdad, más se incide en un error, cuando con aquella afirmación, se quiere dar á entender, que el matrimonio

(1) Anuaire de la societé de legislation comparee, 1885, página 170 y 71.

(2) Citado por Miragiia pág. 352.

no es otra cosa que un contrato. En la conciencia de todos los hombres son y serán esencialmente distintos estos dos hechos: la venta de un terreno y el matrimonio. Esta es una alta institución social, que cae bajo las prescripciones del Estado.

El matrimonio entendido de aquella manera, no es un matrimonio, es un concubinato legal que viene á satisfacer solamente una ley biológica, una necesidad sexual, sin ver en él ya que no una entidad religiosa, como en el matrimonio canónico, porque esto no puede ser, si una entidad ética, pues como dice Filomusi Guelfi: «El matrimonio considerado en su esencia, es indudablemente indisoluble (1)».

Cimbali que es partidario del divorcio como antes digimos, no defiende, sino que combate el divorcio, por mútuo disenso (2). «Más de aquí, dice, que el matrimonio afectando á los intereses más elevados de la vida y enlazado así bien á la reproducción de la vida misma no debe ser abandonado al arbitrio individual, sino regulado previsoramente por la palabra social de la Ley cuanto á los medios y á las condiciones que le originan, le mantienen y disuelven... Los esposos son libres de contraerlo ó nó, más al contraerlo no pueden someter á condiciones y modalidades el vínculo conyugal como tampoco son libres una vez contraido, de proclamar á su arbitrio la disolución».

No tiene razón de ser el divorcio por consentimiento: el matrimonio, es una institución social, es una institución

(1) Enciclopedia Jurídica.—1885 pág. 161.
(2) Obra citada cap. III.

moral, y si esto es, es más que un mero contrato y por lo mismo, está por encima de la Ley y del Derecho, pues como dice Sánchez Román (1) la concepción del matrimonio es más elevada y más compleja que la del contrato, porque en efecto los contrayentes, no pueden alterar nada de ese contrato á su arbitrio y no es producto del Derecho, porque tiene funciones sociales y morales propias y fines esenciales, que los casados tienen necesariamente que cumplir (2).

Partiendo de la base de que el matrimonio no es un contrato solamente y estando esto defendido con poderosas razones, es claro, que queda por completo desecha la opinión relativa al divorcio por el mútuo disenso, tanto más cuanto que, si nosotros no somos partidarios del divorcio, como demostraremos más tarde, con mayor razón hemos de impugnar, que el mútuo consentimiento sea causa de aquel, porque de admitirlo, se daría el triste caso, de que los abusos serían tales que vinieran á producir una gran disolución en las costumbres y entónces sí, que tendrían lugar frecuentemente los matrimonios por intereses personales, cuyos males pone de relieve

(1) Obra citada pág. 401 del volúmen 1.º del t. V.

(2) Wharton señala las diferencias que separan al matrimonio de los contratos y lo hace en esta forma: 1.º El matrimonio no depende en sus obligaciones esenciales de la voluntad de las partes las que no pueden modificarlo ni alterarlo. 2.º En él no tiene lugar indemnización alguna por falta de cumplimiento, como sucede en los demás contratos. 3.º No puede disolverse por mútuo discurso y 4.º El matrimonio es superior al mismo Estado.

Aguanno y todos los que vean en el matrimonio el sólido fundamento de la familia (1).

Y en efecto, muchos adoptarían como medio para satisfacer sus necesidades y dilapidar los bienes del otro esposo, el contraer matrimonio, pues claro es, que admitido el divorcio por mútuo consentimiento, llegaría época en que el perjudicado consentiría, para evitar la ruina en su fortuna, en divorciarse, lo cual supone una inmoralidad que á todo trance debe evitarse en las sociedades, por lo mismo que no hay que olvidar aquellas famosas palabras de Platón (2) de que «para una república bien constituida las primeras leyes deben ser las que regulan los matrimonios» y es la verdad, porque de la familia y de su buena organización depende la vida próspera del Estado, por algo es la entidad fundamental de las sociedades y la base más sólida de la vida social y por esto, las Leyes deben ser muy previsoras y deben tener una gran dósis de bondad, para que los vínculos familiares no se resientan.

Para nosotros ni debe admitirse el divorcio por el mútuo discurso, ni tampoco el divorcio absoluto que rompe el vínculo conyugal, porque éste supone un retroceso en las legislaciones que le dan cabida y fomenta la inmoralidad en las costumbres.

Efectivamente, admitido el divorcio, ninguno de los dos esposos miraría su suerte como fijada irrevocablemente,

(1) También puede incluirse entre los partidarios del divorcio á Gabba, que sostiene que la cuestión del divorcio es una cuestión de oportunidad.

(2) Des lois, IV.

cada uno estaría pensando si puede convenirles otro partido, pues aunque dice Bentham, que esto pasa también en los matrimonios indisolubles, dando lugar á relaciones ilícitas, sin embargo, estas nacen de un deseo y apetito ilícito, que una vez satisfecho, el mismo interesado piensa que su primer yugo era el mejor, por lo mismo que era el lícito, ya que la conciencia da siempre aldabazos en el corazón del culpable.

Las separaciones legales (no el divorcio) dice Carion Nisas, evitan el escándalo, impiden la publicidad, satisfacen el órden en el presente y lo procuran en el porvenir, no arrebatando la *esperanza* ni á la sociedad, ni á los esposos, de su futura conciliación y esa esperanza cabalmente, es la que destruye y aniquila el divorcio absoluto (2).

Los motivos alegados, dice un ilustre profesor, A. Boistel, en favor del divorcio, son de una parte las uniones desgraciadas, y de otra, la no buena conducta de los esposos separados y no vueltos á casar (1), cuyos argumentos no son decisivos para decidirnos por el divorcio, porque si en efecto existen causas, motivos, para que no vivan juntos, ¿quién asegura que no podrá haber reconciliación entre ellos? Con razón y observación perspicaz, dice el tribuno á que hace un momento me referia: «Muchas veces en la época más ardorosa de la vida bajo el sol abrasador de las pasiones, uno de los dos

(1) Informe de dicho tribuno sobre el divorcio, curso de Legislación, pág. 248.

(2) En su reciente y erudita obra, «Cours de Philosophie du Droit, tom. 2.°, pág. 79.

esposos ó tal vez los dos, inflamados por una llama impura y por deseos criminales, maldecirán sus juramentos y parecerán rechazarse para siempre el uno al otro. Más bien presto aquella amargura, aquel vacio terrible que se encuentra al fondo de una pasión cuando ha llegado á satisfacerse, les hará ver que su primer matrimonio era el mejor... ¡Ah! los esposos que se unieron primero y se separaron después, volverán sin duda á juntarse para hacer de consuno, la carrera de la vida.... Esa perspectiva consoladora queda destruida en el Proyecto de Ley, (refiriéndose al divorcio) de un error momentáneo, hace él una injuria reparable, una desgracia perpétua. Y en cuanto á la conducta de los que se separan, no admitiendo el divorcio, ¿por qué ha de ser mala conducta la seguida por ellos? ¿quién sabe si aquella separación puede ser saludable para su reconciliación? ¿quién sabe si después de pasar aquel arrebato les pesa el haberse divorciado? ¿quién sabe, por fin, si volverá en el segundo matrimonio á reincidir el culpable y así practicar una poligamia sucesiva, siempre y en todo caso repugnante?

La perpetuidad y la indisolubilidad son las columnas donde debe levantarse el edificio del matrimonio y partiendo de estas bases, es como los matrimonios serán buenos, cumplirán sus fines y no perturbarán el órden social. La estadística prueba que donde se admite el divorcio absoluto, el 80 por 100 de los casados, nuevamente se divorcian por segunda vez, demostración palmaria de que el divorcio, lejos de ser un bien, es un mal, que causa otros males mayores, y si los mismos partidarios

del divorcio ven en el matrimonio una institución social debe estar sujeto al interes público y este exige, que la familia quede regulada bajo la base de la estabilidad si ha de ser moral, y no son lógicos, al reclamar el divorcio, considerándolo como necesario, pues parten de un error lamentable, cual es, que el matrimonio, cuando hay infidelidad ú otra causa por parte de uno de los esposos no existe y por eso conviene disolverle, pues fácilmente se comprende, que si el matrimonio no es un contrato solamente, el vínculo matrimonial no debe estar sometido á la voluntad de ellos ó de un delito, que puede nacer de una pasión momentanea y pasagera.

El divorcio como dice muy bien Boistel (1) es la destrución de la santidad de la unión conyugal, la supresión del amor completo, absoluto, sin divisiones ó como dice Julio Simón, un matrimonio de ensayo. La mujer no aparecerá más que como una dueña, que la quitará cuando el hombre se harte de ella, porque con la posibilidad de una ruptura del lazo matrimonial, se introduce en el matrimonio un gérmen del disolución, porque el más pequeño motivo toma una importancia considerable, por lo cual la ley moral y la ley natural, condena y rechaza el divorcio.

Mas aun; la disolubilidad del Matrimonio, es evidente que dará al más fuerte de los cónyuges cierta disposición á maltratar al más débil, para arrancarle el consentimiento para el divorcio, y por lo mismo se hace necesario

(1) Obra citada, pág. 80.

poner un freno saludable, como es el de la indisolubilidad, por evitar la corrupción moral, pues la pasión de la concupiscencia, siendo como es de las mas vehementes, hará que uno de ellos trate de romperlo y de aqui, que tienen oportunidad las palabras de Balzac, si un extremo pudor, es una de las condiciones de virtualidad del matrimonio, el impudor, le disclverá (1).

Si el matrimonio no fuera de suyo perpétuo é indisoluble, dice el P. Mendive (2) quedaría en él perjudicada la mujer. Porque ésta, después de disuelto el matrimonio, difícilmente hallaría otro con quien casarse, lo cual no sucedería por regla general al varón.» Y si esto se dice con relación á la mujer diremos, que en relación á los hijos, tampoco es conveniente, pues muchos infelices serían desgraciados sin culpa suya, porque á sus padres les convenía el divorcio y darían lugar á que aquel se decretara por la mala conducta de uno de ellos, dándose el caso, bien triste por cierto, de que los hijos pagaran la culpa de sus padres, lo cual ante todo, debe evitarse por un legislador prudente.

En fin, si se tiene en cuenta, como dice el tribuno Carion Nisas, que en general las leyes favorables del divorcio, están mal combinadas con los sentimientos del corazón humano y el bienestar del hombre en la sociedad ni con el buen orden de los Estados (3) habrá que concluir diciendo con Boistel (4) que ninguna razón de *orden*

(1) Véase la Physiologie du mariage.
(2) *Elementos de Derecho Natural*, pag. 155.
(3) Véase su dictamen sobre la Ley relativa al divorcio.
(4) Obra citada, pág. 83.

general y *objetivo*, puede legitimar la admisión del divorcio, como causa de disolución del matrimonio. Los motivos invocados, desde el punto de vista teórico y desde el punto de vista práctico, no tienen valor decisivo en moral. El divorcio, es absolutamente condenado por la Ley moral, y en consecuencia por el Derecho natural (1).

Resulta de todo ello, que las modernas corrientes que se inician en el Derecho civil en cuanto al divorcio, no

(1) En cuanto á los países Europeos se nota variedad en las legislaciones En Francia por la Ley del 8 de Mayo de 1816 quedó abolido el divorcio, pero por el Diputado A. Nequet, incansable propagador del divorcio presentó un proyecto de Ley relativo al divorcio, á cuya defensa escribió un libro A. Dumas (hijo) habiendo sido aprobado dicho proyecto en Francia en lo sustancial de sus disposiciones, siendo, por lo tanto, restablecida aquella ley, por la de 27 de Julio de 1884, reformada á su vez por la de 18 de Abril de 1886, existiendo por lo tanto en Francia el divorcio, que disuelve el vínculo conyugal, si bien no se admite como en el Código de Napoleón, el divorcio por mútuo consentimiento.

En Italia, según el Código civil italiano, el matrimonio se disuelve únicamente por la muerte, admite la separación personal en virtud de justas causas (art. 148 y sig.) Merece consignarse, por vía de ilustración en la materia que en la sesión de 1.° de Febrero de 1881, el ministro Villa presentó á la Cámara de Diputados un proyecto de Ley respecto al divorcio de criterio radical y admitiendo el divorcio por mútuo consentimiento, para el caso de que uno de los cónyuges incurra en pena capital ó trabajos forzados pòr toda la vida y en el caso de separación personal transcurridos cinco años si tienen hijos y tres si no lo tienen, á contar desde el día en que se pronunció la sentencia que autorizó dicha separación, esto es, que la separación, como dice en su *Relación* el ministro Villa, no puede ser más que un medio, y este medio debe tener necesariamente un fin, ó la reconciliación ó la disolución del matrimonio.

El Código civil alemán, aún no vigente, aunque sí promulgado como tal Código, se admite el divorcio unificando las disposiciones varias del Derecho alemán: el espíritu de este Código en lo que se refiere al divorcio, está expresado en las palabras de la Exposición

son convenientes para el orden social, pugnan con la moral y las buenas costumbres, por eso los legisladores, harán bien en rechazar el divorcio absoluto y en este punto merece plácemes el legislador español, que admite tan solo la separación, sin declarar disuelto el vínculo matrimonial.

---

motivos : «El punto de vista del Código en la cuestión del divorcio, lo señala el art. 77 de la ley del Matrimonio y Registro civil de 6 de Febrero de 1875.» Cuando segun las leyes vigentes haya de pronunciarse la separación permanente de los cónyuges de mesa y lecho, deberá inmediatamente declararse disuelto el vínculo matrimonial.

Según el Derecho inglès también, además de admitir la separación se admite el divorcio pero por una sola causa, por la de adulterio, así lo dispone la Ley de 28 de Agosto de 1857, si bien es necesario advertir que se excluye de ellas á Holanda y Escocia.

En Guatemala el divorcio, á imitación de la legislación española, produce la separación de los cuerpos, pero no disuelve el vínculo matrimonial.

Una cosa parecida ocurre en el Código de Méjico que admite el divorcio, no absoluto sino relativo, tiene sin embargo la especialidad que se admite el divorcio por mútuo consentimiento de los esposos siempre que no lleven casados veinte años y la mujer sea menor de cuarenta y cinco.

Como podrá observarse del examen brevísimo en la legislación comparada, las legislaciones, unas admiten el divorcio absoluto, otras le rechazan, sin embargo, hay que confesar, siquiera sea con dolor, que la tendencia de las legislaciones es á admitir el divorcio absoluto, dando lugar cuando llevan á la práctica su propósito á una relajación grande de los vínculos familiares y esto lo prueba, la estadística de los pueblos que le admiten, pues por ejemplo en Francia van en aumento constante y progresivo y hay departamento francés que se lleva el 6 por 0[0 de los matrimonios contraidos, los divorcios declarados. ¡Qué mayor prueba en contra del divorcio que el hecho apuntado!

LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD NATURAL

CAPITULO VIII

La investigación de la paternidad natural. — Opiniones diversas de los civilistas y criterios distintos de las legislaciones actuales. — Condición jurídica de los hijos ilegítimos.

Otra cuestión de Derecho muy discutida, és la referente á este punto, siendo de interés por lo mismo, tratarla con extensión y de una manera completa. Esta materia adquirió mayor relieve en el Derecho civil, desde que el Código de Napoleón prohibió aquella investigación, interrumpiendo con ello la tradición histórico-legislativa.

Puede bien decirse que hoy los modernos escritores se inclinan á permitir la investigación de la paternidad condenando á las legislaciones que mantienen dicha prohibición Cambaceres (1) decía: «Sabido es que es fácil crear una presunción de paternidad que no ha existido jamás. A la engañosa luz de ciertas apariencias

(1) Véase su discurso preliminar de su proyecto del Código civil.

y por medio de investigaciones inquisitoriales que se pretendían justificar con la debilidad de un sexo ¿cuántas veces no ha sido turbada la moral? las buenas costumbres tendrán un enemigo de menos y las pasiones un freno de mas y Mr. Lahary (1) afirma: «La investigación de la paternidad está prohibida. He aquí una regla tan general como importante y que no debe olvidarse jamás. Solo debe hacerse excepción de ella en el caso de rapto, cuando el embarazo de la madre, datase del tiempo en que este se hubiera verificado. El raptor entonces á instancia de parte interesada, podrá ser declarado padre del hijo ¿Cuánto no hubiera influido esta ley medio siglo hace sobre nuestras costumbres? ¡y cuán sensible es que no se haya promulgado hasta nuestros días!».

Razonando Duveyrier la prohibición de la investigación de la paternidad (2) expone: «Habiendo la naturaleza ocultado este hecho misterioso (refiriéndose á la paternidad) así á las percepciones más sutiles de los sentidos, como á las investigaciones profundas de la razón; y habiéndose además creado el matrimonio para dar á la sociedad no la prueba material, ya que es imposible, sino en falta de ella, la presunción legal de la paternidad verdadera, es visto que cuando el contrato conyugal no se ha verificado, no hay ni prueba material ni la presunción de Ley. La paternidad es entonces un arcano impenetrable y sería ciertamente una aberración,

(1) Informe al Tribunal (en el curso de legislación citada pág. 301 y siguientes).

(2) Discurso sobre la paternidad y filiación.

un desacuerdo pretender, que un hombre quede convencido á su pesar, de un hecho cuya certeza no demuestran, ni las conclusiones de la naturaleza, ni las instituciones de la sociedad, Kenisgwater (1) funda su parecer contrario á la investigación, 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 dice es posible probarlo, lo segundo, depende exclusivamente de las declaraciones de la madre, cuya imparcialidad es dudosa.

Con este parecer se conforman Pisanelli y Vigliani (2), cuando dicen, el primero, que la prohibición de las investigaciones de la paternidad «es una tutela de la estabilidad y el decoro de las familias y el segundo, cuando afirmaba (con cierta inexactitud) que es un principio de derecho común de los pueblos civilizados, fundado en el reposo de las familias, en la tutela de la reputación de los ciudadanos, contra imprudentes ataques y sobre la pública moralidad.

Y por lo que á España se refiere, debemos decir que ha habido también partidarios de esta teoría, entre ellos el Sr. García Goyena, y también el Sr. Gutierrez, aunque de las palabras de este no se deduce fácilmente y de un modo claro, preciso y concluyente, su opinión (3).

Pero si esta opinión, contraria á la investigación de la paternidad, cuenta con partidarios entusiastas de su

(1) Citado por Gutierrez códigos tomo 1.°

(2) V. Cimbali, obra citada, pág. 21.

(3) Véanse sus obras *Concordancias al proyecto de 1851* y *Estudios ó Códigos de Derecho civil.*

idea y respetables por su saber, repetimos que hoy la ciencia se inclina por el lado opuesto, que todos aquellos temores de turbar la paz de las familias y hasta el orden social, quedan contrarrestados con el interés de los hijos abandonados y desgraciados, sin culpa suya y por otras razones de mayor valía, que las apuntadas por los defensores del Código de Napoleón.

Prueba bien elocuente de ellas son las palabras de Cimbali cuando dice: «Donde una persona, cualquiera que sea, es causa moral de daño legalmente incontrovertible, allí surge la obligación imperiosa de repararlo en la medida proporcionada á la entidad y cualidad de éste. Es precisamente el criterio fundamental para poder resolver rectamente la cuestión y responder victoriosamente á todas las objecciones que suelen moverse contra la bien entendida investigación de la paternidad. Y todo consiste que sepan evitar los escesos, ya que en un sentido ó en otro estos son siempre deplorables.» Porque, en efecto, el padre que ha ocasionado un mal de esta naturaleza, que produjo un daño como es el tener, por medio de la seducción quizá, de la violencia tal vez, un hijo, es justo y moral también, que se le obligue á reconocerle para que cumpla sus deberes y para que se evite de ese modo la frecuencia de esos casos, pues desde el momento en que los indivíduos conocen que están cubiertos con el manto protector de la Ley para que no se investigue, si ellos fueron los autores de tales hechos, es fomentar el vicio y darles alientos para que continuen por el camino del vicio y de la inmoralidad, y por ello, se hace preciso reformar las leyes, en este sentido.

Aunque los hijos son fruto de uniones reprobadas por la moral, es lo cierto, que ellos son los que sufren las consecuencias de la reprobada conducta de los padres y ya que llevan el estigma de la ilegitimidad, que se les conceda el derecho de exigir á sus padres, el cumplimiento de aquellas obligaciones nacidas de la paternidad. Cierto, que la mejor reparación de la falta cometida sería obligarles á legitimar aquella unión por medio de un matrimonio subsiguiente, pero la mayoría de las veces no es posible y aunque lo sea, el matrimonio nunca debe ser hijo de la imposición, sino de la libre voluntad, y por lo mismo el Estado, no puede llevar su acción hasta ese extremo. Más ya que esto no puede hacerse, el Estado como dice bien Ahrens (1), debe asegurar á todo hijo el derecho de hacerse reconocer por sus padres, y á la madre el de hacer reconocer á su hijo por el padre. De suerte, que este derecho de investigar la paternidad, debe concederse no tan solo al hijo, sino á la madre también, porque ambos han sido perjudicados y á los dos les interesa, la reparación de la falta cometida.

De tener muy en cuenta, son las razones apuntadas en favor de la investigación de la paternidad por Aguanno cuando dice (2): «La prohibición de investigar la paternidad y de ejercitar la acción de daños y perjuicios por causa de seducción, al propio tiempo que impele á muchas jóvenes por el camino de la deshonra y las aleja de la posibilidad de contraer matrimonio legítimo,

(1) Obra citada, pág. 499.
(2) Génesis, etc., pág. 332.

fomenta el libertinaje de los seductores, la impunidad de cuyas culpas les hace más audaces en sus acometidas y las adhiere más y más al árido escollo del celibato. Si supieren, que cada cual tiene que soportar las consecuencias de sus propios extravíos y si se admitiere la investigación de la paternidad natural, al propio tiempo que se elevaría la dignidad de la mujer, se harían más frecuentes los matrimonios».

A la objección presentada por los partidarios del criterio prohibitivo en esta materia, respecto á que no puede determinarse el momento de la fecundación y de que no puede demostrarse directamente la relación paterno filial y solo puede presumirse por indicios y circunstancias, y por tanto, no debe admitirse el principio de la investigación, diremos con el civilista Cimbali, que la dificultad de justificar con prueba relativamente segura la relación de paternidad natural, no es ya una razón para excluir absolutamente la investigación, como la posibilidad del abuso, no es causa suficiente para impedir el uso legítimo de un derecho» (1). Aún más, tal cual está presentado el argumento, la cuestión no afecta al principio de la investigación que no tachan de injusto, sino que la cuestión queda reducida á determinar la conveniencia de adaptarle ó no las legislaciones, ni menos puede sostenerse seriamente que es imposible probarlo, porque la prueba en este caso, no ha de ser *material*, sino la suficiente para justificar, teniendo en cuenta los actos y circunstancias del hecho, quién es el autor de

(1) Obra citada, pág. 90.

aquel desvario y quién es el padre del hijo abandonado. El legislador no puede exigir más que una prueba racional y materializando las cosas, lo mismo ocurriría con la investigación de la maternidad, también expuesta á la misma falta de prueba; y sin embargo, es admitida dicha investigación, aún por aquellos, que rechazan la investigación de la paternidad.

Tambien oponen los contrarios á la investigación la objección fácilmente refutable (1) de que es mas conveniente para la moral pública prohibir, que no estimular y fomentar las relaciones ilícitas, con el aliciente de que podrán ser base del reconocimiento forzoso de la prole mediante ellas y que el supremo interés de las familias exige, que los particulares no sean víctimas de los ataques de la imprudencia, de los agravios, de la infamación y de las asechanzas de la codicia, pero si bien se observa, esa moral que invocan es acomodaticia y esencialmente favorable á los intereses del padre ¿pues qué esa moral no manda que el hijo que tenga pruebas de quien es su padre, pueda exigir á este que cumpla sus deberes? ¿qué, esa mujer seducida no tiene derecho á alguna reparación? En vez de fomentar la investigación de la paternidad las relaciones ilícitas, estas son fomentadas con la prohibición del principio, porque desde el momento de que el hombre se convenza, de que puede cometer esta clase de estravios impunemente, puesto que no caen sobre él, los deberes de la paternidad natural, se entregará

(1) V. Sanchez Román, obra citada pág. 992.

ya que no tiene freno alguno, á cometer esta clase de delitos, que bien merecen ser castigados (1).

Y en verdad, que no somos nosotros de los que respetamos menos la tranquilidad de las familias, para que defendieramos una institución, que á ella se opusiere, pero si la defendemos es, porque tenemos convicción de que la tranquilidad de las familias no queda perjudicada, porque si un particular puede ser arbitrariamente atacado por la codicia ó por vengar agravios una vez? puede considerarse esta hipótesis como frecuente y elevarla á regla general? El legislador dice bien un civilista, subordina en este caso su mente á un criterio pesimista, suponiendo que toda reclamación de esta clase, ha de ser hecha con notoria mala fé, lo cual no puede admitirse en buenos principios de Derecho.

Las legislaciones deben adoptar el principio de la investigación de la paternidad, porque es justo que esto se consigne en los Códigos de paises civilizados y por ventura la ciencia se inclina á admitirle en sus dictados: bien claros están los testimonios de ilustres civilistas, á los que se pueden agregar los nombres tan respetables Gabba, Bianchi, Röder, Pescatore, Donato Coturi, De Belcastel, Rivet Laurent y tantos más, á los que pueden

(1) Michelet (*Naturrecht* p. 323) intenta justificar el principio del Código Francés ó sea la prohibición de la investigación de la paternidad y la permisión de la de la maternidad, fundándose en que la generación fuera de Matrimonio de parte de padre no funda *la unidad espiritual* de la persona del hijo con el, mientras que la madre vive en una natural unidad con la persona del hijo. «Pero esta consideración como afirma Gueltfi. (ob. citada pág. 181) no puede invalidar el principio ético mas elemental de la responsabilidad de la acción humana.

agregarse, otros escritores españoles no menos respetables, que resueltamente defienden la investigación de la paternidad, por el supremo principio, de que toda persona debe responder de los daños que ocasione, y el que es causa de la causa, es causa de lo causado.

Pero sí debe admitirse este principio en términos generales, es interesante determinar en qué casos procede, cuándo debe tener lugar y en qué forma debe probarse la paternidad, para que el padre esté obligado á reconocer al hijo.

Es preciso, para que se concedan los respetos que se deben á la unión santificada por la Iglesia Santa, ciertos respetos y consideraciones, sin que por esto, se pueda prescindir de la legitimidad del principio de investigación de la paternidad, por lo cual en las legislaciones, deben establecerse en ambos casos, dos presunciones enteramente opuestas, si han de acomodarse á los principios de justicia. La unión Matrimonial, dando lugar á una presunción perfectamente legal de que el hijo nacido dentro del Matrimonio es hijo del marido, salvo prueba en contrario, taxativamente determinada por la Ley y la unión sexual ilícita, dará lugar á la presunción de que ninguno se repute padre del hijo ilegítimo mientras no se pruebe, porque así lo exige también la justicia, que debe presumir lo contrario que en el Matrimonio, como unión lícita y perfectamente legal. Partiendo de esta base, la paternidad natural debe probarse, y para que la investigación de la paternidad natural pueda tener lugar, se hace necesario ó que el padre voluntaria y libremente confiese que es el padre de aquel hijo ilegítimo, ó cuando esto no sucede,

que concurran circunstancias tales, que haya motivos suficientes para presumir, que la madre no ha tenido más relaciones ilícitas que las que mantuvo con aquel hombre, contra quien se dirige la investigación.

Por esto dice atinadamente Cimbali en su renombrada obra (1). «Los criterios lógicamente posibles para acreditar la relación de paternidad natural, no son más que dos, ó es el padre quien habla directamente... ó son los hechos que hablan por sí á pesar del silencio del padre. Y entrambos criterios, según ya fué notado, bien que tímidamente, en brevísimos límites, son también admitidos por el legislador italiano, así cuando el padre reconoce espontáneamente al hijo en el acta de nacimiento ó en acta auténtica anterior ó posterior á éste, como cuando debe reconocerle forzosamente en los casos de rapto y estupro violento; casos en los cuales se admite la investigación de la paternidad. Y entonces ¿por qué no admitimos también en los otros casos, en los cuales, si el lenguaje del padre no reviste la forma solemne del acta auténtica, no por esto menos explícito como en el caso de la escritura privada, y puede ser más eficaz, como en el caso de la posesión de estado, ó bien cuando el padre calla, son los hechos los que hablan por sí un lenguaje mucho más elocuente que el que suelen hablar el rapto y el estupro violento, como la seducción de la mujer acompañada ó no de promesa de matrimonio cuando el tiempo de la seducción se enlaza al de la concepción?

(1) Pág. 31.

El razonamiento empleado, ni puede ser más elocuente ni más lógico, es una inconsecuencia de los autores y de los legisladores, el admitir la investigación, en los casos de rapto y estupro y cerrar la puerta, para que no pueda investigarse en otros casos de notoria justicia, y en que se puede probar la paternidad de una manera tan completa, como en los casos sancionados por casi todos los legisladores.

Para nosotros, los medios de prueba, deben ser tasados por el legislador, tratándose de la investigación de la paternidad y por tanto, no nos conformamos con el parecer de aquellos que admiten como buenos todos los medios de prueba, cualquiera que esté admitido por la Ley de enjuiciamiento, con cuyo parecer está conforme en España el Sr. Sánchez Román (1), porque entonces sí, que llegaría á perturbarse el orden familiar, resentirse la tranquilidad de los casados, al estar éstos á merced de una demanda arbitraria, que ofreciera como medios de justificación, los que, sí pueden servir para demostrar la verdad en otros actos jurídicos, serían insuficientes en la investigación de la paternidad, dado su caracter especialísimo y su condición singular, ya que, para que la investigación pueda intentarse, al orden moral interesa, que concurran circunstancias tales, que haya motivos para presumir, que la indagación ha de tener un resultado satisfactorio.

Consideramos peligroso, dejar la investigación de la paternidad sometida á los mismos medios de prueba de

(1) V. obra citada, pág. 1001.

otras relaciones jurídicas, porque repetimos, que el orden social, pudiera resentirse, por quedar abandonada á la voluntad particular, lo que en buenos principios debe estár limitado y regulado por la Ley, por algo, la cuestión de la investigación de la paternidad, es para algunos escritores, una cuestión de límites.

Solamente, pues, debe admitirse cuando existe un principio de prueba escrito procedente del padre, por la posesión de estado, constituida por hechos de suficiente notoriedad, por el estupro y el rapto, cuando las circunstancias induzcan á creer que el estuprador ó raptor es el padre del hijo ilegítimo, el concubinato con la mujer, durante el tiempo que pueda presumirse tuvo lugar la concepción y en el caso seducción bien probada, con promesa de matrimonio y que la mujer fuera menor de edad y de vida honesta, causas por las que únicamente, puede admitirse la investigación ya que en estos casos concurren circunstancias de tal naturaleza, que inducen racionalmente á suponer, que se puede probar, quién es el padre del hijo ilegítimo.

Por lo que se refiere á la investigación de la maternidad diremos, que tiene el mismo fundamento jurídico que la de la paternidad, con la ventaja inmensa de ofrecer la prueba en la mayor parte de las ocasiones menos dificultades, por tanto, no puede dudarse, que en buenos principios debe admitirse (1).

(1) En cuanto á las legislaciones positivas, diremos con el señor Azcárate, que el Código de Napoleón se apartó de la tendencia tradicional por lo mismo que en la edad media fué admitida (a). El Código francés dispuso en el art. 340: «Queda prohibida toda investigación sobre la paternidad».

Condición jurídica de los hijos ilegítimos.

No menos empeñada ésta cuestión entre los autores, que las anteriormente expuestas, es la de determinar la situación que en el Derecho deben tener los hijos ilegítimos, teniendo en cuenta los derechos que á la familia corresponden. Ni la historia de la legislación ha tenido sobre esta materia un criterio uniforme, ni la ciencia ha proclamado la última palabra.

Nos encontramos con una cuestión que para resolverla con acierto y exponer y criticar las modernas direcciones del Derecho civil, hay que subdivirla en otras dos. La primera pregunta es: ¿los hijos ilegítimos deben

---

En caso de rapto, cuando la época de la concepción correspondiere al tiempo que aquel se hubiere verificado, el raptor podrá ser declarado padre á instancia de las partes interesadas». Apesar de esta prohibición permite, sin embargo, la investigación de la maternidad (art. 341) (b).

Según el art. 189 del Código italiano que responde al mismo principio que el del Código de Napoleón, se prohibe la investigación de la paternidad, á no ser en los casos de estupro violento ó rapto y admite la investigación de la maternidad.

También el Código alemán admite la investigación de la paternidad, así como el Código español (art. 135 y siguientes) y de los datos de la legislación comparada diremos con Cimbalí que son más las legislaciones que la admiten que las que la rechazan, siendo inexacto lo que decía Vigliani de que la prohibición de la investigación, es un principio de Derecho común de los pueblos.

(a) Apuntes taquigráficos ya citados, pág. 136.

(b) Merece anotarse que en 16 de Febrero de 1878 se presentó al Senado francés un proyecto de ley admitiendo la investigación de la paternidad firmado por Beranger, De Becaltel y otros, y el 26 de Mayo de 1883, el diputado Rivet presentó otro proyecto de ley permitiéndola, á la Cámara de diputados de Francia.

gozar de igual consideración ante el Derecho, que los hijos de legítimo matrimonio, teniendo iguales Derechos que éstos? Segunda cuestión: ¿todos los hijos nacidos fuera de matrimonio, deben tener igualdad de derechos prescindiendo por completo de su origen y de la naturaleza de unión ilícita, de la que son producto?

En cuanto á la primera cuestión, preciso es decir, que hay autores que sostienen la afirmativa. Laurent, el autor del proyecto de revisión del Código belga (1) dice, que debe ser igual la condición jurídica de los hijos ilegítimos que la de los legítimos, no tan solo con relación á los padres por el vínculo de filiación, sino con relación á los demás parientes. Con esta opinión, están los autores de la legislación revolucionaria francesa de 4 de Junio de 1793 al establecer, una perfecta igualdad entre los hijos legítimos y los hijos naturales; y entre los escritores de Filosofía del Derecho, defendiendo esta opinión, están Wolff (2) y Tissot (3) que quieren la igualdad completa entre los hijos naturales y los hijos legítimos y Menger (4) desde el punto de vista de su crítica del proyecto del Código civil aleman, tambien parece inclinarse á esta opinión al decir. «Porque cuanto los redactores del proyecto, dicen luego para justificar la diferencia entre hijos legítimos é ilegítimos, al sostener el interés de la dignidad del matrimonio y de la conservación de la familia, no hay manera de tomarlo en serio» y en otro

(1) Véase los artcs. 790, 791 y 792.
(2) Instit. juris nat. n. 945.
(3) Philos. du Droit pág. 430.
(4) Obra citada pág. 205.

lugar sostiene (1). «Cuando el acto carnal hubiese sido consumado, mediante estupro ú otro delito semejante contrario á la moralidad (que debe indicarse especialmente) en el supuesto de que no existan impedimentos canónicos, la mujer deberá ser considerada en sus derechos, como una mujer divorciada y no culpable y el niño que naciere tendrá los Derechos de un *hijo legítimo*» ¿Y en qué razones apoyan su opinión? Laurent lo dice en estas palabras: «Se dice que estos son productos del matrimonio y aquellos del libertinaje, pero entonces ¿qué papel hacen Dios y el gobierno provincial? ¿Es el hombre quien crea ó es Dios quien llama los hijos á la vida?.....

La voluntad humana no juega en esto para nada; solo los ciegos negarían, que es un hecho providencial el nacimiento. Ahora bien, es el Criador quien quiere que todos seamos iguales Él es quien da á todos los hijos igual derecho á los bienes, porque estos son para todos sus accesorios de la vida. ¿Habrá quien se atreva á decir que Dios desprecia el matrimonio, porque hacen nacer hijos fuera de él? Tal es, sin embargo, la censura que se formula contra el legislador. No, no es que este confunda el matrimonio y el concubinato, solo el matrimonio da la legitimidad y los hijos naturales no pueden obtenerla sino, por el matrimonio subsiguiente de sus padres. Pero los hijos, tienen los mismos derechos unos que otros, porque todos ellos vienen de Dios.»

¡Qué manera de razonar! De modo que porque todos vengamos de Dios, todos debemos tener iguales derechos,

(1) Pág. 231.

como si nada significara la unión matrimonial, realizada al amparo de la Iglesia y reconocida por las leyes civiles. Como dice perfectamente Cimbali: «Los derechos del individuo, hay necesidad de armonizarlos rectamente con los no menos sagrados de la sociedad. Si así no fuese ¿á que muestra Laurent tanto pudor en querer á toda costa, velar la relación de adulterio y del incesto en el acta de reconocimiento, hasta el punto de declararlo completamente nulo é improductivo de efectos jurídicos correlativamente á la prole ilegítima, salvo el simple derecho á los alimentos? ¿Por qué decir que solo el matrimonio concede la legitimidad, cuando la legitimidad no significa puede decirse nada para Laurent? Y si algo supone ¿por qué á seguida dice que todos los hijos deben tener iguales derechos? Si el derecho á la vida es igualmente respetable en los hijos legítimos que en los ilegítimos, no quiere esto significar que sean de tal manera absolutos que no tengan limitación, aquella limitación que supone el respeto y consideración debida al matrimonio y á los hijos que en él nacen, pues ésta es una institución social, hemos dicho repetidas veces, y por lo tanto, interesa á la sociedad proteger y defender la constitución legítima de la familia y reprobar las uniones ilícitas, que cuando menos, son contrarias á la moral y á las buenas costumbres.

La suerte de los hijos ilegítimos, dice elocuentemente García Goyena, ha sido siempre mejor en los Estados más extragados y en los momentos de mayor delirio, la Historia de la legislación Romana y española, atestiguan esta verdad... Esta observación me lleva naturalmente á

otra y es, que la tendencia general de las sociedades modernas, es hacia la moralidad y el decoro ¿Qué Papa ni que Rey casado se atrevería hoy á reconocer y hacer Cardenales é Infantes á sus hijos sacrílegos ó adulterinos? ¿Podría hoy un Cardenal de España formar una de las primeras grandezas en un hijo sacrílego, ó se atrevería un Arzobispo de Toledo, á colocar en la misma capilla dos magníficos sepulcros, una para si y otra para el fruto de sus relaciones criminales y escandalosas? (1)

Y en efecto, igualados en condición jurídica todos los hijos ¿qué interés habían de tener los ciudadanos en casarse? ¿Cuánto no se relajarían los vínculos familiares y de qué manera descendería la población en un país que aquello hiciera? Con razón afirma el Sr. Alonso Martinez (2) que si el proyecto de Código de Mr. Laurent, se elevara á Ley, desterraria el matrimonio y disolvería la familia en Bélgica.

Confunden estos autores dos cosas que interesa diferenciar, la filiación, y la legitimidad; perfectamente, que los hijos ilegítimos tengan todos sus derechos provenientes de la filiación, pero de ninguna manera, podrán gozar y disponer de los originados por la legitimidad, los primeros, corresponden á todos los hijos, los segundos á los nacidos en legítimo matrimonio; con cuya opinión está conforme A. Boistel (3) cuando afirma, la relación de filiación natural establece entre los parientes y los

(1) Referencia del Sr. Alonso Martinez en su obra *El Código civil etc*,, pág. 258 T. 1.°

(2) Obra citada pág. 265.

(3) Ob. citada pág. 146 T. II.

hijos, los mismos derechos individuales y los mismos deberes que la filiación legítima. Porque estos Derechos y estos deberes, se derivan del hecho de la generación, que es lo mismo, para los unos que para los otros».

En conclusión, los hijos ilegítimos no deben gozar de iguales derechos y tener idéntica consideración jurídica, pues si á todos les une el vínculo de la sangre, á los legítimos, les enlaza con sus padres el vínculo del matrimonio, base de la familia, y, como decía Portalis, esta es el santuario de las costumbres y por tanto, igualar la situación de los hijos, equivale á sancionar una tremenda y monstruosa injusticia.

En cuanto á la segunda cuestión, ó sea si todos los hijos ilegítimos deben gozar de igual consideración, preciso es decir, que es muy empeñada la discusión entre los civilistas, si bien los modernos se inclinan á conceder iguales derechos á todos los ilegítimos. Las legislaciones, han sido injustas con los hijos ilegítimos, encontrándose los gérmenes de estas injusticias, en el Derecho romano, según advierte Cimbali (1), el cual no sólo negó cualquier vínculo de parentela y de sucesión á los hijos adulterinos é incestuosos *nati ex damnato coitu*, relativamente á los propios padres; mas les negó, hasta el derecho á los simples alimentos; y, como dice Mendizábal (2), «una injusticia social, verdaderamente odiosa, ha hecho aflictiva la situación de los hijos ilegítimos, menospreciándolos, cual si tuvieran culpa de la falta de

(1) Ob. citada, pág. 113.
(2) Ob. citada, pág. 250, tom. II.

sus padres, llegándose por algunas legislaciones á negarles honras y dignidades, y hasta hacerles siervos del Señor, de la tierra en que nacían.» Y en efecto, esta clase de hijos, no tan sólo han sido menospreciados por las legislaciones, sino que han sido odiados por ellas, desconociendo los pueblos, las obligaciones y derechos que emanan de la filiación, y haciendo culpables de los desvaríos y delitos, á los seres inocentes, fruto de aquellas uniones ilícitas. Pero, si los legisladores han sido injustos con los hijos ilegítimos, y somos los primeros en lamentarlo, tampoco somos partidarios, de que los hijos todos, por el hecho de nacer fuera del Matrimonio, gocen de igual consideración.

Esta opinión está defendida con gran proligidad por Cimbali, el que no quiere que se diferencien los hijos ilegítimos entre sí; sus palabras sobre esta materia son las siguientes (1): «Los principios fundamentales, donde debe beber el legislador sus inspiraciones, un plan meditado de reforma, son dos principalmente. El uno, obligar á los padres y en la medida de tal obligación, también á los próximos parientes, especialmente á los ascendientes, á reconocer, alimentar, educar y asegurar una cuota de sucesión, á los hijos nacidos fuera del estado de Matrimonio, «aun cuando reprobable ha sido el comercio de que son fruto»; y en otra parte añade (2): «La condición jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio, deben ser siempre igual para todos, sin consideraciones á la índole más ó menos ilícita, de la unión

(1) Pág. 123.
(2) Ibd. pág. 126.

á que debe su existencia: ya que es perfectamente idéntica la relación—la de sangre—que los unen á los propios padres.

No satisfacen, sin embargo, á la conciencia recta, las opiniones respetables de estos escritores, ni prueban que en el derecho natural sea necesario igualar la condición de los hijos ilegítimos, porque la razón fundamental que invoca Cimbali, de que en todos hay la misma relación de sangre, no es suficiente ni prueba su tesis, porque esa misma relación de sangre, existe en los hijos legítimos ¿por qué Cimbali con muy buen acuerdo, pero faltando á la lógica en sus principios, no los equipara los ilegitimos á los legítimos, ya que en todos existe el mismo vínculo de la sangre. Si la diferencia entre los legítimos y los ilegítimos en cuanto á su situación jurídica nace, de que los unos son producto de unión lícita y los otros de unión ilícita? ¿por qué siguiendo el razonamiento, no ha de haber una gradación de las uniones, según sean más ó menos ilícitas, distinguiendo las uniones pasionales de las criminosas? No se puede desconocer que las uniones fuera de matrimonio, pueden ser debidas al error, al vicio y al crímen (1), y estas tres fuentes, producen distintos efectos, ya que ellas son distintas también, y dígase lo que se quiera, siempre habrá gran diferencia entre aquel hijo que puede ser legitimado por subsiguiente matrimonio, ya que sus padres le concibieron cuando estaban libres para poderse casar, con aquel

(1) A estos orígenes responde la clasificación de los hijos, ya célebre, de D. Cirilo Alvarez.

otro hijo desgraciado, si, pero que no puede ser legitimado, porque los padres no pueden contraer matrimonio. Coincide con esta opinión la de los Sres. Giner y Calderón (1), al decir: «La paternidad natural sin matrimonio entre los padres constituye el carácter de *ilegitimidad* que á los hijos, respecto de aquellos se atribuye. Puede la ilegitimidad ser de varias especies, según que los padres han tenido aptitud legal para contraer matrimonio en todos los momentos de la generación ó solo en alguno de ellos ó bien absolutamente en ninguno. En razón de estas circustancias, se producen diferencias bastante marcadas en la situación especial de los hijos ilegítimos, sin que nos sea dado aquí detallarlas»: por que en efecto, no nos cansaremos de repetir, que las distintas clases de uniones ilícitas, es justo que ante el Derecho produzcan también diferentes consecuencias jurídicas y por eso con un gran sentido práctico, dice el Sr. Alonso Martinez (2). «Lo importante en la materia es, que la ley no confunda á los hijos legítimos con los naturales, ni á estos con los de dañado y punible ayuntamiento; en la cadena de la generación, son tres eslabones distintos y la ley debe hacer de ellos tres categorías diferentes».

Y el mismo Laurent que en su proyecto de revisión del Código belga, como dijimos anteriormente, quiere igualar su condición jurídica á todos los hijos, faltando á la lógica de sus principios, pero colocándose en el justo

(1) Resúmen de Filosofía del Derecho, pág. 215.
(2) Obra y tomo citados, pág. 249.

medio, niega la herencia á los adulterinos é incestuosos, otorgándoles solo el Derecho de alimentos. ¿Qué quiere significar esto, sino que el ilustre civilista, admite diferencias entre los hijos naturales y los demás ilegítimos?

Segun lo expuesto opinamos, que las legislaciones si han de inspirarse en los criterios de justicia y en el orden moral, no han de igualar en condición jurídica á los hijos ilegítimos con los hijos naturales, rechazando por lo tanto, la opinión de Cimbali, que defiende su igualdad, pero tampoco deben estos hijos ser odiados por las legislaciones y por tanto el Estado, debe reconocerles ciertos derechos, que nacen del vínculo de filiación, obligando á sus padres á que les presten alimentos, les eduquen é instruyan conforme á su posición y estado social: así lo exigen los altos y supremos principios del Derecho (1).

---

(1) En cuanto á las legislaciones positivas diremos, que el Código austriaco iguala en condición á los hijos ilegítimos, aunque admite diferencias entre éstos y los legítimos, cuyos derechos que no pueden gozar aquellos son segun el § 165 de dicho Código de llevar el apellido del padre, ni su nobleza ni sus armas, solamente toman el apellido de la madre, pero no concurren á la sucesión del padre con los legítimos.

El legislador italiano da á los hijos naturales derecho de llevar el apellido, goza del derecho de ser alimentado y educado y tiene una cuota hereditaria, y los demás ilegítimos no gozan de igual consideración y tienen solo derecho á los alimentos y somete á los naturales á tutela.

El legislador francés, al hijo natural no le concede los derechos de los hijos legítimos (art. 338) y á los adulterinos y legítimos no se les iguala en derecho á los naturales.

Se nota indudablemente en los códigos y legislaciones de los pueblos cultos, un espíritu progresivo en cuanto á la determinación de los derechos de los hijos nacidos fuera de matrimonio, ésto no se puede dudar, teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, puesto que, el hijo ilegítimo, ni merece el oprovio de las legislaciones, ni siquiera menosprecio por su situación, pero si esto es cierto, también lo es, que los códigos habiendo puesto su punto de mira en la situación de los hijos ilegítimos, han olvidado ó cuando menos, se muestran casi indiferentes, ante la situación desgraciada de la mujer, con quien el hombre tuvo unión carnal ilícita. A esta cuestión, con motivo de la crítica del Código alemán, consagra Antonio Menger (1), algunos capítulos de los que no podemos ocuparnos con extensión, por no alargar demasiado las proporciones de la obra, pero si hemos de hacernos cargo del pensamiento de tan notable civilista, ya que su obra tiene grandísimo interés y es de gran actualidad.

Su pensamiento se concreta en las siguientes palabras que reproduzco (2): «1) Cuando el acto carnal hubiere sido consumado mediante estupro, ú otro delito

---

El Código español da hijo natural reconocido, el derecho á la patria potestad y á los demás ilegítimos, les concede el derecho de alimentos.

El Código alemán (art. 1705) dice que el hijo natural en sus relaciones con la madre y los descendientes de esta tendrá la posición jurídica del hijo legítimo. El padre del hijo natural estará obligado á suministrarle hasta la edad de dieciseis años los alimentos con arreglo á la condición de la madre (art. 1708).

(1) En su obra *El Derecho civil y los pobres.*

(2) Obra citada, pág. 231.

semejante, contrario á la moralidad, (que debe indicarse especialmente) en el supuesto de que no existan impedimentos canónicos, la mujer deberá ser considerada en sus derechos como una mujer divorciada y no culpable, y el niño que naciere tendrá los derechos de hijo legítimo. Existiendo algún impedimento para el matrimonio de los que no admiten dispensa á la mujer, á lo menos se le reconocerá una posición en el Derecho de propiedad, como de mujer divorciada é inocente.

2) El seductor de una mujer de costumbres honestas debe pagarle una indemnización.

3) Quien tuviese una relación sexual con una mujer durante el período de la concepción, debe entregar á la misma los gastos del parto, y conceder al hijo ilegítimo alimentos en proporción á sus rentas..... Los que hubiesen tenido relaciones carnales durante el período de la concepción con una mujer en cinta, responden solidariamente.»

El pensamiento de Menger está concebido en términos que llevan como por la mano, á dignificar á la mujer que ha sido torpemente engañada.

Si bien se observa, la mayor parte de las veces que ocurre una unión fuera de matrimonio, la culpa es del hombre, que por medio de dádivas, ofrecimientos y promesas reiteradas, vence á la mujer y ésta se entrega al hombre envuelta en las redes de la seducción. Otras veces, triste es decirlo, pero en la práctica sucede, la mujer cede á los instintos pasionales del hombre por *necesidad*, mediante un precio, contra su voluntad indudablemente, y otras cede, por las violencias del hombre y

por actos criminales de este. En este último caso, se trata de un delito y al Código penal corresponde, el castigarle y reparar ese daño causado en la honra y fama de la víctima. En los dos casos anteriores, si el hombre no realiza un crimen, abusa por lo menos de la superioridad de los medios con que cuenta, confía en la debilidad de la mujer y á veces duerme tranquilo, por la impunidad de un acto realizado contra la ley civil.

Ante estos hechos, las legislaciones no pueden mostrarse indiferentes, á la mujer como ser débil, se la debe proteger, se la debe conceder derechos contra el seductor, que después de satisfacer sus pasiones, falta á sagrados deberes. Preciso es, necesario, que los Códigos no olviden el aspecto inmoral que ofrece esta cuestión y que no queden sin sanción actos ilícitos, en que se perjudica á la mujer.

No es que yo crea de todo punto necesario, que las conclusiones de Menger se lleven á los Códigos, considerando como mujer divorciada á la que ha sido seducida, porque sea como quiera la unión ilícita, nunca puede ser igual que la matrimonial y por tanto, no puede considerarse divorciada á la mujer que no casó; pero si creo también, que cuando ocurren estas cosas y se prueba la relativa inocencia ó inculpabilidad de la mujer y la plena culpabilidad del hombre, este está obligado á reparar su falta, á resarcir el daño, á indemnizar *suficientemente* á la mujer, con quien tuvo aquella unión. Así como además entiendo, que cuando la mujer ha sido culpable, que lo es alguna vez, por miras ambiciosas, más que pasionales, la Ley no debe concederla

esos derechos á que antes nos referimos. Y ya que las legislaciones civiles, han atendido á la condición de los hijos, es indispensable que completen la obra, mejorando ta situación de esas desgraciadas mujeres, víctimas de la seducción unas veces y de la brutalidad otras. De este modo, se cumplen los dictados de la razón y las normas de la moral.

LA LEGITIMACION.

CAPÍTULO IX.

De la legitimación.—Adopción.—Reformas pedidas por los modernos civilistas en estas instituciones.—Otras reformas en el Dereoho de familia.—De la tutela.—El Feminismo y el derecho de familia.

Si todos los Autores convienen en que la Legitimación por subsiguiente matrimonio es necesaria y conveniente, para hacer que los hijos nacidos fuera de matrimonio entren á formar parte de la familia legítima, por lo mismo que los padres, cuando fué concebido el hijo, podían casarse y se casaron después, reparando de este modo la falta, no así sucede con la legitimación por concesión Real ó por decreto del Rey ó por rescripto del Príncipe, como lo llamaban los Romanos.

Ya Duveyrier decía, que esta clase de legitimación es un exceso de la Soberanía usurpada, y García Goyena, hace notar los escandalosos abusos de ella y D'Aguanno afirma (1) «No se nos alcanza de que manera un rescripto soberano, pueda convertir en hijo legítimo á uno que

(1) Génesis pág. 354.

no lo es. Comprendemos, que se haya querido conservar ésta antigua institución del Derecho Romano, para proporcionar á los padres que tengan conciencia, el medio de elevar la condición material y moral de los hijos nacidos fuera de matrimonio, rodeando al efecto dicha instrucción de especiales garantias y precauciones para que no se abuse de ella; más nuestra opinión es, que el soberano no sabe nunca subrogarse á la Ley. Las modernas tendencias se inclinan á no admitirla, porque se basa en una ficción que carece de realidad y está basada como dice el citado Duveyvier (1) «en el hecho que justifican los autores con candor y sencillez, que ya que los príncipes están sobre la Ley, pueden dispensarse de su observancia y cumplimiento» lo cual ni puede admitirse en buenos principios de Derecho, ni puede acomodarse á la legislación constitucional reinante y por tanto, debe suprimirse esta institución en los códigos civiles así como debe establecer en las legislaciones que no exista y debe mantenerse donde ya está establecida la legitimación por su subsiguiente Matrimonio, sin que por ello pueda haber el temor que exponen los autores Ingleses al defender su legislación, de que fomente el concubinato, antes por el contrario, es el mejor medio de reparar y de restablecer, el orden moral.

Por esto merece acerbas censuras el legislador Español por el criterio adoptado en el Código, así lo hicimos constar en otro lugar, cuyas consideraciones reproducimos por ser de interés (2).

(1) Discurso sobre la Ley, sobre la paternidad y filiación.
(2) En la *Revista de Tribunales*, año 1895.

Regulada con bastante claridad en el Derecho romano la legitimación por rescripto del Príncipe, ya que era una institución que se acomodaba á las circunstancias sociales de aquel tiempo, vivió también en el Derecho español, aunque en la práctica se ha apelado á ella pocas veces, para legalizar la situación de un hijo nacido fuera del matrimonio. Muy natural era que las Partidas la dieran cabida en sus disposiciones, supuesto, como no puede menos, el espíritu jurídico del mejor de nuestros antiguos Códigos, como incomprensible es, que el Código civil la haya reglamentado en la manera y forma que lo ha hecho.

Desde el punto de vista del derecho positivo, hemos de decir que, partiendo del principio consignado en el art. 119, que ordena: «Sólo podrán ser legitimados los hijos naturales», hubiera sido lógico, á la vez que justo el legislador, si hubiese concedido más derecho á los hijos legitimados que á los hijos naturales, ya que aquellos están, por así decirlo, en un grado más próximo á la legitimidad que éstos. Pero no lo ha hecho así; otorga iguales derechos á los hijos de una y otra clase, y ésta igualdad en los efectos supone, ó un desconocimiento lamentable en los autores del Código, ó un descuido, al menos, en su redacción, por lo mismo que no hay posibilidad de concebir, que dos instituciones de diferente naturaleza, sean iguales ante la ley positiva.

Y si esto resulta absurdo, lo es aún mucho mayor sí cabe, el exigir más requisitos para hacer la legitimación por concesión Real, que para reconocer á un hijo, para después producir iguales efectos jurídicos. Basta leer los

artículos 127, 134, 844 y 939 á 945 del Código, para comprender que tienen iguales derechos los hijos legitimados por concesión Real y los hijos naturales reconocidos, y basta también leer el art. 125 y los correspondientes á la sección primera, cap. 4.°, tit. 5.°, libro 1.°, para notar, las diferencias en cuanto á la forma de hacerse la legitimación y el reconocimiento, pues si en la primera, el legislador se muestra receloso y excesivamente cauto, en el segundo concede tanta laxitud, que en la práctica da lugar á grandes inmoralidades. Al exigir mayores requisitos en una de las instituciones que en otra, el mismo legislador demuestra, implícita, pero elocuentemente, que debe ser distinta la consideración jurídica que deben tener los hijos legitimados que los hijos naturales; ¿por qué, pues, según los artículos citados, se les iguala ante el Derecho? O por el contrario, ¿por qué equiparadas anbas instituciones no han de exigirse iguales requisitos para que una y otra tengan lugar? Dos instituciones de la misma naturaleza, deben originar en un Código perfecto iguales efectos jurídicos, y á iguales efectos jurídicos, idénticos requisitos, para la validez de los actos que han de producir aquéllos. Además, al imponer mayores restricciones el Código, para hacer la legitimación por concesión Real, que para hacer el reconocimiento, ha de resultar que no habrá nadie que quiera legitimar, por lo mismo, que le ha de ser más fácil *reconocer*, consiguiendo el mismo resultado, en virtud de las disposiciones del Código civil.

Véase, pues, cómo los redactores del Código han sido poco consecuentes con sus principios, y es verdaderamente

deplorable que, proponiéndose dar existencia en el Derecho positivo, á la legitimación por concesión Real, que está ya casi muerta en el terreno de la ciencia pura, venga á ser tan poco feliz con los preceptos legislativos que la contienen, que incurre en notorias contradicciones y hace que sea de ineficaces resultados prácticos.

La adopción.

Esta institución antiquísima admitida, como dice Filomusi Guelfi (1), en el derecho Indiano, en la China, entre los Asirios y en el Egipto, no es conocida en el derecho actual con aquellos caractéres de la antigüedad, y á decir verdad, no existen en los tiempos presentes, aquellas razones religiosas, que la justificaban en las legislaciones de aquellos pueblos.

Hoy los modernos escritores creen, que la adopción no responde á las necesidades de los tiempos actuales y que por lo menos, responde muy imperfectamente á su fin. D'Aguanno (2), afirma: «Muchas veces se verifican adopciones con el propósito de eximir á alguien de ciertas obligaciones que impone la ley, como por ejemplo, el servicio militar. Se conservan los derechos y deberes de los adoptados para con sus propios padres, y á la vez, se crean para con los adoptantes, como si tuviesen dichos adoptados dos padres y dos madres; pero en

(1) Obra citada, pág. 178.
(2) Obra citada, pág. 354.

la práctica se vé que son ingratos para sus propios padres. Es, por tanto preciso, reformar el organismo de la adopción, para que responda más eficazmente á su fin».

Que la adopción imita á la naturaleza y que se ha dado para que sirva de consuelo á los padres que no tienen hijos, son los dos fundamentos de esta institución, ya expuestos en el Derecho romano. Admitid en vuestras leyes, decía M. Berlier (1), una adopción regulada del modo que corresponde, y vereis que los ciudadanos que carecen de hijos y han perdido la esperanza de tenerles, buscan mientras viven y para su vejez, un apoyo en esta clase numerosa de desgraciados, quienes pagarán á su vez con un eterno reconocimiento, el beneficio que han recibido de su educación y de la adquisición de estado», y mostrándose hasta entusiasta de esta institución exclama el tribuno francés Perreau (2). En el número de las instituciones indicadas (se refiere á las instituciones que como él dice, unen el sentimiento con la naturaleza), debe ponerse la adopción, la cual en falta de los lazos que la naturaleza no ha formado ó destruido, crea nuevos vínculos, para unir con las más dulces y gratas relaciones á dos séres extraños el uno al otro, dando á la beneficencia toda la solicitud del amor del padre y al reconocimiento, toda la ternura del amor filial». Y modernamente en un importante monumento

(1). Exposición de motivos en que se funda la Ley relativa á la adopción.

(2) Informe sobre la Ley relativa á la adopción.

legislativo (1), se lee en la exposición de motivos: «La adopción ha pasado desde el Derecho común á todas las legislaciones modernas y no debe negarse la necesidad de esta institución, por más que prácticamente no se haya hecho de ella un uso muy frecuente; la esperiencia enseña, que se emplea en particular por los cónyuges sin hijos y por las personas á quienes está vedado el matrimonio, por cualquier motivo.

Pero si hay decididos partidarios de la adopción, tambien hay contrarios á ella, exponiendo en apoyo de su opinión, razones que merecen ser tomadas en cuenta.

Por de pronto, las circunstancias históricas á que obedece la existencia de esta institución han cambiado y por tanto, si desaparecieron aquellas circunstancias, tambien debe desaparecer, y el argumento de mayor fuerza es, que por la adopción, los hijos fruto de uniones reprobadas, gozarán de igual consideración que los nacidos de legitima unión, lo que no sucedería en el caso de que no se admitiera la adopción, porque por medio de ésta entran á formar parte de la familia que pertenecen los legítimos. La adopción dice un catedrático español (2) es en efecto una ficción, pero excesiva y violenta, que todo lo supone, lo inventa y lo crea y la violencia resulta tanto mayor, cuanto que, la ficción se extiende no solo á suponer lo que no ha existido, generación, paternidad, filiación y sus prolijas consecuencias de relación entre adoptante y adoptado, sino que mediante ellas, unas

(1) Código civil alemán.
(2) Sanchez Román tomo II obra citada pág. 1062.

veces se ha destruido y otras debilitado por lo menos, la propia realidad de los vínculos naturales, creando en cambio, otros íntimos y estrechos entre personas que eran completamente extrañas, de lo cual puede sacarse un argumento en contra de la institución que examinamos, puesto que, si crea una relación paterno-filial, al mismo tiempo destruye otra precisamente, la natural, que á todo trance debe mantenerse.

Observáse por las razones apuntadas, que hay motivos para defender y rechazar la adopción y por tanto, las legislaciones al seguir cualquiera de ambos criterios, no incuren en gran injusticia. Pero si considero, que la reforma pretendida por los modernos escritores respecto á esta institución, equivale á la supresión de la misma, por más que en principio la consideren conveniente para el interés social. Porque en efecto, valiéndonos de la frase del Sr. Sanchez Román, él, como la gran mayoría de los civilistas modernos, quieren suprimir, el *exceso* de la *ficción legal,* que la adopción en su sentido histórico representa, para considerarla solamente como una institución de patronato, con un sentido genérico de protección y de asistencia humanas, por lo cual nada tiene de extraño que el autor de la Génesis y evolución del Derecho civil se conforme con la idea propuesta por Rava (1) sobre las *adopciones públicas,* para venir en auxilio de la infancia abandonada.

Mas quitando á la adopción esa base, de que imita á la naturaleza, y por tanto, que es una ficción de la realidad,

(1) Citado por Aguanno Rava L' adozionee l' infanzia abbandonata, 1888.

deja de ser tal adopción, porque ya no cumple su fin, cual es el crear relaciones paterno-filiales, que la naturaleza no creó, y de aquí que, ó se admite la adopción con estas consecuencias, ó, por el contrario, deja de ser adopción como institución civil histórica, ó sea como acto solemne ó menos solemne, por el cual se toma por hijo ó nieto al que no lo es naturalmente, ó, por el contrario, hay que dar la razón á Mr. Rogron y á Scévola, que sostienen, que la adopción es un contrato, aunque de naturaleza irrevocable, en cuyo caso, para quedar la adopción reducida á un contrato, que sirve para proteger la infancia abandonada, más vale quitarla el nombre de adopción, borrarla de los Códigos civiles, ya que su uso es poco frecuente, y digan lo que quieran, fomenta el celibato, al dar hijos, sin necesidad de contraer las obligaciones inherentes, al estado matrimonial.

En resumen; ó la adopción se establece bajo la doble base arriba apuntada, ó, de reformarla en el sentido de los civilistas modernos, es preferible suprimirla.

Antes de dar por terminadas las reformas del Derecho familiar, pedidas por los modernos civilistas, hemos de ocupar la atención de los lectores, aunque sea brevemente, de una cuestión que presenta Menger, de gran importancia social, pero que, á nuestro juicio, está fuera de la órbita del Derecho civil, por lo mismo que es un asunto, que está separado de la acción del legislador.

Me refiero á la obligación que tienen las madres de dar por si mismas la lactancia á sus hijos, cuya obligación, quiere el profesor de Viena, que se consigne

terminantemente en los Códigos civiles. Por esto dice (1): «En un acto tan íntimo de Derecho familiar, como es del sostenimiento del niño en sus primeros tiempos, que no es sino la continuación y el fin de un estado, producido mediante el comercio carnal y el embarazo, se quiere que sea lícita la sustitución por terceros, porque así lo reclaman intereses insignificantes de comodidad de las clases altas.» Es indudable, lo perjudicial que es para los intereses sociales, el abuso que en este particular se ha introducido en las naciones civilizadas, porque el mal no está sólo en que indirectamente se fomente el vicio, por disfrutar las mujeres pobres de una comodidad que nunca han disfrutado al lactar los hijos de las clases ricas, sino que el mal tiene mucha mayor trascendencia. Basta para ello considerar, cuál es la suerte desgraciada de los hijos de las nodrizas y cuán grande es el perjuicio que se ocasiona á la sociedad, con quedar esta clase de hijos abandonados á la beneficencia pública, y de qué manera se labra la desgracia de esas infelices criaturas, que no tienen en su primera edad, que es cuando más lo necesitan, el abrigo de la madre, su amparo y su protección. Convengo con Menger, que es necesario remediar este mal, en lo que sea posible, que es no menos preciso que en los Códigos, no se ha de establecer solamente el precepto general é indeterminado, de que los padres tienen la obligación de dar alimentos á los hijos, sino que es preciso concretar más, para establecer en los Códigos la obligación *personal* que tiene la madre, de dar

(1) Ob. citada, pág. 158.

la lactancia á su hijo, á no ser, claro es, que justifique su imposibilidad, y en todo caso, quedar la puerta abierta para que puedan las madres ser relevadas de esa obligación, cuando puedan tener una nodriza, que no tenga hijo á quien alimentar. De este modo, se evitarán muchos males, la infancia abandonada no será en número tan crecido, y el concubinato disminuirá notablemente; tal obligación personal, lo demanda la Moral, de consuno con el Derecho.

Que hay padres que faltan á sus deberes, que excesivamente maltratan á sus hijos, que abandonan su educación é instrucción, haciendo que sus hijos sean unos vagamundos, en vez de ser personas honradas, es indudable, y por demás conveniente atajar el mal, si ha de venir una regeneración saludable.

No es ciertamente un defecto de las legislaciones civiles el que estos males existan en la familia actual, por que en todas, se consignan claramente las obligaciones de los padres para con los hijos y las de estos, para con ellos.

Es sencillamente, que los preceptos quedan incumplidos, que los padres desatienden sus obligaciones morales y legales y de aqui, que algún autor como D'Aguanno diga, que es urgente crear magistrados expeciales, que bien pudieran ser los *Jueces pupilares*, que propone C. Cavagnari, que velen por los menores, que hagan entender á los padres cuales son los deberes que tienen para con la prole y que les obliguen á cumplirlos, por todos los medios de que la Ley disponga (1).

(1) *Genesis*, pág. 345,

Yo no me opongo á la creación de tales funcionarios, que ejercerían en nombre del Estado una misión de alto interés, pero sí entiendo, que aunque se crearan estos magistrados especiales, se obtendría escasos resultados.

La razón es sencilla. Las obligaciones de los padres para con los hijos, aunque consignadas en los Códigos, son de naturaleza y carácter moral principalmente, y siendo así, las obligaciones de conciencia no se imponen, las leyes son insuficientes, para hacer que un hombre sea bueno, lo más que puede conseguir es, que lo que parezca y por tanto, esos magistrados se verian imposibilitados de cumplir su delicada misión, en muchas ocasiones.

La familia es como un santuario, en donde solo pueden penetrar los que la forman, es un recinto vedado para los extraños, en ella se encierran secretos, que nadie más que sus individuos conocen y aun suponiendo que el Estado tenga competencia para ingerirse en la sociedad familiar, su gestión sería ineficaz y completamente esteril. Estos males, no se remedian con las leyes, sino con la reforma moral de los indivíduos, á la Iglesia más que al Estado, toca el intervenir en beneficio de los hijos abandonados y maltratados por los padres, que no cumplen sus deberes.

De la Tutela.

Como repetidas veces hemos dicho en esta obra, nuestro propósito no es determinar el fundamento de las instituciones, sino exponer y criticar las reformas que los

modernos escritores pretender llevar á los Códigos, y por eso, hemos de empezar diciendo, que también respecto á la tutela, han dicho en aquel sentido algo, que conviene especificar.

Por de pronto, nos encontramos con una institución necesaria, ningun autor ha puesto contra su existencia argumento alguno, y por tanto, las legislaciones tienen que admitirla; ¿más deben reformar el organismo jurídico de la tutela tal cual está reglamentado en los Códigos actuales? Critica Cavagnari al Código Italiano (1), que ha descuidado la parte más principal de la tutela cual es la educación física, intelectual y moral del pupilo, dando mayor importancia á la administración de los bienes, á la que consagra prolijas y cuidadosas disposiciones, con cuyo parecer se conforma D' Aguanno, el cual además, censura la escasa intervención del consejo, en lo que respecta á la educación del menor, la prohibición de que ejerzan la tutela las mujeres y el antagonismo entre la Ley civil y mercantil acerca de la capacidad y la emancipación del pupilo (2); y el tantas veces citado Antonio Menger (3) afirma: «Examinando, sin embargo, el carácter general de esta tutela del Estado respecto de los menores, advertimos que la actividad tutorial de los Tribunales, se refiere con facilidad, únicamente, á aquellos que pertenecen á las clases ricas. Los menores de los pobres, aun cuando naturalmente

(1) Nuovi orizzonti del Diritto civile in rapporto colle instituzioni pupilari (Milán 1891.)

(2) *Génesis*, etc. pág. 359 y 60.

(3) Ob. citada, pág. 223

necesitan de la protección del Estado, quedan fuera de ella, tanto por la Ley como por la costumbre» y más adelante añade: «El único patrimonio de los niños pobres, es su fuerza, cuyo justo empleo, es de decisiva importancia, no solo para su porvenir económico, sino también para su desenvolvimiento físico y moral. Los abusos en este respecto, perjudican más al bienestar del niño pobre, que lo que puede dañar al niño rico una mala administración de su patrimonio, habría derecho á esperar que el proyecto, contuviese disposiciones en virtud de las cuales, los pactos de servicios y salarios de los menores, tal cual suelen estipularse por lo común en las clases pobres, fueran sometidos á una vigilancia rigurosa por los padres, los tutores y sobre todo por la autoridad pupilar.»

No estarían demás para exigir á los tutores el cumplimiento de sus deberes, la creación de Magistrados titulares ó pupilares, que inspeccionasen la conducta del tutor, lo cual no dejaría de ser útil, para que no se descuidara la educación física intelectual y moral de los menores, pues á decir verdad, en la práctica pocas veces se exige á los tutores responsabilidad, por haber educado mal á los menores y en cambio se consigna, por sí ha distraido una pequeñísima parte del caudal del pupilo, lo cual es siempre secundario, con relación á lo primero.

Evidente es lo que afirma Menger respecto á la decisión en que incurre el Código aleman y tambien el Código español decímos nosotros, respecto á los contratos de servicios y salarios de los menores, sin que haya

disposiciones que regulen tales contratos, lo cual produce gravísimos inconvenientes sociales, que se aperciben con solo considerar, el daño que puede causar á los menores un trabajo prematuro, por cuya razón, los Códigos deben preveer y evitar tales inconvenientes, que en la actualidad se notan.

Y si respecto á la educación del menor, son atinadas y pertinentes las censuras de Cavagnari y de D'Aguanno, tales censuras, no son aplicables del todo á nuestra legislación anterior á el Código, que no hizo otra cosa que seguir las huellas del Derecho romano, en el que se ha inspirado el Código austriaco, que merece tantos elogios de los autores citados.

La tutela segun el Código español, se dá principalmente para la persona y secundariamente para los bienes.

El Código español representa por lo que á este extremo se refiere un retroceso, en relación á la legislación anterior á aquel y no responde su reglamentación á la naturaleza de la institución, ni á lo que debe ser un Código de los presentes tiempos (1). Pero si no estaría demás, que los Códigos civiles regulasen con precisión las obligaciones de los tutores, en cuanto se refiere á la educación de los pupilos, es cierto tambien, que no pueden aceptarse como buenas, todas las reformas expuestas por Cavagnari (2) como es por ejemplo

(1) Es tanto por la redacción como por el desenvolvimiento de la tutela el Código español muy defectuoso, para convencerse de ello, ya que no es pertinente al objeto de esta obra el demostrarlo, basta con leer la notable obra del Sr. Comas *La revisión del Código civil español*, pág. 497 y siguientes del tomo II.

(2) Véase la pág. 385 de su obra citada.

la abolición del consejo de familia, por entender nosotros, que ésta es una institución, que sirve de garantía á la buena gestión del tutor, como hemos hecho notar ya en otra ocasión (1) si bien somos partidarios, de que las mujeres puedan ser tutoras, por así exigirlo la condición jurídica de la mujer, cuya capacidad no debe estar limitada en este punto (2).

En resumen, los actuales Códigos, deben sufrir algunas reformas convenientes para la buena marcha de la tutela y para que ésta, cumpla perfectamente su fin, supliendo en el modo y forma que sea posible al padre, por lo mismo que se trata de una institución social, que el Estado debe regular, á fin de que produzca grandes beneficios, conforme al criterio anteriormente expuesto, no tan solo á los menores, sino á la sociedad también.

No hemos de concluir este trabajo relativo al Derecho de familia, sin que digamos cuatro palabras respecto al problema del feminismo actual y su influencia en el Derecho civil. La primera cuestión es la relativa á la autoridad marital, pues como dice Bridel, es preciso «borrar de la ley» las palabras: «La mujer debe obediencia al marido y reconocer la plena capacidad civil de la mujer casada, derogando las disposiciones referentes á la licencia marital y demás instituciones que coartan la libertad de la mujer».

La segunda cuestión, que afecta al Derecho civil, es la referente á el régimen económico conyugal, pues el

(1) Véase mi folleto sobre el *Consejo de familia*, volúmen 1.° de la Biblioteca económica de la *Revista Jurídica*.

(2) Como he justificado en mi obra *Instituciones civiles* página proxima á publicarse.

feminismo cree, que el mejor sistema es el de la separación de bienes y concederla derecho á disponer de los productos de su capital y de su trabajo.

La tercera cuestión, se refiere á la *pátria potestad*, con cuya frase no se conforma el feminismo y quiere que se sustituya por otra que exprese el poder de los *padres*. La potestad sobre los hijos, debe ser de los dos padres y quieren también, que cuando la potestad familiar pase á la madre viuda, ésta la tenga íntegra como el padre la ejercía.

En lo que se refiere la primera cuestión, creemos que la familia, como toda sociedad, necesita una autoridad, si se ha de mantener el orden dentro de la misma, y si ha de ser propiedad esencial de tal entidad la unidad y solidaridad entre sus miembros. Y siendo esto así, es claro que algunos de los padres, debe tener cierta autoridad sobre toda la familia, para que ésta cumpla los elevados fines que tiene, y es claro, que esa autoridad es más moral que otra cosa; de hecho, tanto el padre como la madre, comparten el ejercicio de la potestad, y dentro de la familia cristiana, tipo y modelo de las sociedades familiares, el marido y la mujer gozan al mismo tiempo que de una independencia grande, de una subordinación recíproca. Considero, por lo tanto, que el feminismo exagera, por lo que á este extremo se refiere, y me parece que, llevando á la práctica sus conclusiones, se llevaría la anarquía más funesta á la familia. Ya hemos dicho alguna vez que la familia es institución moral, y que la ley regule como quiera los Derechos de sus miembros, será siempre deficiente, ya que es un santuario en que

el cumplimiento del deber, tiene que realizarse, no por imposición de la ley, sino por propia voluntad. Mantenemos, por consiguiente, en principio la limitación de la capacidad de la mujer casada, no porque ésta sea intelectualmente inferior al hombre, sino porque su misión, dentro de la familia, es distinta que la del varón; éste debe cuidarse más de los asuntos exteriores y la mujer de los interiores de la casa, y el primero, más acostumbrado al manejo de los bienes, á la administración del caudal, debe imprimir dirección á la marcha económica del matrimonio.

No hay que tomar las disposiciones de los Códigos actuales, como signo evidente de inferioridad de la mujer y de subordinación de ésta al marido, sino como una necesidad de mantener aquella unidad, á que nos referimos anteriormente, cuya unidad exige que uno lleve la marcha y dirección de la casa, y los demás miembros de la familia deben acatar sus decisiones, para que, de este modo, pueda cumplir la entidad familiar sus fines (1).

Tampoco puede admitirse la segunda conclusión, que presentan los partidarios del feminismo, porque, estudiados comparativamente los sistemas económicos, que pueden regir respecto á la administración de los bienes en el matrimonio, la sana crítica no puede inclinarse en favor de la solución que ellos presentan, cual es, que el mejor sistema, es el de separación de bienes.

(1) Respecto al sexo, como causa modificativa de la capacidad de obrar, puede verse la obra que he dado á la prensa, próxima á publicarse «Instituciones civiles».

Ya los Códigos modernos ván admitiendo la separación, como uno de los sistemas que pueden adoptar los cónyuges al contraer matrimonio, así lo reconoce el Código español, separándose en este punto de la tradición, si bien admito el mencionado sistema, solamente en el caso, de que los cónyuges hayan pactado que quieren regirse por ella y no por el sistema de gananciales, pero á decir verdad, la separación de bienes, tiene acaso mayores inconvenientes que todos los demás sistemas. En efecto, si como antes sosteníamos, la base de la familia es la unidad, todo aquello que tienda á destruir ésta, será perturbador, y así es en verdad; porque como han de sostener las cargas del matrimonio siendo dos personas y en qué proporción han de contribuir á su sostenimiento, son dificultades que nacen, por tener el marido y la mujer una personalidad independiente dentro del matrimonio, cosa que no ocurriría, si se adoptara el sistema de gananciales, que indudablemente es el mejor de todos. Por otra parte, si admitimos la conclusión del feminismo con todos los radicalismos que trae, se dá el caso, de que siendo independientes el marido y la mujer, para disponer de sus bienes con independencia del otro, parece que al cónyuge, no le interesa el destino que dá á los bienes el otro cónyuge, siendo así, que la familia como sociedad tiene sus exigencias y no puede quedar en pié esa separación absoluta de los cóuyuges, porque á los dos les interesa, la buena administración de los bienes de la familia.

No se puede desconocer, que por lo que se refiere á la administración de los bienes del matrimonio, deben

intervenir los elementos que hay que combinar, el elemento social y el elemento individual, la sociedad familiar y las personas que la forman, y el feminismo lo que hace, es exagerar la intervención del elemento individual, sin tomar en consideración el elemento social, siendo la separación de bienes un sistema tan exagerado, como en sentido contrario lo es, el de la comunidad de bienes, que atiende sola y esclusivamente al elemento social y prescinde del individual. No puede admitirse, por tanto, la conclusión del feminismo, por prescindir del elemento social dentro de la familia, por romper la unidad que debe existir en toda sociedad, y por traer dificultades é inconvenientes, para el levantamiento de las cargas del matrimonio, precisamente, por introducir esa anarquía que supone, que el marido y la mujer sean del todo independientes entre sí.

Por lo que á la tercera conclusión del feminismo se refiere, tampoco puede admitirse, porque la pátria potestad, es una institución necesaria y podemos decir indivisible. No hay porque, quieran los feministas borrar el nombre de pátria potestad, para conferir tal poder al marido y á la mujer, pues el que manda, el que ejerce alguna facultad, debe ser uno, este es un principio aplicable á todos los que tienen que ejercer el poder, y como prueba evidente de que no tienen los feministas más remedio que admitir dicha institución, es que no saben como sustituirla, ni aciertan á dar solución práctica, para dar intervención legal á la mujer viviendo el padre, compartiendo la potestad sobre los hijos, y eso es, sin duda alguna, porque no puede desconocerse, la

necesidad de un poder director á que nos referíamos anteriormente y también, porque confunden el hecho con el derecho, y este con la moral, pues si por el órden moral, el poder pertenece á los dos y si de hecho así sucede, en cuanto que la madre comparte con el padre el ejercicio de la potestad, en el derecho, no puede fijarse con precisión los límites de cada cónyuge, por la imposibilidad de separar facultades que si en el órden interior de la familia á ambos corresponde por igual, no así en el órden externo, que tales facultades deben residir en el padre, para hacer cumplir sus deberes á cada uno y para abstenerse de usarle (que es lo que ordinariamente sucede) cuando todos cumplen con su misión dentro de la familia. Y si los feministas, no aciertan á resolver prácticamente la cuestión relativa á que la pátria potestad sea de los dos, no hay otro remedio que mantener dicha institución como está regulada en los Códigos, por las razones dichas y también, para contener á la familia en el recinto en donde debe moverse.

En lo que sí hay que estar de acuerdo con los feministas es en que la madre viuda, tenga la potestad con la misma extensión que el padre, porque esto obedece á la naturaleza de las cosas y porque nadie mejor que ella puede ejercer esos poderes dentro de la familia. Así lo van reconociendo los Códigos civiles y es censurable el Código español, que habiendo modificado los preceptos de la ley del matrimonio civil que era más sensata y discreta por lo que afecta á esta cuestión, prohibe continuar ejerciendo la patria potestad á la viuda que pase á segundas nupcias, á no ser que el marido la autorice,

en lo cual el Código, ha cometido un gravísimo error al privar de la patria potestad á la mujer en ese caso, porque el segundo matrimonio, no debe ser causa de quitarla aquellas facultades, quedando á los hijos en poder de tutores, lo cual es siempre peligroso y sobre todo, el hecho de pasar á segundo matrimonio, no es causa para romper el vínculo jurídico, en que se funda la patria potestad.

Basta con lo dicho para comprender que el feminismo aplicado al Derecho civil, mantiene conclusiones que no están dentro de lo justo y racional y con las consideraciones anteriores se puede comprender, el interés escaso del problema del feminismo en el Derecho privado; por eso no hemos hecho más que indicaciones generales (1).

(1) Es inmensa la literatura jurídica contemporánea acerca del problema del feminismo en sus diferentes fases pero para darse idea de las principales cuestiones puede consultarse el citado Bridel, Melanges, Feministes, Lerolle «De la capacite de la femme marié Franch Cours sur legislatión feminista, Menger obra citada y la recentísima obra del Sr. Posada, catedrático ya muy conocido por sus publicaciones titulada *El Feminismo*, aparte de muchas más obras y artículos de gran mérito que no hay para que citar. *El Feminismo*, á juzgar por lo que se ha escrito acerca de él, es el problema del día.

CAPITULO X

Reformas pedidas por los modernos civilistas respecto al Derecho de Propiedad.—Los individualistas y socialistas.—Principales lagunas de los Códigos civiles en esta materia.—Crítica de Menger al Código civil alemán.—Reformas en el Derecho hipotecario.

Si hubiéramos tenido el propósito, al escribir esta obra, de estudiar filosófica y fundamentalmente el Derecho de propiedad, tendríamos que dar gran extensión á este capítulo, por ser hoy una de las cuestiones jurídicas más importantes la referente á esta materia. Para ello, hubiéramos tenido necesidad de exponer las teorías, que pretenden determinar el fundamento de la propiedad, y aquéllas que la niegan y la combaten, ó aspiran á dar al Estado una misión, que en la actualidad no tiene, para concluir, con sentar nuestra opinión, favorable desde luego, á la propiedad individual. Pero nuestra labor es más modesta, y no por eso menos importante, se reduce á determinar las reformas legislativas, que quieren introducir los modernos civilistas, en el Derecho de propiedad, tal cual se halla regulado en los Códigos civiles, vigentes en las principales naciones, haciendo notar los defectos de las legislaciones en esta materia, y de qué manera han de completarse, llenando los vacíos que se notan.

Hubo un tiempo, en que preocupaba hondamente el determinar el fundamento de la propiedad; se distinguía con cierta sutileza entre los términos propiedad, propiedad de derecho, derecho de propiedad, y los autores en este punto, tenían opiniones distintas, pero sin reportar sus estudios conclusiones prácticas y ponían los civilistas especial empeño en presentar una nueva teoría sobre el fundamento de la propiedad, y la Filosofía del Derecho, no obstante, no llegó á resolver á satisfacción de todos esta cuestión, puramente abstracta. Trabajo tan fecundo en teoría y tan infecundo ante los hechos, en que parece pugnaban los juristas en idealizar la realidad, sin preparar el camino para que el legislador realizase el ideal, produjo una reacción en los estudios; la sociología vino á influir y á cambiar el sesgo de la cuestión, y en vez de fijarse en discurrir sobre el fundamento y principio de la propiedad, hizo que se preocupe la mente de los juristas, en la organización de la propiedad, dando con esto, á mi modo de ver, un paso agigantado, pues ya se la presupone legitimada y admitida.

No puede negarse, por ser un hecho del todo evidente, como afirma S. Maine (1), Lampertico (2) y Laveley (3), que la prepiedad, lejos de ser inflexible é inadaptable á la marcha de la civilización, es acomodaticia y camina siempre en perfecto acuerdo con aquélla, si bien es cierto, que en ese desarrollo no hay un encadenamiento necesario, como aspiran á probar los modernos sociólogos.

(1) L'Ancient droit. *Histoire de la propieté primitive.*
(2) La propieté.
(3) De la propieté et de sus formes primitives.

¿Qué función ejerce la propiedad? ¿Cuál es la misión del Estado dentro de ella? He aquí las principales preguntas, en cuya contestación se ocupan los sociólogos juristas.

Para determinar la función de la vida económica, los positivistas recurren al manantial, para ellos inagotable, constituido por dos grandes conceptos que le alimentan. Primero, estudiar comparando las funciones animales con las del hombre, á que tan aficionado es Spencer (1), y que tanto nombre ha dado á Espinas (2) y Segundo, comparar también, para inducir más tarde las sociedades bárbaras y salvajes de hoy, para deducir el estado de los pueblos antehistóricos, procedimiento que creemos haber combatido suficientemente, y que también rechaza Schiatarella.

De esa fuente y para abreviar, ya que este análisis nos llevaría á dar más extensión á este trabajo, deducen los modernos autores, que la propiedad es un organismo de nutrición.

La propiedad en las varias formas de su organización, cumple con relación al cuerpo social, el mismo oficio que en los otros seres vivientes cumplen, los órganos de nutrición dice Cimbali (3) y D' Aguanno (4) «La propiedad sirve para reforzar al individuo en la lucha por la existencia». He aquí en síntesis el fundamento de la propiedad, es el estómago del cuerpo social,

(1) Puede verse su obra *La Sociologia,*
(2) Las sociedades de animales.
(3) Obra citada pág. 136 de la *Traducción española.*
(4) Obra citada pág. 431 *Traducción española.*

(concretando aún todavia el pensamiento de los sociólogos) en el que se elaboran los materiales para el bienestar de las sociedades á lo que pudiera decirse como afirmaba Lucchini «todo lo que hay de verdad en sus doctrinas es antiguo ó descansa sobre lo antiguo» refiriéndose á la escuela Antropológica. Efectivamente, esta teoría presentada bajo un aspecto de novedad, no es más que una reproducción por cierto poco feliz de la teoría de Arhens y otros, que fundaba el Derecho de propiedad, en las necesidades del hombre. Si la propiedad es el órgano de nutrición de las sociedades, es claro, que no hace otra cosa que satisfacer las necesidades de alimentación que tiene el grupo social y sí es el estómago de ese mismo grupo, no hay porque dar tanta importancia á la propiedad, por lo mismo que el estómago subordinado está á la cabeza del cuerpo humano. Se nos ocurre como indicación de crítica á la teoría de estos modernos pensadores.

1.° Que no queriendo discurrir sobre el fundamento de la propiedad, porque les importa más su organización que el principio en que descansa, presentan una base falsa, cual es, la de compararla con los órganos de nutuición del cuerpo del hombre.

2.° Que si el procedimiento analógico es siempre peligroso emplearle, lo es más tratándose del Derecho de propiedad, ya que la propiedad hay que estudiarla no solo con relación al fin que en las sociedades cumple, sino tomando en cuenta como se ha formado y creado.

3.° Que al resucitar la teoría de Arhens que dice, que las necesidades del hombre son el fundamento de la

propiedad, viene á incurrir en los mismos errores de aquella, pues si todos tenemos derecho de alimentarnos y la propiedad sirve para nutrir el cuerpo social, es el caso que todos en colectividad y cada uno de por sí, debemos ser propietarios, pudiendo llegar lógicamente hasta donde llegó Brissot, de conceder á los brutos derecho de propiedad.

4.° Que esa serie de evoluciones porque pasa el sentimiento de la propiedad, que de egoista se convierte en ego-altuista y después en puramente altruista, es más ideal que positivo y práctico, en cuanto se hace partir ese sentimiento, de los animales y estos obran *apropiándose* las cosas, no para hacerse propietarios, sino porque así se lo ordena su instinto.

5.° Que si la propiedad no hace otra cosa que nutrir el organismo social, puede darse el caso de ser excesiva la propiedad, porque el cuerpo social esté suficientemente nutrido, en cuyo caso, la propiedad sobrante ó es ilegítima ó el Estado debe limitar la producción de la misma, lo cual es del todo absurdo, al conceder al Estado atribuciones que no puede corresponderle, si bien hay que advertir, que la mayoría de los civilistas que al positivismo fielmente siguen, son socialistas no á la manera de Prudhon, sino como lo es Marx y Schäffle.

¿Cuál es la intervención del Estado en la vida económica?

He aquí la otra pregunta, que envuelve su contestación, una reforma en el concepto de la propiedad. Pugnan para dar solución á este enunciado dos escuelas; de un

lado, los individualistas, de otro, los socialistas. Las razones de los primeros, se pueden concretar en los siguientes postulados: 1.° que si el Estado tuviese que proveer á la producción de toda clase de objetos, no sería posible que los proveyese para satisfacer todas las necesidades; 2.° la mejor manera para evitar monopolios, es la libre concurrencia, por el estímulo que sirve á otro capitalista á ejercer la misma industria si produce mucho; 3.° que si la ley de la oferta y de la demanda hace que los salarios bajen, la libre concurrencia hace, que baje el valor de los productos; 4.° que si es verdad que las máquinas disminuyen los brazos, tambien aumenta la necesidad de la mano de obra y por último, que solo con el sistema de la más amplia libertad, se protejen los descubrimientos, las invenciones científicas y los nuevos sistemas industriales. Los socialistas por el contrario, además de negar las ventajas de la libre concurrencia, sostienen doctrinas radicales que resumimos en las siguientes conclusiones: 1.ª que si la propiedad viene del trabajo, hay que cambiar la organización de la propiedad de hoy, puesto que buscando el orígen de la propiedad actual, no está basada sobre aquel; 2.ª no lo está por su génesis, porque cómo dice Schiatarella (1), los latifundos son debidos á expoliaciones militares, y los capitales, á especulaciones afortunadas, no siempre lícitas; 3.ª no lo es por su mecanismo, la propiedad de hoy no es hija del trabajo, porque como dice Loria, hay tres fenómenos que acompañan

(1) Conferencias pronunciadas en Palermo y Mesina, 1890 y 1891, respectivamente.

á la actual propiedad que no provienen del trabajo, la renta, la coyuntura y el salario; 4.° que es necesario que el Estado socialice los medios de producción y de esta manera daría trabajo siempre al obrero, 5.° que el Estado en vez de ser un tirano para el individuo cumpliría su fin, pues como dijo Lasalle «el Estado son las clases trabajadoras». Tales son las razones apuntadas en cuanto á la organización de la propiedad, según los modernos juristas, el Estado ejerce un papel importantísimo en la resolución del problema social pues como decía Scchiatarella, la cuestión social se reduce á la cuestión de miseria general (1), y á evitar esas asperezas de clase y esos contínuos choques entre el que tiene y el que no tiene, debe dirigirse el Estado, ya que el individuo afirman, es impotente para solucionar el problema. Entrar en discusión sobre esta tendencia hoy tan generalizada del socialismo, nos llevaría á hacer grandes consideraciones, para poner las cosas dentro de sus verdaderos límites y se saldría de los moldes de nuestro trabajo, en los cuales se encaja perfectamente la observacion de que los civilistas sociólogos, son socialistas en el sentido de no admitir en absoluto la libre concurrencia y de oponerse á la célebre fórmula, «laisser faire, laisser passer, si bien no son partidarios del colectivismo, pues como dice D'Aguanno (2). Há lugar además á temer que haciendo colectiva la propiedad de la tierra se verifiquen nuevas

(1) Conferencia de Palermo.
(2) Obra citada, pág. 441.

usurpaciones por parte de los prepotentes ó se originen nuevos monopolios» (1).

Y llegamos al punto principal de la reforma que pretenden hacer los modernos civilistas que imitando á Pellegrino Rossi, que censuró al Código francés (2) se esfuerzan los compatriotas de este, por extremar sus censuras contra el Código italiano, cuyas censuras pueden muy bien aplicarse al Código español, ya que ambos Códigos tienen grandes relaciones. En efecto, Cimbalí (3), Mantellini, Rinaldi, D'Aguanno, han dirigido los dardos de la crítica contra su Código nacional, pudiendo concretar sus doctrinas desde el punto de vista de la reforma en las palabras de Jacini (4) «en una época la propiedad se consideraba como el dominio de la tierra, hoy se presenta como una necesidad social para conservar y aumentar la riqueza agrícola nacional».

Esto es cierto; precisamente el mejor argumento que puede hacerse al que en la actualidad pretenden negar la propiedad es hacerla útil, pues, como dice el propio Jacini, el espíritu de los tiempos es poco favorable á los parásitos (5), y por tanto, la propiedad debe contribuir al bienestar social, nunca ha de servir para hacer que aumentén, las asperezas entre el capitalista y el obrero.

---

(1) Basta para conocer nuestro modo de pensar con lo dicho en el cap. 5.º de esta obra.

(2) Observaciones al Código de Napoleón.

(3) Obra citada y la Propiedad y sus límites «Archivo jurídico», tom. 24.

(4) Relación sobre los resultados de la investigación agraria.

(5) Relación cit., pág. 81 y 82, cap. VI.

Dos lagunas grandes—dice Cimbali (1)—merecen cubrirse: una que concierne á la propiedad del Estado, sobre la que los Códigos civiles callan, y otra que se refiere á la propiedad mueble, que tan poco caso se ha hecho de ella, en los Códigos modernos. Nada se dice en nuestro Código en comparación á lo que debiera, sobre la propiedad corporativa, imitando con esto á los Códigos francés é italiano, y esta omisión tan lamentable, no se puede perdonar al legislador, en cuanto que las personas colectivas, han adquirido en los actuales tiempos una importancia grandísima, por lo mismo que complementan la personalidad individual, y son más capaces que éstos para la realización de empresas, que, por su naturaleza, exigen mayor esfuerzo (2). Y nuestras censuras aun tienen que ser mayores, ya que, al imitar nuestro Código al italiano, debieran sus redactores conocer los defectos que los autores habían atribuido á aquél; y si ésto hubieran hecho, habrían modificado el art. 515, que concuerda con el 518 del italiano, y que sirve de base á la crítica que hace Cimbali al sostener, que nada se ha dicho de la propiedad del Estado, ni siquiera de la misión que éste ejerce, cuando en la propiedad interviene.

La otra laguna—decimos—se refiere á la propiedad mueble. Ya hizo notar esta observación Pellegrino Rossi, respecto al Código francés, y los autores italianos á su

(1) Ob. cit., págs. 139 y 146.

(2) Acerca del Fundamento de las personas sociales, puede consultarse mi obra, próxima á publicarse *Instituciones civiles*.

Código nacional, que nosotros extendemos al Código civil de España. Sabida es, la gran importancia de la propiedad mueble en los pueblos actuales, la gran influencia del crédito y los valores é instrumentos creados por la industria, y ésta es la fecha, que tal cúmulo de bienes han pasado inadvertidos para el legislador francés, primero, para el italiano más tarde, y para el español, aún más modernamente.

Cuatro palabras sobre la expropiación forzosa por causa de bonificaciones y mejoras agrarias y de obras industriales.

Cimbali lo defiende con entusiasmo, al considerarlo como una necesidad de los tiempos modernos. No hemos de negar que eso sería conveniente para que la propiedad fuera siempre útil; pero si la expropiación por causa de utilidad pública, á veces tiene lugar en perjuicio del Derecho de propiedad y de las sagradas facultades del propietario ¿á cuántos abusos no daria lugar aquella expropiación? Entiendo, que aún no ha llegado el momento oportuno de defenderlo, y menos de que forme parte de nuestro Código.

En conclusión, el Código civil se ha sustraido en la materia de propiedad, á las reformas que la ciencia aconseja, es preciso, que la ley civil española se reforme, que sea la propiedad un medio para alimentar y nutrir en el sentido indicado anteriormente por nosotros, no tan solo á los individuos, sino á las corporaciones, que se defina la misión del Estado como ente político, su intervención en la propiedad como persona social, su aptitud para ser propietario y de este modo,

dando además la debida importancia que merece la propiedad mueble, nuestro Código llenaría sus principales lagunas y merecería los plácemes de los civilistas.

Menger se ocupa tambien con detenimiento de la manera de regular la propiedad, el Código civil alemán y dice: «Buscando en primer término el carácter general del Derecho de las cosas, cual se ofrece en el libro tercero del Proyecto, encontramos una especie de debilitación interna y una disgregación del orden de la propiedad. Surge esto ante todo, de la tendencia predominante en el Proyecto á sacar el régimen de la propiedad de sus bases económicas y á tratarlo tan solo como una cuestión de poder». Esta crítica del Profesor de Viena, está hecha desde el punto de vista del socialismo que el profesa y de tal manera llega á confundir lo económico con lo jurídico, que en todo lo que expone para desenvolver aquella fórmula, no significa más que el deseo de probar por un lado, la deficiente organización de la propiedad en las clases sociales y la triste situación de las clases pobres, que no disfrutan de los beneficios de la propiedad. Injusto es Menger al criticar tan duramente á los Códigos civiles, pues si no se puede negar que existe de un modo palpitante la cuestión social, mientras esa cuestión no se resuelva, los Códigos no pueden adoptar disposiciones como las que quiere Menger ya que ni al Derecho civil le corresponde del todo la resolución del problema social, aunque lo diga Gianturco, ni hay solo un problema social, sino problemas sociales como afirmaba Gambetta. Exagera Menger tambien cuando dice, que «la propiedad, las servidumbres, el

Derecho de hipoteca, ni se establecen ni se transfieren porque sea ello requerido por las relaciones jurídicas y económicas del caso, sino porque una de las partes ha consignado ciertas fórmulas en el registro correspondiente de hipotecas» pues una cosa es el acto en virtud del que se transmite ó adquiere la propiedad y otra, la garantía que el Estado otorga á aquel acto, á fin de que se determine quien es el propietario y desde cuando ante el Estado, ejerce el caracter de tal. Y estas dos cosas, no son confundidas por el Código alemán, ni por ningún Código, pues la garantía del Derecho de propiedad por medio de la inscripción en el Registro, es un progreso en el Derecho civil que no puede desconocerse y que el Estado, al exigir ese requisito, cumple con su misión al realizar con ello un fin jurídico, amparando al propietario que cumple con la Ley.

Otro punto importante que conviene reseñar es, el referido por Menger, bajo el título de debilitación interna de la propiedad por la administración y por el impuesto, pues dice perfectamente el profesor de Viena: «Que desde la mitad del pasado siglo, los Estados civilizados europeos han aumentado hasta lo infinito su autoridad administrativa, y como consecuencia del desenvolvimiento del Derecho público el Estado civilizado, tiempo ha, que no es un amigo desinteresado, un protector, sino un compañero molesto del propietario, que con tono autoritario, pretende dominar y usufructuar la propiedad en unión del propietario. Y esto es verdad, de tal manera van en aumento los impuestos sobre la propiedad, que cada día tiene el propietario más restringidos sus

derechos sobre las cosas, siendo el Estado hoy un verdadero coopropietario y si seguimos en progresión ascendente, todo el Derecho privado, será mudado como dice Menger, por el Derecho público.

Preciso es, pues, que mediten los legisladores que cuanto más restricciones impongan al derecho de propiedad, tanto más se debilita el vínculo jurídico que aquél derecho supone, y por lo tanto, si han de ser lógicos con el actual sistema jurídico establecido en las legislaciones de los pueblos cultos, han de disminuir las trabas y restricciones de la propiedad privada, á fin de que el propietario pueda moverse con libertad dentro de su esfera de acción y la propiedad sea libre, transmisible y propiamente privada.

Otro problema importante presenta á la consideración de los legisladores alemanes, cuyo problema de gran interés social, ha de ser resuelto en el porvenir cuando cambie el sistema jurídico actual sobre la propiedad conforme á la opinión de Menger y los socialistas. Este problema, se refiere á quien deben ir á parar las *cosas sin dueño* que según el estado socialista no deben ser del que nuevamente las apropia ni siquiera del Estado, sino que deben ser para las clases obreras, á las cajas é instituciones fundadas para asegurar á los obreros, contra las desgracias del trabajo. Esta medida supone ya una transformación de la propiedad, es el principio de un régimen colectivista, que empezando por esa propiedad que pudiéramos llamar desaparecida concluiría por hacer lo mismo, por transformar la propiedad que tiene dueño, lo cual no me parece que

habría de producir grandes beneficios á la sociedad, pues entiendo que la propiedad individual, mejor dicho privada, es insustituible, sin que yo niegue tampoco que no deben introducirse reformas convenientes encaminadas á regular el uso y aprovechamiento de las cosas en beneficio de las clases trabajadoras, fomentando instituciones útiles para su mejoramiento,

Pero hasta que no se transforme el actual ordenamiento jurídico, tiene razón Menger al decir, que hoy no tienen derecho las clases obreras á percibir las cosas sin dueño, esto sucederá cuando el Estado llegue á ser un Estado obrero ó económico.

La reforma que pretende realizar Menger, está dentro del problema obrero, á cuya resolución tienen que contribuir disposiciones relativas á distintos órdenes, por lo mismo que hemos dicho que el problema social ni es económico, ni jurídico solamente, sino moral, y hasta religioso, por lo cual es complejo, y de dificilísima resolución (1).

Es también necesario que se reforme el Derecho hipotecario y con esto nos referimos á España, puesto que estamos viviendo en una legalidad acaso más retrasada que cuando se publicó la ley hipotecaria, pues el estacionamiento legislativo en esta materia, ha sido evidenciado por los escritores y todos convienen en que deben reformarse, los preceptos de la ley en algunos extremos importantes.

(1) También expone otros problemas Menger como el de la inviolabilidad de la propiedad y la protección de la tenencia pero que por no dar mucha extensión á la obra, y por no ser de tanta importancia, no nos ocupamos de ellos, véanse los párrafos 31 y 33.

Considero exagerada sobre materia tan interesante como es la de las garantías de la propiedad territorial, la opinión de un ilustrado civilista, el Sr. Oliver, que siguiendo y aceptando los principios de la legislación alemana, quiere que la inscripción hipotecaria, sea uno de los modos de adquirir y trasmitir dicha propiedad, pues si bien esta opinión es lógica dentro del sistema de hipotecas, aceptado por el legislador español, no obstante á admitir la inscripción hipotecaria con tal carácter y condición jurídica, se han opuesto las tradiciones jurídicas de España y hasta las opiniones de nuestros más conspícuos jurisconsultos, que quieren ver en la inscripción un medio de dar publicidad al acto (1), de garantizar la propiedad, evitando los perjuicios que pueden ocasionarse á un tercero, pero no equiparar la inscripción hipotecaria á los demás modos de adquirir, puesto que por ella, no se adquiere, la propiedad, como es natural, la adquisición se ha hecho antes que la inscripción se verifique. De aceptar la conclusión de los jurisconsultos alemanes que de estas materias se ocupan y del Sr. Oliver, vendríamos á incurrir en las censuras á que hacía referencia Menger y de que hablamos anteriormente.

Considero de necesidad cambiar el actual sistema hipotecario y entiendo, que apesar de la opinión para mí respetable del Sr. Oliver, dada su competencia en estas cuestiones, que podrían introducirse modificaciones en la legislación hipotecaria, bajo la base del sistema

(1) Derecho inmobiliario español, por D. Bienvenido Oliver, t. 1.° pág. 861.

conocido con el nombre de *Acta Torrens*, siempre claro es, bajo la base del actual sistema, respetando derechos adquiridos y con modificaciones que fueran adaptables á nuestras costumbres jurídicas.

El exceso de requisitos y formalidades que son necesarias en la actualidad para la trasmisión de los bienes y constitución de los Derechos reales, es una de tantas cargas que gravitan sobre la propiedad inmueble y tales dificultades, se obviarian con un sistema como el del Acta Torrens, de sencillez en las fórmulas, al mismo tiempo que de seguridad legal en los actos celebrados, y si á esto se agrega, el principio acaso más importante que informa al sistema, cual es, el de la inatocabilidad del título inscripto, con lo que se consigue una absoluta seguridad de la propiedad, sin temer por lo mismo una demanda que pidiese la nulidad de la inscripción, veremos que su importancia es grandísima y que merece estudiarse por las legislaciones de los Estados, porque pudiera producir enormes ventajas su establecimiento, no mirándole como un afán é intento de novedad, según afirma hasta con tono despreciativo Oliver, sino como un sistema hipotecario, por muchos motivos respetable.

Y si se ha de favorecer el Crédito territorial y principalmente el Agrícola, para evitar la usura y sus lamentables consecuencias conviene que los legisladores adopten el sistema de crear títulos de propiedad *pignorables* y *trasmisibles*, cuyos títulos representarán la misma finca, y por consiguiente un capital, para el dia que el propietario quisiera sacarles al mercado, y tener una

cantidad disponible para cubrir sus atenciones, cosa que no se puede hacer con el actual sistema hipotecario de las principales Naciones y por tanto, es urgente remediar el mal, modificando la legislación hipotecaria en aquel sentido (1).

Y aparte de lo ya dicho en otro lugar, respecto á que en nuestro Código no se han incluido Leyes importantes como es la ley hipotecaria y otras como la de propiedad intelectual, etc., etc., es urgente su reforma; principalmente en los modos de adquirir, puesto que tan solo considera á la prescripción por el lado liberatorio, sin ver que es un medio de constitución de los Derechos reales, el considerar la prenda y la hipoteca principalmente en su aspecto contractual, siendo como son Derechos reales, son tantos otros defectos que no exponemos por no salirnos del objeto de la obra é indican que es necesaria una amplia revisión del Código civil Español, si ha de satisfacer las exigencias científicas modernas.

(1) Esta idea ha sido expuesta, también si mal no recuerdo, por el ilustre jurisconsulto Sr. Costa, en el programa de reformas que pudieran discutirse en la asamblea de Productores que como Presidente el de la Cámara Agrícola de Barbastro convocaba. También esa idea fué aceptada por el Centro de Labradores de esta Capital Castellana como medida altamente provechosa para los intereses de la Agricultura y me cabe la honra de como individuo de la ponencia de las Bases para la reforma de la legislación actual, haber presentado y defendido la reforma de la ley hipotecaria en el sentido arriba expuesto, habiendo sido aceptada la base, por unanimidad.

DERECHO SUCESORIO

CAPÍTULO XI.

Idea de la sucesiòn.—Sucesión testada é intestada.—La sucesión testada debe ser preferente á la legítima.—La libertad de testar y las legítimas —Reformas pedidas per los modernos civilistas respecto al Derecho sucesorio.—La sucesión contractual.

Se ha dicho por un ilustre escritor italiano (1), que el Derecho de sucesión se reduce de una parte, al Derecho de Familia, de otra, al Derecho de propiedad; que la sucesión presupone la justificación del Derecho de propiedad por un lado y por otro, la organización de la familia y que el Derecho de familia se afirma preferentemente, ó preponderante, en la sucesión abintestato y el Derecho individual, en la sucesión por testamento. Y esto demuestra, que el Derecho sucesorio es un complemento del Derecho de familia y del Derecho de propiedad, porque para que la propiedad sea completa y cumpla su fin, ha de ser trasmisible y si á la familia se la ha de considerar como un ente colectivo, de personalidad independiente, hay que conceder ciertos Derechos sucesorios

(1) Filomusi Guelfi en su obra citada § 74, pág. 186.

á los indivdiuos que la componen, de este modo resulta, que el Derecho de familia, el de la propiedad y el de las sucésiones se integran reciprocamente.

En toda sucesión, hay tres intereses que no puede prescindirse de ninguno de ellos, por lo mismo que son elementos indispensables de su existencia.

Estos tres elementos son el individuo, la familia y el Estado, y de tal manera son necesarios para la existencia del Derecho sucesorio, que de la combinación de ellos depende principalmente, las reformas que se piensen introducir en las legislaciones. Todos los intereses que representan tales elementos han de entrar en la relación jurídica del Derecho sucesorio en la medida que á cada uno de ellos corresponda, para cumplir el fin social que tal Derecho realiza, y de aquí, que si prepondera el interés del Estado en las sucesiones, vendríamos á parar á una organización socialista, si la familia prepondera en las sucesiones, caeríamos en los errores, por demás funestos, que supone la vinculación de la propiedad y la escasa transmisibilidad de la misma; y si prepondeban los intereses individuales, daría lugar á una legislación exageradamente individualista, haciendo caso omiso del interés, que en la sucesión deben tener los individuos de una familia, corriendo el peligro de que los bienes en todos los casos, irían á parar á personas de familia diferente.

A evitar los inconvenientes que resultan, de que uno de los tres elementos prepondere en la legislación que regule el Derecho sucesorio, deben ir encaminados los propósitos del legislador, procurando huir de radicalismos

y exageraciones, siempre peligrosas, y mucho más en esta materia.

El Derecho de sucesión puede adoptar tres formas, que con gran claridad expone Menger (1): 1.° El sistema de la aglomeración hereditaria forzosa; 2.° sistema de la distribución hereditaria forzosa; 3.° el sistema intermedio que llama de la libertad testamentaria. Por el primer sistema, el patrimonio se trasmite á un hijo solo, sin que el mismo que lo deja, pueda por disposición de última voluntad, hacer nada en contra. El ejemplo de esta clase de suceder, le vemos en los Fideicomisos familiares y en las vinculaciones en general. El segundo sistema consiste en que el patrimonio del difunto, se divide entre los hijos, y, á falta de éstos, entre los parientes que siguen en proximidad, si bien hay que advertir, que este sistema, como el anterior, no distribuye todo el patrimonio del difunto, sino una parte mayor ó menor, según las condiciones históricas de la legislación que le adopta.

El último sistema, consiste en que el testador ordena por su última voluntad la distribución y el destino de su patrimonio; pero, como dice el autor citado, la libertad de testar puede ser interpretada de dos modos: ó se interpreta la libertad de testar en el sentido, de que es ley general la sucesión testamentaria y la sucesión legítima ó abintestato, la excepción, en cuyo caso ésta representa la voluntad presunta del testador, y que equivale, por lo tanto, á un testamento que el legislador

(1) Obra citada. pág. 392 y siguientes.

redacta en lugar del individuo fallecido, ó puede interpretarse, en el sentido de considerar como forma regular ordinaria y general, la sucesión legítima, pero cuya forma regular puede ser derogada y modificada por la voluntad del testador. Ambas interpretaciones originan en el campo del Derecho distintos efectos; porque, aunque parten del principio general de la libertad testamentaria, sin embargo, son diferentes y producen consecuencias muy distintas, porque por la primera interpretación, la sucesión legítima es secundaria, y por la segunda, es la forma principal, y me inclino á creer que esta segunda interpretación, apenas si encaja en la tercera forma de secesión, porque antes que la voluntad está la Ley, por lo mismo que la sucesión legítima, es la ordinaria y la general y la sucesión testada la excepción.

Estas formas nos dán la clave para discurrir acerca del Derecho sucesorio, é investigar la conveniencia de adoptar las reformas de los modernos civilistas ó por el contrario, rechazarlas.

De las tres formas indicadas, debemos empezar por rechazar la primera, por ser ya una forma desusada y abandonada ya por los paises cultos, quedan las otras dos que son adoptadas por los legisladores de varios Estados, pero para ello, se hace preciso distinguir dos clases de sucesiones, que son dos maneras principales de transmitirse á los herederos, los derechos del difunto.

Esas dos maneras en la transmisión, son la sucesión testamentaria en virtud de la que, y por un documento donde expresamente se determina la voluntad del testador, se sucede en los bienes y se hace la trasmisión de

éstos, conforme á lo dispuesto en el testamento. Y la otra manera, es la sucesión legítima, *abintestato*, que tiene lugar, cuando el testador nada ha dicho en su testamento acerca de la distribución de sus bienes, ó aunque lo haya dicho, no consta legalmente su voluntad por consignar ésta en un documento que no llena los requisitos legales, ó aun cuando ninguna de estas cosas ocurra, no hay sucesor, por ser este incapaz ó porque no ha querido aceptar la herencia.

Existe divergencia entre los Autores, respecto á la conveniencia de una ú otra forma de suceder. Hay quien defiende la sucesión testamentaria, hay quien la combate, hay quien cree que la única sucesión que debe admitirse es la intestada y hay quien opina, que ésta no debe permitirse, tal cual actualmente se halla en vigor.

«Algunos, dice D'Aguanno (1), niegan desde luego todo Derecho á la sucesión, sea legítima, sea testamentaria, como los socialistas ó todo lo más admiten que el legislador, atendiendo á particulares circunstancias, puede admitir la primera teoría sostenida en otro tiempo en Alemania por Puffendort y por Binckershde y en Francia por los hombres que prepararon la revolución como Mably, Rousseau y Gilbert des Voisines ó que la realizaron como Mirabeau, Robespierre y Tronchect. Otros, repitiendo la antigua distinción de las instituciones de Derecho natural y civil, colocan entre las primeras la sucesión legítima y entre las segundas la testamentaría (Merlin, Grenier Toulhier). Otros, niegan el

(1) Génesis pág. 457.

Derecho de los parientes á la sucesión legítima, sosteniendo que solo debe respetarse la voluntad del *de cujus* manifestada en forma debida, tal sucede con Stuart Mill».

Sin ocuparnos de justificar ó exponer en su caso todas estas teorías, interesa á nuestro objeto, ya que las dos formas de sucesión testada é intestada, han sido admitidas en la Historia de las legislaciones, determinar porque es preferible en las legislaciones actuales la sucesión testamentaria á la legítima, porque cuando hay testamento, sus preceptos y cláusulas se cumplen preferentemente y la sucesión legítima viene á suplir á la testamentaría En cuanto al orígen histórico de ambas formas de suceder, diremos, que es más antigua la legítima, que la testamentaria, pero á medida que ha avanzado la legislación, se ha ido consolidando el hecho de prevalecer sobre la sucesión legítima, la testamentaria.

La sucesión decimos, que es un hecho jurídico que se enlaza con la cuestión relativa al Derecho de propiedad, y por esto, los que no admiten la existencia de la propiedad individual, son lógicos en rechazar la sucesión testamentaria y la sucesión intestada, pero admitida la propiedad individual como nosotros la admitimos, considero que es consecuencia de aquel Derecho, la preferencia de la sucesión hecha por testamento.

Así es que, volviendo la vista á los factores que entran en el Derecho sucesorio, diremos con Cimbali (1)

(1) Obra citada pág. 171.

que lo cierto es, que el elemento individual, aunque concurre junto y se enlaza al elemento familiar y social, todavía predomina siempre en el Derecho de propiedad privada, para hacer individual el uso y el ejercicio de este, salvo una parte del disfrute, que bajo de alimentos tiene lugar en favor de la familia, bajo forma de impuesto en favor del Estado» y esto es verdad, porque si la propiedad es individual, el individuo ha de disponer de ella y nunca es más completa la propiedad como dice Tiehrs, que cuando es personal y hereditaria, nadie mejor que el propietario puede saber cual es el destino más conveniente á su propiedad y es mezquino suponer que el que puede libremente disponer de sus bienes por un acto *inter vivos*, no pueda disponer para después de su muerte, pues de algo ha de servir la inteligencia del hombre; de otro modo, sería imponerle una limitación á su persona; por eso dice atinadamente Ahrens (1) que «el Derecho de testar ha sido reconocido especialmente como emanación del Derecho de personalidad» y siendo esto así, como no puede menos, no hay ley ni precepto que sea superior al Derecho de personalidad, y por tanto, la sucesión testamentaria que de él emana, debe estar por encima de la sucesión legítima, que nace por lo mismo de la ley.

Para aquellos que ven en el Derecho de testar, un Derecho que nace de la Ley, lógicamente pensando, no pueden ver preferencia en la sucesión testamentaria, pero si aquel Derecho se considera como integrado, é

(1) Obra citada pág. 502.

intimamente relacionado por lo mismo, con el Derecho de propiedad, y con el Derecho de personalidad, habrá que convenir en afirmar, que este Derecho es supremo y superior á las disposiciones procedentes de la Ley; por esto con razón decía el tribuno Jaubert (1), «la prerrogativa más eminente de la propiedad, es el Derecho de trasmitirla según nos plazca y á título gratuito..... todos desean ejercer su benevolencia hacia aquellos que son privilegiados en su afección y amor; á nadie es extraño este noble orgullo que inspira el imperio que los hombres han querido tener sus propiedades, al tiempo mismo que sometieron sus herencias al poder público».

Más aun, si el hombre tiene que cumplir ciertos deberes para después de su muerte ¿quién mejor que él ha de cumplirles? ¿cómo la ley ha de suplir su voluntad si no conoce aquellas obligaciones, y como no dar fuerza preminente á la sucesión testamentaria, cuando se encamina á cumplir los dictados de la conciencia del que dispone para despues de su muerte?

No se diga que no hay razón para que prevalezca la sucesión testamentaria sobre la legítima, porque el hombre no puede estender su acción mas allá de la muerte, al estinguir ésta todos los Derechos, y que se trasfiera el efecto de la voluntad humana, cuando ésta ya no existe, porque esto es un error gravísimo el sostenerlo, porque cuando el testador dispone de sus bienes, tiene derecho á ello, no ha dejado de ser dueño de sus cosas, lo que hace es, como dice el Sr. Gutierrez (2), diferir la

(1) Informe sobre el título de donaciones y testamentos.
(2) Obr. citada.

ejecución de su voluntad, para después de la muerte, lo cual no se opone más á la razón natural, que si un propietario diere á otro sus bienes con la condición de retener él, durante la vida la posesión y el uso.

No se explica la opinión de D'Aguanno (1), cuando dice: «La afirmación del individualismo en el mundo moderno, fué beneficiosa, pero creemos que la tendencia inmoderada de someter la voluntad pública á la privada el bienestar social al individual, ha sido la causa de la inversión concerniente al concepto de ambas sucesiones, que se verificó en los legisladores y en los juristas, y que puede dar origen á perniciosas consecuencias. En efecto, si el testamento encuentra justificación en el caso de que falte la familia legítima, porque el individuo concentra entonces sus afectos en otras personas, á las cuales prodiga sus cuidados y para las que desea todo género de comodidades como lo haría con su propia familia, no tiene justificación completa cuando existe la familia legítima, porque para cimentar bien los vínculos de ésta, debe la ley hacer comprender al jefe de la misma que tiene deberes para con los hijos á quienes ha dado la vida.» Como se ve, distingue por lo que respecta á la existencia de la sucesión testada, entre aquellos que no tienen hijos y familia legítima, y los que les tienen, y esto á mi juicio es un absurdo, porque si como dice Boistel (2) con gran precisión. «La facultad de disponer en el último momento, es una consecuencia del Derecho

(1) *Génesis*. pág. 467 y 468.
(2) Obr. citada T. 1.° pág. 443.

general de disponer *inherente á la propiedad*, si le creemos nosotros un Derecho fundado en la propia naturaleza humana, si es como afirma Ahrens (1) un Derecho basado en la naturaleza *racional* del hombre que elevándose por medio de su razón, por encima del tiempo y del espacio ligando el pasado y el presente con el porvenir, proponiéndose y prosiguiendo *fines* lícitos de beneficencia, de gratitud, de afecto, que se estienden con frecuencia más allá de la vida ¿cómo hemos de hacer aquella distinción que quiere D' Aguanno, distinguiendo lo que no puede distinguirse puesto que tal distinción supone el desnaturalizar el derecho de hacer testamento? ¿Si ese derecho se funda en la persona que lo ejerce, que sino no podría usar de él, como para justificar la testamentación ha de mirarse á las personas sobre las que descansa el beneficio, como quiere el autor italiano, en vez de tener en cuenta la capacidad del que lo ejercita?

Otros autores, entre ellos Kant, sostienen que para la trasmisión de las cosas se requiere que el ofrecimiento y la aceptación sean simultáneos, y por tanto, no puede admitirse la trasmisión por testamento, porque aquí no concurre aquella simultaneidad. Pero este argumento, que sería de una fuerza incontestable si sostuviéramos que el testamento es un contrato, no tiene valor, si se considera como dice Tissot (2), que ese razonamiento prueba, que el testamento no es un contrato, pero no demuestra tampoco, que el contrato sea el único modo de

(1) Obr. citada, pág. 502
(2) *Droit naturel*, pág. 420.

adquirir, y además, como dice perfectamente Boistel (1), no se puede confundir un testamento con un contrato, por la distinta naturaleza del ofrecimiento ú oferta; en el contrato, supone un abandono *condicional* de sus derechos, y es sólo definitivo cuando se le notifica la aceptación de la otra parte, mientras que el que hace testamento, hace un abandono absoluto y definitivo, sin esperar á la aceptación, y por la diferente naturaleza de ambos actos se admite la revocabilidad en los testamentos, por lo mismo que son unilaterales, luego la facultad de testar tiene su fundamento superior, más fundamental que la sucesión, que nace de la ley.

Mirabeau impugna los testamentos, considerándolos hijos del capricho de los testadores. Cuantos actos, dice, significados por los muertos á los vivos, en que la locura parece luchar con la pasión, y en los cuales el testador ordena tal disposición de su fortuna, que no hubiera osado confiarla en vida á alguna persona; disposición, en una palabra, que para permitirsela ha sido menester que el testador se desprenda completamente de su memoria, ó que haya pensado que el sepulcro sería su abrigo contra el ridículo y las censuras» (2). Pero, como afirma atinadamente el Sr. Gutiérrez, podríamos suscribir esta crítica oportuna contra el abuso, pero que nada dice, que nada prueba en contra de la facultad de testar; y si tal crítica, se refiere al abuso en que el testador puede incurrir el legislador, no debe tomar en cuenta para regular las

(1) Ob. cit., pág. 439.
(2) Citado por Gutiérrez, pág. 133, tom. III, obra citada.

relaciones jurídicas el abuso, sino el uso ordinario y corriente, que es la norma de los actos numerosos.

Si como dice Lerminier (1), el testamento es un acto necesario á la libertad humana, necesario á la dignidad del padre y necesario para la obediencia de los hijos, si como afirma Franck (2), el propietario no debe obtener solamente los goces materiales de sus cosas, sino los goces morales como es el que experimentará el testador al disponer siguiendo sus sentimientos más íntimos, si este poder de testar, sostiene Bentham, es un instrumento puesto en manos de los individuos, para prevenir calamidades privadas, y aun puede ser considerado como instrumento de autoridad confiado á los padres, para animar la virtud y reprimir el vicio en el seno de las familias, si como manifiesta Ahrens (3), rehusar al hombre el derecho de testar, es tratarle como á un ser puramente sensible, incapaz de concebir un fin más allá de esta vida, ó hacerle obrar en conformidad á la máxima: después de mí el diluvio, preciso es concluir diciendo que la sucesión testada, tiene un fundamento filosófico racional, que no debe su existencia á la ley civil como supone Belime y otros, y por lo tanto, que debe prevalecer sobre la sucesión legítima, siendo ésta una forma supletoria de la voluntad del testador, y debe tener por lo mismo lugar solamente cuando el testador no haya dispuesto acerca de lo que quiere que se haga después

(1) Phil. du Droit, pág. 95.
(2) Philosophie du Droit civil, p. 200.
(3) Obra citada, pág. 503.

de la muerte, por así exigirlo la importancia del elemento individual, factor más importante del Derecho sucesorio y los Derechos de propiedad y de personalidad en que se funda la facultad de testar.

Pero si la sucesión por testamento, debe prevalecer sobre la intestada, esto no quiere decir que deba ser aquella la única como defiende Stuart Mill, porque la sucesión intestada tiene su fundamento racional y es necesaria en la vida del Derecho. El fundamento de la sucesión legítima se ha hecho consistir, dice Cimbali (1), en el principio de la coopropiedad familiar, apoyándose en la doctrina tradicional del Derecho romano, ó inspirándose en los dictados de la escuela del Derecho natural la encuentran en la presunta voluntad del difunto (Grocio, Zeiller, Gabba, Mattirolo)... Ninguna de estas dos opiniones, tomadas rigurosa y exclusivamente puede aceptarse, pues que la primera conduciría directamente á la negación absoluta del Derecho de disponer, en homenaje al condominio de la familia, y la segunda, por el contrario, á la afirmación también absoluta é ilimitada de semejante derecho en el individuo, privando expresamente de una parte de la herencia, á los mismos hijos y ascendientes legítimos.

Para Taparelli está el fundamento en el dominio eminente de la familia, para Kant y Fitche se justifica, por evitar las luchas que se suscitarían para apoderarse de los bienes del difunto, Leibniz la justifica únicamente porque el alma de los hijos es una emanación de la

(1) Obra citada, pág. 168.

de sus padres y Belime por varios motivos, por la ocupación de los parientes de las cosas del difunto, por la compensación de que los hijos han adquirido para el padre, por la afección que hay que suponer entre los individuos de una familia, y como afirma D'Aguanno (1) el solo vínculo fisiológico basta para fundar el Derecho de sucesión. La herencia biológica lleva consigo la formación de la familia.

Más aunque nosotros, no demos gran extensión al fundamento de las instituciones puesto que no entra en nuestro propósito, sin embargo, tenemos que hacer algunas referencias á aquél, para justificar la existencia de las instituciones civiles. Para nosotros el fundamento está, conformándonos con Ahrens, en el orden de los deberes reales, que el difunto estaba obligado á cumplir.

Es preciso comprender que estos deberes, sino les ha cumplido él, les debe cumplir la sociedad en su nombre, y por esto, interpretando su voluntad y teniendo en cuenta los altos intereses de la familia, la sucesión legítima viene á suplir la sucesión testada.

Resumiendo lo dicho, manifestamos que ambas sucesiones son necesarias, que tal cual están reguladas en los Códigos actuales, en términos generales deben continuar, la sucesión testada, prevaleciendo sobre la intestada, y ésta siendo, como dice Pisanelli, la regla general y la testada la excepción, mas, como añade Cimbali (2), también es cierto, que la excepción vence á la

(1) Génesis pág. 265.
(2) Obra citada pág. 505.

regla general..., sólo cuando falta la sucesión testamentaria ó para llenar sus vacíos, tiene lugar la sucesión legítima.

Resuelta ésta cuestión, tócanos resolver otra no menos importante, y no menos discutida también. Esta cuestión es la relativa á la libertad de testar, esto es, si el testador no debe, por obligación legal, dejar una cuota que se llama legítima, en favor de sus descendientes, y aun de otras personas, ó por el contrario, debe reservar cierta cantidad de los bienes que le pertenecen, en favor de las mismas. Para proceder con orden, se hace preciso que expongamos, aunque sea sucintamente, los argumentos presentados por los defensores de la libertad de testar. Se ha opuesto contra las legítimas, que no hace falta que la Ley reserve cierta cuota de bienes á los hijos, porque «Los hijos tienen en el corazón del padre, una garantía mayor y más eficaz, que todas las leyes positivas posibles, y que todos los Códigos de la tierra... ¿Qué legislador ni qué Gobierno llegará jamás, con sus combinaciones calculadas y frias, á donde llega el amor, la solicitud, la previsión hasta la adivinación del padre? Hay padres desnaturalizados, cierto; son injustos alguna vez; pero la excepción rarísima no puede ser fundamento y norma para legislación alguna.

.....Por eso, cuando tratais de amparar al hijo de un padre desnaturalizado, agraviais á todos los padres, suponiendo que todos pueden ser mónstruos» (1).

---

(1) Nocedal, en su discurso inaugural de la Real Academia de Jurisprudencia, 1866.

El sistema de la libertad de testar, tiene la ventaja de robustecer el principio de familia, haciendo más autoritario el poder paterno. Los hijos todo lo esperan del padre, y se esfuerzan por conquistar su cariño (1).

También puede contarse en el número de estos partidarios á Stuart Mill, que, al no admitir la sucesión legítima, emplea argumentos que pueden ser empleados en defensa de la libertad de testar (2), cuando dice «los padres han hecho bastante con los hijos, asegurando su subsistencia. Por lo demás, es un mal para los mismos hijos y la sociedad, ya que quita á los hijos el estímulo y la virtud del trabajo, y á esta ciudadanos útiles y laboriosos». Y otros autores, comparando ambos sistemas el seguido en los Estados Unidos, libertad de testar, y el de Francia y España (de legítimas), se deciden por el primer sistema, desde el punto de vista económico, y uno de los que más se han distinguido en este respecto es, como dice Ahrens (3), M. Le Play, el cual reprocha al sistema francés de haber en una gran parte de Francia, á consecuencia de las ventas y de la división que lleva consigo, reemplazado un gran número de propietarios, por quinteros, y Montesquieu (4) ha dicho, que la ley natural obliga á los padres á dar alimentos á los hijos, más no les obliga á dejarles como herederos. Pero quien ha dado una razón más científica, más fundamental

(1) Franco-citado por Alonso Martínez el *Código civil*, tom. 1.° pág. 128.

(2) Principios de Economía política citado por Cimbali, pág. 162.

(3) Ibidem, pág. 505.

(4) *Esprit des lois*, lib. 26, cap, 6.°

y hasta más jurídica, es M. Schaffle, el cual defiende el sistema americano, porque en él ve una consecuencia esencial é indeclinable del principio del *Self-government*, aplicado al jefe de familia como propietario (1). El sistema de la libertad de testar es racional deducción, del principio de libertad, en cuanto que, admitido el Derecho de sucesión, y concedida la facultad de testar, el testador debe ser un árbitro fiel de los destinos de su familia, de sus bienes, al Estado le interesa poco, y, por lo mismo, no tiene por qué limitar la capacidad de obrar al testador; que éste disponga en una forma ó en otra de sus bienes, para después de la muerte, nadie mejor que él puede apreciar lo que interesa á todos. Con la libertad de testar, se robustece la autoridad del padre, porque él dispone, sin limitación alguna, da á sus hijos lo que se merecen, no les da nada, sino son acreedores á ello por su conducta; y en virtud del *selfgovernement*, de que habla Schäffe, no tiene necesidad de fundar su resolución, lo cual supone una gran ventaja, porque hay acciones cometidas dentro de la familia, de las que el padre tiene conciencia plena de que han sucedido, y sin embargo, no puede probarlas, y, aunque pudiera, es más prudente no sacarlas á la publicidad en interés de aquella familia, y bien manejada la libertad de testar, podría ser su medio excelente, para reparar lo que es irreparable en el orden legal; y por último, si es un derecho que corresponde al individuo, éste debe ejercerle absolutamente, el Estado debe confiar en la

(1) Citado por Ahrens, pág. 505.

prudencia y en el amor de los padres para con sus descendientes. Tales son los argumentos principales que suelen emplearse en favor de la libertad de testar.

Preciso es decir con Menger, y con esto se contesta á la observación de M. Le Play, que: «Aun cuando sean grandes las diferencias que separan los sistemas del derecho sucesorio en los diversos países, en virtud del predominio de una de las tres formas fundamentales, la vida económica de los pueblos no experimenta por esto, todo aquel influjo que los jurisconsultos y economistas suelen afirmar. En Francia impera, el principio democrático de la división hereditaria legítima, mientras Inglaterra, posee un derecho hereditario aristocrático basado en la libertad de testar, y no obstante, ambos países han alcanzado el máximum en su desenvolvimiento económico» (1). Y es verdad lo que dice el profesor de Viena, porque á nuestro entender lo que produciría un cambio en las condiciones económicas, sería el establecimiento de instituciones que vincularan la propiedad como los fideicomisos y los mayorazgos, pero adoptese la libertad de testar absoluta ó se adopte la libertad de testar limitada y con la restricción de reservar ciertos bienes á los próximos parientes, siempre resultará que la propiedad es esencialmente trasmisible, y por tanto, que no se sustrae á la circulación, y por lo mismo, no está en lo cierto Le Play.

Pero aun discurriendo dentro del órden jurídico, ya que en el orden económico tiene esta cuestión escaso

(1) Obra citada, pág. 399.

interés, es indudable que las legítimas tienen su apoyo, en deberes que el hombre tiene que cumplir para después de su muerte, y que si es cierto, que el padre usa de un legítimo derecho al usar de la testamentifacción, tal derecho, es no menos cierto, que está limitado por un deber jurídico, y ese deber nace de la misma naturaleza de las cosas, de la naturaleza jurídica del derecho y de la índole de la familia, que formando un todo orgánico tiene ciertos derechos que el individuo no puede ni debe violar, ni contrarrestar siquiera. Por esto hacía observar Bigot Premeneau (1). Los padres que han dado la existencia natural á sus hijos, deben darles tambien la civil; les han comunicado el ser y la vida y deben conservarla y mejorarla en cuanto les sea posible. De ahí se desprende que si los testadores pueden como dueños disponer de sus bienes del modo que mejor les plazca, tienen que llenar como padres los deberes que la naturaleza y la ley les imponen hácia sus hijos y la sociedad».

Para el autor de la nueva fase del Derecho civil, el fundamento del sistema legitimario está en la coopartícipación en la producción y disfrute de la propiedad que deben tener los parientes próximos, y por eso dice, que esta cuota de reserva es sagrada por tener hasta cierto un destino y un oficio altamente familiar, que no puede terminar del todo por el vínculo de solidaridad que liga íntimamente los miembros de la familia, mediante un

(1) Exposición de motivos en que se funda el título de donaciones y testamentos del Código francés.

acto arbitrario del titular (1). Y como hace notar discretamente A. Boistel á propósito de la libertad de testar (2). «El padre de familia en la libre disposición que hace de sus bienes, no debe sacrificar los intereses de los hijos que se debe ante todo guardar, la liberalidad excesiva hecha á los extraños será la violación de estos deberes», y en efecto es así, porque si antes hemos dicho que en el Derecho de sucesión es un elemento importante el familiar, para responder á los fines que este elemento cumple, es necesario pedir á las legislaciones el establecimiento de las legítimas, al suponer éstas el respeto de las obligaciones naturales que resultan del matrimonio y del parentesco.

Si es verdad, como afirma D'Aguanno(3), que todos los hombres renacen en sus descendientes, por cuanto estos tienen un organismo parcialmente idéntico y conformado de la misma manera que el de sus primogenitores, si se trasmiten hereditariamente las cualidades biológicas de los antepasados, los vicios de conformación, las virtudes y los defectos, es natural que se trasmitan los bienes y que hereden las cosas de sus padres, y por lo tanto, el padre tiene deberes que cumplir respecto de la familia, y estos deberes son el asegurarles su porvenir dejándoles esa cuota hereditaria, que es como si dijéramos la continuación de los alimentos, que ningún autor ni tratadista ha negado.

---

(1) Obra citada, pág. 167.
(2) Ob. citada, T. II, pág. 154.
(3) Génesis pág. 464.

Conformes con Ahrens (1), en que el *Derecho de testar* no debe ejercerse de una manera arbitraria y sin restricciones, porque como él dice, concediendo la parte debida al derecho de personalidad y libertad de que es una emanación, es preciso también tener en cuenta, el lazo de familia y hacer que el testador respete las obligaciones naturales que resultan del matrimonio y del parentesco. Obedeciendo á este principio de justicia familiar, casi todas las legislaciones han impuesto al testador la obligación de dejar una parte determinada, al conjunto que sobrevive y á los hijos y la mayor parte de ellas, la han exigido con razón en favor del padre y madre.

En cuanto á que el cariño de los padres es una garantía superior á todos los Códigos, argumento de fuerza que se presenta en favor de la libertad de testar, hemos de reproducir las elocuentes palabras de un ilustre jurisconsulto, el Sr. Alonso Martinez, que es la mejor respuesta que puede darse á tal razonamiento (2). «Pero precisamente—dice—la misma intensidad del cariño paternal demanda con imperio, trabas y limitaciones en la ley para la testamentifacción, así activa como pasiva; porque si no, corre gran riesgo la familia legítima de ser sacrificada á los vástagos de esa unión clandestina y reprobada por las leyes. Es un fenómeno constantemente observado, que el amor del padre á los hijos naturales suele ser más vivo é intenso que el que siente

(1) Obra citada págs. 504 y 505.
(2) Ob. citada, tom. I, pág. 57.

por sus descendientes legítimos, lo cual débese, sin duda, á remordimientos de conciencia, á la lástima que no puede menos de inspirar la situación incómoda y humillante de un bastardo inocente en el corazón del autor de una desgracia, al encanto que tiene para el hombre todo lo que le está prohibido y se vé obligado á ocultar en las sombras del misterio á que generalmente los casados no se entregan á ilícitos amores, sino que después que la posesión y el cansancio les aleja de sus esposas legítimas, por lo cual los hijos naturales suelen venir los paternos, cuando ya los padres debilitada la razón y quebrantado el carácter por la acción de los años, se entregan sin tasa al imperio de los afectos en el último tercio de la vida. Este peligro bastaría á justificar el sistema de las legítimas».

Indudable es el derecho de los hijos á la legítima y no es obstáculo el mantenimiento del *Self governement*, de la familia, porque ni tal condición jurídica puede exigir otra que lo que la justicia reclama ni mucho menos, la independencia de la familia, se mantiene aún con las legítimas, porque una de dos, ó el padre es bueno y quiere cumplir con sus deberes respecto de los hijos, ó no quiere cumplirles, si lo primero, nada le debe importar el que la ley fije ese derecho respecto de los hijos, antes al contrario, lo verá con gusto, y si lo segundo, hace bien la ley en limitar esa libertad omnimoda del testador en bien de la familia, de la coopropiedad familiar, de los deberes que tiene el padre respecto de los hijos. Por otra parte, la familia, aunque deba de ser autónoma no debe ser independiente en

absoluto del Estado, ni de la ley, la familia como organismo social, es un anillo de la cadena, y por tanto, si ha de cumplir fines sociales, debe estar sometida á las leyes, y no repugna que el Estado limite la facultad del testador para evitar mayores males, males que resultarían como dice perfectamente Alonso Martinez, por «las seducciones de una mujer artera, las intrigas y maniobras de parientes codiciosos ó de falsos amigos que rodean el lecho del moribundo para captarse su herencia», si existiese en los Códigos la facultad de testar libremente (1) (2).

---

(1) V. ob. cit., t. 1.°, pág. 59.

(2) Al discutirse el Código civil español en el seno de la comisión se expusieron distintas opiniones respecto á la legítima de los ascendientes, hubo quien creía, como el Sr. Albacete, que no se les debía dar más que los alimentos sin necesidad de establecer legítima en su favor, quien como Goyena, que su legítima debía asignárseles en usufructo y quien como Pisa Pajares, que distinguía entre ascendientes pobres y ricos, señalando á los primeros alimentos, considerando éstos como carga de los bienes de la herencia, y que solo á falta de padres ó abuelos necesitados, ó quedando un sobrante después de pagadas las asignaciones alimenticias se fermará la legítima para los ascendientes, entre los cuales y el finado no hubiera persona viva intermedia. Por fin el Código les asigna una legítima en propiedad, si bien con obligación de reservar en determinados casos para evitar, lo que de otro modo sería gravísimo inconveniente, el que los bienes de una familia pasen á otra al casarse el ascendiente que heredó y tuviera familia de este ulterior matrimonio

Y para mayor ilustración por lo que respecta á la legítima, diremos que mientras el Código francés considera á la legítima como un derecho real y efectivo, el nuevo Código alemán siguiendo al derecho prusiano, solo otorga á la persona que corresponde á la legítima un derecho personal por el cual puede exigir que se le pague su importe, de cuyos sistemas, aunque tienen ventajas ambos, la ciencia moderna se inclina á esta última opinión, porque con ella

Y si justificada queda la legítima de los hijos, también la de los padres, por las mismas razones, pues—como dice Aguanno—si los hijos son la continuación de aquellos, los padres son como la fuente de la familia, la unidad de la familia persiste en un caso lo mismo que en el otro, y, por consiguiente, la sucesión debe siempre tener lugar (1).

La legítima del cónyuge viudo obedece á otras consideraciones sociales, no por eso menos respetables; porque si el cónyuge no está unido por vínculos de la sangre, la ley no puede olvidar que el que, durante la vida, ha sido partícipe de las comodidades y miserias con el otro esposo, es justo que, después de la muerte no quede abandonado, sin recursos para poder sobrellevar dignamente el estado de viudez. Entiendo también que es muy conveniente, que su cuota legitimaria no se la asigne en propiedad, sino en usufructo, para evitar que los bienes de una familia pasen á otra, y porque, además, el Derecho de los hijos es de tal naturaleza, que es preferente tal derecho al del cónyuge viudo, y por eso la nuda propiedad de los bienes, corresponderá á los hijos.

En principio, la legislación española, por lo que se refiere á las legítimas, representa un progreso sobre otros códigos europeos, y se acomoda mejor á la

---

se evitan graves inconvenientes como son el de dividir cosas que no debían pertenecer á dos dueños, pero que de todos modos ningún sistema se opone á la exencia de las legítimas y al fin social que estas cumplen.

(1) Génesis, pág. 533.

naturaleza del Derecho de testar el Código civil, que el Derecho anterior, porque, además de reservar una parte de legítima á los hijos, esta parte es menor que la asignada por las leyes antiguas, y queda al testador con mayor libertad, para disponer de sus bienes en favor de extraños, respetando así la libertad de testar, por la que puede cumplir el testador deberes de ineludible cumplimiento, con personas extrañas á la familia.

Necesario complemento de las legítimas son las Mejoras que tienen que admitirse de admitir aquéllas; porque si ha de mantenerse la autoridad de los padres, si nadie, mejor que éstos, puede saber quién merece castigo y quién recompensa, por la conducta observada por los hijos, es natural que se dé al testador una esfera de acción, dentro de la que pueda moverse, para disponer en favor de uno de los hijos de cierta parte de los bienes, que, á no haber dispuesto de ellos, se hubieran dividido por iguales partes entre los hijos, como legítima. Y si á primera vista parece, que esta institución no debe admitirse, porque destruye, ó aunque no suceda esto, por lo menos, altera la legítima, que es un derecho que tienen los hijos, por ser tales hijos, y no por otras consideraciones y por tanto, al dar facultades á los padres para alterarles es desconocer el derecho de los hijos, no puede desconocerse tampoco que, si en determinados casos, hasta se le dan facultades al padre para privarles de la legítima por medio de la desheredación, es claro deducir, que con mayor motivo debe concedérsele la facultad de mejorar á uno de los hijos, porque esto no supone el que á otro se le prive de su legítima, y es conveniente

dar cierta libertad al padre para recompensar al que, por su conducta y comportamiento, lo merece (1).

En cuanto á la legítima que debe reservarse á los colaterales, de la que es partidario Cimbali (2), me parece que no debe admitirse, y así lo han entendido las legislaciones civiles, porque no hay en favor de ellos las razones que militan en favor de los hijos y de los ascendientes, y por tanto, debe dejarse en libertad al testador. Porque, es claro, si el testador está satisfecho de la conducta de los hermanos, le basta con no decir nada en su testamento, y entonces heredarían abintestato, y si su conducta no era buena, no había por qué obligar al testador á dejarles una cuota; y si se nos dice que aun teniendo hijos, se les debía reservar una cuota, esto sería absurdo, porque nadie, más que los próximos parientes, deben heredar al difunto, y, sobre todo, ya tienen los colaterales bastante con el Derecho de alimentos, reconocido como Derecho incuestionable en las legislaciones de los pueblos cultos.

Ni satisface el invocar en favor de la legítima de los colaterales la unidad de la familia, ni la solidaridad de ésta, porque, si la sucesión se funda en el cumplimiento de ciertos deberes, que tiene que cumplir el testador respecto de ciertas personas, estos deberes, por lo que se

---

(1) Respecto á la legítima del cónyuge viudo, se discute por los tratadistas del Derecho civil italiano, si es una *quota bonorum* ó una *quota hereditatis*, otro tanto podría discutirse de dicha legítima, regulada en el Código civil Español.

(2) Ob. citada, pág. 181 y siguientes.

refiere á los colaterales, no son más que el de alimentarles, y basta con concederles este derecho, sin asignarles una legítima; así lo reconoce el mismo Cimbali, cuando dice que esta cuota «debe decrecer gradualmente, á medida que se aleja la proximidad del grado de parentesco, hasta representar la cuota de *alimentos puramente* necesarios en caso extremo»; luego con ampliar, si se quiere, la obligación de alimentar, esto es, haciendo extensivo el derecho de alimentos á grados posteriores, bastaría, para satisfacer esa solidaridad familiar, de que habla Cimbali; pero de esto, á concederles legítima, hay una gran diferencia.

Los autores italianos convienen en pedir como reforma del Código civil italiano, y Menger, respecto del Código alemán, la de abreviar en la línea colateral el orden de los parientes llamados á la sucesión legítima, y es verdad; porque, como dice D'Aguanno, el vínculo de la sangre está representado en el décimo grado por la fracción $\frac{1}{1024}$, la cual, como se vé es perfectamente despreciable, sobre que ningún vínculo de familia y ningún lazo de afecto puede suponerse que exista entre tales personas, las cuales ni siquiera se conocen la mayor parte de las veces (1). Dicen que debe reducirse al sexto grado, y en esto, el Código español representa un progreso sobre el Código italiano, que se ha hecho cargo en sus disposiciones de tal reforma, y además, restringiendo el límite de la sucesión legítima entre colaterales, hay más bienes vacantes que pasan al

(1) Ob. citada, pág. 534.

Estado, con lo cual se obtiene la ventaja de poder aplicar tales bienes á fines sociales de instrucción y beneficencia.

Por lo que se refiere á los derechos de los hijos naturales, diremos que, de admitir la legítima de éstos en la sucesión de los padres, los Códigos deben admitir también una legítima á favor de los padres en los bienes de los hijos naturales; así lo exige la lógica y la justicia, y por tanto, los Códigos que esto no hacen, deben reformarse en este sentido, así como creo también que si el legislador ha de ser lógico, debe reconocer en la sucesión legítima derecho al hijo natural, para heredar á los parientes legítimos y naturales del padre natural, cosa que los Códigos actuales no conceden, por temor de que se reconozca á hijos, para defraudar los intereses legítimos de los parientes.

Lo que debe suprimirse en los Códigos actuales es la anacrónica institución del Beneficio de inventario, porque no viene á llenar ninguna necesidad. En vez de consignar reglas que determinen cómo ha de ejercitarse tal beneficio, sería muchísimo mejor consignar que toda la herencia se entiende aceptada con tal beneficio: esto es sin que se confundan los dos patrimonios, el del heredero y el del testador, como sucede en la legislación aragonesa, y con esto se simplicaba mucho la aceptación de la herencia y se evitaba el dar reglas sobre el beneficio de deliberar y de inventario, como acontece en el Código civil español.

También hace falta, ya que del Código civil español hablamos, que revise el título de las sustituciones, ya

completándole, por lo mismo que tiene muy escasas disposiciones, ó ya reformando algún precepto, para evitar dudas, como sucede con el artículo 781, al decir que las sustituciones no deben pasar del segundo grado, queriendo decir del segundo llamamiento, ya, en fin, poniéndole en relación con otras materias, como vervi gracia, tratándose de la sustitución ejemplar, que, sin haber relacionado esta materia con la referente á la declaración de locura, se puede dar el caso de que un ascendiente quiera sustituir á un nieto loco y no pueda, porque el padre, única persona que tiene derecho á pedir la declaración de locura, no quiera, y por tanto, al ser la declaración de incapacidad requisito necesario para que la sustitución tenga lugar, aquel ascendiente, se vea imposibilitado de ejercitar un Derecho, que ese mismo Código le reconoce (1).

De estos y otros defectos que no me entretengo á exponer, por no encajar del todo en la naturaleza de esta obra, hay que librar al Código del porvenir si pretendemos como es natural, que esté á la altura de otros Códigos.

Para terminar este capítulo, diremos dos palabras acerca de la Sucesión contractual.

Siguiendo las tradiciones del Derecho Romano no faltan Códigos como el Italiano y Español, que no admiten como válidos los pactos sucesorios, si bien es verdad que hoy los modernos tratadistas del Derecho civil, les

(1) En prueba de ello basta con leer mi artículo titulado «Las sustituciones según el Código civil» inserto en la *Revista de los Tribunales de Madrid.*—1894, pág. 463 y siguiente.

consideran como válidos, casi con unanimidad de criterio.

Muchas han sido las razones expuestas en contra de los pactos sucesorios, se ha llegado á decir que hacen incierta la propiedad, que se dispone de bienes que á uno no le pertenecen, que se renuncia á la facultad de hacer testamento, que tales pactos, teniendo por objeto simples esperanzas de dudosa realización, el presunto heredero movido por codicia, ó por seducción, saldría perjudicado al dar por un precio pequeño una herencia de consideración; pero si bien se miran tales razonamientos, no son suficientes para justificar la prohibición de tales pactos.

En efecto, estos pactos no son ni más ni menos que pactos sujetos á una condición, como hay tantos otros en el Derecho, permitidos por la ley y si esto ocurre ¿por qué no ha de permitirse al presunto heredero que venda y contrate respecto á la herencia que ha de recaer sobre él, con grandes probabilidades?

No hacen incierta la propiedad porque como dice Cimbali, si no trasfieren la propiedad inmediatamente, dan margen á un simple Derecho de esperanza, que se realiza solamente á la muerte del disponente y por la misma razón, debería suprimirse, añade el autor citado, el contrato de venta vitalicia y los seguros sobre la vida porque dan margen á relaciones jurídicas, cuya eficacia y cuyo valor se enlazan esencialmente á la muerte y á la vida de las personas.

Admitida la libertad de disponer el dueño de sus cosas, es justo que pueda disponer por acto intervivos

ó por testamento y si puede oponerse que aún no son suyas las cosas, es cierto también, que dispone de ellas mediante condición, partiendo del supuesto de que tales cosas han de ser suyas. Y en cuanto á que esos convenios puedan ser lesivos al presunto heredero, que cegado por la codicia ó engañado por otra persona que abusa de la posición, quizá precaria en que se encuentra, debemos decir que eso constituye el abuso, pero que el abuso no justifica, que el legislador se oponga á la validez de esos pactos, esto aparte, de que para eso se dan los casos de rescisión de los contratos.

Ya que la tendencia científica es la de que se admitan los pactos sucesorios, es justo que los Códigos imitando á la legislación prusiana, admitan los pactos sucesorios y se aparten de los antiguos moldes de la legislación romana (1).

(1) El que quiera ampliar esta materia puede consultar la obra de Cimbali, «La nueva fase del Derecho civil», pág. 226 y siguientes, el capítulo referente á la sucesión contractual en el que expone con prolijidad tan importante cuestión.

DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO XII

Principios del Derecho de obligaciones en el Derecho romano y en los Códigos actuales.—Idea de la obligación jurídica.—División de las mismas en ético-jurídicas y patrimoniales.—La voluntad unilateral como única fuente de las obligaciones.—Autores que defienden y combaten esta teoría.—Intervención del Estado en las obligacienes.—El individualismo y el socialismo en esta cuestión.—Reformas pedidas en el Derecho de obligaciones y contratos.—El contrato de trabajo

Derecho de obligaciones.

Los Códigos civiles de los principales Estados del mundo civilizado hánse inspirado en las doctrinas y principios del Derecho romano en materia de obligaciones y contratos, en cuya materia llegó el pueblo legislador á colocarse á una altura incomensurable. Los compiladores del Código francés dijeron de una manera solemne, que se habían acomodado para regular las obligaciones y contratos á los inmortales principios del Derecho romano. Bien claro lo dice Bigot (1). Los autores del actual proyecto del Código han creido que se haría

(1) Exposición de motivos en que se funda el título de contratos y obligaciones.

un gran servicio á la sociedad y á la legislación si se entresacasen del inmenso depósito de las leyes romanas las reglas claras, precisas y necesarias, para que reunidas y puestas en conjunto formasen un cuerpo elemental, que tuviese á la vez la precisión de la doctrina y la autoridad de la ley». La obra del legislador francés se limitó á entresacar de aquella legislación los principios generales, las reglas y los preceptos consignados en el Digesto y las Instituciones, y esta obra de gran mérito, sin duda alguna ha sido más tarde reproducida por los jurisconsultos de otros países, que se inspiraron á su vez en el Código francés.

Pero estos principios que pudieran servir en el Derecho Romano para regular las obligaciones y contratos y aun para sociedades posteriores, ya que el Derecho Romano se adelantó á su época en bastantes siglos, no pueden servir para regular las nuevas necesidades sociales, dicen los civilistas innovadores, y es necesario por lo tanto, una ámplia y radical transformación por lo que á las obligaciones se refiere, en los actuales Códigos. Con razón observa Cimbali (1), que los elementos de la vida moderna, no son los mismos en que vivieron y meditaron los jurisconsultos Romanos. No pueden, por consiguiente, servir las reglas por aquellos sabiamente dictadas para gobernar aquella forma jurídica de vida, ni conservar toda su eficacia y pretender autoridad inmediata de ley en la sociedad moderna, «con cuyo concepto se muestra también conforme D'Aguanno (2), cuando

(1) Obra citada pág. 247.
(2) *Génesis*, etc. pág. 543.

afirma: Que no basta á este propósito como algunos pedantes creen la sabiduria Romana. Los Romanos supieron desarrollar admirablemente el Derecho en relación con su tiempo y los principios de este Derecho expresan las ideas de la época, que no son ni deben ser las mismas, que han de regir en las sociedades modernas (1).

La obligación está basada en la misma naturaleza humana, lo mismo que todos los derechos fundamentales, el hombre aislado, no puede cumplir todos sus deberes ni satisface las necesidades que le son anejas, por esto necesita el concurso de los demás, y por esto se hace indispensable el cambio de servicios, la reciprocidad de las prestaciones y de esta suerte, el derecho de

(1) Sentimos que la índole de esta obra no nos permitan estudiar con detenimiento el origen de las instituciones civiles porque es curioso y muy interesante el proceso seguido en la legislación Romana y muy variada la literatura jurídica en esta materia, así Sumner Maine, dice que la distinción de los Derechos en Reales y personales, no tenía sentido en la infancia del Derecho y por tanto no se conocía tampoco en los primeros tiempos del Derecho Romano como afirma Cogliolo, conformándose con Voigt, como después de venir al campo del Derecho Romano, el concepto de Derecho personal se introdujo la palabra *obligatio*. La significación de la mancipatio, la de *nexum*, la idea expuesta por algunos de que la clasificación de los contratos en reales, verbales, literales y conmensuales, significa el orden cronológico con que aparecieron y que ha sido contradicha entre otros por Padelleti, son otras tantas cuestiones que no nos incumben, pero muy importantes tratándose de la Historia del Derecho Romano.

Otro tanto decimos de los datos que presenta D' Aguanno para determinar la Génesis y evolución de las obligaciones contractuales si bien con la diferencia de que tales datos son muy discutibles por lo mismo que es dificil averiguar con certeza la existencia de las instituciones en los tiempos primitivos y de civilización rudementaria.

obligaciones y una relación jurídica de la clase de obligaciones convencionales, se revela como una suma ó conjunto de prestaciones, y de otro, como una suma ó conjunto de obligaciones en el propio sentido de la palabra y esto se funda, en aquel principio ya casi admitido unánimemente, de que el derecho y el deber son correlativos, esto es, que á todo derecho responde una obligación.

Y si dijimos antes que la obligación convencional tiene como fundamento la naturaleza racional del hombre, es consecuencia precisa la de que el desenvolvimiento de las obligaciones es paralelo del desarrollo de la vida social y por esto, tiene explicación el hecho de que cuanto más complicada es la vida social, tiene que haber mayor número de convenciones, á fin de que la vida de relacion se desenvuelva al amparo de la ley, que respeta la libre voluntad claramente manifestada.

El derecho de obligaciones entra en la categoria de los derechos personales (en oposición á los reales) porque impone un deber jurídico positivo á una persona determinada, esto es valiéndonos de la expresión de Ortolan, hay un sujeto individualmente pasivo de la relación jurídica, y no entra en el órden de los derechos que llaman algunos primordiales, otros naturales, porque la trasmisión del derecho que hace el deudor al acreedor, se funda precisamente en el derecho absoluto y primordial de disponer de nuestras cosas y de nuestras facultades, por esto dice Roguin (1), los derechos personales

(1) La Regle de Droit, pág. 212.

están subordinados á los absolutos, porque la obligación no puede tener otro contenido que la percepción de utilidad ó la trasmisión de los derechos absolutos, ó como dice A. Boistel (1), el que se obliga, no hace más que disponer de una porción de su actividad sobre la cual él tenía anteriormente un derecho real.

Considero que la obligación contractual, ya que á esta nos referimos, porque de otras obligaciones que nacen, por ejemplo, dentro del derecho de familia y del de la propiedad, ya nos hemos ocupado al investigar la extensión y alcance de las instituciones respectivas, tienen como base en primer lugar la sociabilidad humana, como ya indicamos anteriormente y el derecho de libertad, por la que el hombre limita sus facultades para corresponder á las *pretensiones* de otro y procurarse él, á su vez, medios adecuados para completar su actividad.

De aquí que Aguanno, al estudiar la génesis de la obligación, á pesar de partir de supuestos falsos, por lo que hace al estudio inductivo de tal Derecho, se muestra acertado, y viene á confirmar que la obligación tiene por base la sociabilidad humana en estas palabras (2). En efecto, apenas se entra en la vida social, se experimenta la necesidad de no ejecutar algunos actos que podrían perjudicar á otros, y de limitar la actividad propia en beneficio de la comunidad. Al mismo tiempo que este sentimiento de carácter negativo, se origina otro

(1) Ob. citada, pág. 392
(2) *Génesis*, pág. 544.

sentimiento de hacer lo que es útil á la comunidad... Además, con la sociedad surge otro sentimiento más propiamente obligatorio, que consiste en algunos cambios de servicios que se prestan los individuos entre sí, gracias á los vínculos de simpatía que se establecen con la convivencia.» Luego está demostrado que por solo hecho de vivir en sociedad nacen obligaciones, y no es esto solamente, sino que el cambio de objetos, que debió ser el primer hecho que supone una obligación convencional, nace también en virtud de la sociabilidad, y además, cuando comienza á reconocerse la propiedad privada, siendo el Derecho de obligaciones, como un complemento del de la propiedad. Y hé aquí cómo se nota la relación íntima que existe entre los Derechos que constituyen la rama del Derecho civil. Todos ellos tienen su base en la familia y la propiedad, ésta además sirve para que la sociedad familiar cumpla su fin, las sucesiones y las obligaciones, son el complemento necesario de la propiedad y de la familia, y de este modo, se llega á comprender la necesidad de admitir las instituciones correspondientes, que integran cada Derecho de los enumerados.

El otro fundamento hemos dicho está en el derecho de libertad, aunque es preciso hacernos cargo de una objección que pudiera hacerse, por no distinguir bien los términos. Si la libertad es una facultad humana, que no puede ser enagenada ni en todo ni en parte, claro que no puede ser enagenada, aunque sea en parte, en beneficio de otro; pero si bien se mira, confunden la *persona* que no puede ser medio para un fin, puesto que es en sí un fin, con las diversas actividades de la persona, que

son medios de satisfacer necesidades, que están sometidas á la persona, y por tanto, no hay inconveniente en admitir la existencia de la obligación, porque el concebir la libertad, como se ha expresado arriba, es exagerar su concepto sin utilidad ninguna.

Conviene advertir que la división ó mejor clasificación principal de las obligaciones que hace Ahrens (1), en ético-jurídicas y patrimoniales, no es admitida por algun autor, por creer, que los caracteres con que se determinan á las primeras, convienen también á las patrimoniales (2). No puede menos de distinguirse entre aquellas obligaciones que en su esencia supone prestaciones morales, pero que tienen un aspecto jurídico cuando llegan como dice Ahrens, á ser una condición apreciable en una relación de vida y aquellas otras obligaciones esencialmente jurídicas, y que siempre son susceptibles, cuando no se cumplen, de una evaluación pecuniaria; no se pueden confundir las obligaciones que nacen de la relación paterno filial, con las que resultan de los contratos de compra-venta, sin que por esto se entienda que las obligaciones patrimoniales, están desligadas de los principios morales, porque esto conduciría á sostener un grandísimo error.

No se yo, hasta que punto se admita esta clasificación por autores modernos de cierta tendencia que se encamina á fusionar el Derecho y la Moral. Dice Giner (3), refiriéndose al novísimo movimiento, que la novedad

(1) Curso etc. pág. 433.
(2) Mendizabal, ob. citada. T. II, pág. 339
(3) Persona social. pág. 415.

está en tender á identificar la beneficencia y la caridad con la justicia.

La conversión del orden moral en jurídico, dan un carácter imperativo, rigoroso, á la abnegación y al sacrificio, como viceversa, la absorción del orden jurídico en el moral, santifica y casi viene á destruir la nota de coacción en el Derecho. «Esto es, que identificados el Derecho y la moral, no hay porque distinguir entre obligaciones y deberes morales, todas son igualmente exigibles, todas deben cumplirse voluntariamente, dejando confiadas las acciones á la voluntad y la conciencia individuales, y llegaríamos á pedir aunque desde otro punto de vista muy distinto la supresión del Estado como pretenden los anarquistas. Pero si este sería el ideal realizable en sociedades compuestas de Angeles, de individuos impecables que no habían de cometer transgresiones de derecho, por desgracia, se hace necesario mantener el órgano que ha de exigir las reparaciones del Derecho, las violaciones de la justicia, y para ello hay que distinguir, entre las esferas del Derecho y la moral, y entre las obligaciones que tiene uno que cumplir ante la sociedad, de aquellas otras, en que el hombre es el único responsable de su incumplimiento ante Dios y no ante la sociedad.

Piensen Duhring, Schmoller y los modernos libertarios que puede existir la sociedad sin derecho, que manifieste Schäfle que la moral y el derecho se refieren á unos mismos actos, siempre habrá que distinguir entre ambas esferas, y siempre serán considerados como actos de mérito, no exigibles, porque entonces no se tendrían

como tales el heroismo y la abnegación. Pero sin que nosotros demos extensión á esta materia por no apartarnos del objeto del presente libro, la lectura de la obra de Giner ha hecho que nos ocupemos de materia nueva sobre las obligaciones en general. En efecto, el ilustrado profesor de Tubinga, parte del supuesto de que toda obligación supone la existencia de dos factores en un mismo sujeto: posibilidad (medios) de prestar el servicio y conciencia de ella. De aquí que la extención de las obligaciones depende de estos dos elementos, y por ello el hombre de mayor inteligencia, superior cultura... y más poderoso en cualquier sentido, viene á tener mayor número, más cargas de deberes, y á propósito de ésto, afirma que las obligaciones patrimoniales son quizá á primera vista, excepción de este principio y añade: «En ellas el sujeto obligado parece serlo un patrimonio impersonal: y no sé bien que papel v. g. desempeña la conciencia del deudor en el pago de una deuda que la ejecución puede hacer efectiva contra su voluntad y aunque se trate de un niño recien nacido ó no nacido todavía, ó de un imbecil, un loco y hasta un muerto. Pero sin entrar en la discusión ahora, de esta aparente anomalía, tal vez no haya aquí verdadera obligación en el sentido técnico de la palabra. La cuestión, dice, sería esta; si el derecho de todo acreedor á ciertos bienes debería considerarse como un derecho real sobre esos bienes mismos ó sobre su valor fungible, contra el principio reinante en las escuelas (1).

(1) Ibidem, pág. 406, 407 y 408.

Por tales palabras se ve en el concepto de la obligación expuesto: 1.º que el título de pedir está en relación directa con las necesidades del individuo, y que la obligación de dar lo está con la posibilidad y los medios de que el hombre dispone.

2.º Que las obligaciones patrimoniales, sin decir resueltamente que no son obligaciones, sin embargo, se inclina á la opinión de que no lo son.

3.º Que conviene rectificar la distinción de los derechos real y personal (sin decir en qué sentido se ha de hacer tal rectificación, y que es un problema el de si el derecho del acreedor á los bienes, es un derecho real sobre ellos, ó sobre su valor fungible.

Examinemos estas tres conclusiones ya que la teoría por su novedad y trascendencia bien lo merece.

De admitir la primera conclusión, daría por resultado el ir al comunismo directamente, pues si la medida de nuestros derechos deben ser nuestras necesidades, hay que concluir diciendo, que el hombre tiene derecho á todo lo que necesita, y siendo esto asi, ni la propiedad individual sería estable, ni era posible tampoco fomentar y dar valor á la actividad individual, que dígase lo que se quiera, tiene algo de egoista en cuanto que pretende gozar de los derechos, con exclusión de los demás.

Y por otra parte, ¿quien mide esa necesidad? En virtud de qué se ha originado esa necesidad, que es el título de exigir á otro que satisfaga tal exigencia? Si es el Estado quien ha de determinarlo, caeriamos en un régimen completamente socialista, si los individuos, por medio de la convención acerca de ella, entonces la obligación

nacería del contrato, no de la necesidad. Consecuencia de tales premisas sería, el que todos tendríamos derecho á todo en cuanto que nuestras necesidades así lo reclamaban, y con este sistema se llegaría á un colectivismo perjudicial, que mataría todas las iniciativas. Además, no puede formularse tal conclusión en los términos arriba dichos, sin correr el peligro de confundir el derecho con la moral, con lo cual no estamos conformes; porque si en el orden moral tal conclusión no hay inconveniente en admitirla, no puede decirse lo mismo en el orden jurídico, ya que lo justo, si tiene en cuenta la necesidad y la utilidad, también lo necesario y lo útil no es lo justo siempre, porque lo justo es una idea superior, á las necesidades sociales.

Tampoco puede admitirse la segunda afirmación arriba reseñada, aunque el autor de tal doctrina la exprese con tibieza y vacilación inconcebible. Si el loco, el menor, el incapacitado no pueden ser sujetos obligados, porque no tienen conciencia y libertad, y por lo tanto, los derechos del acreedor sobre los bienes de éstos, no nacen de una verdadera obligación, ya que aquéllos no pueden ser obligados, aparece á primera vista una anomalía, y no fijándose bien en la naturaleza de la obligación, es muy fácil creer, que no son verdaderas obligaciones. Pero hay que tener en cuenta que tales personas no se obligan, estando en tal incapacidad, los contratos y obligaciones que contraigan son nulos, y de aquí que, aquellas obligaciones, no tienen existencia por esas personas, sino por la intervención de aquellas otras que suplen su capacidad y que completan la

incapacidad, que tienen esos individuos. Más aún: esos incapacitados pueden haber adquirido obligaciones por habérselas trasmitido sus ascendientes ó descendientes, y una de dos: ó se admiten tales obligaciones patrimoniales, ó, de lo contrario, hay que negar la existencia de instituciones, como son las testamentarías de indudable importancia en el Derecho, como hemos probado anteriormente. Se confunde aquí la tenencia de la obligación contra el ejercicio y cumplimiento de ella, pues si lo primero, aun las personas incapaces pueden tenerlas y aun adquirirlas, puesto que hay obligaciones que nacen de la Ley, y por lo tanto, con independencia de su voluntad, no así el ejercicio y cumplimiento de las obligaciones, que para esto se necesita plenitud en su capacidad. No hay inconveniente, y no repugna admitir las obligaciones patrimoniales, ni hay anomalía, ni menos puede sostenerse la conveniencia de su supresión por las razones dichas, y porque, además, esa división nace de la naturaleza de las cosas.

Consecuencia de las dos conclusiones citadas, es la tercera, porque si parte del supuesto falso de que en muchos casos las personas no pueden obligarse y son las cosas las obligadas, por decirlo así, y deducción precisa de tal principio, es la de que, el Derecho del acreedor sea un Derecho real sobre las cosas del deudor y si es un derecho real recae sobre las mismas cosas, y esto implica, que se niegue al deudor la facultad de dar su valor ó importe porque esta facultad nace de que se considere tal vínculo como un derecho personal. No es el caso de explanar la teoría de los Derechos reales y

personales, admirablemente comprendida por Ortolan, y cuya distinción ha sido admitida en el Derecho desde el tiempo de los romanos, habiéndose ya hecho clásica, lo cual por lo menos la dá un tono de respetabilidad, que merece ser bien estudiada cualquiera reforma que se intente y que apenas si puede caber otra reforma, que la negación de tal distinción.

En las obligaciones, sean de la clase que quieran, no ha lugar siquiera á discutir si el derecho del acreedor gravita sobre los mismos bienes ó sobre su valor fungible, porque si se admitiera lo primero, dejaría de ser un contrato y una obligación personal y sería un verdadero Derecho real. Entiendo por lo tanto, que el obligado personalmente lo está él, su persona, contra quien el acreedor dirige su acción y por ello, si es deudor, lo son tambien sus cosas que responden del cumplimiento de sus obligaciones, sirviendo para indemnizar los perjuicios á diferencia del Derecho real, en que la cosa esté donde esté, con independencia de la persona que la tenga, se halla directamente obligada para con aquél á cuyo favor tenga el Derecho real. Luego no hay duda que en las obligaciones personales, el vínculo no es lo mismo que en los Derechos reales, y por lo tanto, no pueden identificarse ni confundirse las obligaciones con los Derechos reales, y debe mantenerse la diferencia entre ellos en las legislaciones civiles.

Hace notar G. Tarde (1), que la evolución ha llegado á admitir sin reflexión una teoría filosófica de las

(1) Las transformaciones del derecho versión de la España Moderna, pág. 190.

obligaciones, en la que no se tiene en cuenta más que el contrato, y en la que en el contrato no se vé más que el concurso de las voluntades libres... Esos encuentros de voluntad son el único fundamento razonable de los deberes y de los derechos, y que en todas partes donde hay derechos y deberes verdaderos se debe descubrir, buscando con cuidado, algún contrato preciso ó confuso, explícito ó implícito». Según esta teoria el contrato, como concurso de dos voluntades era la principal y única fuente de la obligación, á lo que observa Tarde, que si, el contrato era antes la fuente más importante y más frecuente de las obligaciones, pero al presente, si la ley, y mejor aún la práctica judicial, la costumbre mercantil y social, más avanzada aquí que la ley, no hubieran de sancionar los compromisos contraidos para con el público, más que á partir solo del momento en que una persona dada los haya aceptado, haciendo conocer además su aceptación y solo con respecto de esta persona, la mayoría de los negocios, la totalidad de los grandes negocios, sería imposible.

Coincidiendo con estas palabras y conceptos viene al campo del derecho una nueva teoría que ha sido expuesta y discutida con simpática independencia por M. Renato Worms (1), según la cual lo que crea la obligación, no es el encuentro de dos voluntades, sino la omisión de la voluntad única, aún antes de que se haya tomado acta de la misma. «El contrato epistolar que cada día es más frecuente, dice Renato Worms, es

(1) La voluntad unilateral considerada como fuente de obligación Giord 1891) citado por Tarde.

quimérico investigar, el momento en que las dos voluntades se encuentran, puesto que, en cuanto el que ofrece ha hecho su oferta, no piensa más en ello: *su volición* contínua *produciendo efectos;* pero como hecho psicológico deja de existir. Además, cuando la otra parte ha escrito su carta de aceptación, la olvida luego también y desde el momento en que esta carta es recibida, obliga al que ofreció, que ya no tiene la intención expresa de ofrecer, que quizá hasta está formalmente arrepentido de su oferta y obliga al aceptador, que, acaso también siente haber aceptado. La simultaneidad de dos voluntades, condición necesaria de su acuerdo, no existe, pues ó existe solo por una ficción de jurista sutil en el caso del contrato por correspondencia». Según esta teoría, el contrato no es la verdadera fuente de las obligaciones, porque para que exista éste, no se hace preciso el concurso de las voluntades, puesto que dicen que existen muchos contratos, en que no hay ese encuentro de voluntades como sucede en el contrato referido, en aquellos que nacen de los anuncios que á manera de ofertas hacen al público los comerciantes, y aun en las obligaciones que nacen de los títulos al portador, en que no hay más que una persona que ha manifestado su voluntad. La verdad es, dice Tarde (1), que toda obligación convencional ó no, emana de una alta y profunda voluntad unilateral, y en cuanto á las obligaciones convencionales, derívanse primeramente de esta gran voluntad unilateral que se denomina la autoridad pública, y luego de la pequeña voluntad unilateral de

(1) Obra citada, pág. 192.

cada uno de los contratantes, que á semejanza de ese mandato externo y superior, y por otra parte, conforme á la latitud que le deja se *manda á sí mismo*, á la vez súbdito y señor, y se *manda la obediencia al mandato de otro*. Si esta teoría de Tarde significa, como dice Posada, una indicación relativa á cómo se produjo por sujestión ó imitación la idea del contrato, esto no nos incumbe determinarlo á nosotros, pero si es que este es el parecer de tan ilustrado sociólogo, no puede menos de rechazarse por convenir en lo esencial con la expuesta por Worms, que combatiremos brevemente, por no alargar demasiado esta obra.

La voluntad unilateral no es suficiente para constituir un contrato como pretende Worms, y con él la escuela alemana sobre este punto, porque en los ejemplos por ellos propuestos, mientras la oferta no haya sido aceptada y esta aceptación no haya sido puesta en conocimiento del oferente y esto es indudable, tal oferta es un preliminar del contrato, aun no constituye el contrato y prueba de ello es, que puede arrepentirse de lo ofrecido y nadie podrá exigir que cumpla sus compromisos en virtud de un contrato y si esto es asi, es natural que no nos conformemos con tal opinión y consideremos necesario el concurso de varias voluntades, para que el contrato se constituya y del mismo modo que la aceptación puede ó no tener lugar, para que haya igualdad en las partes, es preciso, que el que ofrece se pueda arrepentir, rectifique y modifique su oferta, de otro modo, la obligación contractual nacería de una sola voluntad manifestada.

En cuanto á los títulos al portador hay un contrato, y por tanto existe concierto entre dos voluntades, una expresa la del deudor que en el mismo documento claramente se expone y otra tácita que resulta del acto del tenedor en el momento de tomar aquel título y por lo mismo, no hay repugnancia en admitir que exista el contrato en este caso y no hay porqué, un autor como Sabigni (1), niegue esta cualidad á los títulos al portador (2).

De lo anteriormente expuesto, resulta que el contrato no nace por la voluntad unilateral solamente, así lo dice claramente Kant cuando expone (3). Ni la voluntad *sola* del que promete, ni la del que consiente (como aceptante), basta para hacer pasar lo suyo del primero al segundo: se necesita la reunión de estas dos *voluntades*, y, por consiguiente, la declaración simultánea de ambas... Porque si yo he prometido y otro ahora quisiera aceptar en el intérvalo trascurrido (por corto que sea) puedo arrepentirme, porque antes de la aceptación todavía soy libre, así como por su parte el aceptante, por la misma razón, no debe creerse obligado por la promesa que ha seguido á la declaración de la parte opuesta.» Esto es lo que ha sido considerado como clásico en el Derecho; y si la nueva teoría filosófica alemana sostiene que la voluntad unilateral, puede ser fuente de

(1) Derecho de obligación tomo II traducción francesa.

(2) Nuestro querido maestro Sr. Mambrilla, antiguo Catedrático de Derecho mercantil dice, que las obligaciones que nacen de los títulos al portador, son contractuales.

(3) Principios metafísicos del Derecho, traducción española por Lizárraga pág. 104.

obligaciones, esto no tiene nada de particular que se diga, en cuanto que el contrato no es la única fuente de obligación, sino que hay otras como la ley, los cuasi contratos, etc., pero, de esto á sostener, como Tarde, que en este punto parece que se conforma con Worms, que toda obligación convencional ó no, procede y emana de una alta y profunda voluntad unilateral, hay gran distancia, porque esto, como hemos demostrado, supone un enorme error. Y volviendo á los títulos al portador, debemos decir, que podrá discutirse la naturaleza de la obligación que originan, si es contractual ó nó, si lo pri-primero, cae por su base la teoría ya expuesta, que pone por ejemplo ese caso, para demostrar, que no hace falta la aceptación, para que la promesa origine obligación, si lo segundo, si las obligaciones procedentes de esos títulos no nacen de un contrato, entonces podrá discutirse, si por la promesa solamente se produce la obligación, ó es la ley la que produce el efecto obligatorio en ese caso.

Sea cualquiera la opinión que se sustente, á nosotros nos conviene decir que dichos autores confunden el contrato con la obligación en general; de otro modo, no sostendrían que lo que crea la obligación no es el encuentro de voluntades, sino la emisión de la voluntad única, porque, es claro, que si una voluntad es suficiente para crear obligación, con mayor motivo será fuente de aquélla, cuando hay dos voluntades que coinciden, y nos interesa además saber, que ese concierto de voluntades es preciso é indispensable para que el contrato exista, de otro modo, no hay contrato, la obligación nacerá por

otro hecho, que desde luego, puede asegurarse que no es contrato.

Hace observar atinadamente Cimbali (1) que el concepto de la obligación civil, implica una limitación y una dismición de la libertad ó de la propiedad de algunos de los individuos, en beneficio de otros, lo que ya presupone resuelto el problema de la libertad y de la propiedad en favor del individuo, no pudiendo de una parte, limitarse ni disminuirse lo que no se posee, adquirirse ó acrecentarse de la otra, lo que no se puede poseer.» Y en verdad, que si no se parte de ambos supuestos no se concibe la obligación civil, la libertad para disponer en beneficio de otro, parte de nuestra actividad ó fin de que pueda otra persona cumplir su fin y llenar una exigencia social, la propiedad privada para disponer de lo que es nuestro, pues si es del Estado la propiedad, la parte más importante de las obligaciones, las obligaciones patrimoniales en suma, no tienen razón de ser. Y por lo mismo que las obligaciones tienen esta representación en el Derecho privado, los modernos civilistas, ponen gran empeño en dirigir sus miradas y más todavía, sus intentos reformistas al campo de las obligaciones, tal cual están concebidas y reglamentadas en los Códigos civiles actuales.

Por eso D' Aguanno escribe (2), que donde la necesidad de reformas legislativas, se siente con más fuerza y con más regencia, es seguramente en el campo de las obligaciones. Y es porque aquí, más que en otra parte,

(1) Obra citada, pág. 249.
(2) Génesis, etc., pág. 708.

se presenta evidente y manifiesto á los ojos de todos el contraste entre la legislación que nos rige, y las exigencias de la colectividad, entre el Derecho escrito y las idealidades jurídico sociales de nuestro tiempo.»

El concepto de la obligación, ha seguido la marcha de la civilización y ha variado según las ideas del Derecho público, dominantes en cada época. Sin embargo puede afirmarse, que ha sido un principio general que el Estado, prescindiendo de los tiempos prehistóricos y tradicionales, no ha impuesto ninguna limitación nueva á la libre disposición del individuo, esto es, que en el fondo de la obligación, el Estado no ha intervenido en ninguna ocasión, en lo que si ha intervenido, ha sido en cuanto á la forma.

La legislación Romana nos prueba bien lo que vamos diciendo, alli las formas solemnes, eran un requisito indispensable para la validez y eficacia de los actos jurídicos y ésto que era como el tipo de la sociedad antigua, suponía que el individuo tenía poca significación ante el Estado y por eso concedían una importancia exagerada á las formas de los actos jurídicos, sin comprender que ésta no debe tener otro fin, que el dar autenticidad al acto realizado por los individuos.

En oposición á este sistema formulario de los tiempos antiguos, ha venido el sistema liberal en materia de contratación, relegando la misión del Estado á meras funciones tutelares, dando al individuo una independencia que quizás sea excesiva, y poco menos que prescindiendo en absoluto de la forma, se atiene al fondo y esencia de la obligación.

Conviene rectificar la especie muy propalada y defendida entre los civilistas, de que el principio de la libre contratación se conoció desde que la influencia de la revolución francesa, fué reconociéndose en las legislaciones, y por la aplicación al Derecho, de las ideas de A. Smitch y del principio famoso del *dejar hacer* y *dejar pasar* que se mantuvo por mucho tiempo indiscutible en el Derecho económico, pero á decir verdad, antes que estos hechos tuvieran existencia, el legislador español, adelantándose á su época lo menos un siglo, proclama en materia de contratación el principio más liberal que en esta materia puede adoptarse, el precepto de la Ley famosa del Ordenamiento de Alcalá que ha regido hasta la publicación del Código, y que dice que de *cualquiera manera que el hombre se obligue quede obligado;* principio altamente liberal y espiritualista, que inauguró un sistema casi opuesto al del Derecho romano y que supone por parte del legislador español de aquella época, un profundo y cabal conocimiento de la contratación y un atisbo de lo que más tarde había de ser proclamado, como principio general de las legislaciones de los pueblos cultos.

Se invierten los términos dice Cimbali (1) (comparando el sistema romano, con el sistema individualista que estudió la revolución francesa y la escuela económica de A. Smitch; al Estado omnipotente en que se encuentra envuelto y anulado el individuo, se contrapone al individuo omnipotente que, destronado del Estado,

(1) Ibidem pág. 255.

se coloca en su puesto, reviste todas las prerrogativas y ejerce todas las funciones, y de este contraste surge hoy una cuestión que los modernos civilistas presentan á la consideración de los legisladores y que de su resolución depende el que se adopte ó no un cambio radical, en el concepto y reglamentación de las obligaciones en el Derecho privado.

La cuestión, es esta, que formularemos con las mismas palabras de D'Aguanno (1). ¿Debe el Estado intervenir para que los individuos no se perjudiquen unos á otros al establecer las relaciones obligatorias, ó debe tambien intervenir para que estas relaciones, á la vez que proporcionen ventajas á los particulares, se las proporcionen asímismo á la colectividad? ¿Debe tambien aquí manifestarse la acción del Estado de una manera enteramente negativa, ó debe intervenir de un modo positivo para promover el desarrollo de las actividades sociales?

Esta es la cuestión principal que hay que resolver tratándose del Derecho de obligaciones. Para los que como Molinari, ven en el Estado una empresa productora de seguridad y que como el afirma es «una úlcera que devora las fuerzas vivas de las sociedades» la misión del Estado ha de ser la de que no debe intervenir en materia de obligaciones y que en estas debe predominar la libre contratación. A esta escuela dice muy bien Sanz y Escartin (2), no hay que pedir remedios contra los

(1) Génesis pág. 709.
(2) La cuestión económica, pág. 75

males producidos por el actual estado de las relaciones industriales, ó considera estos males inevitables, ó los achaca á escasez de libertad y de laissez faire. El poder público nada puede ni debe hacer para evitarlos. En contra posición á este sistema están las doctrinas sustentadas por Schäffle y Vagner, que abogan por una ingerencia del poder público, que á nuestro juicio es excesiva, porque vendría á concluir con la libertad industrial y con las iniciativas individuales; para ellos, el Estado debe dirigir al trabajo, debe limitar el desarrollo de la población, debe limitar la producción, es decir, el Estado haciéndolo todo é interviniéndolo todo, este sería el ideal de estos economistas.

Hay que huir de exageraciones siempre peligrosas, y más tratándose de una materia como la que nos ocupa, ante esos dos criterios radicales, hay que buscar una solución intermedia que respetando la libertad individual, como elemento de gran importancia en la contratación, no se considere á la libertad del individuo, como absoluta é ilimitada.

Y si deciamos antes que las obligaciones en el Derecho privado, se enlaza con la afirmación de la personalidad en el Derecho público, y por otra parte, con la existencia de la propiedad privada, claro es, que la cuestión propuesta se contrae á determinar la relación entre el individuo y el Estado y la intervención de éste, en la propiedad que al individuo pertenece y por eso, al resolver éste problema, nos encontramos con las dos escuelas de siempre, con el individualismo y el socialismo.

Como dice Menger, si las obligaciones que nacen del Derecho de familia y de los derechos reales, la ley limita la voluntad de las partes haciendo que estas se muevan en un círculo estrecho que aquella ley les determina, es justo y es lógico que en las obligaciones que nacen de la estipulación de las partes, debe como en el Derecho de las cosas y en el de familia, señalar un contenido típico, entre cuyos límites haya de moverse la voluntad libre de las partes. Se objetará, añade el profesor de Viena, que las necesidades de las relaciones del comercio son de naturaleza tan individual, que no pueden ser recíprocamente satisfechas, sino mediante una plena libertad de contratación, á lo que responde, que realmente las necesidades indicadas en los tiempos actuales de la producción en masa y de la nivelación de todas las condiciones sociales, tienen un carácter aun más uniforme que los fines individuales de la vida á que pretenden servir el Derecho de las cosas y el de familia. Si pues estos Derechos pueden soportar una fuerte restricción del principio de la libertad de los contratos, también las obligaciones, podrían soportar una restricción análoga y semejante (1).

Para los socialistas, el Estado debe intervenir en la contratación, ésta no debe ser tan libre como lo es actualmente en las legislaciones civiles y como consecuencia, el contrato no ha de ser contraido por personas que una es inferior á la otra cuya inferioridad el Estado puede y debe evitar, por así exigirlo la más estricta justicia.

(1) Ob. citada, párrafo 37.

Nada tiene de particular que los socialistas truenen contra la libertad de contratación, porque como dice perfectamente Dalla Volta (1). El divorcio entre la libertad y el socialismo es indudable, puesto que ellos quieren sustituir al sistema contractual, el régimen del Estado á la cooperación no voluntaria, la cooperación forzosa, y aunque Schäffle diga, que la libertad es compatible con el socialismo, este dicho no tiene justificación, porque si segun él, la organización económica debe hacerse bajo la base del Derecho público, éste como dice M. Vanni, implica autoridad coercitiva y como si esto no fuera bastante, ahí están las palabras de M. Lacy (liberty aud Laur), que dice que la justicia es la antitesis de la libertad y que su coexistencia es absolutamente imposible. Son lógicos los socialistas al rechazar la libre contratación, porque no admiten la libertad, de este modo cambian los tiempos, la revolución francesa con todas sus consecuencias, se hizo invocando el mágico nombre de libertad y hoy se rechaza esta palabra por considerar que no satisface las necesidades y exigencias sociales, la constitución del socialismo, no puede ser otra cosa como dice Volta, que una constitución esencialmente obligatoria, la economía privada debe trasformarse en economía colectiva, unitaria, bajo la forma de institución pública, la producción y la distribución de los bienes deben estar sometidas á la dirección de órganos especiales... el acuerdo contractual debe ser

(1) Philosophie du Droit et socialisme en la *Revista Internacional de Sociologia*, Octubre 1894.

sustituido por la Ley y esta organización, añade, es inconcebible, sin un sistema autoritario y coercitivo y presupone el Derecho de la comunidad, á disponer de una manera ilimitada del individuo (1).

Los modernos civilistas, oponen al criterio exagerado del individualismo económico, una serie de reformas que suponen la intervención del Estado en la vida económica y en la esfera del derecho. El Estado debe ejercer una función social, y de aquí que afirme Cimbali que se reclama su intervención (2) para garantir la higiene, la moralidad y la instrucción de los obreros; regular el trabajo de las mujeres y de los niños en los almacenes y las fábricas, reglamentar la emigración y proteger los emigrantes contra los fraudes de sordidos especuladores; moderar la concurrencia ilimitada del capital y velar porque no se convierta en instrumento opresor del trabajo; prohibir las manufacturas insalubres; impedir los efectos desastrosos del monopolio en ciertas empresas de interés general como los ferrocarriles, los correos, los telégrafos, la navegación... ya tomándolas á su cargo ó permutándolas á los particulares... asegurando también con el concurso de la sociedad y de los indivíduos interesados, la subsistencia á los viejos, á los inválidos para el trabajo y á las familias de los obreros contra los desastres y la muerte.....

Pero esa innumerable série de reformas pedidas por Cimbali, no son en su mayor parte propias del Derecho

(1) Ibid.
(2) Ob. cit., pág. 269.

civil, y forman un cuadro de reformas que sino del todo, en gran parte, por lo menos, resolverían el problema social, por ello, de la mayor parte, hay que prescindir por tratarse de una ciencia agena á muchas de tales reformas y la intervención del Estado en todas esas materias, supone la existencia de un derecho industrial, que debería moverse en otra esfera distinta de la del Derecho civil.

Es muy difícil, tratándose de cuestiones tan delicadas, determinar el justo límite de la intervención del Estado, se corre grave riesgo de pedir como Stuart Mill, aquella intervención del Estado para evitar los abusos de la procreacion, del mismo modo que se pide la asistencia pública de los trabajadores, que no tienen trabajo por causas ajenas á su voluntad, confundiendo de este modo el deber moral del Estado, con el deber jurídico exigible desde el momento de la existencia de este deber, más esto nada tiene de extraño si se tiene en cuenta, que ambas esferas, de la moral y el derecho no deben vivir separadas con una independencia absoluta, si como digimos en otro lugar, y ahora repetimos, el movimiento jurídico moderno, valiéndonos de la expresión del profesor Sr. Giner de los Rios (1) va encaminado á trasformar el modo actual de concebir la relación entre la beneficencia y la justicia, puesto que si antes no podían confundirse y tenían una esfera de acción completamente distinta, en la actualidad, toda acción benéfica es obligatoria, coincidiendo por lo mismo ambos órdenes,

(1) Teoría de la persona social, pág. 404.

el moral y el jurídico. Y de esta confusión, entiendo yo que procede el pedir al Estado intervención en muchos actos como entidad encargada de realizar el derecho y poco á poco, va tomando carta de naturaleza entre los escritores la especie, de que los deberes morales del Estado, son propiamente jurídicos.

Por esto dice Vanni, que no debe excluirse de la esfera del Derecho todas las reformas de la asistencia social (1), y afirma Sanz y Escartin, que no hay duda de que la asistencia pública de los incapaces para trabajar, y de los que, por causas ajenas á su voluntad, se hallan sin trabajo y sumidos en la miseria, es un deber moral para el Estado, y sostiene el inglés Moreton Freureu, que mientras todavía se enseña en todas las cátedras, y es el tópico de todos los textos, que el Estado debe apartarse por completo de toda acción industrial, porque su servicio es caro y malo, la experiencia nos muestra el rápido desarrollo de la opinión favorable á la mayor *economía* y á la *mayor capacidad* de la acción del Estado (2). Preciso es, por lo mismo, no confundir ambos órdenes, pues de lo contrario, llegaríamos al extremo de incurrir en la absorción del individuo por parte del Estado. Y no se crea que todo esto que llevamos dicho, no tiene interés para el Derecho civil, porque, como muy bien sostiene Cimbali (3). «Tal nueva forma de intervención del Estado, resultado de una gran evolución realizada en las relaciones entre éste y el individuo de

(1) Citado por Dalla Volta en el trabajo citado.
(2) Ob. citada, pág. 79.
(3) Ob. citada, pág. 270.

rechazo, obra, necesariamente un cambio profundo en las relaciones obligatorias del Derecho privado.» Y es indudable, la ingerencia é intervención del Estado, supone una limitación en la libertad individual, una limitación privada, y por tanto, una limitación relativa, correspondiente á la eficacia del contrato, como principal fuente de las relaciones obligatorias.

Que no debe ser tan absoluta la libertad individual para originar obligaciones contractuales, es un hecho innegable, y solamente desconocido para aquellos que ven el Estado, como un mal necesario, ejerciendo funciones propiamente negativas y tutelares, que no bastan para que cumpla con el fin de dirigir á los asociados al bien común y general.

Y en efecto, aun los individualistas más exagerados, han reconocido que la ley debe regular las obligaciones, determinando las reglas generales de las mismas para saber de que manera la obligación nace, cual es su alcance y hasta que punto extiende sus efectos, no dejan á la libertad individual que se mueva sin límites ni condición alguna, sino que es preciso señalar las incapacidades de las personas que no pueden contraer obligaciones, determinar la nulidad de los actos cuando en éstos no han concurrido las condiciones necesarias para que puedan considerarse obligadas las personas que les realizaron y además, el concretar la forma á que han de sujetarse los actos y contratos para que la sociedad tenga seguridad plena, de que tales actos han sido celebrados y tienen autoridad, y todo esto ¿qué es sino la intervención del Estado en la esfera de las obligaciones

de caracter privado? No es posible conformarse con el criterio de dejar á su arbitrio la voluntad de los particulares, mostrándose el Estado indiferente ante las relaciones obligatorias, y por esto, se hace preciso manifestar, que aunque la libertad de la contratación debe respetarse, tal respeto no supone una completa ausencia por parte del Estado, sino que éste debe intervenir para dar la pauta, norma y regla que sirva para regular las relaciones jurídicas. Pero esta intervención debe ser prudente, no ha de ser de modo que absorva el Estado al individuo, ni que este pueda prescindir absolutamente de él, y por eso, si exagerado nos parece el criterio de los individualistas, exagerado es también, el de los no socialistas.

En efecto, si como los socialistas, pretenden socializarnos los capitales y los medios de producción, criterio basado en la teoría de Marx, de que el trabajo es la única fuente de riqueza, equivaldría como dice D'Aguanno (1), á abolir casi del todo las obligaciones privadas y á suprimir la infinita variedad de las industrias que subvienen á muchísimas necesidades, las cuales por no ser universalmente sentidas, no pueden ser objeto de servicio público. Luego es de todo punto necesario combinar ambos elementos, para de este modo regular con acierto las relaciones obligatorias.

Discurriendo Menger acerca de la libertad de contratación (2), critica que en todas las instituciones civiles á

(1) Genesis, pág. 713
(2) En su libro citado, pág. 298 y sig.

diferencia de los contratos, se determinan las obligaciones por la ley, y solamente en los contratos se admite la libertad de contratación, y esto es— dice el autor citado— porque en las tres principales instituciones del Derecho civil, no surgen tal antagonismo de intereses entre las dos grandes castas del pueblo, mientras que en los contratos—añade—hay un conflicto de intereses económicos entre ricos y pobres, siendo necesario dejar á los primeros la mano libre, para percibir rentas sin trabajar. Si este fuera el fundamento de admitir la libertad de contratación, realmente sería odioso que se consignara en los Códigos desigualdad tan irritante, como es la de que ni en el matrimonio ni en el Derecho de las cosas se admita tal principio, consignado hoy en las disposiciones legislativas de los Estados modernos en materia de contratación, pero hay que fijarse que Menger, tiene sólo un punto de vista para criticar en los Códigos civiles, el socialismo, y con este criterio tan estrecho y limitado, no es posible conformarse.

No hay que olvidar que las instituciones del Derecho civil no tienen igual naturaleza, y por tanto no pueden ser reguladas por los mismos principios jurídicos. Sería verdaderamente absurdo, aplicar el principio de la libre contratación al derecho de familia, porque es indudable que el matrimonio, aun mirándole desde punto de vista civil, es un contrato *sui generis* que toda ley debe regular hasta minuciosamente y esto, por la gran importancia que tiene para la sociedad y siendo como es de distinta naturaleza, es claro, que las obligaciones que de él nazcan han de estar consignadas por la ley,

porque si se dejaran á la voluntad individual, nos expondríamos á que dichas obligaciones no se cumplieran por haber un pacto en contrario, lo cual ocasionaría un grave perjuicio á los intereses sociales, puesto que el Estado, por razón de su fin, debe exigir el cumplimiento de las obligaciones que nacen de la familia, que es al fin, la base de toda sociedad. Hé aquí porqué se explica la diferencia que tanto extraña á Menger; y esto que decimos del derecho de familia, se podría aplicar al derecho de las cosas, con lo que queda demostrado la falsedad del argumento del profesor de Viena.

En lo que sí hay que convenir con el autor citado es, en que no hace bien el Código civil alemán en regular las obligaciones que nacen de hechos ilícitos, pues como él mismo dice «la exposición de las obligaciones relativas á la indemnización de daños provenientes de acciones ilícitas debería en buena lógica, separarse del sistema del Derecho civil. Y en efecto, esto corresponde más bien á los Códigos penales, al Código civil corresponde el regular las obligaciones que nazcan de no haber cumplido el deudor una obligación contraida en virtud de un contrato, las que nacen de los cuasi delitos deberían ir al Código general de las acciones ilícitas, ya que en ninguna otra ley mejor, para determinar la indemnización correspondiente al hecho realizado.

Entrando ahora á determinar las reformas que deben implantarse en las legislaciones respecto al derecho de las obligaciones, y habiendo expuesto las cuestiones referentes á las obligaciones en general y á la misión

del Estado, conviene examinar las reformas que los modernos escritores solicitan en materia de contratos.

Dice D'Aguanno (1), que es preciso se haga una revisión en algunos contratos, para que se pongan en armonía con el progreso de los tiempos y entre los contratos en que pide revisión es la compra-venta solicitando se reforme el art. 1529 del Código civil italiano, por virtud del cual, el vendedor que haya sufrido lesión por más de la mitad del justo precio de un inmueble, tiene derecho á pedir la rescisión de la venta, aun cuando en el contrato hubiesen renunciado expresamente la facultad de pedir dicha rescisión, conformándose con el parecer de Huc, de que si en los contratos conmutativos cada una de las partes debe recibir un equivalente de lo que da, solo las partes pueden ser jueces de esta equivalencia; pero esta reforma pedida por el autor italiano, no se conforma con lo por él dicho anteriormente y envuelve una contradicción; si el Estado debe intervenir en los contratos, para que las partes tengan en ellos una posición igual, cuando en la venta una de las partes se aprovecha, bien de la ignorancia de la otra parte, ó bien de la necesidad en que se encuentra de enajenar la cosa, la rescisión procede y no hay más remedio que suponer, que las partes han contratado en desiguales condiciones y una de ellas, se ha aprovechado de esa desigualdad. Las cosas no valen solo lo que dan por ellas, éste es un principio del todo falso, y de aquí, que si el precio no es equivalente al valor de la

(1) Génesis, pág. 725.

cosa, si el precio es muy desproporcionado, aquel contrato es ilícito, y por eso yo soy partidario de la rescisión por lesión y es extraño que D'Aguanno, no sea lógico con sus principios en materia de obligaciones contractuales.

También este escritor opina por la supresión del contrato de enfiteusis, al que califica de un anacronismo viviente y afirma, que es una traba al libre movimiento de la propiedad y una causa constante de litigios.

Ya Demolombe había dicho que la enfiteusis no tenía razón de ser y Trolomp que no tenía utilidad más que en determinadas circunstancias, pero en cambio Duveyrier es tan entusiasta de ella, que dice que la ciencia económica no ha encontrado nada mejor combinado, y si bien se examinan sus ventajas é inconvenientes, es indudable, que es una institución grandemente favorable para el censatario, su establecimiento fomenta el progreso agrícola, y en una palabra, la opinión científica vuelve hoy los ojos á ella, como uno de los medios de conjurar las crísis agrícolas y sociales.

Es indudable que la enfiteusis tiene ventajas que no pueden negarse, el colono tiene la seguridad de que puede hacer cuantas bonificaciones y mejoras sean convenientes en la finca, en la seguridad de que él ha de disfrutar de todas las mejoras que haga, precisamente por tener por mucho tiempo el disfrute de la cosa que ha recibido en enfiteusis, y si á esta ventaja se agrega, la de que la pensión ó canon es siempre módico, y por lo tanto, el censatario puede obtener una utilidad mucho mayor que si tuviese la finca en arrendamiento, se

comprenderá que es una institución necesaria en las sociedades, y hacen bien los Códigos en mantenerla.

La enfiteusis no debe ser perpétua, debe permitirse la redención de la carga, porque entonces llegaríamos á la amortización de la propiedad, lo cual, á nuestro juicio, no es conveniente; mas siendo temporal, no hay inconveniente en permitirla, y no se explica cómo D'Aguanno la llama un anacronismo viviente, pues si bien se mira, basta es uno de los medios para resolver la cuestión obrera, porque por esa institución, el que no tiene nada, puede con su trabajo, llegar á hacerse propietario, ya que la finca él la disfruta, y por tal disfrute paga una módica pensión; en este sentido la consideran muchos autores modernos, y es evidente que es una institución, que estando bien reglamentada, producirá grandes ventajas.

Lo que es urgente, ya que de reformas en el Derecho de obligaciones hablamos, es la supresión de la usura, hoy permitida en algunas iegislaciones, entre las que se cuenta la de España. Menger, con muy buen sentido se opone á que en las legislaciones se permita á las partes contratantes fijar libremente el rédito, porque no hay más que observar que la libertad de fijar el rédito, supone nada menos, que una tiranía sobre aquel de los dos que pide el dinero, que generalmente va impulsado por la necesidad y no tiene una posición igual á la del prestamista.

He aquí uno de los inconvenientes de la libertad absoluta de la contratación, aquí debe intervenir el Estado para fijar el rédito, á fin de evitar que las partes pacten

un rédito excesivo, usurario, que hagan el pacto inmoral y llegamos en este punto á creer necesario que la Ley diga al máximum de interés que las partes pueden fijar en el contrato, y de este modo, se evitan todos los inconvenientes que trae una legislación que permite la usura.

Es también necesario, que los Códigos reglamenten de una manera cumplida el contrato de sociedad en sus diferentes formas, por lo mismo que en la actualidad ha adquirido una gran importancia, y la sociedad tiene en los tiempos presentes mayor interés, porque cumple fines que el individuo no puede cumplír, es necesario, por lo tanto, adaptar la legislación á las necesidades sociales, dando á este contrato mayor amplitud, y regulando quizá otras formas de sociedad, que los Códigos vigentes, por regla general, no reconocen.

Y llegamos al punto capital de la reforma de los Códigos, en donde se notan mayores deficiencias, y en donde, también, los modernos civilistas fijan su atención, demostrando la necesidad de una ámplia revisión de las leyes civiles para adecuarlas á las circunstancias presentes. Nos referimos al contrato de trabajo en sus principales aspectos, cuyo contrato, apenas si es regulado en los Códigos civiles de los Estados modernos.

Si, como decíamos antes, el individualismo y el socialismo jugaban un importantísimo papel en la esfera de las relaciones del Derecho contractual, llegamos ahora á observar en el contrato de trabajo, una aplicación concreta de las teorías que respectivamente sustentan ambas escuelas, manteniendo una la intervención del

Estado y sosteniendo la otra, la ausencia de esa intervención, en las obligaciones contractuales.

Preciso es decir, que si la mayor parte de las legislaciones se ocupan hoy de legislar acerca del contrato de trabajo en sus diversas manifestaciones, formando en algún país una legislación industrial, es no menos cierto que los Códigos civiles, contienen escasas y deficientes disposiciones acerca del contrato de locación de servicios, siendo así que á los Códigos civiles corresponde hacerlo, con verdadera competencia, por tener allí el referido contrato su lugar oportuno. Con razón observa Aguanno (1) «que el contrato más importante de la vida civil es el contrato de trabajo. Por él es, por el que tiene subsistencia la gran mayoría del pueblo; por eso este contrato debería constituir la principal preocupación del legislador. Y sin embargo, no encontramos más que un solo artículo del Código civil, que se ocupe de él, que es el art. 1.628, el cual se limita á prescribir que no se admite la servidumbre perpétua.» Y, como afirma Cimbali, «ni resiste mejor los golpes de la crítica severa y concienzuda la institución del *arrendamiento*, como está reglamentada en el Código italiano, y, como sostiene Menger, también el Código civil alemán es defectuoso, por lo que se refiere á la reglamentación de tal contrato (2), y el Código español también se resiente de los mismos defectos, y todos se hallan aferrados á un individualismo exagerado en estas materias. La Economía

(1) Génesis, pág. 721 y sig.
(2) Obra citada pág. 274. (1) Ibid. párr. 39 y siguientes.

ha evolucionado en el sentido de mirar al pacto de trabajo, no como un contrato cualquiera, sino como el más importante de todos ó por lo menos, como uno de los más importantes, no tan sólo por razón de la materia ú objeto del contrato, que es la explotación de la actividad humana, sino también porque interesa al mayor número de ciudadanos, por ser un contrato que tanto al capitalista como al obrero, afecta de un modo directo.

Hasta aquí la Economía vió en el trabajador un vendedor de su mercancía, que es su trabajo, equiparando este contrato á cualquier otro, sin notar en él particularidades que se ofrecen á primera impresión al que atentamente observe los hechos, y por eso Molinari, partiendo de este concepto individualista, censura las limitaciones que establece la ley al alquiler de servicios, y Leroy Beaulien sostiene, que la condición del obrero que gana tres francos, es preferible á la de su patrono millonario, porque tiene menos que pensar: pero, si bien se mira, la economía clásica se apasiona por el capital, principio del *laissez faire*, sin comprender que el Estado tiene perfecto derecho á intervenir en ese trabajo, para evitar los abusos en que el patrono pueda incurrir por su superioridad, haciendo que el contrato, en vez de ser libre, venga á ser necesario por parte del obrero, al someterse por la necesidad.

Condenando esta tendencia, dice Salvioli (1): «Aquí es donde el trabajo es considerado como una mercancía y el hombre como capital fijo, separándolo de su

(1) Los defectos sociales del Código civil, pág. 35.

personalidad, aquí es donde el individualismo burgués, rompiendo todos los vínculos antiguos, en la falsa suposición de que las dos partes contratantes son libres, ha proclamado la plena libertad para todos, libertad de fijar los salarios como se quiera, de pagarlos cómo y cuando se quiera, y la libertad de trabajar, al contrario, no tiene más remedio que trabajar, sopena de no comer; y Menger expone su pensamiento claro en estas palabras: «Quien sin pasión juzgue las cosas, no podrá negar que el señorío ó dominio ejercido por el patrono sobre el obrero asalariado es, en su contenido y extensión, mucho más riguroso que el que en nuestros tiempos corresponde al cabeza de familia, sobre su mujer y sus hijos, al tutor sobre el pupilo.

En rigor un contrato de Derecho privado que entraña una relación tal de dominación, bien ofrece un motivo de *intervención* para el Estado (1) ó como observa L. Brentano «el abandono del antíguo órden de cosas en la industria en vez de producir un desarrollo general de las fuerzas, ha conducido á un dominio absoluto por parte de los hombres que se han distinguido por cualidades económicas extraordinarias ó han sido favorecidos por la fortuna (2).

No se puede desconocer, que el contrato de trabajo ofrece especialidad que no tienen otros contratos, y por lo mismo, no hay inconveniente en admitir que el Estado intervenga en la constitución de ese contrato y que

(1) Obra citada, pág. 318 y 319.
(2) Citado por Escartín, ob. citada, pág. 69.

no se deje á la absoluta libertad de las partes su perfeccionamiento; con razón dice el ilustrado escritor señor Sanz y Escartin (1), que el objeto del contrato de trabajo es no una mercancía, sino el ser racional y libre, el sujeto mismo de la ciencia económica, sus condiciones son totalmente distintas de las de todos los demás contratos de compra-venta» y siendo esto así, para reparar las injusticias que resultan de la desigualdad de condiciones de los contratantes, es necesario que la ley civil regule, fijando las limitaciones á que deben someterse las partes, dando reglas dentro de los cuales debe moverse su actividad á fin de que se distribuya equitativamente la riqueza y el contrato sea producto de la libertad y no de la necesidad, y constituye un defecto de las legislaciones civiles el que, mientras en los contratos en que el objeto es el dinero ó una mercancia, se dan multitud de reglas para que sean cumplidas por los contratantes en el contrato de trabajo, hay escasas disposiciones apesar de ser el más importante de los contratos; es oportuna esta observación de Gianturco (2) Si se arrienda una casa sin fijar por cuánto tiempo, hay reglas y deberes recíprocos por parte del arrendador y del arrendatario; por el contrario, si se arrienda la obra de mil operarios sin fijar por cuánto tiempo como de ordinario acontece, los operarios pueden ser despedidos á

(1) La cuestión económica, pág, 68.

(2) Individualismo y socialismo en el derecho contractual, citado por D'Aguanno, pág. 192.

discrección del empresario. Ni hay tampoco disposición legal alguna acerca del modo de pagar la merced. Sabido es que el medio más fácil y usurario de disminuir la merced de los obreros consiste en pagársela directa ó indirectamente en especie; en Italia la legislación civil no contiene absolutamente ningún precepto acerca del particular». Esto que dice el autor italiano de la legislación de su país, podemos decirlo también de la legislacion española, sus disposiciones son del todo deficientes y algunas completamente injustas como es la del art. 1584 que dice, que el amo será creido en cuanto al pago de los salarios, cuya injusticia se ha hecho notar por muchos escritores y muy recientemente por el profesor Sr. Buylla en una carta inserta en el *Heraldo de Madrid,* dirigida al Licenciado Vidriera; luego es urgente, que los legisladores de todos los países modifiquen su criterio en el sentido, de ampliar las reglas y disposiciones de los Códigos civiles respecto al contrato de trabajo y de dictar preceptos justos, para que el empresario ó capitalista y el obrero, contraten en igual posición y en idénticas condiciones.

No se puede desconocer que alguna vez el capitalista, abusa al contratar con el obrero de la inferior posición de éste y aún de la necesidad en que el obrero se encuentra, pero también es verdad, que el obrero cuando hay escasez de brazos para trabajar, exige al capitalista y se impone á éste, y si la legislación ha de ser justa, debe comprender las reglas precisas para evitar el abuso por una y otra parte, haciendo que cada cual se coloque en la posición que le corresponde.

Las legislaciones civiles no han hecho más que reproducir las normas tradicionales cuando de este contrato se ocupan, y de aquí que la reforma sea precisa, sin olvidar que el legislador no se entrometa en la esfera de la Moral, porque es sabido, que por los escritores que de la cuestión obrera se ocupan, se suelen confundir ambas órdenes, pero de todos modos, al ser insuficientes los Códigos civiles y al tener derecho el Estado á intervenir en el contrato de trabajo por su especialidad y por el gran interés que para la sociedad tiene, es justo, necesario y conveniente, la revisión de nuestros códigos, para así cumplir los dictados de la justicia y satisfacer las necesidades de la sociedad moderna.

Se hace necesario también, que la legislación fije las limitaciones de trabajar de séres que no tienen aptitudes para el trabajo, como sucede con las mujeres y los niños, para evitar explotaciones inícuas nacidas de las ambiciones y de la necesidad y consecuencia del contrato de trabajo, es también la cuestión relativa á la indemnización por parte del capitalista de los infortunios del trabajo que ha sufrido el obrero, y me parece que es criterio exagerado el sostener, que en todo caso el capitalista debe indemnizar tenga ó no tenga culpa, porque dicen ellos que si el empresario no tiene la culpa, tampoco la víctima la tiene y sufre en cambio, pero esto sería injusto, por lo mismo que si el empresario no ha tenido negligencia y ha puesto á contribución todos los medios para evitar un accidente desgraciado, no hay porque hacerle responsable, pues los daños originados por caso fortuito

debe sufrirles solamente el que ha sido víctima de ellos, pero nunca el que no ha tenido ninguna participación en el hecho producido. Para evitar los inconvenientes que resultan del actual estado de cosas, es conveniente traer á las legislaciones, disposiciones protectoras de las clases obreras en el sentido antes indicado, reglamentando el seguro, y creando y fomentando sociedades coperativas de consumo y de producción, debe impedir que las mujeres y niños trabajen en las fábricas fuera de las condiciones que la ley fije con precisión, imponer el descanso dominical, exigir á los empresarios que las fábricas y talleres tengan condiciones higiénicas para el trabajo, crear sindicatos para entender en las cuestiones entre patronos y obreros; cuestiones todas, que aparte de otras, el legislador debe fijar su atención en ellas, para que el contrato de trabajo, con sus naturales consecuencias, quede completamente y de un modo suficiente regulado.

La índole de la obra no nos permite el tratar el contrato de trabajo y los problemas que de él surgen, con la extensión que debe darse á estas cuestiones dada su importancia actual, pero con lo dicho basta para indicar al legislador, el camino que debe seguir en la reforma de la Ley respecto al contrato mencionado, señalando los puntos y motivos de las reforma que debe hacerse en los Códigos civiles, pues si alguién cree que la legislación que se llama industrial, no encaja en un Código civil, creemos que muchas de las cuestiones propuestas pueden ser de la competencia de un Código civil, que al reglamentar el contrato de trabajo debe regular las

consecuencias que de él se derivan de un modo natural y hasta necesario.

De este modo comprendida la reforma de la legislación civil, satisfaría las necesidades sociales y el contratrato de trabajo, quedaría perfectamente regulado, en consonancia á los principios de justicia, y de conformidad á las exigencias de la sociedad actual.

ÍNDICE

Págs.

PRÓLOGO.. 3

CAP. I. La doctrina evolucionista.—Noción de la Sociología.—El movimiento científico en el orden económico y el Derecho civil.. 5

CAP. II. El evolucionismo y la Escuela Histórica en el Derecho.—El Positivismo y la Filosofía jurídica.—Ley de la evolución jurídica.—Influencia del Derecho en la Sociología.—La Arqueología y el estudio del Derecho.—Cómo debe estudiarse el Derecho civil. 15

CAP. III. Tendencias reformistas en el Derecho civil.—El método en el Derecho civil.—Crítica del evolucionismo aplicado á esta rama del Derecho.—El Positivismo en el Derecho. 27

CAP. IV. Moda del Positivismo.—Tendencia novísima dentro del Positivismo.—Reformas en el Derecho civil.—Escasa influencia de la sociología y Antropología en el Derecho civil.—Reforma integral de la legislación civil.. 41

CAP. V. Formas de las relaciones jurídicas en el orden privado.—Tendencia á socializar el Derecho civil.—El Socialismo y las teorías de Darwin.—La ciencia social ¿es individualista ó socialista?—El individualismo en el

Págs.

Derecho civil.—Influencia del socialismo en esta rama del Derecho.. 57

CAP. VI. Contenido y extensión del Derecho civil.—Teoría que restringe el concepto del Derecho civil.—Los criterios de utilidad social en esta rama del Derecho.—Otras Teorías acerca de su concepto.—El Derecho público y el Derecho privado.—Extensión del Derecho civil y reformas que desde este punto de vista deben introducirse.. 74

CAP. VII. Razón del Plan.—El Matrimonio actual, sus males y sus remedios.—El Divorcio.—Opiniones de los autores modernos acerca de esta cuestión.—Variedad de las legislaciones civiles. 96

CAP. VIII. La investigación de la paternidad natural.—Opiniones diversas de los civilistas y criterios distintos de las legislaciones actuales.—Condición jurídica de los hijos ilegítimos.. 117

CAP. IX. De la legitimación.—Adopción.—Reformas pedidas por los modernos civilistas en estas instituciones.—Otras reformas en el Derecho de familia.—De la tutela.—El feminismo y el derecho de familia. 143

CAP. X. Reformas pedidas por los modernos civilistas respecto al Derecho de propiedad.—Los individualistas y socialistas.—Principales lagunas de los Códigos civiles en esta materia.—Crítica de Menger al Código civil alemán.—Reformas en el Derecho hipotecario. . . 165

CAP. XI. Idea de la sucesión.—Sucesión testada é intestada.—La sucesión testada debe ser preferente á la legítima.—La libertad de testar y las legítimas.—Reformas pedidas por los modernos civilistas respecto al Derecho sucesorio.—La sucesión contractual.. . . . 182

CAP. XII. Principios del Derecho de obligaciones en el Derecho romano y en los Códigos actuales.-Idea de la obligación jurídica.—División de las mismas en ético-jurídicas

Págs.

y patrimoniales.—La voluntad unilateral como única fuente de las obligaciones. —Autores que defienden y combaten esta teoría.—Intervención del Estado en las obligaciones.—El individualismo y el socialismo en esta cuestión.—Reformas pedidas en el Derecho de obligaciones y contratos.—El contrato de trabajo.. 213