

La naturaleza ha hecho, pues, del lazo de familia, una relación de autoridad y de subordinación. Y sometiendo á ella á todos los hombres, ha velado para que ninguno entre en la sociedad sin haber aprendido á conocer esta autoridad y esta subordinación, que son la salvaguardia de la existencia del Estado. Para todo hombre, la familia es la escuela que prepara su ingreso en el Estado, y en muchos pueblos hasta ha servido de modelo del Estado (Estado patriarcal).

No me extenderé más ampliamente sobre las relaciones de familia; aquí sólo las examino desde el punto de vista de la fuerza compulsiva. La noción del deber (cap. X) y la del amor (cap. XI), nos harán volver á ellas.

5. LA COACCION COMPULSIVA: EL CONTRATO

SUMARIO: 122. *El contrato.*—123. *Fuerza obligatoria de la promesa.*—124. *Crítica del derecho natural.*—125. *Historia de la obligación romana.*—126. *Idem. Primer grado: el acto real bilateral.*—127. *Idem. Segundo grado: el acto real unilateral efectivo.*—128. *Idem. Tercer grado: el acto real unilateral ficticio.*—129. *Idem. Cuarto grado: la promesa bilateral.*—130. *Idem. Quinto grado: la promesa unilateral (á título gratuito).*—131. 1. *Prestación real á título gratuito. Donación.*—132. 2. *Exigibilidad de la promesa á título gratuito.*—133. *Influencia del cristianismo.*—134. *VOTUM y POLLICITATIO en la antigüedad.*—135. *Promesa de dote.*

122. EL CONTRATO.—La coacción compulsiva no está llamada á sancionar todos los contratos. No se aplica ni á la venta ni al cambio, operaciones que se realizan inmediatamente y nada dejan que obligar. Podría objetarse que el comprador debe ser protegido en la posesión de la cosa y el vendedor en la posesión del precio. Pero no es menester para esto la coacción compulsiva; la coacción propulsiva basta. Si

las relaciones del comercio jurídico estuviesen limitadas á esta forma, la más sencilla del cambio: la ejecución punto por punto, la coacción compulsiva sería superflua. Pero no todos los contratos se ejecutan así: Tal ocurre en el préstamo, en que el prestamista debe realizar la prestación antes de que se haga la contra-prestación, la restitución del préstamo, que sólo posteriormente se efectúa. También en el contrato de arriendo: páguese el alquiler antes ó después de usar la cosa, una de las dos partes debe realizar su prestación antes que la otra parte la suya. Hay, pues, contratos que implican necesariamente la suspensión de una prestación; por consiguiente, una promesa.

123. FUERZA OBLIGATORIA DE LA PROMESA.—La promesa constituye un inmenso adelanto sobre la forma primitiva del contrato que acabamos de citar. Substituyendo la simple palabra á la prestación inmediata, permite á los contratantes descontar el porvenir. La promesa desprende al contrato de los lazos del presente; gira una letra contra lo futuro con el fin de proveer al presente.

Mas para que la promesa reemplace á la prestación, es necesaria la certidumbre de que aquélla se realizará, de que la palabra será cumplida. Eso será la ejecución de la promesa; obtenida la palabra, la prestación se convierte en realidad. Es la coacción quien garantiza esta ejecución. El acreedor no acepta la promesa del deudor sin la condición de estar autorizado para ejercer la coacción. El interés de ambos se halla comprometido, porque, sin esta facultad, el acreedor no concluiría el contrato, y los mismos deudores, para obtener ventajas, deberían ser los primeros en consentir en la exigibilidad de sus promesas (1).

Esta eficacia de la promesa halla su expresión jurídica en la fuerza obligatoria de los contratos. El contrato *liga* al deu-

(1) Aquí hay la misma razón legislativa que hace valer la L. 24 § 1 de Minor. (4 4) para los menores de edad; *ne magno incommodo... afficiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicatur (interdicto).*

dor; está *ligado* éste por su palabra, cuando puede ser obligado á cumplirla, es decir, cuando la ejecución puede tener una sanción en la fuerza exterior. La imagen bajo la cual en la lengua latina se representa la promesa, es la de un lazo, por el cual el acreedor sujeta al deudor. El lazo está atado (*contrahitur* = *contractus*), desatado (*solvitur* = *solutio*), el deudor está ligado (*obligatio* = estar ligado en provecho de otro, de *ob*, es decir, por, y *ligare*, ligar; y *nexum*, de *nectere*: ligar, encadenar).

La fuerza obligatoria de la promesa no es un elemento que á ella se añade, sino que resulta de su misma función práctica. Si la promesa no fuese obligatoria, el préstamo desaparecería del mundo de los negocios; no se prestaría dinero más que á los amigos; desaparecerían también de la lista de los contratos el arrendamiento de servicios y de cosas. ¿Quién sería el insensato que prestase sus servicios ó concediese á otro el uso de una cosa suya si no estuviese seguro de recibir en cambio un salario ó un alquiler? ¿Quién pagaría el alquiler anticipado debiendo esperar que la prometida contraprestación no se realizase? Sólo el cambio y la venta serían posibles, bajo la molesta forma de la ejecución inmediata y recíproca.

124. CRÍTICA DEL DERECHO NATURAL.—Este carácter prácticamente indispensable de la fuerza obligatoria de los contratos, permite que uno se pregunte cómo la doctrina del derecho natural ha podido ver ahí un problema difícil, que unos se han esforzado en resolver y otros han desesperado de encontrar la solución. Si la cuestión ha cambiado el problema, es porque el fin, la función práctica de la promesa, ha sido perdido de vista. Se ha buscado la razón de las cosas en la naturaleza de la voluntad, no de la voluntad que quiere alcanzar un fin en el mundo y se vale de sus propios medios para lograrlo, sometiéndose á las consecuencias de su propio querer, sino de una voluntad inconsciente de su querer, la cual, concluido el contrato, olvida inmediatamente que el éxito reside en la permanencia de ese querer. Mirando sólo la simple

acción de la voluntad del individuo, no es posible comprender, en efecto, por qué el mismo hombre que ha querido hoy esto no pueda querer mañana lo contrario. Pero esta consideración, puramente psicológica, no se aplica á nuestra cuestión, que es de interés jurídico y práctico. No se trata de saber lo que la voluntad puede en sí, sino lo que debe querer para alcanzar el fin al cual tiende. *Ese fin* no comprende indistintamente todo lo que ella puede proponerse; su objetivo debe conciliarse con el de las otras voluntades que se mueven sobre el mismo terreno social. Toda la cuestión es de oportunidad histórica. La Edad Media admitía la validez de contrato que nosotros condenamos en absoluto. Hoy en día, y siempre ocurrirá así, la fórmula abstracta en la cual se pretendería exprimir toda la teoría de la fuerza obligatoria de los contratos, es tan imposible de hallar como la de la mejor de las formas de gobierno. El derecho de los contratos y las formas de gobierno son hechos que proceden de la historia, y sólo se halla su significación relacionándolos con aquélla; es decir, con las circunstancias y las necesidades de la época que los han visto nacer. Abandonando el sólido terreno de la historia para buscar la solución de la cuestión en la naturaleza de la voluntad subjetiva, independiente de la sociedad y de la historia, la doctrina del derecho natural se ha cerrado toda esperanza de hallar la clave del enigma: que afirme ó que niegue la fuerza obligatoria de los contratos, está igualmente en falso, porque se pone en manifiesta contradicción con el mundo real. Este no puede, en efecto, en esta materia afirmar ni negar nada en absoluto; todo depende de los fines á la vista en el momento presente.

El derecho romano es, según creo, el único derecho que da á este aserto un carácter absoluto de verdad. Guiado por el fin, el contrato, en ese derecho, se eleva de grado en grado, pasando de la forma más elemental á la más perfecta, sin saltar ningún grado intermedio. Se presencia, no sólo un desenvolvimiento histórico, sino también como una dilatación teórica de la noción del contrato; tanto los progresos se encade-

nan. Esto me lleva á intercalar aquí la historia del desarrollo de la obligación romana. Será exponer bajo otra forma lo que he prometido estudiar: la progresión teórica interna de la coacción compulsiva en el contrato. Asistiremos á la marcha paralela de la teoría y la historia.

125. HISTORIA DE LA OBLIGACIÓN ROMANA. — Según la concepción del antiguo derecho romano, la simple promesa (*pactum nudum*) no engendra ninguna acción (1); la idea de la fuerza obligatoria de la promesa es extraña á la época antigua. La exigibilidad jurídica de la promesa, es decir, la acción, supone que el acreedor haya prestado, dado alguna cosa al deudor. La base de la obligación del que promete reposa sobre la prestación (*res*) hecha por la otra parte. Nadie promete si no es para obtener él mismo. Toda promesa contiene, pues, la obligación de realizar una prestación ulterior, en pago de una prestación anteriormente obtenida ó jurídicamente considerada como tal. La palabra sin la *res* está desprovista de eficacia, no obliga. Adquiere fuerza obligatoria por el elemento substancial de la *res* poseída en propiedad.

Tal es la antigua concepción romana. Durante siglos ha dirigido el desarrollo de la obligación romana, como, desde un principio, atestigua el lenguaje. La etimología, que es la conservadora de las ideas populares primitivas, nos describe así la obligación romana.

El deudor (*debitor*) es el que tiene alguna cosa perteneciente á otro (*de — habere = debere, debitor*). El acreedor (*creditor*) es el que ha dado alguna cosa (*duere = dare, creduere, creditor*). La deuda es el dinero entregado al deudor (*aes alienum*). Estas tres nociones: deudor, acreedor, deuda, según su constitución lingüística, evocan las tres la idea de tener alguna cosa procedente de otro.

A partir de esta concepción realista, la obligación romana se desarrolla, desembarazándose más y más del elemento

(1) L. 7 § 4 de pact. (2, 14)... *Nuda pactio obligationem non parit*. L. 7 § 5 ib... *régula: ne ex pacto actio nascatur*. PAULO. Sent. Rec. II. 14 I;... *ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur*.

substancial de la *res*, hasta arrojarlo por completo y dar á luz finalmente el simple contrato como tal.

Para la inteligencia del cuadro de los contratos romanos que voy á trazar, colocándolos en orden de sucesión teórica é histórica, hago la siguiente advertencia sobre las designaciones que he adoptado.

Llamo *contrato real bilateral*, al que se realiza por prestación recíproca é inmediata; *contrato real unilateral*, aquel en que una de las dos partes toma la delantera para efectuar la prestación y en que la contraprestación no se cumple inmediatamente sino que permanece en el estado de promesa. Llamo *contrato promisorio bilateral* aquel en que ninguna de las dos partes realiza inmediatamente su prestación, en que se atienden por una y otra parte á una simple promesa, y *contrato promisorio unilateral*, aquel en que sólo una parte promete, sin que la otra prometa ó efectúe una contraprestación. Agregó todavía que el contrato real unilateral se presenta en derecho romano bajo una doble forma: con prestación anterior efectiva ó ficticia (supuesta jurídicamente). Tenemos así el cuadro de los actos obligatorios, que representa á mis ojos la escala histórica del desarrollo de la obligación romana.

126. PRIMER GRADO.—EL ACTO REAL BILATERAL.—El contrato de cambio ó de venta, con ejecución inmediata (mano á mano) representa, desde los puntos de vista económico y jurídico, la más sencilla forma del contrato. El antiguo derecho romano sólo señala en esta materia la venta solemne (la *mancipatio*). El cambio no posee forma particular que le sea propia; la fase del cambio aparece ya terminada en el derecho de los contratos.

127. SEGUNDO GRADO. — EL ACTO REAL UNILATERAL EFECTIVO.—El préstamo solemne, bajo forma de *nexum*, es el primer caso probado de una obligación que tiende á una prestación futura. Está caracterizado por la ejecución personal inmediata que á él va unida. Podríamos llamarle una letra de cambio del deudor girada contra él mismo. La fuerza obligatoria de la palabra que aquí debe empeñar, como por to-

das partes en el antiguo derecho, el que espera hacer resultar un derecho del acto concluído, reposa sobre el hecho de una prestación anticipada de su parte.

A esta forma solemne del préstamo se unen después el préstamo sin formas, y, en el curso ulterior del desenvolvimiento, los otros contratos reales, nominados é innominados. Todos se atienen á la antigua concepción romana de que la palabra sola, sea la propia, sea la de otro, no obliga al deudor. No está ligado más que cuando la palabra y la prestación van á la par. Por eso en los contratos reales innominados sólo aquel que ha ejecutado puede ejercer una acción; hasta el momento de esta ejecución el contrato no obliga á ninguna de las partes. Sólo la prestación real puede hacer la palabra jurídicamente eficaz.

128. TERCER GRADO. — EL ACTO REAL UNILATERAL FICTICIO.—Partiendo de esta base, la obligación se desarrolla. Se sujeta exteriormente á la forma primitiva; en realidad, se desembaraza de ella. El *nexum* ofrece el primer ejemplo. El antiguo pago efectivo se convierte en un simple acto aparente. Aquel que en realidad nada había recibido, creaba una deuda de dinero mediante un préstamo ficticio, ó la dación se limitaba á la entrega de una sencilla pieza de bronce. Siguió el contrato literal: una suma de dinero era, de una y otra parte, llevada en cuenta como *dada y recibida*, sin que fuese necesaria la dación real. En el *nexum* el acto real era reemplazado por un acto ficticio; aquí era un simple reconocimiento lo que se realizaba. El mismo procedimiento se encuentra en la historia de la letra de cambio, en que el pago real es substituído por la cláusula de valor en cuenta (valor recibido). Un último paso en este camino fué dado por la estipulación. En la forma no presenta ninguna apariencia de una prestación anteriormente realizada; la idea parece estar eliminada por completo. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la prestación ejecutada constituía la base. La estipulación se ha convertido en un resguardo de valor recibido, con promesa de una ulterior prestación personal.

Es el último vestigio de la antigua noción de la obligación romana, que el análisis científico permite todavía descubrir. La idea originaria: una obligación de dar no puede nacer más que á consecuencia de una contraprestación previa, se ha desvanecido en cuanto aparece como la encarnación de la fuerza obligatoria abstracta de la voluntad.

129. CUARTO GRADO.—LA PROMESA BILATERAL.—Unicamente los cuatro contratos consensuales del derecho romano: la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato; reconocen la fuerza obligatoria de la promesa como tal, sin que ningún otro acto material, efectivo (ó supuesto, como existía históricamente el caso para la estipulación), los ligue á una prestación anterior. Los tres primeros pertenecen á la categoría de los actos promisorios bilaterales; el mandato está colocado en la de las promesas unilaterales (véase á continuación). Respecto á las otras formas de obligaciones del derecho romano, constituyen casos de excepción, muy limitados, tomados del derecho internacional privado (*jus gentium*). No permiten, pues, afirmar que el principio de la concepción antigua haya sido vencido ó eliminado. Ni el pueblo romano, ni la jurisprudencia romana, se han hecho jamás á la idea de que en el consentimiento, como tal, pueda residir una fuerza inmanente, jurídicamente obligatoria. La jurisprudencia tampoco proporciona la más ligera indicación por la cual se pueda inferir que considera esta idea como respondiendo en realidad á la naturaleza de las cosas. Lejos también de ensayar de extender esos cuatro casos de excepción, los mantiene celosamente en sus antiguos límites; traspasarlos le parece un peligro y así lo advierte (1).

130. QUINTO GRADO.—LA PROMESA UNILATERAL (Á TÍTULO GRATUITO).—Encontramos aquí el último esfuerzo, y el más interesante quizá, que el derecho romano ha realizado desde el punto de vista de la exigibilidad de la promesa.

(1) L. 7 § 5 de pact. (2, 14)... *hoc non valebit ne ex pacto actio nascatur*, frase que se repite cuatro veces en el mismo texto.

Hasta allí la obligación sólo ha tenido como objetivo los fines de la vida de los negocios, es decir, del egoísmo recíproco. Aquí se separa de ese punto de vista. Se eleva hasta la idea de la benevolencia y de la abnegación. En otros términos: de los contratos á título oneroso transporta la exigibilidad á los contratos liberales ó de complacencia.

Estos pueden, como los contratos onerosos, revestir una doble forma: prestación inmediata ó promesa. Bajo uno y otro aspecto, su objeto puede ser el abandono definitivo de un valor patrimonial (donación, limosnas), ó la pasajera prestación de los servicios de una cosa ó de una persona.

Poseemos así el cuadro de todos los casos y de todas las formas de los contratos á título gratuito, y al mismo tiempo la regla que debemos aplicar á todo derecho positivo. Si la aplico al derecho romano, es porque debo llevar hasta el fin el desenvolvimiento de la noción de promesa que más arriba he bosquejado. Pero, además, aquí se trata, para mí, menos del derecho romano que del progreso del conocimiento del derecho en general. No me detendré, pues, en la promesa á título gratuito; agregaré un examen de la prestación real á título gratuito. Esta colocará en plena luz á la primera.

131. PRESTACIÓN REAL Á TÍTULO GRATUITO.—DONACIÓN.—La prestación de servicios á título gratuito no produce efectos desde el punto de vista jurídico; *como tal* no origina ninguna cuestión, y por eso la ciencia, con razón, no la considera como un principio jurídico (1).

Al contrario, al abandono gratuito del uso de una cosa presenta un interés jurídico, en el sentido de que implica la obligación de restituir. Para hacer valer ésta, el derecho romano concede el interdicto *de precario*, la *condictio certi* en el préstamo sin intereses y la *actio commodati*.

La donación de cosas se manifiesta en derecho por la transferencia de la propiedad. Este resultado es común con el

(1) No puede ligarse á cuestiones de derecho, á no sobrevenir circunstancias particulares, por ejemplo, el dolo, el error. L. 26, § 12 de cond. ind. (12, 6) la *negotiorum gestio*.

acto oneroso traslativo de propiedad, y, para explicarlo, el jurista no necesita evocar la noción de donación. En términos de derecho, la donación de cosas sólo llama la atención en tanto que es motivo de una transferencia de propiedad. La distinción entre la transferencia de propiedad á título oneroso y á título gratuito, no es de orden jurídico, sino de naturaleza económica. La noción de la donación se confunde con la noción de la transferencia de propiedad. El derecho romano lo reconoce plenamente respecto á la tradición. La teoría de la tradición no distingue entre el acto oneroso y el acto á título gratuito. Otra cosa ocurre con la *mancipatio* de las *res Mancipi*, única forma existente, en el antiguo derecho, para el traspaso de la propiedad romana; es decir, de la propiedad perseguible por *vindicatio* (1). Sólo la venta podía, en esta época, determinar al propietario á transferir su propiedad. Para el abandono á título gratuito de una *res Mancipi*, faltaba toda forma en el derecho antiguo. La idea de una donación no hallaba su expresión jurídica. El antiguo romano no donaba (2). Durante ese tiempo, el que quería dar no lo conseguía más que revistiendo la donación de la forma de una *mancipatio* (venta simulada). Únicamente podría desconocer la importancia de este hecho quien viese en las formas del derecho tan sólo un puro formulismo y no la expresión de ideas fundamentales. Mas para el que participe de mi opinión, la *mancipatio* atestigua que el más antiguo derecho romano ignora la transferencia de propiedad á título gratuito, y sólo conoce la transferencia á título oneroso.

Así es el mismo derecho quien obliga á la donación á ocul-

(1) Debo reservar la prueba de este aserto para otro lugar (la 2.^a sección de la tercera parte de mi *Espíritu del D. R.*). El efecto de la propiedad romana (*dominium ex jure quiritium*) consistía en la *vindicatio*; ésta no ha sido transportada á las *res nec Mancipi* hasta más tarde; en la época antigua la protección de estas últimas se limitaba á la *actio furti*; pero ésta se intentaba no sólo contra el ladrón, sino también contra el encubridor. (Gayo, III, 186; *furtum conceptum*.)

(2) Estos son los mismos términos de POLIBIO, L. 32, 12, 9, cuando refiere la generosidad de P. Scipión para con su madre, hecho inaudito en Roma, donde nadie daba á otro de lo suyo libremente.

tarse bajo la forma de otro acto, á parecer lo que en realidad no era. El mismo caso se vuelve á presentar en otros derechos en la primitiva fase de su desarrollo (1), y esta circunstancia da la explicación del fenómeno. La razón no reside en la limitación de la forma establecida para el caso más importante de la transferencia de la propiedad, sino en la limitación del espíritu de egoísmo, que no había podido elevarse á la altura de la noción de donación.

Esta antigua concepción nacional de la donación ha influido durante siglos sobre la actitud de la legislación y de la jurisprudencia. En forma de ley se manifiesta en las restrictivas disposiciones de la *lex Cincia* y en la necesidad de la insinuación bajo el imperio. En la teoría jurídica imprime huellas que mencionaré más adelante. Aun en la época clásica de la jurisprudencia romana hallamos un concepto de la donación que revela el más estrecho egoísmo; la donación aparece como una especie de cambio, en que se da para recibir en pago (2). Sólo para el testamento se abre paso en el derecho la idea de liberalidad. No exageremos, sin embargo, su valor. La liberalidad por acto de última voluntad es esencialmente distinta de la donación entre vivos. El que da sacrifica una parte de su haber, privándose de ella á sí mismo; los bienes que da por testamento los da por no poderlos guardar él mismo, ó, más exactamente, en vez de donarlos, los abandona; es decir, los

(1) Por ejemplo, en el derecho lombardo, que establecía en principio que una donación, especialmente una donación por causa de muerte, sólo era válida cuando el donatario había entregado al donante un *laungeld* (*lohngeld* = salario). STOBBE, *Reurecht und Vertragsschluss nach älterm deutschen Recht*, Leipzig, 1876, II, p. 16. Otras dos pruebas que debo á una comunicación del profesor EHRENBERG, son la *manumissio per denarium*, según el derecho franco, en la cual el esclavo á libertar ofrece, por su libertad, un dinero que el dueño (para atestiguar el carácter puramente ficticio del pago) le quitaba de la mano; y el establecimiento de una relación de dependencia (sea en plena propiedad, sea en menos amplia dependencia, por ejemplo, el vasallaje), mediante una contraprestación aparente (calificada de *pretium* en sus orígenes). Según el derecho turco, la donación, abstracción hecha de las relaciones de parentesco, sólo llega á ser irrevocable por contradonación. V. VON TORNAUW. *Das moslemitische Recht*. Leipzig, 1855, pág. 145.

(2) L. 25, § II de her. pet. (5, 3)... *ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt... velut genus quoddam hoc esse permutacionis.*

deja detrás de sí, no pudiendo hacer otra cosa. Si no dispone de ellos, los bienes vuelven sin su cooperación á sus herederos legales; substituir éstos por otras personas es lo único que le permite el testamento. Semejante generosidad sólo tiene un valor relativo. Algunas veces la cosa no es rara: un Harpagón consumado, que no ha realizado en su vida un acto de caridad, ni ha venido en ayuda de un pariente ó un amigo, inscribe en su testamento los más pingües legados é instituye las más brillantes fundaciones. Estas larguezas, preciosas para los beneficiados y para la sociedad, no tienen el valor moral de una donación. Los dones que hace la mano helada no atenuan la sequedad del corazón; el testador no paga de su propia bolsa; es pródigo con el dinero de sus herederos legales (1). Sólo la mano viviente puede comunicar su calor á la liberalidad.

Tal es la liberalidad testamentaria en su verdadera acepción. Pero este mezquino vestigio de liberalidad ocupaba todavía un lugar demasiado grande á los ojos de los romanos. No encontraba en el derecho ninguna forma propia que le permitiese manifestarse como tal; debía tomar las formas usuales de los negocios corrientes. A los herederos, la forma de la *mancipatio*; la institución de heredero toma la apariencia de una venta de la sucesión; el heredero, ó en su lugar un intermediario (*familiæ emptor*), compra la sucesión. A los legatarios la forma del legado *per damnationem*; es decir, la forma rigurosa de las deudas de dinero, de la deuda del *nexum*. En resumen: el derecho antiguo de Roma no poseía una sola forma que se adaptase á la liberalidad, tanto entre vivos como por testamento; para hacerlas existir recurre á las habituales formas de las relaciones; para la donación de cosas, remite á la *mancipatio*; para la promesa de donación, á la *stipulatio* (véase más adelante); para la institución de heredero, á la *mancipatio*; para el legado, al *nexum*.

(1) L. 1 pr. de don. mort. c. (39, 6)... *habere se vult, quam eum, cui donat; magisque eum cui donat, quam heredem suum.*

132. EXIGIBILIDAD DE LA PROMESA Á TÍTULO GRATUITO.—La exigibilidad de la promesa á título gratuito no está en la misma línea que la de la promesa onerosa. Esta es una necesidad del comercio jurídico; la otra le es indiferente. El legislador puede acoger ó rechazar esta última sin que el curso de los negocios se resienta. Sólo el formulismo jurídico, que se atiene á la noción abstracta de la promesa, puede hallar contradictorio que el mismo legislador que concede la exigibilidad á la promesa onerosa, la niegue á la promesa de una liberalidad.

El derecho romano confirma esta necesaria distinción entre la promesa á título gratuito y la promesa onerosa. Eran muchas las formas, mediante las cuales consagraba la primera; faltaban para la segunda. La promesa de servicios gratuitos (*mandatum*) (1) ofrece el primer caso de una promesa á título gratuito, revestida de efectos jurídicos. La comprobación de la diversidad entre las dos promesas se demuestra con toda evidencia, diversidad querida á despecho de la noción abstracta de la promesa. El que arrienda sus servicios está ligado por el contrato; el mandatario que los presta gratuitamente puede, bajo ciertas condiciones, renunciar á su misión (2); su responsabilidad es menos rigurosa por el mismo hecho de que realiza un acto de complacencia. Pero un carácter especial se agrega á esta complacencia; interesa, por cierto lado, la vida de los negocios, y es precisamente este interés el que para mí hace necesaria la exigibilidad en esta materia. Hasta en las relaciones puramente de negocios, sostenidas, no por un motivo de benevolencia, sino de simple egoísmo, se puede, por

(1) Lo más pronto en el séptimo siglo de Roma. (V. La falta en derecho privado. Estudios comp. del Esp. del D. R.). Un caso muy especial se hallaba contenido en la promesa gratuita de servicios por parte de un esclavo manumitido, en el instante de la manumisión por juramento; la exigibilidad de ésta reposaba sobre el aspecto de la contraprestación: la libertad. L. 1 pr. de bon. lib. (30, 1), *ad REMUNERANDUM tam grande beneficium*. L. 26, § 12 de cond. ind. (12 6)... *natura DEBET*.

(2) § 11, Inst. Mand. (3, 27); L. 22, § últ.; L. 23, 25, Mand. (17, 1); como del depósito, L. 5, § 2, Dep. (16, 3), y el arbitrio, L. 9, § 4, 5, L. 10, L. 11, pr., L. 15, L. 16 de recept. (4, 8).

interés personal, para la continuación de las buenas relaciones, consentir en aceptar un mandato á título gratuito. Esto no es un servicio de amigo propiamente dicho, y el que lo presta, toma en el mundo de los negocios, en Alemania, el nombre de *amigo de negocios* (*Geschäftsfreund*) ó corresponsal. Cuando los servicios que hay que prestar presentan una seria importancia, el romano daba ó reclamaba una retribución, y la jurisprudencia estaba tan lejos de ver en ello una falta contra la esencia de la relación, que, en caso de estipulación previa, hasta autorizaba la admisión de la *actio mandati* (1).

Deduzco de aquí que la promesa del abandono temporal, á título gratuito, de una cosa ó de un capital, no lleva consigo fuerza obligatoria alguna, aun cuando había sido concluída bajo forma de estipulación (2). Sólo la promesa de donación tenía fuerza obligatoria en derecho romano; pero era menester que fuese concluída bajo forma de estipulación; así es también como la donación de cosas para la *res mancipi* debía hacerse por *mancipatio*. La forma propia faltaba, por la razón de que

(1) L. 6, pr. Mand. (17, 1), *Si remunerandi causa honor intervenit erit mandati actio*. El carácter de negocio del mandato no podría ser expresado más claramente. Un amigo no estipula honorarios por un servicio, y un contrato á título esencialmente gratuito no puede dar lugar á una acción para una contraprestación. Es necesario tener un concepto muy inexacto de los procuradores romanos, para creer que por pura benevolencia se sometían á todas las penas y dificultades de sus funciones. La L. 10, § 7, Mand. (17, 1), señala expresamente la oposición entre el procurador y el amigo: *qui non ANIMO PROCURATORIS intervenit, sed AFFECTIONEM AMICALEM promisit... mandati NON teneri*; comparada con la distinción de la L. 42 de neg. gest. (3, 5)... ROGATU... MANDATU, y para la *act. mandati contraria*, en la L. 1, § 14, Dep. (16, 3)... SUASERIS... MANDASTI; y L. 2 de prox. (50, 14) MONSTRAT *magis nomen quam MANDAT*.

(2) El juez romano no podía condenar á una prestación real, sino tan sólo á los intereses; sin embargo, en semejante caso difícilmente habría admitido la *honesti causa* (L. 76, § 1, de furt. 47, 2), y podría yo aplicar aquí la decisión de la L. 3, § 4 de usur. (22, 2): *non sine rubore desiderabitur*. V. también los términos de la L. 14 de prec. (43, 26)... *nullo eo nomine actio civilis est, magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio*, y la manera cómo en la L. 27 de donat. (39, 5), el jurista mantiene en pie la concesión gratuita de una habitación en este caso particular: *officium quadam MERCEDE remuneratum Regulum*. Sabemos del precario que el convenio de una duración determinada no llegaba á ser valedero ni por la ejecución, y que el demandado no tenía ninguna excepción contra una prematura renuncia. L. 12 de prec. (43, 26) *sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invito domino possidere liceat*.

el acto mismo era contrario al espíritu romano. La prueba se halla en la excepción concedida en los dos casos por la *lex Cincia* contra un acto al abrigo de toda crítica de forma. Deducimos que el derecho antiguo no conocía para las donaciones ninguna forma especial.

Bajo JUSTINIANO fué cuando se sustrajo á la promesa de donación de la realización de una forma cualquiera: la misma estipulación fué abandonada. Se hizo un contrato simple, sin formas (*pactum*), en que la donación se presentaba francamente con su carácter propio. Durante más de mil años, el derecho romano se había negado á reconocer el carácter jurídico de la promesa de donación como tal promesa. Esto demuestra cuál era su concepto de la donación. ¿Cómo ha podido JUSTINIANO romper con él?

133. INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO.—Yo creo encontrar la explicación en la influencia de las ideas cristianas (1). Cualquiera que sea la opinión que se profese sobre la renovadora influencia que el cristianismo ha podido ejercer en el mundo romano-bizantino, en la hora de su decadencia, basta arrojar una sola mirada sobre el número de fundaciones piadosas mencionadas en las constituciones de los emperadores romanos, para darse cuenta de la profundidad del efecto moral ejercido por la nueva religión. Esta ha llevado al mundo por la senda de la caridad y de la beneficencia. Es el cristianismo quien elevó la caridad al puesto de un factor social importante. Esta recibe la hermosa misión de endulzar las miserias de las clases desheredadas, misión social á la cual había faltado el comercio jurídico, guiado sólo por el egoísmo. La caridad fué también llamada para ayudar á la fundación de la Iglesia cristiana, proporcionando á este efecto los medios económicos necesarios. Para alcanzar este fin, el cristianismo debía vencer al egoísmo en el derecho romano. Y, para gloria suya, lo ha

(1) La constitución en la cual toma esta disposición llama expresamente á las instituciones religiosas. L. 35 § 5, Cod. de donat. (8 54), *piis actibus vsu religiosis personis*.

vencido. Gracias á él, la beneficencia y el amor han obtenido derecho de ciudadanía en la legislación.

134. VOTUM Y POLLICITATIO EN LA ANTIGÜEDAD.—La antigüedad no ha reconocido fuerza obligatoria á la promesa á título gratuito más que en dos casos: el del *votum* y el de la *pollicitatio*, que servían, uno y otro, para la consagración (1) á los Dioses y á la Comunidad. Pero aún aquí, en su generosidad para con lo que reconocía como más elevado, la divinidad y la patria, el romano permanece fiel á su egoísmo y reserva á éste su parte. Para él el *votum* es una especie de contrato real innominado, concluído con la divinidad; no es una pura promesa, desinteresada, de donación, sino una prestación bajo la condición de una contraprestación, y su fuerza obligatoria se extiende igualmente sobre la *res* (2). Tampoco la *pollicitatio* obliga á título de pura liberalidad (3); debe estar basada sobre una *justa causa*, sea que la Comunidad, de su parte, haya otorgado ó deba otorgar alguna cosa (4), ó que algún desastre la haya herido, ó que la promesa, gracias á un principio de ejecución, haya pasado de la simple palabra á un estado de hecho real.

135. PROMESA DE DOTE.—A los dos casos citados se agrega un tercero; pero es también para reconocer inmediatamente que sólo presenta una aparente liberalidad. Se trata de la promesa de dote. Hasta bien avanzada la época imperial,

(1) Liberalidad en favor de un *fin*, por oposición á la favorable á una *persona*: la donación.

(2) Según la fórmula: *d. ut facias*: ¡ayudadme, yo os daré! Esto, á la verdad, no aparece dicho expresamente en parte alguna, pero resulta con exactitud de las numerosas fórmulas de BRISSONIUS, de *vocibus ac formulis*, L. 1, c. 159 s.; todos los *votu* están concebidos en condicional.

(3) L. 1 § 5 de poll. (50, 12); *qui non ex causa reipub. i:æ pecuniam pollicentur, liberalitatem perficere non coguntur*.

(4) L. 1 § 1 de poll. (50, 12). *Si quidam ob honorem promiserit d. cretum sibi vel decernendum vel ob aliam justam causam tenebitur ex pollicitatione*. En la formación de la expresión *pollicitatio*, el lenguaje ha tenido presente los casos de previa prestación de parte de la comunidad. *Polliceri* viene de *pote* (poderoso, fuerte), *liceri* (ofrecer, subastar); el *pollicitator* es el que ha hecho una oferta más elevada á una Comunidad para una cosa (el honor), de la cual dispone; es, pues, todavía un contrato real: *do ut facias*. La obligación asumida por el subastador es francamente calificada como *aes alienum* por la L. 6 pr. *ibid.*, y como *quasi debitum* por la L. 3 pr.

la dote se constituía bajo la forma de una *stipulatio*, forma usada en los negocios. La dote, por oposición á la donación, ha sido siempre un negocio para los jurisconsultos romanos, aun cuando se trata del marido que la recibe. Justifican esta apreciación diciendo, que el marido debe soportar las cargas del matrimonio, y que la dote no tiene otro objeto que proporcionarle la parte de la mujer para el pago de las cargas (1). Además, existía aún, para ciertos casos, la promesa unilateral de dote (*dotis dictio*), es decir, la misma forma que en los casos del *votum* y de la *pollicitatio*. Pero aquí de nuevo la parte de negocio coloca el elemento de liberalidad en último término; la *dotis dictio* suponía siempre una deuda preexistente (2); era una vez más la *res* quien servía de base á la promesa. La exigibilidad no fué agregada á la simple promesa de dote, como tal, hasta la época cristiana, bajo Teodosio y Valentiniano.

Volvamos sobre nuestros pasos. Habíamos dejado el camino que seguíamos, para establecer que la existencia de la coacción compulsiva es un hecho histórico. Acabamos de ver que el móvil de la obligación no es la idea abstracta de la voluntad, sino el fin práctico. Ahora bien; la idea de fin es relativa; su valor práctico en derecho no depende de la concepción de un individuo aislado, sino de la de todo un estado social existente. Contribuir á la realización de los fines de la sociedad, es interés de todos; es asegurar de todos la existencia; el derecho, señalándole la forma de la obligación, no hace más que asegurar la existencia de la sociedad entera.

No estamos aún en la noción del derecho; nos encontramos en la fase que precede á su advenimiento: la de la coacción individual necesaria para la realización y la garantía del sostenimiento de las condiciones de la existencia social. Todo nos

(1) Con preferencia á los demás textos, cito solamente la L. 19 de O. y A. (44, 7), donde la *lucrativa causa* de la dote está expresamente rechazada y el aspecto de la contraprestación puesto en evidencia.

(2) La *dotis dictio* puede ser hecha por la mujer, su deudor, su padre, Ulp. VI, 2; es decir, por las personas que están ya obligadas *civiliter* ó *naturaliter*, y que no dan, por lo tanto.

conduce, entre tanto, hacia el derecho; éste proyecta su sombra sobre todos los fines sociales, que el individuo, reducido á sí mismo, debería realizar por su propio esfuerzo. Todo fin que quiere cumplir como condición de la existencia social, no puede realizarse más que con ayuda de la coacción. Esta á su vez llama al derecho para que la organice.

6. LA REGULARIZACIÓN ESPONTÁNEA DE LA COACCIÓN. LA SOCIEDAD.

SUMARIO: 136. *Organización social de la coacción.*—137. *Comparación del mecanismo de la sociedad con el del Estado.*

136. ORGANIZACIÓN SOCIAL DE LA COACCIÓN.—Hasta aquí hemos tratado de remontarnos á la razón primera de la existencia de la coacción en la sociedad civil. Cualquiera que sea la forma de que el Estado la reviste y la medida en la cual se sirve de ella para realizar sus propios fines, el primer germen de coacción, como institución social, la primera necesidad de su organización, existe en el individuo. El fin de existencia del individuo no puede alcanzarse sobre la tierra sin la coacción. En ella se encuentra la raíz misma del derecho: la *justa fuerza*.

Con saber que la coacción es una necesidad, no quedamos muy instruídos. Lo que nos importa conocer es la eficacia de su *resultado*. ¿De qué le sirve al propietario ó al acreedor la facultad de ejercitar su derecho por medio de la coacción, si la fuerza está de parte de su contrario? En este caso poseen un arma de dos filos que puede lesionar á ambos. La organización social de la coacción está comprendida en esta cuestión: *poner la preponderancia de la fuerza de parte del derecho*.

Es fácil esquivar la dificultad diciendo que el Estado ha cumplido esta tarea y no hay lugar á investigar cómo lo hizo.

No quiero turbar el reposo de los que se contentan con esta explicación; pero á mí no puede satisfacerme si quiero llevar mi demostración hasta el fin y exponer el uniforme y continuo desarrollo de la noción de coacción en la sociedad civil, desde su origen en el individuo hasta su término final en el Estado y el Derecho. El que no se juzga á sí mismo bastante fuerte para proteger su derecho contra la violencia, buscará un socorro extraño, ya en el momento mismo en que ese derecho está en peligro, ya desde la adquisición de tal derecho. Las relaciones internacionales nos proporcionan diarios ejemplos: en la *alianza*, para el primer caso; en la *garantía*, para el segundo. Si estas dos formas rudimentarias, que datan de los primitivos orígenes del derecho, se han conservado en la vida de los pueblos, es porque la idea del derecho sólo ha obtenido, en esta vida, un desarrollo incompleto. En todas partes donde ha recibido una organización perfecta, se han convertido en superfluas y han desaparecido. Realizan estas formas el primer problema del derecho: asegurar la preponderancia de éste sobre la fuerza.

Formas insuficientes, en verdad, porque su resultado es siempre incierto. El que está amenazado busca aliados; pero el que amenaza puede hacer otro tanto. El que reuna mayor número de partidarios será el más fuerte, y no es el derecho, sino el azar quien hará el victorioso. La *garantía* ya vale más, aunque sin presentar mayor certidumbre; la historia de los pueblos lo atestigua. Porque ¿qué garantías hallar contra el que sale garante? Mientras su interés vaya de acuerdo con el del garantido, todo peligro está apartado; pero, cuando los intereses entran en lucha, la *garantía* sufre una prueba á la cual sucumbe con frecuencia.

Parece que el derecho puede encontrar ahí una indicación que le permitiese poner á la fuerza de su parte: consistiría en asentar la *garantía* sobre el interés propio, mediante la reciprocidad. La *alianza ofensiva y defensiva* realizaría este objeto. Pero este medio puede todavía faltar en su efecto, si el que amenaza recurre á él por su parte, y será de nuevo el azar, no

el derecho, quien pronuncie la última palabra: el más fuerte prevalecerá.

Tal es la situación para los peligros del exterior; pero otra cosa ocurre cuando se trata del interior. Aquí tocamos, por fin, el punto saliente de la organización del derecho. Reside en la supremacía del interés general sobre los particulares intereses del individuo.

Cuando los intereses comunes están amenazados, todos los ciudadanos entran en la liza; cuando se trata de un interés particular, el individuo sólo se alza. A igualdad de fuerzas la sociedad aventaja al individuo, y será más poderosa cuanto más numerosa sea.

137. COMPARACIÓN DEL MECANISMO DE LA SOCIEDAD CON EL DEL ESTADO. —Lo que acabamos de decir nos dibuja la organización social de la coacción: supremacía de la fuerza que protege los intereses generales sobre la que está al servicio del individuo en su interés particular; la omnipotencia se halla de parte de la generalidad.

En derecho privado, la reunión de varias personas con la mira de perseguir un interés común, está representada por la *sociedad*. Cualesquiera que sean, por lo demás, las diferencias que separan al Estado y la sociedad, la regularización de la fuerza por el interés es la misma para ambos. La sociedad contiene el prototipo del Estado, lo reproduce en todas sus líneas. En principio, y según la historia, es la asociación quien dirige la transición entre la forma irregular de la fuerza en el individuo y la regularización de la fuerza por el Estado. Y esto, no solamente en el sentido de ofrecer el espectáculo de la reunión de varias personas unidas por un fin común cuya realización escaparía á un esfuerzo individual—extremo cuya importancia social ya hemos comprobado—; pero también desde el punto de vista más elevado, en el cual resuelve el problema de colocar la preponderancia del poder del lado del derecho. Lo consiguió substituyendo la lucha de dos intereses particulares, que se combaten sin perspectiva asegurada de triunfo para el derecho, por la oposición entre el inte-

rés general y el particular (1), lo cual decide la cuestión. En la sociedad todos los asociados se ligan contra el que quisiera hacer prevalecer sus intereses accesorios enfrente del interés común fijado por el contrato, ó que se negase á las obligaciones asumidas en virtud de éste; todos los asociados reúnen sus fuerzas contra aquél solo. La preponderancia del poder se pone *del lado del derecho*, y así es como se puede decir que la sociedad es el mecanismo de *la fuerza, regularizándose por sí misma en la medida del derecho*.

A este razonamiento cabría objetar que, el asociado solo, puede tener, en ciertos casos, mayor poder que todos los demás reunidos; que una mayoría podría formarse con la mira de perseguir intereses particulares á costa de los intereses sociales. Pero yo contesto que mi razonamiento se fija en el funcionamiento normal de la sociedad, tal como lo trazan su fin y su destino. En este normal estado, la sociedad procede del modo que yo ensalzo: pone el poder al servicio del interés común. Circunstancias anormales pueden seguramente traer los peligros en cuestión. Puede evitar el primero por sí misma acrecentando el número de sus miembros. En una sociedad compuesta de diez miembros, cada asociado tiene nueve contra él; si la componen cien, son noventa y nueve contra uno; en la sociedad del Estado son millones los que constituyen el poder público.

El término del problema que acabamos de examinar estriba, pues, en el hecho de que la asociación es más poderosa que el individuo, y que, por lo tanto, cuando llega á tener que usar de este poder para mantener su derecho contra el individuo, la supremacía es siempre de ella, es decir, del derecho.

Lo expuesto se aplica á la sociedad de derecho privado lo mismo que á la sociedad de derecho público ó al Estado, puesto que son idénticas, en efecto, y sus caracteres fundamentales son los mismos:

(1) *Quod PRIVATIM interes UNIUS ex sociis... et quod SOCIETATI expedit.*
L. 65 § 5, pr. soc. (17, 2).

1. La comunidad del fin.
2. La existencia de normas que regulan la persecución de este fin, sea bajo forma de contrato, *lex privata*, sea bajo forma de ley, *lex publica*.
3. Objeto de estas normas: la situación jurídica de la comunidad y de los individuos, sus derechos y sus deberes.
4. Realización de estas normas, á pesar de la resistencia del individuo, mediante la coacción.
5. Administración, es decir, libre persecución del fin por los medios puestos al servicio de la sociedad, dentro de los límites trazados por las normas, y todo lo que con esto se relaciona; necesidad de un órgano especial á este efecto, cuando hay un gran número de miembros (Consejo de administración, gobierno). Distinción, entre ellos, *por quien y para quien* se efectúa la administración (comisionados, funcionarios-accionistas, conciudadanos, súbditos); peligro que puede resultar del empleo de las fuerzas de la sociedad en contra de los intereses de ésta y en el interés personal de los administradores, peligro tan temible en la sociedad pública como en la privada; y, finalmente, medio de protección en la inspección ejercida sobre los administradores por la sociedad misma (Asamblea general, Cámaras de representantes). La transición de la sociedad de derecho privado al Estado se opera, en teoría, mediante una formación intermediaria: la sociedad pública.

7. LA SOCIEDAD PÚBLICA

SUMARIO: 138. *Sociedades y asociaciones.*—139. *Formaciones mixtas.*—140. *El Estado.*

138. SOCIEDADES Y ASOCIACIONES.—Se llama público (*populicum, publicum*) lo que está destinado á todos, al pue-

blo; lo que para todos está abierto (1). La antítesis de *publicum* es *privatum, proprium (quod proprio est*, es decir, lo que está destinado al hombre privado), lo que cada uno tiene para sí solo, y de lo cual excluye á los demás. Toda la antítesis se mueve alrededor de la comunidad ó del exclusivismo del provecho. Es la base del derecho público y del derecho privado. Lleva más lejos aún: la oposición entre una casa particular y un local público no atañe al derecho; una y otra se hallan en la propiedad privada; pero su empleo económico es distinto. Una sirve exclusivamente á su propietario, el otro está á la disposición del público.

La antítesis se presenta de nuevo en cuanto á las sociedades y asociaciones. Su distinción jurídica, desde el punto de vista de su estructura, no tiene importancia para el fin que perseguimos. Vamos sólo á examinarlas en cuanto á la diversidad de su fin, que hace á las segundas accesibles al mayor número y convierte á las primeras en círculos cerrados.

La sociedad comparte, con todas las demás relaciones del derecho privado, el carácter fundamental de estar destinada exclusivamente para aquellos que han creado la relación jurídica (*principio de exclusión*).

Como todo copropietario, cada uno de los asociados posee su parte determinada en el haber social. Esta parte puede estar representada bajo forma de fracción. Cada uno de ellos es *partícipe*, y, en la medida que lo es, su parte se halla tan exclusivamente protegida como la propiedad entera perteneciente á un exclusivo interesado. Cada parte constituye de algún modo una célula jurídica independiente. De aquí resulta que la renuncia ó la muerte no hacen perder al asociado lo que le corresponde en la gestión anterior á uno ú otro caso.

En las asociaciones, la situación es distinta. La posición jurídica de los miembros no puede traducirse bajo la forma de una parte determinada; no son *partícipes*, son *miembros*.

(1) L. 1 de loco publ. (43, 7)... *ad usum OMNIUM pertinet*, L. 1 § 6 de susp. tut. (26, 10) *quasi PUBLICAM esse... hoc est omnibus PATERE*, § 2, I. de inut. stip. (3, 19)... *usibus POPULI*.

De aquí resulta que, en caso de renuncia ó defunción, han perdido todo derecho á la cuota del patrimonio común que les cõrrespondería según el número actual de los que forman parte de la asociación. La diferente manera como la sociedad y la asociación son provechosas para sus miembros, es la reproducción exacta de la distinción existente entre *frui* y *uti*. El *frui* es divisible, el *uti* es indivisible. En el *frui* el concurso de varios aparece bajo la forma de cuotas determinadas; cada parte nueva hace á las otras más pequeñas; cada parte que desaparece las hace mayores. El *uti*, al contrario, es ejercido en totalidad por cada uno de los interesados. Si las cosas se prestan á ello, los caminos públicos, por ejemplo, millares de individuos pueden participar de las mismas sin que el *uti* de uno solo se vea limitado. *Frui* expresa la relación de sociedad, *uti* la de asociación. Cuando once socios deben repartirse los frutos ó las rentas de una cosa, allí donde antes no eran más que diez, cada uno de los diez ve disminuída su parte. Al contrario, las ventajas que la asociación ofrece á sus miembros no disminuyen en nada por las nuevas afiliaciones: lejos de esto, generalmente resultan más bien un aumento, una gran asociación, que puede procurar á sus miembros mayores satisfacciones. Por eso la asociación acoge gustosa nuevos adeptos; ella misma los busca, y debe buscarlos, esté su fin limitado á los intereses de diversos miembros (asociación de interés particular) ó tenga por mira la persecución de intereses generales (asociación de interés general). En efecto, toda nueva recluta aumenta la riqueza y refuerza el elemento moral de la asociación, sintiendo sus miembros aumentar la fe en su utilidad, su vitalidad, su porvenir. El espíritu de cuerpo se desarrolla halagando su vanidad y aguijoneando su celo y su interés. Así todas las asociaciones en sus estatutos prevén la entrada de nuevos miembros. Negarse á ello sería condenarse á perecer. En toda asociación, el acceso es libre; se buscan por todos los medios nuevos partidarios; es la manera de ganar en poder, en consideración, en influencia. La *exclusión* es de esencia en la sociedad, la

expansión es la característica de la asociación, desde la más importante á la más humilde (1): es común al Estado y á la Iglesia, á las asociaciones políticas, religiosas, científicas, mundanas. El Estado conquista; la Iglesia hace proselitismo; las asociaciones propaganda. Los nombres difieren; las cosas son las mismas.

139. FORMACIONES MIXTAS.—Pero hay asociaciones, en otro tiempo numerosas, que concebidas originariamente como asociaciones y destinadas como tales á extenderse, se han transformado en una especie de organismo anfibio, término medio entre la asociación y la sociedad. Tales son las sociedades que, para expresarlo breve y jurídicamente, dan á sus miembros, al lado del *uti*, un *frui*; por ejemplo, en las relaciones comunales, ciertas partes en los terrenos, bosques, etcétera, de la comunidad. Mientras los bienes objeto de este goce son bastante considerables para que las partes de los comunistas existentes no estén disminuídas por la participación de los llegados más tarde, los primeros no tienen razón para quejarse. Pero cuando las cosas varían, el peligro surge. El egoísmo halla entonces medio de salvar la situación; los antiguos miembros conservan exclusivamente el *frui* para ellos, y no conceden á los últimamente llegados más que la participación en el goce del *uti*. De ahí, en la misma asociación, dos clases de miembros con distintos derechos, unos gozando del pleno y otros poseyendo sólo un derecho limitado. La relación así organizada es para estos últimos depresiva é irritante.

Así ha originado en todas las épocas las más violentas lu-

(1) Y precisamente en aquellas que, desprovistas de fines serios, viven de nulidades: nombres, banderas, colores, presidencias, séquitos, reuniones, vanidad, envidia; esta tendencia produce frecuentemente los más divertidos resultados. Hay en el hombre una parte de locura, una *manía sine delirio* que concuerda perfectamente con la salud intelectual para todo lo demás: la locura de sociabilidad, que da juguetes á los niños grandes. En Inglaterra, donde la tendencia á la asociación se ha desplegado lo más sana y abundantemente, parece al mismo tiempo haber producido en gran masa estas regocijadas excrecencias, como lo atestigua la encantadora rechiffa de DICKENS en su *Pickwick*.

chas, desde el tiempo en que el patricio romano había excluído al plebeyo del *ager publicus* hasta nuestros días. Contiene esta relación, por lo demás, una contradicción intrínseca y constituye una mescolanza de sociedad y asociación. La oposición entre las dos es irreductible, y ambas instituciones deben combatirse sin tregua, hasta que por fin venza la asociación.

140. EL ESTADO.—Con la asociación llegamos al nivel del Estado. En su forma el Estado permanece colocado en la misma línea que las otras asociaciones, cualesquiera que sean, por lo demás, y abstracción hecha de la Iglesia, la superioridad de su destino social y la creciente riqueza de su desarrollo. Cuando, agregándolo á los elementos que ya comparte con el Estado, la asociación comprende además el de la publicidad, es decir, de ser accesible á todos, la última diferencia entre ella y el Estado se desvanece: la institución es perfecta y capaz de perseguir todos los fines de la vida social. La asociación traduce de un modo absoluto *la forma de la organización social*. De todos los fines de la vida social no hay uno al cual no pueda aplicarse, y la historia no nos descubre uno que no haya sido realizado, gracias á ella, á continuación de los esfuerzos individuales. Si los fines particulares del individuo sólo pueden ser realizados mediante el derecho privado, los intereses sociales no podrían serlo más que por la asociación. Las relaciones jurídicas concernientes al individuo son necesariamente exclusivas, concentradas en él mismo y cerradas para todos los demás; las de la comunidad social son amplias en todos lados y accesibles á los individuos capaces de cooperar á la realización de los fines sociales.

La asociación pertenece al derecho público, ó, para hablar más exactamente, éste se adapta á ella por entero, como el derecho privado se adapta al individuo. Es cosa arbitraria, en mi sentido, limitar la noción del derecho público al Estado y á la Iglesia. Uno y otra, es cierto, comprenden hasta tal punto las contingencias todas de la vida, que cualquier otra asociación parece infinitamente pequeña en la organización so-

cial. Pero no es menos cierto que el Estado y la Iglesia son en el fondo asociaciones de interés general. La diferencia entre unas y otras no reside en su construcción, su mecanismo jurídico ó su forma, sino en su función, su objeto, su contenido. Aunque el Estado—y pienso lo mismo de la Comunidad—haya absorbido poco á poco al desarrollarse casi todo lo que constituye la vida social, es indudable, no sólo que en la aurora de la historia su misión era relativamente modesta y se limitaba en el fondo al mantenimiento de la seguridad interior y la paz exterior, pero también que nuevos fines, extraños al Estado, surgen todos los días y son perseguidos por la asociación, hasta que, maduros para la vida social, se amalgaman y funden en el gran depósito del Estado. Asunto privado antes, de asociación después, hoy en día la enseñanza se ha convertido en institución del Estado. Tal fué también, y tal ha llegado á ser, la beneficencia pública. *Individuo, Asociación, Estado*, es la gradación histórica por donde se elevan las instituciones sociales. El individuo discierne desde luego el fin social, lo recoge la asociación, el Estado se apodera de él cuando adquirió toda su madurez. Si es permitido trazar el porvenir en vista del pasado, llegará un momento en que el Estado habrá absorbido todos los fines sociales. La asociación es la precursora del Estado; todas las asociaciones de interés general se funden, finalmente, en el Estado; no es más que cuestión de tiempo.

8. EL ESTADO. SEPARACIÓN DE LA SOCIEDAD

SUMARIO: 141. *Organización social de la coacción.*

141. ORGANIZACIÓN SOCIAL DE LA COACCIÓN.—Después de muchas vueltas hemos hallado por fin la forma superior del empleo de la fuerza para los fines humanos, la organiza-

ción social de la coacción; en una palabra: el Estado. Habríamos podido facilitar la tarea apoderándonos inmediatamente de la idea de la coacción social realizada por el Estado. Pero necesitábamos demostrar que el derecho no puede realizar su misión mientras no repose sobre el Estado. Únicamente en el Estado encuentra el derecho la condición de su existencia: la supremacía sobre la fuerza. Sólo en el interior del Estado alcanza el derecho ese fin. En el exterior, en el conflicto entre los Estados, la fuerza ante él se levanta como enemiga tan poderosa cual antes de su aparición histórica en las relaciones de individuo á individuo. En esta región la cuestión del derecho se convierte de hecho en una cuestión de superioridad de fuerzas.

A la pregunta del principio, cómo la sociedad realiza su misión, he contestado en el capítulo VII: mediante el *salario* desde luego; y agregué en el capítulo VIII: por la *coacción* en seguida. La organización social de la coacción constituye el advenimiento del Estado y del derecho. El Estado es la sociedad convertida en detentadora de la regulada y disciplinada fuerza de la coacción. El derecho es el conjunto de principios que forman esta disciplina. Esta fórmula no da la esencia entera del derecho. Lo he comprobado al demostrar cómo el Estado, en el curso de su desenvolvimiento, adopta sin cesar nuevos fines que antes le eran extraños. Mas por diversos y numerosos que sean los fines que el Estado se ha encargado, y se encargará todavía de realizar, hay uno que domina todos los demás, que siempre el Estado tiene presente, al cual debe su existencia y que constantemente se le impondrá. Es el *fin jurídico*: formar el derecho, asegurar su imperio; esta misión del Estado coloca la restante obra del mismo en último término. Sus otras diversas tareas surgen cuando aquélla ha sido realizada, y sólo entonces puede emprenderlas. La administración del derecho es la función primordial del Estado.

Esto nos conduce á la relación que existe entre el Estado y la sociedad. Creo expresarla del mejor modo en estos tér-

minos: el Estado es la sociedad usando su poder coactivo; para ejercer este poder toma la forma del Estado. El Estado es, pues, la forma del ejercicio regulado y asegurado de la fuerza de coacción social; brevemente dicho: es *la organización de la coacción social*. A primera vista parece resultar de aquí que el Estado y la sociedad deben confundirse, y lo mismo que ésta abarca la humanidad entera, el Estado debería también regir el universo entero. Pero es más limitado su imperio. La sociedad es universal. El territorio circunscribe geográficamente la acción del Estado; su soberanía no pasa la frontera.

El establecimiento de la coacción social marca el punto en que la sociedad y el Estado se separan. El Estado cede el paso á la sociedad, la cual no conoce límites sobre la tierra. Pero como si en ello tuviese la intuición de una especie de inferioridad, el Estado trata incesantemente de extender sus límites. La Historia nos lo enseña: la comunidad más poderosa absorbe siempre á la más débil, y cuando las menores han desaparecido, para dejar su puesto á las mayores, éstas luchan hasta que á su vez se funden en Estados más poderosos. Así el tamaño del Estado aumenta siempre; del in—12° de las reducidas comunidades de la antigüedad clásica se eleva al in—8°, para alcanzar en seguida el in—4° y terminar en el in—folio. Cada aumento borra del mapa un número igual de comunidades antes independientes. Es un reproche que se puede dirigir á la Historia: en la vida de los pueblos no se quiere tolerar la existencia de los pequeños; éstos deben dejar su puesto á los grandes si no saben ellos llegar á engrandecerse. Indudablemente puede uno apiadarse de la suerte de las generaciones destinadas á sufrir semejantes catástrofes; pero la Historia tiene conciencia de los males que inflige; cuida de que la desgracia de una generación aproveche á las siguientes, y con frecuencia entonces la bendición del nieto desvanece la maldición del abuelo.

La tendencia de los Estados hacia su expansión, es decir, la conquista, es la protesta de la sociedad contra los límites